

*A la memoria de mi padre,
Sr. Alfonso Garfias García,
quien me ayudó a alcanzar
la meta fijada*

*A mi madre,
Sra. Juana Sánchez Vda. de Garfias*



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

*A mis hermanos, a mi esposa
y a mi hija*

A mis amigos

A la Universidad Nacional Autónoma de México

M-0030035

C O N T E N I D O

	Pág.
GENERALIDADES	6
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS	7
CAPITULO II	
NATURALEZA JURIDICA DEL CHEQUE	
a) Asignación	12
b) Delegación	15
c) Estipulación	18
d) Procuración	19
CAPITULO III	
EL LIBRAMIENTO DEL CHEQUE SIN FONDO	
a) Los elementos	22
b) La conducto	23
c) El resultado	28
d) La tipicidad	31
CAPITULO IV	
EL LIBRAMIENTO DEL CHEQUE SIN FONDO EN SUS DIFERENTES GRADOS	
a) Tentativa	44
b) La coparticipación	48
c) Delito continuado	55
CAPITULO V	
LA PENALIDAD APLICABLE Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS	
Recomendaciones	62
Conclusiones	62

GENERALIDADES

Con la elaboración y publicación de esta tesis, se pretende poner al alcance de todas las personas estudiosas del derecho, un breve análisis del tema "EL LIBRAMIENTO DEL CHEQUE SIN FONDOS, su aspecto mercantil y su aspecto penal"; la información sobre los temas tratados en este trabajo, surge de las explicaciones en cátedra que el autor recibiera, respecto de la materia y de la recopilación conceptual de distinguidos juristas en varias de sus principales obras.

Es necesario advertir, que el estudiante en su generalidad por su poca visión jurídica inicial comete fallas involuntarias de los conceptos en su aplicación; estos errores los va asimilando y cultivando para su perfección con la práctica y las variadas redefiniciones de la doctrina. Esto sin embargo, al principio le hacen no poder realizar su tesis durante su ejercicio profesional con la perfecta técnica como él quisiera para llegar a conclusiones válidas, también es causa, muchas veces, de los tratadistas, ya que ellos casi nunca se ponen en acuerdo absoluto, sino en desacuerdo relativo; resultando con ello que las afirmaciones categóricas en los problemas, se exponen al ridículo por su tratamiento superficial.

Particularmente, el tema "EL LIBRAMIENTO DEL CHEQUE SIN FONDOS", su aspecto mercantil y su aspecto penal, lo he escogido porque al respecto han surgido infinidad de problemas que a diario se presentan en el mundo de los negocios, representando dicho libramiento de cheques, sin provisión de fondos, un problema de actualidad. Todo esto tomando en cuenta el gran desarrollo y avance industrial por el que atraviesa nuestra nación.

El empleo del cheque, es cada día más frecuente, en todas las ramas de la economía y el comercio, entre las transacciones que lleven al cabo los particulares y la costumbre que a través del tiempo se ha ido extendiendo entre las personas, consistente en depositar su dinero o sus fondos en instituciones bancarias, con el fin de activarlos y no tenerlos muertos. Ha dado al cheque una primordial importancia, es por eso que me he inclinado a realizar este tipo de tesis y así desentrañar algunas de las causas por las cuales se incurre en ese tipo de faltas de carácter penal, incurren en ella tanto las personas que libran como también las que los auxilian; asimismo, se dará una breve explicación de las penas a que se hacen acreedoras las mismas

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

Empezaremos a hablar del cheque como forma de pago, que es tan antiguo como la misma letra de cambio. Dicho título es un documento que no tiene mucho tiempo de haberse creado, pero el cheque ha ido evolucionando y nació al mismo paso que se iban desenvolviendo los bancos de depósito esto sucedió en Europa, donde diversos tratadistas creen que tuvo su origen el mencionado documento. El cheque se iba empleando más frecuentemente en la Bolsa, en el comercio y en las Transacciones entre particulares, no haciendo menos la voluntad de las personas en depositar su dinero y obtener una determinada cantidad de intereses que a tenerlo en sus hogares inactivo. Es inútil hablar de las ventajas que acarrea el uso del cheque entre los particulares y el beneficio que acarrea a la economía el incremento de depósito de dinero en los bancos.

Diversos pensadores tratan de adjudicarlo a diferentes países, es decir que hay diversidad de pensamientos en cuanto al nacimiento. Tenemos que una de las grandes precursoras del cheque fue Inglaterra, la cual fortaleció el crédito y el uso del cheque cada día más y más, hasta llegar a la importancia que tiene en la actualidad, esto se debe al perfeccionamiento que le ha dado dentro de las transacciones bancarias, es claro, también el auge de los depósitos en las diversas instituciones de crédito, que es lo que hace ocupar a Inglaterra uno de los lugares privilegiados en cuanto a la materia.

El desarrollo del cheque en España era desconocido hasta antes de mil ochocientos ochenta y cinco, el Código Español en su exposición de motivos nos dice: "Los fines económicos que se pretenden con el uso de cheques que en determinados países eran desconocidos, son: poner en circulación el numerario metálico y fiduciario que pendiente de inversión conservan los particulares improductores en sus cajas, con ventajas para éstos y para la riqueza general del país,

y disminuir el trasiego de moneda metálica y fiduciaria dentro de la misma población o de una plaza a otra haciendo las veces de billete de banco, ya favoreciendo la liquidación de créditos ciertos o efectivos que tengan entre sí varios comerciantes o banqueros compensándose mutuamente los cheques expedidos a favor de uno con los que resulten girados contra el mismo por la meditación de ciertas oficinas o establecimientos creados al efecto”.

Se ve claramente el éxito de los autores de la exposición de motivos del Código de Comercio Español, al señalar las finalidades que persigue el cheque como instrumento de crédito y los beneficios que viene a acarrear a la economía de su país, logrando que los particulares que poseen riquezas improductivas en sus hogares sin ningún beneficio para ellos y en perjuicio de la economía lo depositen en las instituciones de crédito y así acrecentar y lograr que se creen empresas de toda índole y así ellos también logren incrementar el capital que poseen.

Hay que entender la referencia antes escrita como una afirmación implícita, en cuanto que las necesidades de la humanidad se manifiesten en países diversos, con menor o mayor simultaneidad bajo formas diferentes y se lucha por satisfacer las mismas jurídicamente con sujeción al genio y aspiraciones de cada pueblo.

Ahora hablaremos del cheque en cuanto a la legislación mexicana y tenemos que el mismo fue puesto en circulación en México por el Banco de Londres y México en 1864, a este banco se le atribuye el hecho de haber acrecentado los depósitos bancarios de los particulares, en esa época debió de haber tenido el cheque algo de la libranza y el billete de banco como lo dicen los catedráticos Juan José González Bustamante y Alfredo Domínguez del Río en sus respectivas obras.

Una vez consolidándose la República, el entonces Presidente Benito Juárez, empezó a demostrar su empeño, sustituyendo las caducas leyes españolas, como son las Ordenanzas de Bilbao que rigieron en el México Independiente por una legislación propia. En 1871 logró promulgar el Código Penal; a ese código ya le precedía el Código de Comercio, también llamado Código de Lares, de 1854.

El clamor nacional para que México tuviera su legislación bien cimentada fue demorado por la insurrección del General Porfirio Díaz

en contra de Benito Juárez que en ese entonces gobernaba al país enarbolando la bandera del Plan de la Noria.

A consecuencia de la reforma hecha a la Constitución en su Fracción X del Artículo 72, realizada por la ley del 14 de diciembre de 1883, el 20 de julio de 1884, inició su vigencia el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos y fue expedida por el entonces Presidente de la República Mexicana, General Manuel González y el Licenciado Joaquín Baranda que ocupaba en ese período presidencial el cargo de Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública. El Código antes mencionado, en su libro segundo, Título Décimo Primero, Capítulo Quince, se ocupaba de los cheques y los consideraba como un mandato de pago. Es verdad que en su Artículo 918, estipula que: "Todo el que tenga una cantidad de dinero disponible en poder de un comerciante o de un establecimiento de crédito, puede disponer de ella a favor propio o de un tercero, mediante un mandato de pago llamado cheque". Se puede observar que en la anterior Ley Mercantil, el cheque era un simple mandato de pago que lo mismo podía girarse en contra de un establecimiento de crédito o contra un comerciante. Lo más usual era que se girara en contra de un comerciante, ya que en ese entonces las instituciones de crédito no adquirirían el desarrollo deseado.

Dicha Ley designaba como requisitos que el cheque debía reunir, la fecha de libramiento y el lugar donde se hacía éste; el nombre del girado, fuera este un comerciante, una sociedad o un banco; la expresión de ser al portador, o si era nominativo el nombre del beneficiario; la cantidad por la cual se giraba el documento, expresada por guarismo y letra, por último el nombre y la firma del librador. Con lo anterior vemos que no era necesario que el documento llevara inserto la mención de ser cheque, cosa que nos adherimos a ello, pues lo que interesa es precisar la relación jurídica que se crea entre el cuentahabiente y la institución de crédito y así evitar formalismos de cualquier índole.

La Ley que hemos venido comentado señalaba como requisitos para que el cheque fuera válido, que el librador del documento tuviera fondos propios disponibles en poder de una sociedad o de un banco, o en su defecto de un comerciante por lo menos, que alcanzara a cubrir el importe del cheque que hubiese girado, en la fecha que lo emitió, y que además esté autorizado para disponer de esos

fondos, claro está que no es suficiente con que el librador tenga fondos, sino que se necesita que la provisión sea a lo menos por el importe del cheque que el día que este se presenta al cobro tomando en cuenta que el cheque siempre es girado a la vista, y que el librador esté autorizado para librar de esa manera.

