24-1-50

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA

"ENSAYO DE INTERPRETACION AL ARTICULO 193 DE LA LEY DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

AGUSTIN GUERRERO RUELAS

MEXICO, D. F.

1 9 5 0

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A la excelsa memoria de mi padre:
Hizo el bien como hombre
y la justicia como juez.

A mi madre abnegada

SEÑORES SINODALES:

Este trabajo, que en nuestro ambiente se nombra Tesis Profesional, en otros lugares, probablemente con mayor adecuación, se le llama Memoria.

Las circunstancias que nos rodean al abandonar las aulas, dicho sea sin menoscabo de la maestría de nuestros catedráticos, son de relativa penuria profesional. Si algunos de nosotros hemos experimentado, entre nuestras vivencias, la actividad del patrocinio jurídico de intereses en conflicto, ello ha sido excediéndonos en la función preparatoria, o bien desempeñando el forzoso papel de practicantes forenses. Esto último, aun cuando se impone como un requerimiento académico, tiene como verdadera causa el afán juvenil de precipitar nuestra entrada a los campos de la lucha, a pesar de la ausencia de madurez que la autorice.

Las tesis, en rigor, no son profesionales porque falta el presupuesto de auténtica profesionalidad. Son memorias; memorias de nuestro paso por las aulas, y tal vez, memorizaciones de lo que todavía no es cabalmente comprendido.

Tesis implica construcción metódica; objetivación de conocimientos y vivencias no preliminares para el otorgamiento de un grado, sino funcionales en el despliegue de un ejercicio profesional que ya por derecho corresponde.

Este estudio es sólo un ensayo destinado al enjuiciamiento de quienes ya han vivido, con derecho, las nobles tareas socia-

les que impone el Derecho. Su finalidad es el logro de la calificación de lo estudiado y relativamente aprovechado durante los ciclos convencionales, que en lo futuro y si adviniere la espera-aprobación, habrán de fundirse para su conjugación continuada aprobación, habrán de fundirse para su conjugación continuada en la actuación profesional, convertida de mera aspiración en inexorable deber de servicio a la cultura, a la justicia y al bien.

Vaya para todos nuestros maestros el reconocimiento por su contribución especializada, de cuya convergencia se ha forjado el núcleo del grado profesional que esperamos sea realidad y no espejismo de una noble ambición.

CAPITULO PRIMERO

I

CREDITO, OPERACION DE CREDITO Y CAMBIO

Es frecuente concebir el crédito fundado esencialmente en la confianza. De aceptarse este punto de vista se reunirán con ese elemento esencial, el tiempo considerado como **futuridad** y la obligación de restituir al concedente del crédito el valor de lo que aquél hubiese entregado al concesionario.

Este es el concepto más extendido desde el punto de vista de la Ciencia Económica y también la significación que se le da en las cotidianas transacciones comerciales. Se ha subrayado el elemento confianza desde los tiempos de Juan B. Say, quien definió el crédito expresando que "es la buena fama de que goza una persona en cuanto al exacto cumplimiento de sus obligaciones o compromisos". Evidentemente que en esta concepción hallamos una especie de germen nuclear de confianza, al ser referido el crédito a la buena fama de que goza una persona; pero observamos cierta imprecisión al notar la falta de eminencia del elemento tiempo, aunque se destaca que la buena reputación de una persona se vincula al exacto cumplimiento de sus compromisos, lo cual no hace referencia con bastante intensidad a la ejecución futura de sus deudas u obligaciones, que es algo decisivo para estar autorizados a hablar de crédito.

Adquirir a crédito es lo contrario de adquirir al contado. El pago de contado no toma en cuenta las intrínsecas cualidades del adquirente. (Nos referimos a la situación económica, pues en lo jurídico se pueden dar en los sujetos circunstancias que invaliden la operación) Las características personales sí influyen, en cambio, para motivar la concesión o la negativa de crédito, inclusive cualidades morales de los sujetos, las que no han logrado escapar a la esfera de la regulación jurídica (piénsese en las obligaciones naturales)

Algunos tratadistas de finanzas, por ejemplo Constain, opinan que la **confianza** es la base para la existencia del crédito y que la futuridad es solamente un factor distintivo. En otros términos, es frecuente pensar que el tiempo, relativamente al crédito, carece de entidad esencial, puesto que penetra en todas las transacciones mercantiles y jurídicas (recuérdese la polémica que al respecto se ha suscitado en los sitemas jurídicos que aceptan la transmisión del dominio como efecto consensual, sin que previamente haya de transitarse por la ejecución de la obligación de dar como un momento antecedente de la transmisión dominical, cayendo con esto en una posición semejante a la de los sistemas jurídicos que conservan la venta con efecto obligatorio, a diferencia del anteriormente citado que sostiene la venta con efectos reales o traslativos).

El indicado financista, en la página 84 del Tomo I de su obra "Finanzas" (editorial Bosch, 1934) expone:

> "El elemento tiempo entra en todas las transacciones de crédito, pero la esencia de éste —se refiere al crédito— radica en la **confianza** del acreedor en que el deudor tiene la suficiente habilidad comercial para ganar el dinero con que haya de pagarle y la buena voluntad indispensable para atender a sus obligaciones..."

En la actualidad, ya superadas las tradicionales concepciones de la Económica, que reclamaban exclusividad para tratar de estas cuestiones, y merced a la regulación jurídica exigida por la tendencia a la socialización del derecho, por la afirmación de la intervención estatal en los contratos, por la economía dirigida, derivada en parte por la corriente del "dirigismo contractual", esas tradicionales ideas que todavía nutrieron nuestros estudios de tan complicadas materias, se ostentan ahora transformadas por la armónica conjunción de lo económico y lo jurídico. Esta tiene expresión objetiva en los nombres de nuestras leyes: v. gr: Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Instituciones de Crédito, etc.; o en la denomi-

nación de algunos organismos, como por ejemplo, uniones de crédito popular, bancos de crédito agrario, etc.

Urge precisar, por esas razones que han contribuído a establecer la concepción económico-jurídica del crédito, la significación que al vocablo corresponde, pues a menudo se emplea, metafóricamente, para aludir a cualidades morales, profesionales, de consideración social, o meramente económicas, etc.

En cualquier forma surge entre esos varios significados la invitación a la confianza en alguien. Sin embargo, la exactitud científica tan a menudo descuidada en las disciplinas jurídicas, nos obliga a acotar el sentido estricto que para éstas tiene la palabra crédito: se mueve exclusivamente dentro del concepto de obligación y apunta hacia el derecho subjetivo que dentro de la relación obligacional corresponde al sujeto activo de la misma, como facultad para exigir el cumplimiento de un deber jurídico al sujeto pasivo. Así entendido el crédito, es la descripción de un elemento personal de la relación obligatoria. Las causas que la producen son varias hasta un grado tal que se las agrupa bajo una genérica denominación: fuentes de las obligaciones, cuya clasificación concluye con un término abierto a la analogía.

De esta manera, se percibe que dentro de la connotación jurídica del vocablo crédito, queda irrelevante la confianza como elemento esencial, aunque no es extraño que en el comercio jurídico aparezca, las más veces, determinándolo u orientándolo.

Con referencia al concepto económico del crédito, señalamos que autores como Gide, Kleinwachter y Alcocer, siguiendo la huella que han dejado anteriores tratadistas ortodoxos, quieren extraer una definición precisa del crédito validos de la etimología de la palabra, y descuidan que en la evolución científica la terminología conquista significaciones que en mucho se apartan de la correspondiente a su originario sentido. En tal virtud, erigen el elemento **fiducia** en ingrediente esencial de la operación de crédito.

Las necesidades de la vida han provocado ciertas transacciones entre las pretensiosas posturas exclusivistas tendientes a omnicomprensivas definiciones. Así, la Ciencia Económica aspiró a definir el crédito en función de los capitales circulantes y ni siquiera acentuó con rigor suficiente, al parecer, la denominación jurídica de la facultad del acreedor frente a su deudor para exigirle una prestación. Pues bien, la regulación jurídica creciente en nuestros días, ha obligado a la Economía a recibir la noción jurídica del crédito y, viceversa el Derecho no ha rehusado las inspiraciones, a los fines de regulación social, de la noción económica. Pero las diferencias de filiación hubieron de conducir al nacimiento de nuevos productos que llevan, no obstante, la impronta de cada factor concurrente.

Resultado de lo anterior es que la **confianza** no es característica esencial del crédito. En efecto, juega a veces como promotora de vinculaciones jurídicas y económicas que no son, en sí, operaciones de crédito; por ejemplo, en el contrato de mandato, en el depósito regular, en el arrendamiento y en el subarrendamiento, en el comodato, en los llamados negocios fiduciarios, en las sociedades mercantiles, en la relación de trabajo, etc. Como veremos, no se trata aquí de operaciones crediticias. Hay también casos en los cuales, en mérito a la ejecución de un contrato complejo al que se adjuntan garantías colaterales y que tienen como antecedente una operación de crédito, desmienten por sí mismos la presencia de la confianza, o dicho en otro giro, muestran la ausencia de ésta. Así por ejemplo: la fianza, el aval, la hipoteca, la prenda, que son en muchas ocasiones requisitos, sine qua non, para la concesión de crédito.

Resumiendo, dejamos sentado pues que si bien la confianza es un factor psicológico de formidable potencia para la obtención de crédito, lo es a título accidental y no esencial. En otras palabras, se trata de un elemento natural que normalmente anima las operaciones de crédito y que, inclusive, puede ser un móvil decisivo para su realización; pero en manera alguna constituye la esencia de la operación crediticia.

La operación de crédito se distingue por la fusión de tres elementos que la esencializan:

a).—Trasmisión de la propiedad de un bien a una persona;

b).—Onerosidad para el adquirente; y

c).—Aplazamiento en la entrega al concedente, por parte del concesionario, del equivalente a lo recibido.

a).—Quien observe la mecánica de la operación crediticia se dará cuenta de que el acreditante trasmite al acreditado la propiedad de un bien, entendiendo ambos sujetos que, a través del tiempo, el segundo entregará al primero un equivalente del bien cuya propiedad se le trasmitió.

Este recíproco entendimiento es indispensable en las operaciones de crédito llamadas principales. Lo determinante de la operación estriba en lo dicho, relativamente a los sujetos (causa).