En la susodicha Ley, los cheques no son susceptibles de aceptación ni de protesto como sucede con la letra de cambio, ni tampoco el librado puede suspender ni rechazar su pago, ni alegar que no ha recibido órdenes del librador, si éste posee fondos en poder del librado; aquél tendrá la facultad de poderlo hacer efectivo en cualquier momento, siempre y cuando el cheque haya tenido todos los requisitos insertos en la ley, si no contiene o si no reúne todos los que se exigen y ésta es la causa por la que el librado rechaza el pago, deberá poner al dorso del cheque la causa por la que fue rechazado el documento.

Los términos para presentar un cheque y lograr hacerlo efectivo eran de: ocho días posteriores a la fecha de haber sido librado, si fue expedido en la misma plaza, a cuyo término se sumará un día por cada cien kilómetros de distancia entre el lugar donde fue librado y el lugar donde debía pagarse, cuando éstos llegasen a ser diferentes y si el tenedor del cheque no lo presenta en el tiempo estipulado en la ley, la consecuencia consistía en que perdía el derecho de ejercitar sus acciones y derechos en contra del librador.

Para comprobar el pago de un cheque nominativo era suficiente que se anotara al reverso del documento el nombre de la persona que se haya presentado a cobrarlo, no así en los cheques al portador que era suficiente con que los tuviera el librado.

En el caso de que el librado rechazara el pago de un cheque que había sido girado en su contra, el tenedor tenía derecho de ejercitar la acción cambiaria de regreso por la vía ejecutiva en contra del librador, la reivindicación de lo que importaba el cheque más las indemnizaciones a que se hacía acreedor el beneficiario; la misma acción le correspondía y tenía derecho el librador en contra del librado, cuando éste sin causa justificada haya rehusado el pago del documento, podía exigir el pago del mismo con sus respectivas indemnizaciones, independientemente que la negativa de paga del cheque se haya fundado en causas de la propia Ley.

Con fecha primero de enero de 1890, cobró vigencia el Código

de Comercio que rige a la fecha y fue expedido siendo presidente en ese entonces el General Don Porfirio Díaz, en este Código en su libro 2o. Título 9o., Capítulo 2o., se copió textualmente el articulado del Código que le precedía.

El 26 de agosto de 1932, fue expedida y entró en vigor, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con esta expedición se tuvieron que derogar varios preceptos legales que estaban contenidos en diversas leyes como son: El Código de Comercio de 1889, las leyes de 29 de noviembre de 1897 y de 4 de junio de 1902, que vinieron a cambiar substancialmente el concepto que se venía siguiendo desde 1889 que veía al cheque como un mandato de pago y se podía girar en contra de una institución de crédito o contra un comerciante, donde disponía que el cheque únicamente podía ser librado en contra de una institución de crédito, y el documento que se libre en contra de personas, no producirá los efectos que le haya encomendado el librador, que son el de título de crédito, y este último sólo puede ser librado por personas que tengan fondos disponibles en la Institución de Crédito, donde la autorización para que el librador emita cheques en contra del librado, se concede con la proporción que hace la institución de crédito de esqueletos especiales para que aquel expida cheques o para que le compruebe que tiene una cuenta disponible a la vista o en cuenta de depósito.

Entre los requisitos que debe llenar el cheque en cuanto a la Ley, el que más importancia tiene es que sea una orden incondicional de pago de una determinada cantidad de dinero, además debe de ir incerto en el documento la mención de ser cheque, el lugar donde se libró, y también la fecha, el nombre del librado, el lugar de pago y la firma del librador, a falta de mención especial, se tendrán como lugares de pago y expedición los mencionados junto al nombre del librador o del librado y si se llegaran a mencionar varios lugares, se tomará el indicado en primer término y los demás se tendrán por no puestos.

CAPITULO II

Asignación

En cuanto a la teoría de la asignación tenemos que esta es sostenida por diversos autores, entre ellos está Paolo Greco, quien en su obra titulada "Curso de Derecho Bancario" dice que su significado jurídico es el acto en virtud del cual una persona llamada asignante da instrucciones a otra denominada asignado, para que pague a un tercero, llamado asignatario. Lo antes expresado tiene un parecido bastante con la teoría de la delegación que consiste en que una persona determinada dé órdenes a otra para que esta haga una promesa o realice una prestación a favor de un tercero, claro, esto debe tener la forma en que la prestación o la promesa se sobrentiende hecha por cuenta de la primera. También, la palabra asignación, se emplea para distinguir los títulos en los cuáles se encuentra la orden de pagar una determinada cantidad de dinero, ya que el cheque cuenta con una función jurídica única; como todos sabemos y lo vemos en la práctica diaria que se ha tergiversado la función del cheque que a diario va circulando y no cumple su cometido que es una orden incondicional de pago, no teniendo así ni una relación con la asignación.

Ahora para poder desentrañar los aspectos en que se apoya el cheque es necesario realizar un escudriño general para poder ver en qué se apoya la doctrina y también ver en los aspectos que se aparta, para poder lograr esto, tenemos que apoyarnos en tres puntos primordiales de la asignación que son a saber: Cómo analiza la teoría de la asignación la relación que existe entre los sujetos que intervienen en ella, cuáles son los resultados que surgen de las relaciones entre dichos sujetos y ya como negocio jurídico ver cuáles son sus caracteres.

La asignación por lo general se efectúa cuando una persona quiere ahorrarse tiempo, molestias y muchas veces gastos de un doble

traspaso de dinero para saldar y liquidar un determinado pago, esto sucede cuando una persona es acreedora del asignante y deudora del asignatario y se salda conforme al sistema de la compensación en la que existen dos relaciones obligatorias.

Así resulta que no siempre en la asignación las relaciones que existen entre el asignante y el asignado necesariamente tienen que ser o representar un crédito, ni una deuda, ni tampoco estarán siempre precedidos de la asignación. De esto podemos desprender que las relaciones que existen entre el asignante con el asignado y el asignatario o pueden ser de naturaleza diversa ya que la asignación explica algo al respecto de las relaciones antes mencionadas y menos que sea necesario concretizarlas para lograr los fines inmediatos.

Pero si nos damos cuenta que la teoría de la asignación no es suficiente o al menos necesaria para conocer las relaciones subyacentes, tendremos como resultado una influencia y aun adherirse en ellas cuando realizando el pago con la modificación patrimonial que con él se consigue o se extinguen, se constituyen, o se modifican las relaciones obligatorias del asignante, con los otros sujetos.

Como consecuencia de lo anterior, se forma y existe un vínculo entre la asignación y la obligación y se puede afirmar que la primera constituye un negocio que es accesorio de la segunda.

Carecería de importancia dentro de la teoría de la asignación, el hacer surgir una obligación que estuviese a favor de cualquiera de los tres sujetos. No con esto se pretende decir que a cargo del asignado, quien no se obliga a favor del asignatario ni mucho menos está obligado, por la simple emisión de la asignación a pagar a un tercero. Es verdad, no sólo en la hipótesis de que la deuda del asignado no preexista, sino aun existiendo la deuda, el asignado no haya aceptado en la emisión de la asignación. Si esto llegase a suceder, ninguna norma lo obliga a tener a disposición de un tercero la suma que debe el asignante, y puede pagar o librarse directamente a su único acreedor, mediante la oferta real o por vía ordinaria.

No es necesario que nazca a cargo del asignatario, quien tiene libertad de cobrar u omitir el cobro, esto a excepción de que él se haya comprometido a hacerlo, para cumplir un compromiso conferido por el asignante, pero aun si sucediera así, la obligación nace del

contrato de mandato, o en su defecto del contrato de arrendamiento de obra y no de la asignación. Se puede gravar sobre el mismo asignatario una carga, en caso de que siendo el acreedor del asignante, haya aceptado la asignación, haciendo en unos casos la excepción, en caso de que esta no pague, puede ejercitar su derecho de acción en contra del propio deudor.

Surge una obligación finalmente a cargo del asignante, esto claro por haber emitido la asignación. La deuda podrá existir o no según la relación y su naturaleza jurídica que lo une con el asignatario, y como se ha repetido, los resultados se tipifican sobre esta última relación y no sobre la asignación, en que la deuda pueda fundarse. Conviene recordar cómo antes del pago la asignación por sí misma no modifica la eventual deuda preexistente, ni la extingue, ya no tiene valor como novación ni como pago.

Y haciendo un breve resumen, se pretende saber si existe en realidad una responsabilidad del asignante para la liquidación de la asignación.

La asignación no basta para crear una deuda, ni una responsabilidad ya que conduce a la consecuencia de que el asignante debe mantenerla vigente para todos los efectos que deriven en cuanto a la relación subyacente, así como el pago que recibe el asignatario del asignado.

Ahora hablaremos de las características de la asignación como negocio jurídico y ver si es obligatorio. Greco nos dice al respecto, claro, debe aclararse si se trata de un negocio autónomo o de una división que pertenece a otros tipos; si es un negocio unilateral o plurilateral y para concluir, si se trata de un negocio abstracto o causal.

En relación al primer caso que se plantea la situación ha sido muy discutida, y lo es en la actualidad en proporción menor. Varias razones como la mezcla o el resultado entre la asignación y las relaciones subyacentes; la difícil naturaleza de éstas, el hecho de que se presenten en la práctica con más frecuencia que otras, esto ha dado origen a que crezca la incertidumbre respecto de las variadas teorías que pretenden dar una explicación a la naturaleza jurídica del cheque. Como se explicó anteriormente, muchos se inclinan por que la asignación debe reducirse a un doble mandato que se com-

pone en que el asignado pague y reciba al asignatario, esta tesis aunque sea muy antigua, todavía se conserva en la jurisprudencia. Unos afirman que existe una sesión de créditos en el cheque entre el asignante y el asignatario, sin embargo otros se inclinan por que la asignación se debe a un contrato que está a favor de un tercero, es decir entre asignante y asignado a favor de un asignatario. Otros se inclinan por la tesis del negocio autorizativo y consiste en que el librador autoriza al tomador para cobrar y por la otra, también autoriza a la institución librada a que pague, es posible que en la variedad de las cosas en que se opere la asignación se puede encontrar entrelazada o unida con las figuras del negocio y especialmente con el mandato, por eso es que resulta imposible reducir el tipo y la esencia característica de dichas figuras y el hecho de las variadas hipótesis cada una se reduce de un particular presupuesto, de hecho que es ya un indicio elocuente. Vemos que no hay ni una compaginación en el ejemplo del mandato con el caso en que el asignatario sea acreedor del asignante, ya que el primero cuando llega a exigir el pago no con este hecho solo pretende obrar y actúa en su interés exclusivo, sino de ninguna manera se ve obligado a exigir, ya que si lo hiciera, esto sería un mandato en interés del mandatario, no obligatorio para él, lo que sería jurídicamente inaceptable.

Delegación

Concepto General: La delegación consiste en una orden dada por una persona a otra para que esta última realice una prestación o haga una promesa a un tercero, en forma que la prestación o la promesa se sobreentiende hecha por cuenta de la primera. De esto se desprende que siempre serán necesarias en la relación tres personas: Un delegante que es quien da la orden de pagar o prometer, un delegado que es la persona a quien se da la orden y un delegatario a quien se hace la prestación o la promesa. Si la orden es de pagar, se tiene la delegación de pago; si es de prometer, se produce la delegación de crédito; entre ambas especies no media diferencia substancial alguna, nosotros nos ocuparemos de la primera.

Para que se lleve a cabo esta figura jurídica, es necesario que se reúnan tres partes, que son: delegante, delegado y delegatario. Además de esto se tiene que llevar a cabo una doble relación jurídi-

ca, esto respectivamente entre el delegante y el delegado por una parte, y por la otra, al delegante y el delegatario. Ahora hacemos una breve representación gráfica para presentar esa doble deuda: Supongamos que existe un crédito entre Antonio y Pablo; Antonio será el delegatario y Pablo el delegante, por la otra parte, en la segunda relación jurídica existe entre Pablo y Carlos, el primero será el delegante y el segundo el delegado. La hipótesis de la relación jurídica anterior ocurre cuando Pablo (delegante), que es al mismo tiempo deudor de Antonio (delegatario) y acreedor de Carlos (delegado), le ordena a este último, que pague a su acreedor Antonio; y así las dos obligaciones quedan extinguidas mediante la ejecución de un solo acto, que es el pago; como ejemplo de lo anterior expondremos el siguiente ejemplo: Si Pablo debe a Antonio cien pesos, y a su vez Carlos debe a Pablo igual suma, Pablo ordenará a Carlos que liquide esa cantidad a su acreedor Antonio, y así con un solo pago quedan extinguidas las dos obligaciones.

El objetivo de la delegación consiste en evitar inútilmente pagos sucesivos con el desplazamiento correspondiente de moneda, toda vez que en un solo pago pueden quedar extinguidas las dos relaciones jurídicas de que se trata.

Thaller y Percerou sostienen que la naturaleza jurídica del cheque es una delegación y a su vez rechazan la teoría del mandato, diciendo que la delegación es un acto jurídico en virtud del cual una persona exhorta a otra que acepte como deudor a un tercero y consiste en que éste se comprometa con respecto a ella, y también sostienen que la asimilación de la emisión o del endoso de un efecto de comercio a la cesión de derechos es inexacta. Podemos señalar tres diferencias que son esenciales para apartar las dos operaciones en cuanto a su funcionamiento. De esto nace una diferencia de forma, que en lugar de ser una cesión, la persona que lo adquiere se convierte en propietario, esto se debe a la mención del endoso inserto en el documento en que se mantiene una diferencia en cuanto a la garantía del pago; es decir que el vendedor de un crédito ordinario es también fiador como lo es también todo aquel que vende, esta garantía hace que exista el crédito pero no ampara la solvencia del deudor. Al contrario, el endosante asume de pleno derecho el carácter de fiador, inclusive de la solvencia presente y futura del girado. Hay una diferencia que consiste en la facultad para el deudor de ejercitar contra

el nuevo portador los medios defensivos e interponer las excepciones que le son propias con respecto a un portador que le precede. Es indiscutible esta facultad cuando trata de una cesión de crédito, el endoso tiene la cualidad de poder borrar las excepciones y purgarlas bajo ciertas condiciones, cuando el título llega a cambiar de propietario.

Es definitiva la diferencia, por ende Thaller y Percerou, siempre han sostenido que la cesión de crédito no es un endoso, sino una delegación, a resultados de estudios que se le han hecho a la letra de cambio que se cree también son aplicables al cheque. Dichos autores sostienen que la letra de cambio, una vez hecha la abstracción del reconocimiento de deuda que es su fundamento, para pagar, sea en la misma plaza o en una diferente, a la orden del que posee el documento una suma determinada y también a un vencimiento determinado. Es una exhortación, o mejor dicho una asignación de pago; una delegación, aun teniendo parecido con el mandato, un análisis superficial nos hace sostener que éstas no existen. La delegación y el mandato, vemos que son actos jurídicos, pero a ambos lo que los hace diferentes es la naturaleza. El mandato, vemos que es revocable; también vemos que éste no se le puede dar a una persona que no debe. El deudor está obligado con cualquiera que posea poder del acreedor. El que suscribe el cheque se le da el nombre de librador y el objeto del compromiso es doble: se dice que es doble, porque en primer término, garantizar la aceptación del documento por el girado y la obligación que él tiene para suministrar al portador del documento cuando le sea requerida, su propia firma al lado de la primera, y segundo, porque garantiza el pago por el hecho de girar a su vencimiento. El no realizar las dos obligaciones facultaría al portador a ejercitar una acción de regreso contra el girador. Este se reconoce deudor del tomador y le hace la entrega de una orden de delegación a cargo del girado; el título puede conservarse hasta su vencimiento y puede recuperarlo personalmente el tomador, pero también está a su arbitrio el rehacer la operación que el girado hubiese consignado. Se puede convertir en simple delegado aunque haya sido beneficiario de una delegación. Podemos decir que le es permitido sustituirse por otro delegatario como también se hace una sustitución en el mandato.

Estipulación

La teoría de la estipulación nos expone cómo es que el girador aunque la provisión se encuentra en el patrimonio del portador conserve el derecho de revocación. ¿Es explicable el derecho del portador sobre la provisión? No hay duda, cuando la persona es determinada, pero sí se vuelve problema cuando la persona es indeterminada como sucede cuando el cheque es al portador. En la actualidad se admite sin que exista dificultad alguna la estipulación a favor de persona indeterminada, claro, con la condición de que en el momento en que el convenio debe producir el beneficio sea determinable. Pero lo anterior no puede hacer eficaz una estipulación para otro; no es la indeterminación, sino la indeterminabilidad de los beneficiarios. Es evidente que la determinación del portador del cheque (cuando éste sea a la orden o al portador), se realizará en el momento en que el documento sea presentado para su cobro. Efectivamente es irrevocable que el cheque sea pagado o sea falso que el objeto de una inscripción al crédito de una cuenta. Ha consagrado la jurisprudencia francesa en diversas hipótesis, la estipulación al beneficiario de personas indeterminadas, quedando asentado que la garantía contraída para la cuenta a la que pertenece es incontestable, el asegurador con esa garantía contraída para la cuenta a la que pertenece es incontestable, el asegurador con esa garantía se obliga no sólo con respecto a los propietarios de la cosa asegurada.

Podemos ver que la indeterminación tiene un carácter muy especial; no están nominativamente designados los beneficiarios, sino que forman un grupo cuya composición es esencialmente variable y aún así se admite que la estipulación para otro es válida.

Cuando se expide un cheque surgen unas relaciones entre los interesados, que son susceptibles de reaparecer en el cuadro de la estipulación para otro y el derecho del portador sobre la provisión a partir de la emisión del cheque, se puede encontrar una explicación fundada en esta teoría. Esto depende del sistema que se llegue a adoptar en cuanto a la materia de estipulación; la jurisprudencia francesa en relación a los derechos del portador con relación a la provisión carecería de fundamento si se es partidario de la teoría de la oferta. En la doctrina anterior el tercer beneficiario de la estipulación no es el tenedor causa del estipulante para el derecho que

le es atribuido. En el patrimonio del estipulante, figura el crédito antes de convertirse en el suyo, en dado caso que el estipulante quebrara, el beneficiario tendría derecho sólo a un dividendo. Cuando ocurre el fallecimiento del estipulante, la oferta hecha por éste queda sin efecto y sus herederos no quedan comprometidos en ningún aspecto.

En conclusión, tenemos que esta teoría fue sostenida por alguna sentencia del tribunal de Lyon, Francia. Se pretende con ella que el cheque no es sino la ejecución de un contrato de estipulación a favor de tercero, celebrado entre librador y librado, y por medio del cual el segundo se obligó a pagar a los terceros que indique el librador en sus cheques. La teoría se puede decir que es inexacta, puesto que el librado no tiene ninguna obligación frente al tenedor del cheque, ya que todas sus relaciones son frente al librador.

Procuración

En el Parlamento francés se discutió la Ley Reglamentaria; Clapier expresó que el cheque no es más que una procuración o un mandato y que en ambos no lleva inserta una cesión de derechos; no está garantizado al portador de un documento en la provisión, y que si la quiebra del girador sobreviniese en un lapso anterior a la presentación al cobro, el portador del cheque no podría hacer efectivo el documento en la provisión, y que si la quiebra del girador sobreviniese en un lapso anterior a la presentación al cobro, el portador del cheque no podría hacer efectivo el documento puesto que la quiebra revoca la procuración. Magne, quien era ministro de Finanzas, opinaba que si el cheque se considera como una verdadera procuración, el portador debería recibir el pago, pero automáticamente estaría obligado a rendir cuentas al girador y así no estaría de acuerdo con la idea de que se convirtiera en propietario el tenedor de la suma que ampara el documento. Ernesto Picard se solidarizó con Clapier y su teoría de la procuración y observó que se trata de una procuración "sui generis".