Lo que en estricto derecho sería aplazamiento de la contraprestación, se denomina en la ciencia de las finanzas, para distinguir con exactitud el crédito del cambio —según lo veremos **— contrapartida homogénea.**

b).—Por lo expuesto en el anterior inciso se concluye que no puede concebirse una operación crediticia que no sea a título oneroso. Y no se piense como posible objeción en el mutuo gratuito, pues la transmisión de propiedad es más aparente que real, ya que en este contrato dicha transmisión no es el fín del mismo, sino la concesión del uso y goce de cosa fungible. (Por esto muchos códigos lo conservan como contrato real que crea la obligación de devolver, por el hecho de una entrega de cosa fungible, y destacados autores como Enecerus lo consideran un contrato de servicio). Tampoco podría rebatírsenos con éxito mencionando el contrato de donación, pues en éste, salvo los casos de revocación o de reversibilidad, en los que no se trata de contraprestación sino de retrocesión, no existe **contrapartida equivalente** sino una resolución a posteriori.

c).—Esta característica se refiere al retardo convenido para la entrega de la **contrapartida equivalente** de la cosa o bien de cuya propiedad se desprendió el concedente (acreedor). Es-

te es el requisito que en las operaciones de crédito se llama aplazamiento, el cual, según hemos dicho, hay que distinguir de la retrocesión, pues ésta implica cierto tipo de contratos o alguna modalidad de ellos. Así por ejemplo: el pacto de retroventa y la donación reversible, son contratos en los que la retrocesión opera como condición resolutoria de los mismos. Esto es, desaparece retroactivamente su eficacia. Por contra, en la operación de crédito, el recíproco y voluntario aplazamiento en la entrega de la **contrapartida equivalente** a la cosa dada en dominio, representa el momento en que se consuma normalmente dicha operación.

Analizados, con fines de ulterior comprensión de la parte central de nuestro tema, los elementos fundamentales cuya reunión perfila la operación de crédito, diremos que de la anotada descripción derivan multitud de formas específicas que singularizan los movimientos de las instituciones de crédito y de la actividad bancaria. En el desarrollo de la operación de crédito la contrapartida puede ser **homogénea** o **heterogénea,** según que el deudor deba reintegrar bienes fungibles o bienes diferentes; es decir, en la contrapartida homogénea se trata propiamente hablando, dentro del lenguaje jurídico, de una contraprestación de objeto del mismo género, especie y calidad; no así tratándose de la contrapartida heterogénea, en cuya hipótesis y como el calificativo lo indica, la contraprestación no corresponde a la esencia o a la naturaleza de la cosa recibida. En las operaciones de crédito la fungibilidad de la cosa es esencial, ya que así se cumplirá el requisito de la transmisión del dominio de una manera principal o accesoria, y esto, ha llevado a considerar que cuando existe la común intención de las partes de proporcionar la una a la otra la disponibilidad de bienes fungibles, generalmente dinero, y la que recibe se obliga a reintegrarlos (en la misma especie, calidad y cantidad) vencido el plazo pactado al realizarse lo operación o con posterioridad, se trata de operaciones de crédito principales, y consiguientemente, que todas las de contrapartida homogénea lo son de por sí, aun cuando puedan también desempeñar funciones accesorias.

En la técnica bancaria, al lado de estas operaciones de crédito principales se habla de operaciones de crédito accesorias, en las que la intención común de las partes es la consecusión de bienes distintos, agregándose un convenio dilatorio para una de las dos prestaciones respectivas, de tal suerte que la admisión crediticia por parte de uno de los sujetos es sólo una modalidad de un acto con finalidades diferentes a la dación en crédito (que es lo esencial en las operaciones principales antes referidas). Por esto, la operación de crédito a contrapartida heterogénea es siempre accesoria, pudiendo corresponder una u otra calidad a la operación de crédito a contrapartida homogénea.

Después de lo dicho, conviene distinguir el crédito del cambio. En éste, se atiende a la utilidad obtenida por uno de los sujetos en méritos de una utilidad correlativa, y por ello, se habla de **contraprestación** y no de **contrapartida,** puesto que el cambio implica trueque de valores heterogéneos y la operación de crédito, como ya vimos, comprende esencialmente valores homogéneos.

II

NEGOCIOS DE CREDITO.

El contenido del título precedente ha sido a manera de preámbulo que sirva para desenvolver en subsecuentes apartados la función y naturaleza de los títulos representativos de las operaciones de crédito y luego detenernos en el examen del cheque y transportarnos después sobre conceptos precisos a la resolución del tema que nos hemos propuesto elucidar.

Se trató de diseñar la estructura de las operaciones de crédito; pero no podríamos seguir adelante sin aclarar que con la auténtica operación crediticia se acompañan en las complejas realidades económicas, financiera y jurídica, una amplia gama de negocios de crédito constituídos por el otorgamiento de éste sin inmediata trasmisión de propiedad al acreditado por parte del otorgante, quien se obliga a la transferencia de propiedad

en un acto sucesivo, cuando lo requiera el acreditado o, también, mediante constitución de garantías reales, personales, o estrictamente cambiarias. Por lo regular, el negocio de crédito prepara, favorece o fortalece una operación de crédito auténtica entre las partes, o entre éstas y un tercero, de donde resulta para el acreditante la aceptación del riesgo del crédito sin inmediata erogación y, además, se liga su patrimonio a la ejecución de una operación de crédito.

III

OPERACIONES DE CREDITO BANCARIAS Y TITULOS DE CREDITO BANCARIOS.

A los fines de unidad metódica de este trabajo, abandonamos la exposición de la teoría general de los títulos de crédito, pues ello distraería nuestra atención para el arribo oportuno de la cuestión eje que nos hemos propuesto.

Dentro de las operaciones de crédito en general figuran las operaciones bancarias, que al decir de Joaquín Rodríguez y Rodríguez —en su libro Derecho Bancario, Págs. 18 y 19— juegan el papel de actos de intermediación profesional en el crédito, caracterizándose por ser "operaciones masivamente realizadas" y pudiendo predicarse de ellas que jurídicamente son las que efectúan, en masa, operaciones de crédito. Después de discurrir con acierto a través de agudas críticas a diversas posiciones doctrinales, sostiene que en definitiva, los bancos, al llevar al cabo diversas operaciones crediticias, recogen dinero realizando operaciones pasivas y, también lo proporcionan a través de varios tipos de operaciones activas. Para estos fines habrán de consumar contratación en serie, ésto es, actos en masa, mediante empresas adecuadamente organizadas, conjugándose los actos "masivos activos" y "masivos pasivos". Concluye expresando:

> "...La empresa bancaria existe para recoger capitales ociosos de quienes no los necesitan y para dar esos mismos capitales a quienes los precisan para su inversión lucrativa... la operación bancaria es una operación de crédito realizada por una empresa banca-

ria, es decir, en masa y con carácter profesional..."

La teoría general de los títulos de crédito tiene una doble sede: en el Derecho Mercantil y en el Financiero; pero en las operaciones reservadas a los bancos y a las instituciones de crédito, entran categorías de éstos que por su relevancia en la circulación legal o en la **circulación fiduciaria,** el sistema legislativo asigna privativamente a dichos organismos la exclusividad de emisión o exclusividad de recepción y cumplimiento de órdenes de pago (billetes de banco, cheques en sus distintas formas, pagaré bancario, etc.) Es común especialidad de estos títulos la función subrogatoria que desempeñan relativamente a la moneda. Corresponde la primacía, en cuanto a seguridad, al billete de banco y sin que pierdan eficacia subrogatoria los demás, cumplen su función liberatoria con menos intensidad que aquél, pues el billete de banco tiene apoyo legal en lo que respecta a su plena eficacia liberatoria. Los demás títulos, por circular de persona en persona, su eficacia liberatoria como moneda dependerá de la existencia del consentimiento de ambas partes en cada relación en que operen. Por ésto, hay que diferenciar la circulación legal que corresponde a la moneda metálica o al billete de banco que legalmente la representa, de la **circulación fiduciaria** que por implicar cierta confianza los títulos representativos de dinero, ha tomado ese nombre.

Este apartado es a manera de propedéutica para el análisis de las operaciones de crédito bancarias que generan el título de crédito denominado cheque, en el aspecto subrogatorio de moneda (apto para el pago).

★

CAPITULO SEGUNDO

I

OPERACIONES DE CREDITO BANCARIAS GENERADORAS DEL CHEQUE.

Las operaciones de crédito bancarias ligadas a nuestro tema, presentan un carácter común: la facultad jurídica de una persona para librar órdenes de pago contra una institución de crédito. Las fuentes de esa facultad están representadas por tres diversas figuras privativas del Derecho Bancario:

a).—Depósitos de dinero en cuenta de cheques;

b).—Apertura de crédito en cuenta corriente; y

c).—Contrato de cuenta corriente, conocido también como contrato de giro.

Tales operaciones, a menudo confundidas en la práctica por exteriorizarse a través del libramiento de cheques, requieren pulcra diferenciación que vamos a delinear en pocas palabras:

a).—El depósito de dinero en cuenta de cheques, que con frecuencia se denomina simplemente depósito en cuenta corriente, o con mayor especificación, depósito en cuenta corriente de cheques, representa una operación pasiva de la institución de crédito, que habiendo recibido dinero de una persona (depositante) faculta a ésta para librar contra ella cheques, o sea órdenes de pago a la vista. (Omitimos el análisis del cheque como título de crédito para evitar digresiones).

En estos casos, estamos frente a una operación de crédito a **contrapartida homogénea,** pues el depositante ha trasmitido en propiedad a la institución una suma de dinero con miras de disponibilidad a la vista. En este sentido, lo expuesto en el capítulo anterior nos autoriza para afirmarlo así. Se trata de bienes fungibles trasmitidos en propiedad a la institución, pero ésto es

a título de depósito irregular en el que el elemento custodia, típico del depósito en general, obliga tan sólo en el llamado irregular a la conservación de otro tanto de la misma especie y calidad, pues es de explorado derecho que no se desnaturaliza el depósito ni su concepto esencial de custodia, cuando se trata de este tipo de operaciones de crédito bancarias.

El deber de restitución (contrapartida homogénea) está condicionado a la obligación de custodia que ha de cesar, total o parcialmente, a iniciativa del depositante o librador de cheques. Es decir, en estos casos la custodia consiste en el mantenimiento a disposición del acreedor (librador) del numerario entregado. El deber de custodia representa la onerosidad de la operación de crédito. El aplazamiento en esta operación, radica en la presunción de que el acreedor mantendrá vigente la operación a los fines de custodia.

A esta operación a **contrapartida homogénea** se le objeta la falta de señalamiento de término, a lo cual puede responderse diciendo que se trata de un término de facto constituído por la presunción antes señalada. Por esta imprecisión se suele hablar de operación crediticia accesoria.

b).—Contrariamente al carácter pasivo de la operación de depósito en cuenta de cheques, la apertura de crédito en cuenta corriente es una operación de crédito activa en la cual se invierte la mecánica, y es la institución la que funge como acreditante y el beneficiario del crédito abierto en esta forma, como acreditado. Como expresa Rodríguez y Rodríguez —en la obra citada, Pág. 62—, tanto el depósito a que nos hemos referido en el inciso a) como la operación que nos ocupa tienen de común el ser concesiones de crédito unilaterales, sólo que en el caso del depósito la concesión de crédito unilateral es del cliente a la institución, y en el de apertura crediticia es de la institución al acreditado. Las mismas reflexiones que hicimos en lo que a la mecánica del depósito respecta, son valederas para este caso.

c).—Existe una operación crediticia cuya fisonomía es la de un contrato autónomo en el que la prestación, por parte de la institución de crédito, consiste en el llamado servicio de caja que

excede los límites de la asunción del pago de cheques, abarcando todos los pagos posibles en interés del cliente y por orden directa o indirecta de él. La dimensión de este contrato es más amplia que la de las operaciones antes descritas, revelándose que la facultad de libramiento de cheques es un mero accidente o un aspecto integrante del complejo de otros negocios contratados en la figura autónoma que describimos.

La multiplicidad de fases de una tal relación jurídica crediticia bancaria acusa, con respecto a los sujetos y a los derechos y obligaciones que les incumben, las características de operaciones de crédito a **contrapartida homogénea** derivadas del contrato fundamental como negocio jurídico de crédito. La diferencia de esta fuente del cheque, con las antes analizadas, consiste en que cada una de las partes se otorga créditos y convienen en aplazar la liquidación de entregas y cargos de la cuenta hasta un momento determinado en el que el activo de un contratante será exigible al otro.

II

FUNCION ECONOMICA DEL CHEQUE Y LA CIRCULACION FIDUCIARIA.

El cheque es, esencialmente, un instrumento de pago y sólo formalmente se distingue del dinero. Pero recientes tratadistas de Derecho Bancario hablan también del título representativo de dinero, expresión que, sin embargo, tiene el inconveniente de más amplio significado toda vez que alcanza a comprender títulos de entrega o disponibilidad de mercancías, aunque en el fondo el cheque y otros títulos de crédito, más que substituir a la moneda la representan. Al respecto se dice que no cabe propiamente hablar de subrogación de dinero metálico, atendiendo a su función de medida de los valores, porque siendo indispensable el requisito de la homogeneidad entre el instrumento y la medida, no correspondería al escaso valor del papel en que se exterioriza el instrumento crediticio. En todo régimen de circulación de papel moneda, trátese de circulación forzosa, legal o fi-

duciaria, los bienes alcanzan su valor relativamente al dinero metálico que se manifiesta en el papel moneda, mediante la relación del dinero con ésta.

El empleo de los títulos de crédito bancarios como subrogatorios de dinero resulta ventajoso al evitar el uso del dinero metálico, y a su vez, cubren la función que éste cumple al representar el valor de los bienes en general.

A la circulación de estos títulos de crédito bancarios se le denomina **Circulación Fiduciaria.** Para abonar nuestro punto de vista en lo concerniente al cheque como título de crédito bancario subrogatorio de dinero, apelamos a la autoridad del citado Rodríguez y Rodríguez, quien en la página 102 de su obra antes mencionada, desarrollando el tema de las funciones y significación económica del cheque, escribe:

> "Fundamentalmente, la letra de cambio es un título de crédito, en tanto que el cheque es, ante todo, **un instrumento de pago.** Quien desea satisfacer una deuda, entrega un cheque a su acreedor, contra el banco en el que tiene su haber. Tan importante es la utilización del cheque como medio de pago que se ha dicho que se distingue del dinero en el aspecto formal... Como tal medio de pago, substituye para el librador al dinero en efectivo, al librar cheques contra un banco en el que tiene provisión; pero, como es vencedero a la vista, y tiene que ser presentado, en un plazo brevísimo, al librado, no crea crédito... En relación con esta función económica básica de ser un medio de pago por el que se dispone de un capital propio, están todas las principales ventajas económicas del cheque... En el mercado nacional de pagos, en cuanto permite la movilización de capitales en cuenta corriente, depósito, etc., permitiendo pagos en efectivo a tercero o transferencias; es de un manejo sencillo y tiene todas las ventajas de los pagos no en metálico, imposibilidad de substracción, dificultades materiales de transporte, custodia, etc.; posibilidad de substituir el metálico co-

locado lucrativamente, etc., **así como proporciona la posibilidad de la concentración del dinero para que los bancos puedan disponer de él con beneficio evidente para la economía nacional y movilizar así sumas enormes de dinero** que de otro modo permanecería en el fondo de un arca o en los dobleses de una media. Estas ventajas son muy superiores a los posibles inconvenientes derivados de las falsificaciones y de los abusos... Esta función del cheque se encuentra facilitada y potenciada en su eficacia por su conexión con los establecimientos de compensación. Combinándose con las Cámaras de Compensación, el cheque suprime el uso improductivo del dinero y adecúa continuamente los medios del pago a las necesidades del mercado y evita las emisiones excesivas de billetes y el encarecimiento de los precios... Unicamente diremos que la compensación del cheque no es una nueva función del cheque, sino que ello es un perfeccionamiento complementario de la función típica de medio de pago no en metálico..." (Este autor invoca en su apoyo la opinión de Buisson, Bouteron, Nouguier, Vivante, V. M. Linhardt, Schwerin, V. Cohn, Schmidt).

Concretando los conceptos sobre el poder subrogatorio del título de crédito bancario denominado cheque, diremos:

1o.—Que es medio de ejecución de los pagos en cuanto cumplimiento de obligaciones, dado que la variedad de prestaciones que son objeto de ellas, en última instancia, son reductibles a la entrega de dinero;

2o.—Que es instrumento de intermediación en los cambios, representando el contravalor (contrapartida heterogénea) de bienes "in natura" y representa la posibilidad de nuevas adquisiciones en otros actos de cambio.

3o.—Que facilita los medios de transportación del dinero (moneda metálica o papel moneda) evitando los riesgos que esa movilización trae consigo.

III

BREVE EXPOSICION SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL CHEQUE.

Este título de crédito bancario, como títulovalor, según lo denomina genéricamente Rodríguez y Rodríguez, lleva anejas las características esenciales de todo título de crédito: a).—Incorporación; b).—Literalidad; c).—Autonomía; d).—Legitimación; y e).—Abstracción.

Conocidas al extremo son las doctrinas que pretenden explicar el origen del cheque.

Eludiendo describirlo, hemos de decir tan solo que en la actualidad se señala como génesis de ese documento la asignación bancaria, que consiste en la figura mediante la cual se crea a cargo del asignante la obligación de hacer cumplir por la institución asignada una prestación, siendo esencial su empleo como medio de pago.

Podemos definir la asignación diciendo que es un acto jurídico por el cual un sujeto denominado asignante da orden a otro llamado asignado para que éste pague a una tercera persona, que es la asignataria. A menudo se confunde esta figura, que también se llama con propiedad indicación de pago. con la delegación, en la cual además de la orden de pagar se acompaña la asunción de la obligación relativa por parte del delegado.

Rodríguez y Rodríguez en su "Derecho Bancario", cuya opinión preferimos transcribir para no alterar el sentido de sus palabras, que confirman nuestro anterior punto de vista, anota:

> "Junto a la exigencia de pago, el cheque lleva siempre explícita una autorización de pago (negocio autorizativo yuxtapuesto) que consiste en el consentimiento del acreedor (girador) para que su deudor (girado) le pague a él personalmente o a cualquier otra persona que resulte legitimada por la tenencia del documento o por su endoso en forma. La autorización releva al deudor de las normas ordinarias de pago, para quedar sometido a las propias de los títulosvalo-

res... Por lo expuesto, vemos que el cheque no es un acto de cesión, sino una forma de extinción de derechos envuelta en la fórmula general de la asignación... La base jurídica de esta construcción nos la proporciona el artículo 2066 del Código Civil del Distrito Federal... La mejor prueba, a nuestro juicio, de que el derecho cuyo cumplimiento exige el tenedor es el del librador, es decir, que el tenedor sólo se comporta como persona autorizada para exigir el pago debido por el librado a aquél, es que en el cheque **las excepciones derivadas del contrato de provisión son oponibles a cualquier tenedor**..."

El librado no asume obligación de ninguna especie con el tomador del cheque. En cambio, siempre estará obligado con respecto al librador, condicionada esta su obligación a los llamados presupuestos del cheque. Estos son:

1.—Autorización del librado;

2.—Disponibilidad bastante para cubrir el importe del cheque, coetánea a su emisión.

Ambos supuestos, que han de preceder en todo caso a la subscripción del cheque por parte del librador, implican derogaciones al derecho común e incluso a algún aspecto del derecho cambiario. Vamos a proceder ordinalmente a su análisis:

1.—**Autorización.**—Rodríguez y Rodríguez dice que ésta deriva del contrato de cheque. Correcto. Pero no se trata de un contrato de cheque como figura autónoma independiente de otra relación crediticia; es un pacto accesorio a la operación de depósito irregular bancario en cuenta de cheques, o bien, se tratará de una cláusula accesoria a la apertura de crédito en cuenta corriente; o bien una base del llamado contrato de giro o de un amplio contrato de cuenta corriente en el que el autorizante, a la vez que se ha comprometido a pagar cheques del acreditado, ha de ejecutar en favor de éste otra serie de operaciones y negocios de crédito.