CAPITULO III

EL LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDO

Conforme a la Ley Penal de 1871, el cheque en ningún momento puede confundirse con la letra de cambio ni mucho menos con la libranza. El cheque es considerado como un mandato de pago, es decir un mandato mercantil y si bien es cierto que el cheque y la letra de cambio tienen efectos jurídicos casi idénticos, hay también caracteres jurídicos que los hacen diferentes el uno del otro: El cheque no es necesario que sea aceptado ni protestado; pueden ser girados a la orden y son endosables, es revocable en nuestra legislación el mandato de pago que el cheque comprende y, el cheque no es un instrumento de crédito ni de circulación, da únicamente al portador la acción de exigir al girador le devuelva el importe que ampara el cheque. La fracción IV del artículo 416 de la ley que mencionamos, sólo se ocupa de la letra de cambio y de la libranza, el cheque no puede confundirse con ninguna de ellas, como las leyes según nuestra Constitución, no pueden ser aplicadas por analogía ni aun por mayoría de razón por eso es que no se puede aplicar la prevención penal al cheque. el libramiento de un cheque en contra de una persona determinada, o en contra de otra persona que el girador sabe que no ha de pagarlo, sufrirá un castigo que es el de fraude genérico, tipificado en el Artículo 432 del Código Penal (una multa equivalente al 25% por los daños y perjuicios que se causen, sin que ésta exceda de mil pesos), pero nunca se castigará como robo simple.

Los tribunales mexicanos tipificaban el acto de librar o endosar un cheque defraudando a alguien como el delito de fraude y se imponía al autor del mismo la pena pecunaria tipificada en el Artículo 432 del Código Penal de 1871. No podía el juez imponer la penalidad tipificada en la fracción IV del Artículo 416, que corresponde al delito de robo simple, a quienes hayan defraudado a alguien con una deter-

minada cantidad de dinero usando como medio el cheque, puesto que quebrantaban la garantía constitucional que consiste en la exacta aplicación en la ley y está tipificada en el Artículo 14 de la Constitución General de la República de 1857. Es por ello que en la revisión que se hizo al Código Penal de 1912 realizada por el licenciado José Saavedra, se advirtió que en el Código Penal de 1871 sólo se refería a la Letra de Cambio y a la libranza y que era necesario realizar una reforma, para que se incluyera en esta ley al cheque, abarcando no solamente a las personas que lo librasen, sino también a los que lo endosaran. Hay que hacer una pequeña aclaración que en el tiempo en que fue redactado el Código Penal por don Antonio Martínez de Castro, el cheque no era muy conocido en el país ni tampoco se usaba en las operaciones mercantiles.

A las personas que se les encomendó redactar el Código Penal de 1929, corrigieron las lagunas que existían en lo que respecta al cheque y lo comprendieron en el Artículo 1552 fracción IV que a la letra dice: "Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquiera otra cosa, girando a favor de él una libranza, una letra de cambio o un cheque contra persona supuesta o que el girador sabe que no ha de pagarlas, o endosando un documento a la orden, a cargo de una persona supuesta o que el endosante sabe que no ha de pagarla", para la persona que cayera dentro del ámbito de la norma anterior le correspondía la sanción que se aplicaba al delito de robo sin violencia.

Durante algún tiempo se estuvo aplicando la anterior ley a las personas que incurrían en los delitos de fraude, usando como medio para dicha comisión el cheque, fuere como girador o como endosante, y una vez entrando en vigor el Código Penal de 17 de septiembre de 1931 que sustituyó al Código Penal de 1929, tipificó el acto de girar un cheque sin fondos como el delito de fraude en el Artículo 386 Fracción III que a la letra dice: "Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquiera 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 pagarla".

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cobró vigencia el 15 de septiembre de 1932, lo promulgó el Presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el Congreso de

la Unión. Dicha Ley vino a cambiar substancialmente el concepto anterior que era el de mandato mercantil por el de una "orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero" (Artículo 176, Fracción III L.G.T.O.C.), dicho documento sólo puede ser librado en contra de una institución de crédito y cuando llega a girarse o librarse un cheque en contra de otras personas, éste carece de efectos jurídicos. La única o únicas que están capacitadas para librar cheque son las personas físicas o morales que poseen fondos disponibles en una institución de crédito y ésta ha autorizado al que posee los fondos, a librar cheques a su cargo, dicha autorización se entiende que es concedida cuando la institución de crédito ha otorgado el talonario respectivo para expedir cheques, o en su defecto la institución le acredite que tiene una determinada suma a la vista o en cuenta de depósito (Art. 175) el cheque sólo puede ser nominativo o al portador y será pagado a la vista, cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta (Art. 178 y 179).

Para aumentar y otorgarle aún más confianza al público en el empleo del cheque, se tipificó en el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el delito de libramiento de cheques sin fondos que a la letra dice: "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 ello le ocasiona. En ningún caso la indemnización será menor del 20% 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".

Los elementos

Los elementos del delito de libramiento de cheques sin fondo conforme a la nueva reglamentación son los que a continuación se nombran: a) la acción de librar el cheque; b) que el librador no tenga fondos suficientes al expedirlo o haya dispuesto de ellos antes de que haya transcurrido el plazo que marca la ley para presentarlo a su cobro o no tenga autorización el librador para librar cheques en contra del librado y, c) que el cheque haya sido presentado en tiempo. De lo anterior podemos desprender que no se necesita

por lo que resulta que librar un cheque, consiste en firmar un documento que reúna los requisitos formales antes mencionados y tipificados en el mencionado Artículo de dicha Ley.

Ya se ha visto en la práctica que en innumerables casos el libramiento de un documento no reúne íntegramente los requisitos formales que debe contener un cheque, de acuerdo a lo anterior podemos iniciar un breve escudriño y ver qué efectos produce la expedición de una orden incondicional de pago en condiciones irregulares. Al respecto en las opiniones existe antagonismo entre sí. "El pensador y jurista. Donnedieu de Vabres a quien cita Cuello Calón nos dice al respecto que lo que ante la ley civil ha dejado de valer como cheque, vale como tal ante la ley penal, pues el librador ha querido emitir un cheque sin provisión y ha llegado hasta el fin de su empresa delictuosa" (3). El criterio anterior le parece exagerado a Simón González Urbaneja aduciendo "que el cheque es un título de naturaleza mercantil, regulado por el derecho relativo, por lo que es a tal derecho al que debe acudir para saber si un documento constituye verdaderamente un cheque" (4) terminando por expresar que: "cuando el Derecho Mercantil nos indica que un documento carece de los elementos esenciales para considerarlo como cheque, y, en general, como cualquiera documento de esa naturaleza mercantil, entendemos que no es el Derecho Penal el que va a contrariar la norma mercantil en este aspecto; al contrario, el Derecho Penal del cheque ha nacido en protección de la institución mercantil, no en su desmedro" (5).

A nuestra manera de ver, esta última opinión no es convincente. Vemos en nuestra ley penal que con frecuencia las normas penales contienen referencias concretas a institutos de Derecho Privado, por lo tanto no obligan a nadie, sin embargo, al aplicar e interpretar la ley penal, a valernos íntegramente del concepto que a los mismos otorgan aquellas normas. La afirmación de Donnedieu de Vabres no deja de ser positiva, por tanto la jurisprudencia francesa se ha encargado de consagrarla en la materia que estudiamos.

(3) Cuello Calón Eugenio, "La Protección Penal del Cheque", Pág. 36, 2da. Ed. Barcelona, 1949.

(4) González Urbaneja, Simón, "La Protección Penal del Cheque en el Código de Comercio de 1955", Pág. 55, Caracas, 1957. González Bustamante, Juan José, "El Cheque. Pág. 111, 3a. Ed. Editorial Porrúa, 1974.

(5) Idem.

una conducta humana, para expresar lo anterior se han usado diversas denominaciones como son: acto, acción y hecho.

Nosotros nos inclinaremos por el término de conducta, ya que dentro de él se incluye correctamente tanto el hacer positivo como el negativo. Dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Tal concepto fue creado, tomando en cuenta el actuar del hombre desde el punto de vista físico, que este se objetiviza en una acción o en una omisión, así como el factor psíquico que se le denomina voluntad que interviene en la objetivización de la actividad o inactividad humana. De aquí se desprende que la conducta humana se compone de un elemento físico y otro psíquico o también se les puede denominar coeficientes de la conducta o de la acción. Claro esto basado en las formas activa o pasiva, como también lo positivo y lo negativo del actuar humano.

De esto se deriva que del actuar humano, se hace mención en el tipo penal y lo expresa el Artículo 193 de la Ley General de Títulos, pues dicha norma se refiere a la persona que libra un cheque. Como podemos ver, la conducta de librar, se integra como se vio mediante una acción, posteriormente iremos precisando de acuerdo y con relación a las hipótesis de que está compuesto el artículo a que nos hemos referido con anterioridad, también de la misma ley, cuál es la forma física de expresión de la conducta, pues no en todos los casos la acción va a agotar el proceder humano. Ahora empezaremos a desentrañar qué es lo que se entiende o debe entenderse por librar un cheque, a nuestra manera de ver podemos decir que por librar entendemos que es expedir. Se dice que expide un cheque aquel que en forma material firma un documento que reúna los requisitos exigidos por el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y lo entrega a una persona nominada o a otra innominada, el Artículo 176 dice a la letra: "El cheque debe contener: I) la mención de ser cheque, inserta en el texto del documento; II) El lugar y la fecha en que se expide; III) La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero; IV) El nombre del librador; V) El lugar del pago, y VI) La firma del librador (2);

(2) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ed. Porrúa, 1979.

como elemento del delito, la actitud mentirosa o engañosa del librado, que haga caer en el error al tomador; en esto el dolo no está en la actitud engañosa, sino que radica en el hecho en que el librador emite el documento con el conocimiento de no tener derecho a ello. En el simple hecho voluntario de librar un cheque que se sabe no puede ser pagado, se manifiesta formalmente la ilicitud delictiva.