También se suele llamar al contrato de cheque, convención de cheques, y se afirma que sería raro encontrar solitariamente configurada dicha convención. Esta convención puede resultar

de tácitas manifestaciones de voluntad cuyo significado, dadas las circunstancias en que tengan lugar, apunten su incompatibilidad con la negativa para el libramiento de estos títulos de crédito; v. gr.: en el contrato de giro, cuando la institución entrega al acreditante la libreta de cheques; cuando en el depósito irregular se hace también entrega de los esqueletos correspondientes y se permite la redacción de la cláusula adicional al efectuar el depósito. Igual cosa ocurrirá cuando al abrirse una cuenta corriente, sin mayor especificación, el instituto de crédito entregue el talonario. Esta autorización es definida por Forti, citado por Rodríguez y Rodríguez (en la página 113 de su tratado "Derecho Bancario") "como un requisito de legitimidad para las conductas que están subordinadas a la misma", y escribiendo el autor español nombrado en segundo término, manifiesta:

> "Su falta —de la autorización— motiva la invalidez del negocio jurídico, **porque tiene un cierto efecto constitutivo;** en realidad se trata de una situación jurídica... Sin embargo, hoy por hoy, no hallamos en el panorama jurídico que nos es conocido ningún esfuerzo constructivo que pueda substituir al de Forti... Baste con indicar que en nuestra opinión la definición que da este autor —de la autorización— es de completa aplicación al cheque... En efecto, la tenencia del cheque, como posesión de cosa mueble y de acuerdo con la fuerza legitimadora de aquella, concede derecho al tenedor para ejercer el derecho incorporado en el documento; en nuestro caso, le atribuye la titularidad de la exigencia de pago que formula al girador. Pero, para que el tenedor pueda cobrar y el banco girado pagar, no basta eso, sino que precisa una doble autorización: la del girador al tenedor, para que éste pueda cobrar lo que es debido a aquél; la del girador al girado, para que pague al tenedor. El poder jurídico del tenedor, derivado de la tenencia de la cosa mueble que es el cheque, está sometido en su ejercicio a esa doble autorización. El tenedor no podría ejercer su poder jurídico si no ha sido autorizado para cobrar,

ni el girado puede pagar si no recibe la autorización necesaria. Estas autorizaciones constan en el cheque en la cláusula a la orden acompañada del nombre o en la cláusula al portador..."

Como se ve, la autorización jurídicamente hablando, implica una prohibición. Pero ésta queda condicionada al otorgamiento de aquella con vistas a que pueda hacerse legítimamente lo que antes, de por sí, no podía hacerse.

2.—**Disponibilidad.**—Difícil es llegar a la precisión de este concepto. A menudo se le confunde con el de provisión de fondos. Tratándose de cheque es más relevante la disponibilidad que la provisión. Desde luego que aquella supone a ésta; pero la inversa no es verdadera en absoluto. El concepto de disponibilidad —fondos disponibles— envuelve un crédito exigible y líquido, pero las normas que rigen esta doble característica en derecho común no devienen aplicables a la mecánica del cheque y sus fuentes. Desde luego que el presupuesto del concepto de disponibilidad consiste en que se trate de un crédito líquido y exigible; pero las reglas del pago que operan según el derecho común se ven desmentidas en materia de cheque, ya que el deudor depositario o acreditante, según los casos, no podrá liberarse contrariando la voluntad del depositante o del acreditado, sino que está obligado, en un caso, a conservar cantidad líquida y exigible a disponibilidad del depositante; y en el otro, a suministrar, cargando el riesgo del crédito, las cantidades que total o parcialmente, mediante el libramiento de cheques, le ordene que pague por su cuenta el acreditado.

En términos generales, la provisión de fondos significa que el librador sea acreedor del librado, cualquiera que haya sido la fuente del crédito: habrá crédito de restitución (tantundem) o autorización para entrega con contrapartida homogénea diferida, siempre y cuando la iniciativa se tome dentro de la vigencia de la convención entre el librador y el librado.

Con lo anterior dejamos concluído el capítulo que directamente ha de guiarnos en el ensayo de solución a la problemática que aflora del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

CAPITULO TERCERO

I

EL ARTICULO 193 DE LA LEY DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO Y EL DELITO DE DAÑO.

Vamos a abstenernos de algo que tal vez sería conveniente a los fines de aumentar el volumen de este trabajo: la inserción de extensos párrafos de la copiosa literatura que en nuestro Derecho ha suscitado esta disposición legal. Los ilustres nombres, cuyas firmas han calzado la exteriorización de sus puntos de vista, no han bastado para acogernos decididamente, dicho sea con respeto, a ninguno de ellos en forma integral, ya que los mejor librados, a nuestro parecer, sólo acusan incidentalmente germinales principios de verdad que se antojan más intuidos que meditados, para luego abandonarse dentro de los lugares comunes del debate. Esto ha ocurrido tanto a los juspenalistas como a los cultivadores del derecho privado.

Nos anticipamos a advertir, con toda modestia, que el subsecuente desenvolvimiento de este penúltimo capítulo está motivado por el deseo de mostrar nuestros afanes de investigación, que se hallan bien lejos de una sobrestimación de personales calidades inexistentes, y sí hermanados, aquellos afanes, al imperioso propósito de que en este nuestro final esfuerzo quede acentuada la conciencia del deber del estudiante.

Todo el contenido de los dos anteriores capítulos lleva implícito el estudio de materias que habitualmente se cultivan extracátedra y las que nunca encontramos conjuntas a los estudios del Derecho Mercantil ni del Derecho Penal y que, por otra parte, fueron vistas de soslayo en la programática de los cursos de la Ciencia Económica.

Los azares que nos han llevado a desplegar actividades de pasantía dentro del ambiente de una institución de crédito nos fueron, poco a poco, despertando la ambición de bucear dentro

de las bajas aguas de doctrinas y posiciones acogidas con la impasibilidad que a veces impone lo aparentemente indiscutible ante el argumento de autoridad. Pero cada vez que leíamos un proceso (o un estudio) en torno al artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, íbamos a este precepto y a la fracción III del 387 del Código Penal y sentíamos la atracción de corrientes submarinas que por fin nos decidieron a la exploración.

LOS PRECEPTOS:

Artículo 193: "El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado, por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que con ella le ocasione. En ningún caso, la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque".

"El librador 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 librado".

Artículo 387 Frac. III) "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior (se refiere al 386 del propio Código) se impondrán:... III: Al que obtenga de otra una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle";

Hemos de ocuparnos, en primer término de dejar bien perfilados los supuestos de la primera disposición legal transcrita, en las siguientes proposiciones:

Primera: Todo aquel que libre un cheque, que sea presentado en tiempo a la institución librada, y no pagado por ésta al tenedor, **por causa imputable al librador,** será responsable para

con el tomador de los daños y perjuicios que el no pago le ocasione.

Segunda: En la hipótesis de que se causen daños y perjuicios al titular del cheque, la indemnización será del veinte por ciento para arriba, del valor del mismo.

Tercera: Cuando las causas del no pago del título se imputen al librador por **carecer éste de fondos disponibles al expedir el cheque;** por **haber dispuesto de ellos antes del transcurso del plazo de presentación, o por carecer de autorización que legitime la expedición de cheques,** a la responsabilidad pecunaria específicamente mercantil, se adicionará ("además") la pena del fraude.

Esta disección del precepto nos autoriza, en primer lugar, a afirmar que la responsabilidad pecunaria se subordina a la causación de daños y perjuicios en el patrimonio del tenedor.

Supuesta la imputabilidad al librador, ésta acarrea, en términos generales, las consecuencias de resarcimiento, porque el pago mediante cheque (instrumento de pago subrogatorio de dinero) carece en esas condiciones de eficacia liberatoria y por lo tanto, el librador no habrá cumplido con el tomador. En otras palabras, falta en la relación subyacente entre el librado y el librador la **contrapartida homogénea** o **tantundem** que sirve de apoyo al cheque como instrumento de pago (ya se trate, desde el punto de vista de la institución librada, de una operación de crédito pasiva o activa, principal o accesoria).

En segundo lugar, cuando el cheque queda impagado por algunas de las tres causas que hemos indicado en la tercera proposición de las antes ordenadas, el librador será castigado con la pena del fraude.

Esas tres hipótesis que originan el impago se han apreciado por los intérpretes, generalmente, como constitutivas del delito de fraude.

Ya hemos visto que el cheque es un instrumento de pago. Como tal, es un documento cartular subrogatorio de la moneda:

El supuesto tácito del precepto es que se entregue al tomador con vistas al cumplimiento (pago) de una obligación emanada de cualquiera relación causal. El supuesto expreso consiste en que cuando el tomador presenta el cheque para su pago y éste queda impagado por causas imputables al librador del mismo, será responsable civilmente del resarcimiento de los daños y perjuicios. El librador no quedará liberado de la obligación que pretendió cumplir.

Ahora bien, si se niega el pago al tomador del cheque por alguna de las causas que tripartitamente puntualiza el segundo párrafo del artículo 193, las que aparecen como imputables a él, **"sufrirá además la pena del fraude".**

Esta remisión a la penalidad del fraude ha conducido a los intérpretes a sostener que en este precepto se establecen otras modalidades del delito de fraude, o bien, que los elementos típicos de la fracción III del artículo 387 del Código Penal, coinciden con el artículo de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que nos ocupa, aceptando, cuando mucho, que la única discrepancia entre ambas disposiciones legales consiste en que, en el segundo párrafo del artículo 193 se presume juris tantum el dolo, mientras que en el precepto del Código Penal hay que probarlo como elemento integrante del delito. (Véase Joaquín Rodríguez y Rodríguez, "Derecho Bancario", Pág. 166, Núm. 4).

El supuesto del que parten quienes sostienen que en el artículo 193 se establecen nuevos tipos de fraude, o bien que coinciden substancialmente dicha norma con la del Código Penal (Véase Rodríguez y Rodríguez, Opus cit., conclusión primera, Pág. 179) es que al emitirse un cheque en las condiciones previstas en el artículo 193, párrafo segundo, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en todo caso el librador obtiene un lucro indebido. Tal manera de ver es inexacta.

La función del cheque es su poder liberatorio como instrumento de pago. El no pago constituye en mora al deudor (librador). Librado y no pagado el cheque por causas que le sean imputables, no logrará el propósito de cumplir con su obligación, ya sea éste real o aparente; pero tampoco alcanzará, según se

piensa, por el hecho liso y llano de la ineficacia liberatoria del cheque, un lucro indebido: no habrá cumplido con su obligación. En vez de alcanzar lucro por la falta de cumplimiento, **le acarrea desventajas,** como son todas las derivas del incumplimiento (deber de pagar al acreedor indemnizaciones compensatoria y moratoria).

Lucro implica, en materia penal, obtención o exacción ilícita de patrimonio ajeno, de algún bien jurídico ya sea corporal o incorporal, mediante las maniobras fraudulentas de las cuales el cheque como documento cartular puede ser un elemento concurrente con otras circunstancias francamente dolosas. Consideramos un grave error estimar que el no pago, aunque medie cheque impagado por cualquiera de las causas a que se refiere el artículo 193 en su segundo párrafo, constituya, **de por sí,** un lucro indebido (a no ser que medien elementos fraudulentos que determinen a la ajena voluntad para desprenderse de un bien patrimonial en beneficio del librador) pues ello equivaldría a erigir en delito el incumplimiento de una obligación civil (el no pago) llevándonos al quebranto absoluto de la norma constitucional que inexorablemente prohibe la prisión por deudas. Lo mismo, decir que el no pago implica un aprovechamiento del patrimonio de otra persona, aunque sea de una parte mínima, es casi tanto como confundir las inconfundibles figuras del incumplimiento de una obligación con el enriquecimiento ilegítimo.

Por todo lo anterior y a guisa de viático para subsiguiente investigación, dejamos sentado que el precepto de la Ley Mercantil, expresa y tácitamente indica:

a).—La posible causación de daños y perjuicios civiles;

b).—Que cuando esto ocurra, la indemnización por el incumplimiento de una obligación del librador contra el tomador es la lógica consecuencia jurídica;

c).—Que no se debe considerar que el hecho de ese incumplimiento, adjunto con alguna de las tres hipótesis del párrafo segundo del artículo que comentamos, eleve una figura civil (y la responsabilidad que entraña) a la categoría de delito, puesto que se resolvería en violencia a la prohibición constitucional de aprisionamiento por incumplimiento civil.

II

DELITO FORMAL Y DELITO DE PELIGRO.

Estas posturas de la doctrina mexicana constituyen, sobre todo la primera, ensayos relativamente próximos a la solución del enconado asunto.

González de la Vega, objetivando una vez más su característico talento, nos dice con suma brevedad que se trata:

> "...de un delito formal, cualesquiera que hayan sido los motivos, circunstancias o finalidades de la emisión del cheque no pagadero. La sanción se aplica como enérgica manera de tutelar la circulación del cheque, título que de preferencia sirve como autónomo instrumento de pago de las obligaciones vencidas o sin plazo y al que se concede **gran valor fiduciario...**" (Derecho Penal Mexicano, Tomo II de la 2a. edición, Pág. 203).

Pretende destruir esta manera de ver, tan sintética pero tan próxima a la verdad como lo hemos de constatar, Becerra Bautista (en su monografía "El Cheque sin Fondos", editorial Jus, Págs. 65 y siguientes) argumentando que el penalista antes citado ha incurrido en confusiones, siendo el aspecto fundamental de su crítica con pretensiones destructivas, aquel en el que enjuicia el concepto de delito formal, más divulgado en la doctrina con la argumentación de González de la Vega; y termina diciendo al respecto:

> "...de lo dicho puede concluirse que no debe aceptarse la definición que el licenciado González de la Vega da de delito formal, porque la característica que pretende atribuirle como diferencia específica es contraria a los principios que rigen la base de toda ciencia penal" (Pág. 72).

Esgrimir esta especie de argumento nos parece, desde luego, substancialmente ineficaz, pues si bien es cierto que la mayo-

ría de los penalistas discrepan de González de la Vega en este punto muy discutible, Becerra Bautista no entra a objetar el fondo de la tesis del actual Procurador Federal.

Al respecto, los ensayos de la doctrina más reciente nos dicen:

> "La distinción de delitos materiales y formales **no es clara** y tal vez no pueda guiarse por los criterios que habitualmente se exponen. Es mejor acudir a otra terminología para designar estos dos grupos de infracciones que se hallan en conexión con el concepto de resultado externo y no dependen del propósito. Los llamados delitos formales son delitos de simple actividad o meros delitos de acción, y los delitos materiales son los delitos de resultado externo. Roberto von Hippel tiene razón al criticar la terminología de delitos formales y materiales, pues es indudable que en ambos casos se trata de ataques materiales contra **intereses jurídicamente protegidos.** Los escritores partidarios de distinguir ambos grupos, dicen que en los delitos, de simple actividad se agota el tipo en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo. Como puede observarse, la actividad (los actos) son necesarios en ambas formas de delitos, ya que la diferencia radica en el resultado **existente** o **ausente.** Sin embargo, a nuestro juicio, la controversia respectiva a si todo delito tiene un resultado es puramente terminológica, y se halla incluso negada por muchos escritores, entre los que descuellan Max Ernesto Mayer y Hippel. Este último, combatiendo a von Liszt, dice que no es correcto afirmar que hay delito sin resultado, después de haber definido éste como modificación en el mundo exterior... Por nuestra parte, como acabamos de decir, **creemos que lógicamente existe en todo delito actividad y resultado.** Lo que ocurre es que en los llamados delitos formales o de simple actividad, esos dos momentos coinciden en el tiempo y se sueldan íntimamente. Con su agudeza

acostumbrada, escribió Mayer que **a pesar de la coincidencia temporal de la manifestación de voluntad y del resultado en los delitos de simple actividad, la unidad temporal no debe engañarnos respecto a la dualidad lógica**... No queremos insistir más en este punto porque lo cierto es —y en ello están conformes todos los escritores modernos— **que la distinción entre delitos formales y materiales no tiene ya hoy** la importancia que antes se le atribuía". (LUIS JIMENEZ DE USUA, "La Ley y el Delito", Curso de Dogmática Penal, Ed. "Andrés Bello", Caracas, Ven., 1945, No. 148).

Hemos considerado necesario transcribir esta opinión de uno de los más grandes criminalistas del día, a los fines de subrayar que en esta dirección, la crítica de Becerra Bautista es innocua y que el empleo del adjetivo formal usado por González de la Vega es tolerable y además gráfico para expresar su punto de vista. Esto no quiere decir que coincidamos plenamente con la tesis del destacado penalista mexicano, según lo hemos de ver al sentar nuestras conclusiones. Por otra parte, las censuras que hemos formulado en el anterior apartado de este capítulo son valederas para la teoría de Becerra Bautista, quien milita con los autores que aceptan que el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito tipifica un delito de daño.

En la transcripción de la opinión de Luis Jiménez de Asúa hemos insertado, aprovechando la oportunidad de invocarlo, conceptos que en breve nos serán útiles.

González Bustamante, dentro de sus méritos conocidos, ha hecho un esfuerzo plausible; pero desgraciadamente con afirmaciones de parcial certeza. Utiliza el delicado concepto de delito de peligro, y de no haber caído en contradicciones notorias, su posición no carecería de fuerza seductora. Dice:

"Al considerar que el delito que preve el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, es sin disputa un delito de peligro (La Justicia, Pág. 6215, citado por Rodríguez en su obra indicada). Y el mismo, en el artículo intitulado "Expedición de Che-

ques sin Fondos, que apareció en el número de 1o. de abril de 1942 de la Revista "Derecho Nuevo", atacando la tesis de González de la Vega, escribe: "No es en realidad un delito formalista que se funde en una sola firma del documento llamado cheque, sin examinar primordialmente las condiciones que privaron en su expedición. **No se sanciona al que puso su firma como librador, en tanto que no se demuestre que lo dió para servir de pago... Se trata de un delito de peligro como el disparo de arma de fuego, la excesiva velocidad, la vagancia y la malvivencia. Cáusese o no se cause daño en el patrimonio por la expedición de un cheque no pagado por falta de fondos, el delito existe;** en todo caso, la concurrencia del daño servirá al juzgador para graduar la pena, y si la Ley de Títulos nos remite para la aplicación de la sanción al Código Penal, como éste en el capítulo de daño en propiedad ajena nos envía a las sanciones aplicables al robo, no quiere decir que por remitirnos a las sanciones aplicables al fraude, se trate del delito de fraude". En las páginas 6272 y 6273 de "La Justicia", pretende aclarar que: "La nueva figura delictiva está destinada a proteger la circulación fiduciaria del cheque y sus presupuestos consisten en que se gire un cheque; que sea presentado en tiempo y no se pague por causa imputable al librador, sea porque carezca de fondos disponibles al expedirlo, porque haya dispuesto de los fondos antes de que transcurra el plazo de presentación o porque nunca haya tenido autorización para expedir cheques a cargo del librado, **independientemente del daño patrimonial que pueda resultar al beneficiario...**"

La parcial validez de la tesis estriba en haber apuntado la protección a la circulación fiduciaria del cheque. En cambio, nos parece confusa hasta la contradicción en lo referente al delito de peligro, pues en proposiciones recíprocamente excluyentes nos dice que no habrá delito en tanto no se entregue el che-

que **para servir de pago,** y luego afirma que el delito existe **cáusese o no se cause daño al patrimonio.** Al decir González Bustamante que no se sanciona al librador mientras no se demuestre que dió el cheque para servir de pago, se coloca dentro del grupo de autores que sostiene que el precepto que nos ocupa castiga el delito de daño; y, al decir que cáusese o no se cause el daño en el patrimonio del tomador, pretendiendo así acentuar el delito de peligro, incurre en afirmaciones contradictorias. Esto es así, porque la ineficacia del pago les hace suponer la obtención de un lucro, pensamiento que creemos haber destruído en el anterior apartado del presente capítulo. Entraña también una contradicción, relativamente a las hipótesis del cheque en garantía, el cual no se da con intención de servir de pago y sí representa un peligro para la circulación fiduciria, que según él mismo, trata de proteger el precepto.