Vivante sostiene en Italia que a su juicio el hecho de retirar la provisión durante el intervalo entre la emisión y la presentación del cheque al pago, no debe ser reprimible ya que dicho actuar del librador puede afectar los intereses del beneficiario, o en su defecto puede tener como objetivo el proteger los legítimos intereses del primero (librador).

Para este tratadista la cuestión es de carácter privado, en cada caso particular se le resolverá según concurran las circunstancias.

Conducta

Por conducta podemos entender que es la manifestación exterior de la voluntad cualquiera que sea, esto como antecedente para su desenlace, en un resultado, o en una consecuencia, que fue o ha sido libremente aceptado y querido por su autor, dentro de las circunstancias encaminadas a la realización de un objetivo.

En lo que se refiere a la omisión (dejar de hacer), se dice que es el resultado de algo que, si bien no se ha previsto siendo previsible o se ha previsto pero no se hace lo necesario para evitarlo, con la esperanza y creencia de que no llegará a ocurrir, surge como su resultado natural, causando en el mundo fáctico el mismo daño que dejó como resultado un comportamiento punible ejecutado deliberadamente.

Podemos decir que la conducta consiste según como lo expresa Jiménez Huerta, diciendo que es la "manifestación de voluntad dirigida hacia un fin" (1). A nuestra manera de ver creemos que consiste en que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a la realización de un propósito.

Se hace mención también de que todo delito o todo actuar es

(1) Jiménez Huerta, Mariano, "Panorama del Delito", Pág. 10, Imprenta Universitaria.

Cuando se refiere el tipo pena al cheque, no cabe duda que da como suposición que dicho documento librado reúne las características como tal, de ser una orden incondicional de pago a cargo de una institución de crédito y teniendo como beneficiaria a una persona, ya sea física o moral, de llevar inserta la mención de ser cheque en el documento, la cantidad por la cual fue librado, la fecha en que fue librado, y la firma de quien lo suscribió, esto aunque el librador haya deseado, claro de acuerdo con el beneficiario quitarle la naturaleza de orden incondicional de pago.

Puede también suceder que el cheque se libere en blanco para que posteriormente dicho documento sea llenado por el que supuestamente vaya a ser el beneficiario o por una tercera persona, o en su defecto puede también suceder que únicamente se omita uno de los requisitos formales que debe reunir el cheque, facultando expresa o tácitamente a que dicha omisión sea subsanada por otra persona: en dichos casos, se ha librado un cheque siempre y cuando conste, sin que haya duda que se ha querido librar un documento en tales circunstancias.

El Artículo 193 cataloga al cheque como el documento que debe reunir los requisitos formales que marca la Ley General de Títulos, claro esto independientemente de la voluntad de las partes que intervienen en dicha relación mercantil (nos atrevemos a decir esto ya que por lo normal sucede que el librador y el beneficiario, llegan a convenir en desvirtuar la naturaleza jurídica del cheque, que consiste en una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, en un simple título de crédito que sirve para garantizar una deuda), independientemente el documento así librado será considerado cheque para todos los efectos penales. Tan es así que en las hipótesis legisladas por el artículo antes comentado, se encuentra tipificado el delito de girar o librar cheques sin tener autorización para ello; de esto se desprende que quien no tiene cuenta en una institución de crédito, no está autorizado para librar cheques a su cargo, por no tener facultad para ello, no importando que el documento librado por él, reúna los requisitos formales que requiere un cheque, por lo tanto tendrá ese carácter para la Ley penal.

Otra de las causas en la cual nos apoyamos a sostener tal punto de vista es la redacción del Artículo 193. Dicho precepto se refiere "El librador de un cheque...", en dicho precepto lo que inte-

resa, es el hecho de librar y su resultante, que es el impago y no los motivos que originaron que se librara el cheque. (Siempre y cuando se haya presentado el cheque a su cobro durante el tiempo que otorga la ley para ello). No servirá de nada aducir que no fue el propósito de efectuar un pago con el cheque y, que una vez aceptado el tomador en tales condiciones el documento librado, éste ha dejado de ser cheque. Esto resulta diferente para la Ley Penal: el documento atendiéndose a su literalidad y no a la voluntad de las partes (librador y tomador) es cheque, esta apreciación que se hace del mismo no podrá variar independientemente que se pruebe que las partes han querido librar y recibir, respectivamente, un documento que no es cheque con arreglo a la Ley.

Ya para concretar, el elemento primordial o coeficiente físico de la conducta una vez regulada en el tipo del delito contenido en el Artículo 193 de la Ley General de Títulos, consiste en movimientos corporales que integran la acción de librar el cheque. El elemento psíquico está compuesto por la voluntad, va acompañada por los movimientos corporales del agente, ya que si se ausentara la voluntad, no se podría hablar del elemento conducta: vemos que para el Derecho la acción o la omisión involuntarias no constituyen una conducta. Es por eso que la conducta en el delito de librar cheques sin fondos, consiste en librar el documento voluntariamente; la limitación de la voluntad es la propia actividad o inactividad, la acción o la omisión, ya que no rebasa el ámbito de lo puramente objetivo.

Como recapitulación de las ideas anteriores y su necesario empalme con la figura penal tipificada en el Artículo 193 de la Ley General de Títulos, de la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable, sometida al resultado fáctico del "impago" y en consecuencia punible, es el libramiento que se hace por una persona física o moral denominada librador, de un título de crédito que la doctrina y los usos mercantiles denominan "cheque", que no sea pagado por la institución librada por no tener el librador fondos disponibles al expedir dicho documento, o por no tener autorización (el librador) para expedir cheques a cargo del librado. También es indispensable referirse a lo que el jurista Alfredo Domínguez del Río intitula "delito de disposición indebida", que es una vez emitido el cheque, su librador dispone de los fondos que tuviere antes de que transcurra

el plazo de presentación" (6) vemos que esta última especie difiere de las anteriores, que es la falta previa de provisión de fondos o de autorización, es decir que el librador incurre en una responsabilidad penal no en el momento de librar el cheque, sino en el instante en que dispone de los fondos que tenía para cubrir dicho documento, antes de haber transcurrido el tiempo que marca la ley para su presentación. Como se puede ver, el perfeccionamiento del hecho delictuoso de toda esta serie de delitos queda reservado al impago, último episodio en las tres situaciones delictivas y a cargo de un tercero que viene a ser la institución librada.

El que con su conducta cae dentro del ámbito penal tipificado en el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y sancionado mediante el reenvío a la pena del fraude, o sea quien lleva a cabo cualquiera de las acciones tipificadas por la norma antes mencionada, es aquel que libra un cheque sin provisión de fondos o sin la autorización de la institución librada o en su defecto retira los fondos que tuviere al momento de librar un cheque, antes de que venza el término que marca en su Artículo 181 de la ley antes mencionada, para la presentación del título librado en la institución girada. Visto lo anterior vemos que corresponde al librador del cheque sin fondos lógicamente la titularidad de la conducta delictuosa.

El resultado

Por resultado en su forma genérica y amplia entendemos, según González Bustamante: "el actuar u omitir del hombre que produce un conjunto de efectos en el mundo de los fenómenos" (7). Este concepto amplio del jurista antes citado acerca del resultado, vemos que no sólo comprende el efecto de la acción u omisión del hombre, sino el actuar del mismo ya sea éste positivo o negativo. También nos habla González Bustamante acerca del concepto de resultado en su sentido más estrecho, y nos dice: "Por resultado debemos entender las modificaciones que se producen en el mundo de los fenómenos con motivo de la acción o de la omisión del hombre" (8)

(6) Domínguez del Río Alfredo, "La Tutela Penal del Cheque", 2a. Ed. Editorial Porrúa, 1977.

(7) González Bustamante, Juan José, "El Cheque", 3a. Ed. Pág. 97, Editorial Porrúa. México, 1974.

(8) González Bustamante, Juan José, "El Cheque", 3a. Ed. Pág. 97, Editorial Porrúa. México, 1974.

en la definición anterior el autor ya citado separa el efecto de aquello que lo produce. Maggiore también nos da un concepto de resultado, la cual es acertada y dice que: "el efecto del acto voluntario en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa" (9). Esta definición se concreta exclusivamente en un orden material a describir el efecto, o sea la consecuencia de la conducta, sea ésta positiva o negativa del externante, lo anterior puede contener una verdad, más no es una verdad absoluta. Esto lo decimos en virtud de que el resultado es un efecto de la conducta humana, pues vemos que el mundo dinámico en que vivimos, una causa siempre va a tener como resultado un efecto y aún más concreto, tratándose de conductas humanas éstas van a producir cambios en el mundo exterior en el que actúan u omiten. Es por ello importante observar, con Antolisei, que cuando ejecutamos un determinado movimiento corporal u omitimos lo que la ley nos exige con su mandato imperativo, con ello llegamos a producir un efecto o consecuencia determinada en el mundo exterior; esas consecuencias o efectos, bien pueden ser de un actuar natural, pero dentro del ámbito estricto del Derecho bien puede no serlo. De esto podemos desprender que es indispensable que se distingan bien, tanto los efectos naturales de la conducta externa humana, y aquellos efectos naturales trascendentes al Derecho que éste contiene dentro de las hipótesis legales para imputarlos a quien ejecuta alguna consecuencia penalística.

La frase de Antolisei es acertada, ya que ve en el resultado "al efecto natural de la acción relevante para el Derecho Penal"; dicho criterio nos hace escudriñar y encontrar dentro del número infinito de efectos, resultado de la acción u omisión humana los que interesan al Derecho Penal; estos son los que vienen a ser y se consideran como el resultado de la conducta humana externa. Por ello se expresa que lógicamente corresponde en sus presupuestos y en sus consecuencias a los requisitos de un contenido de delito bien concreto y determinado.

Las ideas antes citadas son de un interés vital para precisar el concepto de resultado. Y por tal debemos entender en un sentido genérico todo efecto o efectos en el mundo naturalístico de la ac-

(9) Maggiore, Guiseppe. "Derecho Penal I". Pág. 357. Editorial Témis, Bogotá, 1954.

ción humana, independientemente que para el Derecho sólo serán resultado el efecto o efectos de carácter natural que tienen preponderancia y relevancia para el Derecho Penal. Decir que un efecto tiene relevancia para el Derecho es afirmar que éste ha consignado expresamente, a través de la hipótesis o norma legislativa, tal efecto como constitutivo del tipo penal. Es por eso que Pavón Vasconcelos, nos dice que el resultado, "es un efecto de la conducta, pero no todo efecto de ésta tiene tal carácter, sino solamente aquél o aquellos que resultan relevantes para el Derecho por cuanto éste los recoge dentro del tipo penal" (10). Una vez concretizando, hablar de resultado es aludir a los efectos naturales de la conducta, sea ésta positiva o negativa del hombre que se encuentra contenida dentro de la norma legislativa.

Ahora nos ocuparemos a lo relacionado en orden al resultado, en la cual la doctrina nos dice que existe una concepción jurídica o formal como una naturalística o material. La primera consiste en que el resultado es la mutación que se realiza en el mundo inmaterial es decir dentro del ámbito de validez de las normas penales, de la idea anterior podemos deducir que por resultado entendemos que es la transformación que en el mundo de lo jurídico se opera como consecuencia de la conducta humana. La segunda acepción se refiere exclusivamente al cambio que sobreviene, como resultado de la acción u omisión humana, en el mundo material que la ley recoge para incrustarla dentro de los elementos descriptivos del tipo penal. Ambas acepciones nos conducen a diferentes consecuencias; si se llegara a reconocer la validez del criterio formalista se llegaría a la conclusión de que todos los delitos tienen un resultado, pues como lo vimos en líneas anteriores que cualquiera acción humana trascendente para el Derecho, produce un cambio en el ámbito de lo jurídico; en contraposición, si se acepta el concepto material o naturalístico, se concluirá necesariamente con los teóricos alemanes, que existen delitos sin resultado, ya que de acuerdo con el modelo legal, no todas las acciones u omisiones del hombre producen un cambio dentro del mundo material.

Se dice también que la distinción entre los delitos formales y los delitos materiales empiezan a ser abandonados en virtud de que

(10) Pavón Vasconcelos, Francisco. "El Elemento Objetivo del Delito". Ensayo de una Síntesis, Criminalia. Año XXVII, Núm. 7. Pág. 487.

no es lo suficientemente clara. Los delitos formales, se afirma que son aquellos de simple actividad, los cuales agotan el delito con la misma actividad sin requerirse la existencia de un resultado material; en contraposición a lo anterior, los delitos materiales se dice que son aquellos que producen un resultado externo. Jiménez de Azúa, hace notar y dice que a su juicio la controversia respecto a si todo delito tiene un resultado, es puramente terminológica, lo anterior se halla negado por diversos juristas, como son: Max Ernesto Mayer y V. Hipoel. El maestro español no deja de tener razón, en virtud de que existen serios antagonismos entre los autores que se afilian al criterio naturalístico. Maggiore por ejemplo, aún después de haber expresado que el resultado es un efecto conforme a lo escrito por la norma legal, agrega que de tal concepto no debe excluirse en forma arbitraria al Derecho, ya que ésta es el mundo de la ulterioridad contrapuesto al mundo de la interioridad, que es propio de la moral, lo que viene a revelar que para el autor del resultado jurídico constituye un efecto exterior a la conducta del sujeto y por lo tanto identifica al resultado jurídico con el resultado naturalístico y material, aun cuando se encarga de hacer la distinción entre ambos efectos, precisando, de hecho, la existencia de una simple diferencia de grado pero no de esencia. Por su parte Jiménez de Azúa, "dice que tiene mayor trascendencia en nuestra época, la división que existe entre los delitos de lesión y los delitos de peligro, ya que en los primeros, existe la producción de un daño, la realidad del curso causal de hecho y en los segundos existe un riesgo de lesión al bien jurídico protegido a través de la norma penal" (11).

La tipicidad

Idea general del tipo y de la tipicidad. Se ha visto que para la existencia del delito, se requiere una conducta o un hecho humano; más no toda conducta o hecho son delictuosas; es necesario además, que sean típicos, antijurídicos y culpables. Vemos que la tipicidad es un elemento esencial del delito, ya que sin ella impide su configuración, pues nuestra Constitución Federal, en su Artículo 14 establece en forma expresa; "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable

(11) Jiménez de Azúa, Luis. "La Ley y el Delito". Pág. 233.

al delito de que se trata", de lo anterior se deduce que no existe delito sin tipicidad.

Ahora veremos que no se debe confundir la tipicidad con el tipo. La tipicidad podemos decir que es el encuadramiento de la conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, y el tipo es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

Podemos poner como ejemplo el delito de allanamiento de morada, el cuál se encuentra entre los tipos que se consideran completos, ya que en él se contienen todos los elementos del delito, en él se puede advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos "con engaños", "furtivamente", etc. Lo correcto en este tipo y en otros, es decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito. Más sin embargo, hay ocasiones en que la ley se limita a describir la conducta prohibida (u ordenada, en los delitos omisivos); en eso, podemos ver que no se puede hablar de descripción del delito, sino de una parte del mismo. La descripción del comportamiento antijurídico es invariable (a menos que opere un factor de exclusión del injusto, como la legítima defensa). El Profesor Mariano Jiménez Huerta tiene razón en su obra: "La tipicidad" al definir el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal. Ya concretizando: la descripción legal del delito la encontramos en el tipo y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código Penal, lo comete "el que priva de la vida a otro".

Definición de Tipicidad. La tipicidad es el encuadramiento de una determinada conducta con la descripción hecha en la ley, es decir con la norma misma; lo que el legislador describe en la norma coincide con el comportamiento humano. Es el encuadramiento, acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. "Para Celestino Porte Petit. "la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*" (12).

Evolución Histórica de la tipicidad. La historia de la tipicidad es consecuentemente, la historia del tipo. El tipo era considerado en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos, esto es, incluyendo el dolo

(12) Porte Petit, Celestino, "Importancia de la Dogmática Jurídica Penal". Pág. 37.

o la culpa. Era lo que para los antiguos escritores españoles figura del delito. Aparece en Alemania en 1906 la doctrina de Beling; quien considera al tipo como mera descripción. Max Ernesto Mayer, posteriormente asegura en su tratado de Derecho Penal que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino que es indiciaria de la antijuridicidad. En otras palabras: No toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad. Edmundo Mezger, modifica el concepto y para él, el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio essendi de la antijuridicidad; es decir, la razón de ser de ella, su real fundamento. No define al delito como conducta típica, antijurídica, y culpable, sino como acción típicamente antijurídica y culpable. Sebastián Soler de la Argentina sustenta la semejante opinión.

Según Mezger, "el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico-penal... es fundamento real y de validez ("ratio essendi") de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad" (13).

Estamos de acuerdo con Mezger en que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad; por supuesto, con referencia al ordenamiento positivo, porque siempre hemos sostenido que, desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuridicidad, al contrario, es ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos. En otro giro: La Ley consigna los tipos y conmina con penas las conductas formuladas, por ser opuestas a los valores que el Estado está obligado a tutelar.

Antaño, siguiendo a Mayer, estimábamos al tipo como la ratio cognoscendi de la antijuridicidad: es decir, como indiciario de ella. Sin embargo, al reflexionar sobre los casos en los cuáles existe certidumbre de dicha antijuridicidad (por no operar causa de justificación alguna) advertimos que no permanece a manera de mero indicio, sino como absoluta contradicción al orden jurídico. Por ende, hemos

(13) "Tratado de Derecho Penal" tl. Pág. 375, traducción de Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955.

llegado a la conclusión de que asiste razón a Mezger, al observar que toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de una justificante) por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria. Sólo resta hacer hincapié en que el tiempo de advertir la existencia de una justificante, no significa anulación de la antijuridicidad, pues esta no existió jamás; la conducta, desde su nacimiento, estuvo acorde con el Derecho. Tal sucede, por ejemplo, en la legítima defensa; al descubrirla debe declararse que el comportamiento del agente estuvo justificado siempre. No se torna lícito lo que nunca fue contrario al orden jurídico.

Función de la Tipicidad. Se ha visto en líneas anteriores que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, también podemos atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho Liberal, por no haber delito sin tipo legal (nullum crimen sine lege, que equivale a nullum crimen sine tipo). Para Luis Jiménez de Azúa, "la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es, como secuela del principio legista, garantía de la libertad" (14).

Clasificación de los tipos:

a) Normales y anormales. La Ley al hablar y establecer los tipos, generalmente se concreta a hacer una descripción objetiva: y decimos que un tipo es normal cuando las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, y es anormal cuando se hace necesario establecer una valoración, ya sea jurídica o cultural. El homicidio es normal, mientras que el estupro es anormal.