Por otra parte, el mecanismo de la peligrosidad substancial de este delito está deficientemente desarrollada. No se determina si se refiere al delito de peligro concreto o al delito de peligro abstracto; y esto alcanza elevada importancia en las categorías delictivas, pues como dice Jiménez de Asúa en la pág. 266 de su obra citada:

> "...Ahora parece que asume mucha mayor trascendencia la división de delitos de peligro y delitos de lesión. Estos últimos son los que aparecen con más frecuencia en las legislaciones penales, y en ellos pertenece a la tipicidad **la lesión a un** determinado bien jurídico, como, por ejemplo, la muerte en el homicidio, y las heridas en las lesiones. El otro grupo de delitos— los denominados de peligro— sólo exige que se haya **puesto en riesgo** el bien jurídico protegido por el Derecho. Puede ser relevante en Derecho Penal, no sólo **la realidad** del curso causal de hecho (delitos de lesión) sino **la producción** de un curso causal **esperado** (delitos de peligro). En resumen: el concepto de peligro significa la posibilidad inmediata, la posibilidad cognocitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado. Los autores modernos acostumbran a

diferenciar este grupo de delitos de peligro, en delitos de **peligro concreto** y delitos de **peligro abstracto.** En los primeros se exige, para que pueda decirse que el hecho encaja dentro del tipo, la demostración de que realmente se ha producido el peligro. En cambio, en los segundos, si bien el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre en el caso concreto la situación de peligro especial".

El renombrado penalista González Bustamante pasa de largo, abandonando la especificación del delito de peligro; y, al expresar que el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito configura un delito especial, nos parece que subraya el peligro que representa el cheque sin fondos a través de su secuela circulante frente a los patrimonios individuales, como el disparo de arma de fuego es un peligro en sí para la vida de las personas o para otros bienes jurídicos.

Nos ha llamado la atención un categórico párrafo que, relativamente a este punto ,inserta el ex Juez de Distrito, en la página 6273 de "La Justicia":

"No es necesario estudiar en el ámbito penal la naturaleza jurídica del cheque y determinar si se expidió como un mandato de pago, si se dió en garantía o si se trata de un cheque post-fechado. Basta con la posibilidad objetiva de que se ponga **en peligro** un bien jurídico..." Concretándose al artículo 193, en relación con el precepto del Código Penal que hemos transcrito, afirma en la página 6272 de la indicada revista jurídica:

"Que el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, **derogó** en lo que se refiere al cheque, la fracción IV del artículo 386 del Código Penal de 1931".

Creemos que González Bustamante, dadas sus anteriores opiniones, se ha querido referir a lo que Jiménez de Asúa llama

delitos de peligro concreto, pues afirma que hay que demostrar que el cheque se dió para pago (véase lo que dice al respecto en párrafos anteriores). Sin embargo, al sostener en la penúltima de las anteriores transcripciones que basta la posibilidad objetiva de que se ponga en peligro un bien jurídico, da la impresión de apuntar hacia el **delito de peligro abstracto.** En apariencia ,esta posición podría tomarse como correcta; pero el autor está presuponiendo lo que debería demostrar: que se tipifica un delito de peligro. ¿Peligro contra qué? ¿Contra el patrimonio de cada sujeto que reciba el cheque en pago? ¿Peligro contra la circulación, cuando no se ha precisado previamente si ésta debe o no calificarse como un bien jurídico?

La ausencia de fijación de diversas nociones esenciales que exceden al Derecho Penal, ha estimulado su llamamiento —en esta tesis— para solventar esos interrogantes que surgen al leer la construcción que comentamos.

Nosotros creemos que justamente, la única solución será aquella que en armonía con todo el sistema jurídico, partiendo de la función económica del cheque, de su naturaleza jurídica y de las relaciones presupuestales, logre resolver este debate que se ha detenido en el punto crucial de los caminos que todavía invitan a la captación de la verdad.

CAPITULO CUARTO

I

LA FINALIDAD DEL ARTICULO 193 DE LA LEY DE OPERACIONES Y TITULOS CREDITICIOS

Nos ha perseguido, a medida que transcurría la elaboración de esta nuestra modesta tesis profesional, la preocupación de no lograr, como fuera deseable, su unidad sistemática. Mal haríamos en prejuzgar sobre la cuantía o ausencia de este objetivo tan valioso en las disciplinas jurídicas; pero ya que las circunstancias nos impedirían nuevos intentos de coordinación, nos lanzamos contando anticipadamente con la venia de ese Honorable Sínodo, cuya crítica será para nosotros la mejor de las lecciones.

1o.—El Capítulo Primero (I) ha perseguido, y modestamente afirmamos haberlo logrado la depuración del concepto de crédito. Concluímos allí que esta noción no tiene como ingrediente esencial la confianza, si bien está presente en la generalidad de las veces como propulsora de concesiones crediticias. En cambio, hemos sentado los tres elementos esenciales de la operación de crédito.(trasmisión de propiedad en los términos explicados; onerosidad; y aplazamiento).

2o.—Señalamos las directrices de las operaciones de crédito bancarias (profesionalidad; realización en masa de dichas operaciones, mediante empresas) Anotamos a este respecto que los bancos, al actuar en la forma entonces descrita, sirven a la economía nacional recogiendo capitales para proporcionarlos a quienes no los poseen, mediante la combinación de operaciones de crédito bancarias activas y pasivas. Por si lo dicho sobre el particular no fuere bastante, nos acogemos a la autoridad de Paolo Greco, quien distinguiendo las operaciones de crédito bancarias de otros actos de comercio, y al singularizarlas como actos de interposición en el crédito, afirma:

"...Lo que sucede en la operación de crédito gratuita, —destaca esto el autor contra la posible objeción de la falta de finalidad lucrativa en ciertos actos de intermediación— donde a pesar de viejas teorías se encuentra siempre una actividad, como reconoce la doctrina mercantilista dominante, el fin de lucro es un elemento natural y normal; pero no esencial. Tratando de adoptar una fórmula que sea generalmente válida, se puede decir que el acto de interposición, a propósito de las operaciones de crédito, consiste en el hecho de que el autor del acto se interpone en la circulación del goce de los capitales, **tomando éstos de unas personas y proporcionándoselos a otras**... La actividad de interposición en el crédito tiene el efecto de crear, en el patrimonio de quién la ejercita, débitos y créditos en relación de mutua interdependencia, estando dichos débitos y créditos ligados entre ellos por un nexo de **causalidad recíproca.** Este es el elemento que distingue la hacienda bancaria de cualquier otra hacienda patrimonial donde también pudiera verificarse la normal coexistencia de débitos y créditos en determinada relación cuantitativa. Mientras en otras haciendas la asunción de créditos y débitos constituye un simple instrumento para realizar las actividades y fines propios de la institución, en la banca, al contrario, la asunción de aquellos débitos y créditos **constituyen precisamente su particular tarea.** La correspondencia entre las operaciones pasivas y activas en las negociaciones de crédito, puede verificarse de diversa manera. Normalmente no es individual respecto de cada una de las operaciones o grupos de operaciones activas y pasivas; se verifica tal correspondencia entre las dos masas de operaciones, y, normalmente, la ley deja a la negociación la libertad de determinarla según los principios de la economía y de la técnica bancarias, ya sea desde el punto de vista cuantitativo (importe de las operaciones pasivas en relación al importe de las activas) o

bien desde el punto de vista cualitativo (tipos característicos de unas y otras operaciones)... por los caracteres descritos, se ve que los actos de interposición en el crédito corresponden a una categoría bien definida entre las operaciones tradicionales y habituales de la banca, en unión de las funciones monetarias (cambios) y de pagos (servicios de caja y pagos por cuenta de terceros) aunque estos últimos en algunos períodos (y no de los más florecientes) de la historia bancaria, hayan tenido preeminencia. A los actos de interposición corresponde una técnica especial de organización y por medio de ellos **se realiza una función social y económica que suscita los mayores problemas de la política bancaria de nuestro tiempo e inspira en gran parte la legislación sobre la banca, con el fin de regular en la manera más útil para la economía pública y más segura para la masa de depositantes, el flujo, el reflujo y la distribución de los capitales por medio de los trámites bancarios..."** (Curso de Derecho Bancario, trad. Cervantes Ahumada, ed. Jus, 1945 Págs. 42, 43 y 44)

3o.—En el Capítulo Segundo se han descrito las operaciones de crédito bancarias originadoras del cheque, después de enumerarlas. Asimismo, hicimos hincapié en que esas operaciones tienen como característica específica su realización dentro de la esfera denominada a **contrapartida homogénea,** lo cual implica recibir y dar crédito, ya sea por las vías del depósito irregular, donde la especial concepción del elemento custodia permite la apropiación de bienes fungibles; o bien a través de la apertura en cuenta corriente; o en fín, del contrato de giro.

4o.—En el mismo Capítulo Segundo, apartado II, hemos desenvuelto con relativa amplitud la función económica del cheque y su conexión a la **circulación fiduciaria.** Poco quedaría por agregar, dentro de las dimensiones de esta tesis, si no hubiésemos encontrado que la opinión de Greco, al respecto, nos ofrece el prestigioso apoyo de su autoridad:

"...El destino normal del cheque, que inspira su especial disciplina legislativa, consiste en ser usado como medio de pago, en lugar de la moneda legal. Medio de pago entre los que negocian, y no simple instrumento de exacción en la caja del girado. Medio de pago, además, específicamente dispuesto para esta función, a diferencia de otros bienes, créditos o títulos de crédito, como por ejemplo la cambial, que pueden igualmente ser usados como medios de pago por la aptitud de todo bien económico para funcionar como moneda y para tomar el puesto de ésta, en las relaciones obligatorias, por medio de una datio in solutum. Medio de pago, por último, referible a cualquiera causa: solvendi, donandi o credendi.... La ley tutela esta función circulatoria del cheque como **substitutivo de la moneda** y como **medio de pago**... La ley tiene sobre todo: a).—A asegurar la existencia de la obligación del asignante; b).—A garantizar que el título corresponda a dinero realmente disponible por medio de él, y prontamente realizable por cualquier portador; (Recordamos nosotros que es esta situación la que hemos explicado con el nombre de operación de crédito a **contrapartida homogénea** c).—A identificarlo y distinguirlo rigurosamente de otros títulos de crédito en general y monetarios en especial como el billete de banco... (Es esta nota, según nosotros, la que contribuirá a fundamentar nuestra conclusión hermenéutica, pues en la disposición del Código Penal se involucra el cheque confundido con todos los demás títulos) d).—A reprimir todo abuso que lleve al título a usurpar los caracteres y las funciones de los otros substitutivos monetarios, y a evitar que se transforme en un instrumento de crédito, esto es, en un medio que sirve no para realizar, sino par dilatar los pagos... A estas exigencias de la disciplina del cheque corresponden las normas relativas a la relación de provisión entre girador y girado; a la prohibición a este último de asumir sobre el título cualquier obligación directa; al requi-

sito esencial de pagabilidad a la vista; a los recursos contra la postdatación y, por último, a la determinación del lugar de pago. Estas diversas normas pueden tocar o no la validez formal del cheque, pueden conducir a sanciones de nulidad civil o penal; esto no impide que todas concurran esencialmente a determinar la figura propia y las características económico-jurídicas del título. Y EN CUANTO SE DIRIGEN A LA TUTELA DE INTERESES DE ORDEN PUBLICO, ESPECIALMENTE EN RELACION A LAS EXIGENCIAS CUANTITATIVAS (Aquí recordamos las operaciones crediticias fuentes del cheque, y la mecánica de la **contrapartida homogénea)** Y EN GENERAL A LA SEGURIDAD DE LA CIRCULACION MONETARIA, ASI COMO A LA DEFENSA DEL REGIMEN TRIBUTARIO, TIENEN TODAS CARACTER TAXATIVO E INDEROGABLE, REFORZADAS POR AÑADIDURA CON SANCIONES PENALES. LA LEY INTERVIENE PARA LA TUTELA DE LA CIRCULACION, EXTENDIENDO AL TITULO, COMPATIBLEMENTE CON LA FORMA EN QUE CIRCULA, LOS PRINCIPIOS MAS RIGUROSOS DE LA DISCIPLINA CAMBIARIA..." (Obra citada, números 95 y 96).