La diferencia que existe entre los tipos, normal y anormal es que el primero contiene conceptos puramente objetivos, mientras que el segundo describe además situaciones valoradas y subjetivas. Si la Ley llega a emplear palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo (cópula en el estupro). Cuando las palabras empleadas por el legislador tienen un significado tal, que requieran ser valoradas cultural o

(14) "La Ley y el Delito". Págs. 315 y 332. Ed. "A Bello". Caracas.

jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo (casta y honesta en el estupro). Se está en presencia de elementos subjetivos del tipo, cuando la descripción legal contiene conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto (engaño en el fraude).

b) Fundamentales o Básicos.—Los tipos básicos son los que constituyen la espina dorsal del sistema de la parte especial del código. Para Mariano Jiménez Huerta (15) es tipo básico el artículo 302 del Código Penal que nos habla del Homicidio. Nos dice el aludido juspenalista que la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado, forja una categoría común, capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos: "Delitos contra el honor"; "Delitos contra el patrimonio etc., etc. Constituyendo cada agrupamiento una familia de delitos.

c) Especiales.—Esta clase de tipos se forman por un tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (infanticidio).

d) Complementados. Esta clase de tipos se componen del fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevosía, ventaja y traición). La diferencia que existe entre los tipos especiales y complementados consiste en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los segundos presuponen su presencia, a la cual se agrega como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

A su vez, los tipos especiales, y los tipos complementados pueden ser agravados o privilegiados según resulte o no un delito de mayor entidad. Así, podemos decir que el parricidio constituye un tipo especial agravado, en virtud de que este delito se sanciona más severamente, mientras que el infanticidio es especial privilegiado, por punirse menos enérgicamente que el básico de homicidio. Privar de la vida a otro conteniendo este los argumentos que marca la ley (premeditación, alevosía ventaja y traición), integra un homicidio calificado, cuyo tipo resulta ser complementado agravado. El homi-

(15) "La Tipicidad". Pág. 96, Porrúa, México, 1955.

cidio en riña o duelo puede clasificarse como complementado privilegiado.

e) Autónomos o Independientes. Son aquellos delitos que tienen vida propia sin depender de otro tipo (robo simple).

f) Subordinados. Son aquellos que dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordina (homicidio en riña).

g) De formulación Casuística. Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de llevar a cabo el ilícito.

h) De formulación amplia. A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los de formulación amplia se describe una hipótesis única, en la cual se insertan todos los modos de ejecución, como el apoderamiento, en el robo.

i) De daño y de peligro. Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución el tipo se clasifica como de daño (homicidio, fraude); de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (disparo de arma de fuego omisión de auxilio).

Ausencia de tipo y de tipicidad. Cuando una conducta no reúne todos los elementos descritos en la norma legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, nunca podrá ser delictuosa.

La falta de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe dentro de la ley una conducta que, según el sentir general o la costumbre, debería ser incluida dentro del Código Penal.

Clasificación del delito de libramiento de cheque en orden al tipo:

a) El libramiento de cheques integra un tipo autónomo e independiente puesto que para tener vida propia no requiere de elementos ajenos que pertenezcan a otros tipos. Con sus propios elementos toma forma, es por ello que es independiente a los demás, en con-

traposición a lo que sucede con los tipos especiales y complementados, puesto que en ellos viven elementos que forman parte de otros tipos, aún cuando al formarse los especiales adquieren autonomía y no quedan subordinados al tipo básico del cual se forman, por lo contrario los complementados, se subordinan a los primeros. Es por ello que se les llama complementados o subordinados.

b) Se dice también que es un tipo normal el libramiento de cheques. Admitiendo la clasificación que hace Jiménez de Azua, en la cual hace una distinción entre los tipos normales y los anormales, nos dice que los primeros no contienen elementos subjetivos mientras los segundos si, se ha precisado con anterioridad que el delito de libramiento de cheques se confirma con puros elementos descriptivos es, en consecuencia, un tipo normal. Porte Petit estima que todos los tipos son anormales por cuanto, aunque entre sus elementos descriptivos no se incluyan elementos subjetivos, dogmáticamente se desprenden de ellos elementos de esa naturaleza, ya que en todos los tipos vive siempre el elemento culpabilidad.

c) Por último veremos que el delito de libramiento de cheques es un tipo simple, en virtud de la unidad del bien jurídico que se protege. Jiménez Huerta (6) observa que algunos tipos tutelan no uno, sino dos o más bienes jurídicos, señalando como ejemplo el tipo delictivo que comprende el artículo 397 del Código Penal, en el cual no sólo se tutela el patrimonio frente a los daños que puedan afectarlo, sino también la seguridad pública ante los graves estragos que puedan causarse mediante incendio, inundación, explosión, etc., a esta clase de tipos que tutelan varios bienes jurídicos se les denomina tipos complejos.

La tipicidad en el delito de libramiento de cheques. Para poder afirmar que un determinado hecho es típico, es necesario que se halle inserto en una hipótesis abstracta recogida en la ley y satisfacer todos los elementos descriptivos que requiere el tipo. Por lo cual existirá la tipicidad en el delito de libramiento de cheques, cuando una determinada persona libra un cheque y éste no es pagado por la institución de crédito librada por no tener fondos suficientes al momento de librar, o porque teniéndolos ha dispuesto de ellos antes de que el cheque librado sea presentado a su cobro dentro del término que marca la ley o por no tener autorización de la institución librada de expedir cheques en su contra, esto sin hacer mención

sobre la ilisitud del hecho o el dolo del agente, en virtud de que tales cuestiones corresponde analizarlas al abordar el problema de la antijuridicidad y de la culpabilidad. El estudio que inició Belig en sentido diverso a los trabajos elaborados por otros autores con anterioridad acerca del tipo y la tipicidad como los de Karcher o Luden (16) tuvo su origen en el tatbestand utilizado por el artículo 59 del viejo Código del Imperio Alemán, al consagrar la existencia de legalidad en la aplicación de la ley, principio que es recogido en México por la Constitución General de la República en su artículo 14 donde se exige la exacta aplicación de la ley, en la cual se plasma el viejo aforismo de "nullum crimen nulla poena sine lege".

Dentro de los países de tradición jurídica hispana, la tipicidad tiene un concepto de suyo antiguo y conocido que es "corpus delicti" o cuerpo del delito, cuya comprobación ha consagrado reglas en los Códigos procesales, en los cuales por lo general se alude a la justificación de los elementos materiales del delito, para dejar satisfecho el principio de legalidad que ya hemos mencionado. A últimas fechas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha revisado la anterior institución, y ha precisado que el concepto de elementos materiales del delito abarca todos aquellos de naturaleza diversa que contiene el tipo, a excepción de la culpa o el dolo, pues la referencia que se hace dentro de la descripción legal del elemento subjetivo, no tiene ni una relación con el cuerpo del delito sino con la culpabilidad (Amparo 6696/60/2a. versión taquigráfica de la sesión pública de 16 de febrero de 1961).

Se ha expresado por algún comentarista que en materia penal es de estricto derecho la aplicación del Código que define los delitos y no hay "ilícito de inferencia", se dice lo anterior por que puede surgir que por la semejanza que llegare a tener un determinado hecho o una omisión que no estén definidos como delitos por la ley, por otros determinados como tales, ni tampoco pueden tomarse en consideración, para la existencia de un delito, otros elementos que los que expresan y determinadamente considera la ley: como el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no considera concretamente como delito al libramiento de un cheque postfechado o dado en garantía como cumplimiento de una obligación civil o mercantil, este delito no puede ser creado, ni

(16) Véase Jiménez de Azúa. Op. cit. Pág. 256.

mucho menos puede existir, desde el punto de vista constitucional, por la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con fundamento en la jurisprudencia antes citada: visto lo anterior resulta absurdo que si la ley señala como autor del delito al librador del cheque concretamente y no al tomador, quien reciente directamente y en cuyo daño patrimonial se comete el delito, deba concluirse que es también el tomador de un cheque postfechado o dado en garantía, autor o copartícipe del delito en los términos del artículo 13 del Código Penal Federal (17).

Quien escribe así (parte, en su argumentación de una premisa falsa por todos conceptos), está afirmando, que el delito tipificado en el artículo 193 de la Ley General de Títulos es un delito patrimonial, es decir un fraude.

La persona antes mencionada debió en primer término probar que el tipo legal de libramiento de cheques cae dentro del ámbito de las figuras delictivas que atentan contra el patrimonio, pues está en el punto de partida en que se coloca. De lo anterior podemos deducir que si el delito de librar un cheque sin fondos tiene carácter patrimonial, al tomador no se le podrá considerar como copartícipe del mismo; lo anterior resultaría axiomático, pues no puede delinquir aquel que atenta contra su propio patrimonio, en el mismo orden de ideas, el que libra un cheque con pleno conocimiento del tomador, sobre la inexistencia de fondos no delinque, máxime que en la especie se trataría de un documento postfechado, o bien dado en garantía. En la posición última ninguno de los sujetos que participan cometería delito alguno, en virtud de que el librador tiene o ha tenido el consentimiento del tomador para librar y, en dado caso que llegara a existir el daño patrimonial, obraría a su favor la justificante de consentimiento del ofendido, por ser disponibles los bienes patrimoniales. El que ha comentado pretende censurar la jurisprudencia de la Corte, puesto que se coloca en una diversa posición doctrinal, y así su crítica resulta ineficaz; si se refirió a que la tesis jurisprudencial es violatoria del principio de legalidad de exacta aplicación de la ley y que prohíbe su aplicación analógica (artículo 14 Constitucional), se debió ubicar conforme a la misma partida de la primera Sala de la Suprema Corte, es decir catalogando como delito especial, el delito de libramiento de cheques que nada tiene

(17) Código Penal Federal. Ed. Porrúa, 1979.

que ver con el fraude o con un determinado delito de naturaleza patrimonial, en cuyo caso resultaría temeraria su afirmación por el olvido total de las normas que rigen la participación delictuosa.

Por otra parte no pretende la tesis Jurisprudencial aludida que el tomador sea, todas las veces que se libra un cheque, copartícipe en el delito de tipificar el Artículo 193 de la Ley General de Títulos, sino únicamente en los casos en que su actividad lo coloque dentro del ámbito de la autoría intelectual, ya sea por haber instigado, inducido o compelido al autor material a librar el documento, lo que resulta totalmente diferente.