5o.—También han quedado explicadas las diferencias entre provisión y disponibilidad, así como el concepto técnico de autorización. Estas nociones básicas son el viático con el cual habrá de inteligirse íntegramente la función cartular del cheque, que en todo caso se vincula a sus presupuestos económico-jurídicos. Parte de los errores de los jusprivatistas consiste en su empeño de separar, a rajatabla, los indicados presupuestos de este documento y considerarlo aislado cuando que su diferenciación, con respecto a otros títulos de crédito, sólo puede lograrse teniendo muy en cuenta esos presupuestos de que venimos hablando y de cuya conjunción nace esa cosa mercantil que llamamos cheque.

El anterior resumen nos lleva al pórtico donde se anuncia el final de la jornada.

II

UN NUEVO DELITO.

No vamos a pretender puntualizar escuetamente conclusiones. Nos referimos a que si habremos de insertarlas a manera de apéndice, sólo será para cumplir el requisito formal impuesto por nuestra amada Casa de Estudios; pero sinceramente creemos que están difumadas en cada uno de los anteriores capítulos y sus correspondientes parágrafos. Particularmente, hemos de decir que en la síntesis que precede a estas líneas finales ya se vislumbra la tónica de nuestro pensamiento, no original si se quiere, pero sí expresivo de nuestra convicción científica.

Nos atrevemos a afirmar, en atenta respuesta a las muy imperativas conclusiones —guardada proporción— de los juristas y maestros que han convertido este tema en un verdadero nido de problemas donde todos se disputan la prioridad en cuanto a exactitud, que todos ellos se filian por el común denominador de salidas brillantes, pero laterales.

En el respectivo capítulo hemos descartado, de plano, la tesis de que el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito tipifica un delito de fraude, y consiguientemente, proscribimos la tesis del delito de daño que dentro de esta figura se encuadra. Puede que de algo lesivo se trate en ese precepto; pero la lesión se proyecta sobre un bien jurídico excéntrico a la esiera del patrimonio individual.

Las tesis de González de la Vega y González Bustamante, desde diferente objetivo, atalayan la verdad; pero algo desvió al primero de perforar con su habitual y envidiable penetración, el núcleo de la problemática; y otro algo, quizás un exceso de afán clasificador, impidió al segundo tomar la rectilínea trayectoria que lo condujese al fondo del asunto.

El artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, estructura un nuevo delito cuyos presupuestos apuntan sobre las llamadas relaciones subyacentes de cuya combinación nace el cheque como título de crédito bancario. Por esta razón,

recordando lo que hemos explicado a través de las inserciones de Rodríguez y de Greco, este instrumento de pago (subrogatorio de moneda) se mueve, en temporalidad indispensable para su conversión en dinero, dentro de la órbita de la **Circulación Fiduciaria.** Esta gira ,a su vez, como complemento de la circulación legal facilitando no sólo los pagos sino también el cambio trayecticio. Es pues el cheque uno de esos bienes jurídicos íntimamente unidos al sistema circulatorio fiduciario que es, a su vez, un bien jurídico al servicio de los intereses de la colectividad.

El Estado ha tomado singulares medidas para organizar el crédito y el cambio; y las directrices por él trazadas y realizadas directamente a veces, y en otras, a través de empresas concesionarias, sirven de soporte a la fase de mayor relieve de la economía nacional, ya que el destino de la moneda como medida de los valores, pasando por el tamiz de la economía dirigida, es la satisfacción, en última instancia, de los intereses individuales.

La promiscuidad entre los conceptos de bien, interés y necesidad, ha propulsado faltas de precisión en el lenguaje jurídico; pero en el día, ya lo hemos dicho, la terminología jurídica no puede prescindir de los vocablos técnicos de la Ciencia Económica, máxime cuando se trata de un sistema normativo que tiene como finalidad regular esta fase vital para la sociedad y para el individuo.

Nuestra legislación sobre títulos y operaciones de crédito va de acuerdo con estas ideas que podrían traslucirse del sistema normativo en vigor, de no estar acusadas francamente en su exposición de motivos:

> "...En materia de títulos de crédito, la nueva Ley propende, en primer término, a asegurar las mayores posibilidades de circulación para los títulos y, en segundo término, a obtener mediante esos títulos la máxima moviliazción de riqueza compatible con un régimen de sólida seguridad... A fomentar la circulación de los títulos de crédito tiende, sobre todo, la concepción de éstos como instrumentos autónomos del acto o

contrato que les dió origen, es decir, con vida propia y, por tanto, capacitados para garantizar al tenedor de buena fe, independizando el ejercicio de su derecho, de los defectos o contingencias de la relación que dió nacimiento a tales títulos. A este mismo fin se orientan las facilidades de trasmisión y la rapidez y ejecutividad de las acciones concedidas al tenedor del título... Por las vías antes trazadas, en vez de la organización individualista de la riqueza en manos de una persona o de colectividades cerradas, **en vez del concepto restringido y lento de una riqueza que sólo lo es en la órbita estrecha en que su dueño puede aprovecharla de un modo directo, se establece el más amplio concepto de valores sociales y de vínculos jurídicos que sobre ellos pueden crearse,** sin necesidad de que exista la relación inmediata y en cierto modo material con las cosas que, aun cuando formando patrimonios distintos, constituyen en conjunto el patrimonio de la colectividad entera y deben ser aprovechados, consiguientemente, no sólo de acuerdo con la posibilidad limitada de sus dueños individuales, sino con la amplitud de la conveniencia y de las necesidades de la sociedad..." (Exposición de Motivos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. C. de C. R. Ed. Andrade, 1940, Págs. 488, 489 y 490).

Los supuestos de cuya concurrencia se integra ese nuevo delito previsto en el artículo 193 de la citada Ley, ya los señalamos en el apartado I del Capítulo Tercero, donde transcribimos el precepto.

En principio, la tesis de don Francisco González de la Vega nos parece acertada; pero hemos de reafirmar que no estamos de acuerdo con que esta disposición legal sea derogatoria, en cuanto a cheques, de la fracción III del artículo 387 del Código Penal. Pensamos que el libramiento de cheques sin fondos, en los lineamientos presupuestales del invocado artículo 193 de la Ley de Títulos, constituye un delito con entidad propia e independiente del fraude previsto en la disposición del Código Pe-

nal, pues, como dice con acierto el mismo González de la Vega, y como sostenemos nosotros, la Ley de Títulos en el precepto relativo persigue como fin la protección de la **Circulación Fiduciaria.**

La realización de este tipo de delito sólo tiene de común con el de fraude, la parte sancionadora de la norma del Código Penal. Se trata de una delegación de técnica legislativa a los efectos económicos de señalar una pena impuesta a diversas hipótesis delictiva. Lo que ha ocurrido, a nuestro juicio, es que tipificado un delito distinto al de fraude, se le asigna como consecuencia jurídica la misma penalidad.

Puede suceder que el cheque sea un instrumento que rodeado de circunstancias fraudulentas concurra a la consumación del fraude genérico o específico. Entonces, habrá delito de daño contra el patrimonio, castigándose por este concepto. Mas, aparte de esto, puede darse la hipótesis, a la que ya nos referimos cuando analizamos la teoría del delito de daño, de que se libre un cheque impagado en las circunstancias puntualizadas en el artículo 193, y no se menoscabe un patrimonio. Aquí se ve claro que este precepto no tiene como fin la defensa del patrimonio como atributo de las personas sino la protección del bien jurídico del que es titular la colectividad, constituído por la ordenación de interés público que se denomina **Circulación Fiduciaria.** El libramiento de un cheque impagado lesiona a esta Circulación por ocasionar el desequilibrio del stock monetario, sumándose a esta lesión contra el interés colectivo el descrédito del valor del cheque como instrumento de pago subrogatorio de moneda, lo que a su vez impide la expansión de las operaciones crediticias que son su fuente y que como más arriba lo apuntamos constituyen el soporte de un sector eminentísimo de la economía nacional. Todo lo dicho, descontando el descrétio que acarrean esos cheques, impagados a las instituciones bancarias.

Recuérdese que los institutos de crédito tienen que recibir dinero de los que lo poseen para distribuirlo como empresas intermediarias entre aquellos que lo precisan. El mecanismo de la contrapartida homogénea (tantundem) es básico para conser-

var el buen orden o equilibrio del stock monetario. Y la tolerancia de actos que aunque sea en mínima parte representen una anomalía al respecto, deben castigarse no tanto en razón a consideraciones cuantitativas, sino atendiendo a la garantía que exige ese bien jurídico de carácter social consistente en la movilización del dinero, calibrada hasta lo infinitesimal, para no despertar en la colectividad el dramático sentido de inseguridad económica.

Creemos que con todo lo anterior queda demostrada la falta de supuestos derogatorios de la norma de la Ley Mercantil, relativamente a la del Código Penal. Estamos frente a diferentes tipificaciones dielectivas y, consiguientemente, se excluye la posibilidad de tácita derogación.

Nuestro parecer aclara el por qué no aceptamos la tesis de Gonzalez Bustamante. Al referirse al delito de peligro mira a los intereses patrimoniales de las personas, pues de haberse detenido en un análisis más completo, seguramente hubiera adoptado el extremo que proponemos, mirando la causación de una lesión efectiva a la Circulación Fiduciaria del cheque. Su teoría del delito de peligro queda descentrada si se la pretende colocar dentro de nuestra interpretación.

El señor licenciado González Bustamante ha manifestado que las doctrinas italianas son inaplicables a nuestro medio jurídico y que éstas no resisten el análisis de la crítica si en ellas se quisiera fundar la teoría de la protección a la circulación fiduciaria (Pág. 36 de su estudio "Libramiento de Cheques sin Provisión", Editorial Lagunera, 1944). En cambio, don Alberto Vázquez del Mercado, que si mal no recordamos fué coautor de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, declara que en la elaboración de ésta se inspiraron, de manera muy especial, en la doctrina, proyectos y códigos italianos, así como en diversas actas de conferencias internacionales. (Véase "Análisis de Jurisprudencia", Tomo XIX, Pág. 105) de lo cual resulta que el enjuiciamiento del señor Lic. González Bustamante es contrario a la realidad de la auténtica inspiración legislativa, y da a entender que el sentido del artículo 193, al proteger la circulación fi-

duciaria, es un descubrimiento de la hermenéutica mexicana.

Si hemos de atender a los trabajos preparatorios y proyectos de nuestra legislación en materia crediticia, tan sólo como elementos interpretativos, decidimos inclinarnos por ahondar en los antecedentes que según el señor Lic. Dn. Alberto Vázquez del Mercado fueron singularmente determinantes de nuestra legislación. Así, para aclarar las direcciones de la doctrina italiana, hallamos que el magnífico jurista Paolo Greco, al desentrañar las auténticas miras de la legislación ítala, escribe:

> "...La inobservancia de las condiciones antes indicadas, —se refiere a los presupuestos del cheque— respecto de la provisión y de la convención de cheques, no determina la invalidez del cheque como documento o como título de crédito... Por lo que permanecen plenamente eficaces las obligaciones cartulares relativas. Pero tal inobservancia da lugar a sanciones de otro orden contra el librador. Antes que todo a su cargo puede ser una responsabilidad de carácter civil... Los bancos tienen un justificado interés en la normal circulación de sus cheques, porque el tener que rehusar su pago, puede ser motivo de descrédito, y más aún si en tal eventualidad deben también sufrir la publicidad de un protesto... Se incurre en la pena: —se refiere a las sanciones penales establecidas en Italia— a).—Cuando se emita un cheque sin previa autorización del girado; b).—Cuando se emita sin la disponibilidad suficiente;... No bastaría para exonerar de la pena en el primer caso, la creencia de que el girador, habiendo en otra ocasión consentido en pagar su cheque, podría también prestarse en la nueva ocasión, a menos que de semejante práctica, excluído todo intento de mera tolerancia o de excepcional favor se deba inducir la existencia de una convención tácita de cheque... **Ni bastaría la buena fe del girador fundada sobre la creencia de una disponibilidad mayor de la realmente existente, por no haber, por ejemplo, tenido en cuenta las adeudamientos efectua-**

dos en su cuenta o las compensaciones producidas por otras partidas a su cargo. LA SANCION PENAL TIENDE A GARANTIZAR LA SEGURIDAD DE LA CIRCULACION DE LOS CHEQUES, Y LA CONFIANZA DEL PUBLICO, AUN CONTRA LA NEGLIGENCIA DE CUENTACORRENTISTA QUE NO HAYA SEGUIDO CON LA DEBIDA ATENCION LOS MOVIMIENTOS DE SU CUENTA BANCARIA... Para que pueda eludirse la pena precisa que la emisión —se refiere al cheque— se realice por un hecho excusable; **no sólo que falte el dolo y existe la simple culpa, sino aunque ésta no subsista o resulte atenuada** HASTA LA EXCUSABILIDAD. Como podría ser el caso, por ejemplo, cuando el girador, por una plausible circunstancia, no haya conocido la existencia o la madurez de un débito recíproco compensable con la provisión. **La pena se reduce a la mitad si el culpable proporciona fondos al girado antes de la presentación del cheque**... No debe olvidarse, por cuanto es obvio, que tratándose de sanciones penales, presuponiéndose en el agente la voluntad de realizar, aunque sea sin dolo, el hecho incriminado, la emisión... debe entenderse en el sentido estricto de ACTO VOLUNTARIO DE DESAPODERAMIENTO por parte del girador a favor del primer tomador del cheque..." (Opus cit. No. 101).

Nuestro empeño de coordinación de elementos económico-jurídicos que expliquen integralmente las funciones del cheque, obedecen al deseo de demostrar que en la Ciencia Jurídica la actividad jurisdiccional, al interpretar las leyes, debe tener en cuenta el elemento teleológico o finalista en su aspecto dinámico. Se nos antoja que éste ha sido descuidado o mal comprendido. La atención sobre él ha engendrado un concepto nuevo en la sistemática interpretativa penal que Luis Jiménez de Asúa bautiza con el nombre de Interpretación Progresiva. En su obra citada, nos dice este maestro:

"El juez no puede ser ajeno a las transformaciones sociales, científicas y jurídicas. La ley vive y se

desarrolla en ambientes que cambian y evolucionan y, si no queremos estarla reformando de un modo frecuente, preciso es que la adapte, como su propia voluntad permite, a las nuevas necesidades de la época... El intérprete debe estudiar el problema a fondo y las modificaciones que haya podido experimentar la ley con el transcurso del tiempo, aunque los nuevos aspectos a que ha de adaptarse estuvieren lejanos de la razón originaria con que fué promulgada. Claro está que todo tiene límites. La interpretación progresiva puede hacerse siempre que las nuevas concepciones sean capaces de entrar en la fórmula general de la ley... La jurisprudencia francesa ha sido, al respecto, sobremanera acertada y proclama que los textos legales han de aplicarse, incluso, a situaciones resultantes de descubrimientos científicos posteriores, cuando son susceptibles de caer bajo su imperio... A esta clase de interpretación que es la más interesante de todas, hemos aludido al afirmar, en repetidas ocasiones, que el menester de los jueces reviste la índole de función creadora. Dotado de medios científicos, con una carrera independiente, formado en las modernas ciencias y responsable de sus actos, el juez moderno no crea el Derecho, pero sí ejerce función creadora. Las leyes yacen inertes, flácidas y el juez, a virtud del proceso de subsunción las vitaliza". (Núm. 83).

La interpretación que damos al artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito está sancionada por la autoridad de esta técnica tan delicadamente expuesta; pero por si ello no fuere convicente, nos cubre la venia de la exposición de motivos del cuerpo legal donde habita el precepto, esperando el impulso que lo movilice para brindar cobertura a la Circulación Fiduciaria que exige se la deje de lesionar, a los fines de resolver las demandas del interés colectivo en los tiempos que vivimos.

Con razón el enjundioso libro del egregio Roberto A. Esteva Ruiz, se cierra con un brillante párrafo, síntesis de enciclopédica maestría:

> "...hay un sacrificio del interés y del derecho individuales con predominio del interés colectivo, de la necesidad social de la seguridad en la circulación de las normas que las rigen, en defensa del crédito púsa, que altera la naturaleza de los conceptos tradicionales, y hasta las cosas materiales que se desmaterializan para hacerse entidades jurídicas, dentro de las normas que las rigen, en defensa del crédito público y de los medios que éste exige para dejar en cada mano por la que pasa el título de crédito, la utilidad que éste puede prestar y de que ha de menester quien lo adquiere. El factor económico de que habla Marx, es decisivo en esta materia; pero no puede ejercer su influencia si no en virtud de la construcción que le impone la técnica del Derecho". (Los Títulos de Crédito en el Derecho Mexicano, Pág. 376, Editorial Cultura, 1938).

La garantía del derecho a los bienes, es la garantía del derecho a la vida. La tutela del interés colectivo es la salvaguardía del hombre, el que, cumpliendo con sus deberes jurídicos-sociales, alcanza su destino moral. La garantía plenaria del valor económico es el primer peldaño hacia la consecución de los supremos valores. Así se cumple la función de la cultura que, como dijera un jurista contemporáneo, es camino entre el polvo y las estrellas.

CONCLUSIONES:

PRIMERA:—Para comprender el sentido auténtico del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, debe adoptarse el método teleológico o finalista de interpretación.

SEGUNDA:—De la sistemática jurídica en materia crediticia, se desprende que el bien protegido por el citado artículo 193 es la

Circulación Fiduciaria del título de crédito bancario denominado cheque.

El reverso material de ese precepto lo constituye el artículo 184 de la propia Ley de Títulos, a cuyo tenor, cuando el librado sin justa causa niega el pago de un cheque estando cubiertos los presupuestos de éste, incurre en responsabilidad civil y no penal; pues, por existir en las arcas de la institución librada el tantundem o contrapartida homogénea, se conserva el equilibrio del stock monetario.

TERCERA:—El segundo párrafo del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito protege la Circulación Fiduciaria del cheque con independencia de la comisión o no del delito de fraude. Es decir, el fin social del texto legal es la protección del interés colectivo que representa la mencionada Circulación, erigiéndose un nuevo tipo de delito.

CUARTA:—La tesis del delito de daño no es aceptable.

QUINTA:—Las tesis del delito formal y del delito de peligro no justifican plenamente la existencia del artículo 193.

SEXTA:—Sostenemos, por último, que el artículo 193 no excluye la vigencia, en cuanto a cheques, de la fracción III del artículo 387 del Código Penal.

INDICE:

CAPITULO PRIMERO I.- Crédito, Operación de Crédito y Cambio 7

II.-Negocios de Crédito 15

III.-Operaciones de Crédito Bancarias y Títulos de Crédito Bancarios 16

CAPITULO SEGUNDO I.-Operaciones de Crédito Bancarias Generadoras del Cheque 19

II.-Función Económica del Cheque y la Circulación Fiduciaria 23

III.-Breve Exposición Sobre la Naturaleza Jurídica del Cheque ... 26

CAPITULO TERCERO I.-El Artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y el Delito de Daño 31

II.-Delito Formal y Delito de Peligro 38

CAPITULO CUARTO I.-La Finalidad del Artículo 193 de la Ley de Operaciones y Títulos Crediticios 45

II.-Un Nuevo Delito 52

Conclusiones 60