En segundo término, la afirmación relatada anteriormente sin lugar a duda revela, una alarmante ligereza pues tal parece que se hubieran ignorado los principios en que sustenta la participación criminal. De ser partícipe en los anteriores argumentos, habría que aceptar que no participa en el delito de homicidio aquel que proporciona los medios para que se prive de la vida a otro; o que no comete el delito de robo aquel que no lleva una acción típica de apoderamiento, simplemente es cóadyuvante a la ejecución del delito, tampoco respondería de delito alguno aquel que haya instigado a otro a ejecutarlo, por consiguiente, tampoco cometería delito alguno aquel que hubiere instigado a otro a cometerlo, pues tales actividades no están consignadas dentro de las normas legales que se hallan dentro del libro segundo del Código Penal Federal.

Es de adherirse totalmente a la nueva jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que la Primera Sala en el amparo número 3014/60, sostuvo que "para los efectos de la aplicación del precepto penal debe atenderse a la literalidad del documento que al reunir los requisitos del artículo 176 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito es un cheque formalmente, aun cuando no sea una orden incondicional de pago en el campo del Derecho Mercantil en virtud de que por convenio las partes desvirtuaron su naturaleza. Esta afirmación es congruente con la naturaleza misma del delito previsto en el artículo 193 que tiende a proteger, precisamente, la confianza que tal documento debe inspirar en el público con relación a toda clase de transacciones y la seguridad en su circulación, pues aunque se reconozca que por esencia el cheque no es un documento destinado a circular, este fenómeno se presenta comúnmente y en la gran mayoría de los casos. Las conclusiones ante-

riores, en orden a la participación criminal colocan en el plano de acción del Derecho punitivo no sólo a quien expide el documento, es decir, el librador, sino además a quien instiga y propone a otros su expedición y, en general, a todos los que intervienen en la concepción, preparación y ejecución del delito, tanto en el orden intelectual como material, así como a los que auxilian en cualquier forma al autor material" (18).

De lo anterior podemos apreciar que exclusivamente en aquellos casos en que concurra alguna de las formas de autoría intelectual, el tomador del cheque es alcanzado por la acción punitiva y no como pretende el multicitado comentarista, a todos los que hayan recibido un cheque. Tratándose de cheques postdatados se puede presumir que pudieron haber sido recibidos de buena fé, creyéndose, claro, que serían pagados en el momento en que se presentaran para su cobro. Podemos decir que la situación es diversa cuando los cheques son dados en garantía, pues con el hecho de haber recibido el cheque y que se haya desvirtuado su naturaleza que es la de instrumento de pago, es prueba suficiente de que se ha tomado parte en el hecho delictuoso.

La Suprema Corte de Justicia ha sido congruente al afirmar en su tesis jurisprudencial, que el tomador puede también al igual que el girador, caer dentro del ámbito o acción del Derecho Punitivo, cuando propone o instiga a otro a librar y, concretando cuando toma parte en la preparación o ejecución del delito, tanto en el orden material como intelectual.

Si se parte desde el punto de vista formal como lo establece el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, diciéndonos que el cheque es una orden incondicional de pago, el cual no implica violación alguna al principio de legalidad, pues se consagra en el Artículo 14 Constitucional, el hecho de ampliar la acción punitiva que marca la Ley al tomador o beneficiario que ha participado, con su actividad en la comisión de un delito.

J. Ramón Palacios (19), sin perder de vista el principio de legalidad comenta la posición adoptada por un especialista en Derecho Mercantil, con relación a los cheques dados en garantía y los post-

(18) Boletín de Información Judicial, Año XV. Núm. 157. Págs. 463 y s.s.

(19) J. Ramón Palacios "El Cheque sin Fondos", 2a. Ed. Editores Mexicanos Unidos, S. A.

datados, nos dice que dicho autor "pone demasiado énfasis, sugerido por el ilustre jurista Don Alberto Vázquez del Mercado, en afirmar que para esta hipótesis la deuda es de carácter civil y considerar el hecho como delictuoso implica violar la norma prohibitiva del Artículo 17 Constitucional. Si se cubre uno de los abonos de una cuenta entre prestamista y deudor con el cheque postfechado o dado en garantía, al no ser cubierto falta el pago de una obligación civil y el cheque representaría el dolo civil de no pagar la deuda, ¿Pero también el dolo penal de girar un cheque que se sabe no será cubierto?; más si el sujeto emite a secas el cheque en garantía o postfechado para cubrir una primera exhibición de una deuda civil, lo puede consumir con el propósito deliberado de enriquecerse a costa ajena, o con la esperanza de poder pagar el importe antes de la presentación del cheque para su cobro a la institución librada. Y si es, preguntamos, ¿un donativo o préstamo? Ahora bien: si el delito se consume a partir de la fecha en que puede ser presentado para su pago careciendo de fondos al librador, y porque el postfechar el cheque es incluir una mención que se tiene por no puesta, resulta que carece de importancia el trato de cambio, que no importa la relación jurídica contenida en el cheque, sino exclusivamente conforme al derecho Mercantil por la literalidad y autonomía del documento, tan sólo tiene relevancia su contexto; de ahí que cuando la Ley habla de cheque girado y no pagado, sin hacer alusión al trato de cambio, no hay por qué involucrar la relación fundamental en un delito que no exige según sus elementos descriptivos, que se trata de pagar una deuda civil o que se trata de defraudar, porque no se protege con esta figura la lesión al patrimonio, sino la sola emisión del cheque sin provisión suficiente al ser presentado en tiempo legal para su pago. ¿Si una persona paga una deuda civil con una moneda que se sabe es falsa, no podrá ser aprisionado por este hecho, en razón de que está prohibida la prisión por deudas civiles? No creemos que el preopinante se atreva a sostener esto —aunque en él todo esto es posible—; tampoco pensamos que pueda afirmar que el que paga una deuda civil con la entrega de opio crudo que posee ilícitamente no pueda ser castigado, porque sería castigar con prisión las deudas de Derecho Privado..." (20).

(20) "Infortunios del Cheque sin Fondos". Rev. Jur. Veracruzana, X. Núm. 4. Págs. 329 y 330.

Se ha dicho que el Derecho Penal, es Derecho Público interno y como resultado la lesión derivada de un hecho ilícito penal, viene a recaer en la sociedad y no en el individuo; puesto que el individuo es parte integrante de tal sociedad, pero la lesión es inferida, fundamentalmente a ésta; que si describe la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito un delito especial que se persigue de oficio, no debe interesar nada el que los particulares den al cheque una función distinta de la que le dé la Ley y se hable de que se dio en garantía, pues por cualquier forma que se busque el delito existe, puesto que el bien jurídico protegido es la confianza que merece el cheque, como instrumento de pago, pues lo que interesa como se vio al principio de este trabajo es que el dinero que pertenece a las personas no permanezca inactivo y sin producir guardado en sus casas, o en sus cajas de seguridad, sino que sea llevado a una Institución de Crédito e ingrese al torrente circulatorio, para que las grandes empresas sean coadyuvadas para que enriquezcan y mejoren la economía nacional; el Artículo 17 Constitucional a la letra dice que "nadie puede ser preso por deudas de carácter puramente civil" y es claro que aunque se desvirtúe la naturaleza de instrumento de pago al libramiento de un cheque no existe violación alguna al citado precepto pues no se puede aceptar por ningún motivo que el cheque se pueda dar en garantía, puesto que "la voluntad de las partes es la ley de los contratos" que es un principio de Derecho Privado, no tiene validez alguna ni puede operar en las relaciones de Derecho Público interno como es la disciplina penal.

CAPITULO IV

Tentativa

Los actos preparatorios difieren de la tentativa en virtud de que en aquéllos todavía no hay hechos materiales que penetren o encuadren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales pueden ser lícitos o ilícitos, a diferencia de que en la tentativa ya existe un principio de ejecución y, por ende, la penetración o encuadramiento en el núcleo del tipo. Penetrar o encuadrar en el núcleo del tipo consiste en llevar a cabo algún hecho que se relacione con el verbo del tipo o con la norma que tipifica el delito de que se trate.

Soler nos dice que la tentativa estriba en iniciar alguna determinada acción, sea esta principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa.

Por nuestra parte, entendemos que la tentativa consiste en todos o algunos actos que se llevan a cabo, dirigidos o encaminados a la realización de un delito, si éste no se llega a agotar por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Francisco Javier Ramos Bejarano define a la tentativa como "la ejecución o inejecución (en su caso) de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consuma por causas independientes al querer del agente" (1).

Diversas formas de tentativa. Tentativa acabada o delito frustrado consiste en que un agente agota todos los medios adecuados para llevar a cabo el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero no se produce el resultado por causas ajenas a su voluntad. Mas sin embargo, en la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto activo omite alguno (o algunos) y por eso el delito no resulta como se había pensado.

(1) "La Tentativa Inacabada". Revista de la Facultad de Derecho. Pág. 64, t. XVI, enero-marzo de 1964.

Si un individuo suspende voluntariamente la ejecución de uno de los actos (tentativa inacabada) hay imposibilidad de punición. Se dice lo anterior, en virtud de que el artículo 12 del Código Penal dice que para que la tentativa sea sancionable precisa la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Como resultado de lo anterior si el delito no se llega a ejecutar por causas dependientes de la voluntad del sujeto activo, habrá impunidad. Ya concretizando, vemos que la tentativa inacabada sólo puede ser punible cuando el acto indispensable para la consumación plena del delito se omite por causas ajenas al querer del sujeto activo.

No se ve dificultad técnica jurídica alguna en destacar que, aun en contra de diversas opiniones doctrinarias, es posible la comisión de cualquiera de los delitos examinados con anterioridad en grado de tentativa, "acabada en el supuesto de que se verifique la totalidad de los actos de ejecución, y tentativa inacabada, en el caso de que el agente sólo alcance a realizar un comienzo de ejecución" (2).

Aun cuando las estadísticas jurídico-penales del país no arrojen saldos acreedores de esta laya de imperfectas transgresiones al artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, porque, además de no interesar a nadie su persecución y denuncia, se toman como simples peripecias de la actividad mercantil, de hecho y de derecho es viable la contemplación de tentativa en la estirpe delictiva anotada.

Es de importancia hacer notar que no obstante el agotamiento de la conducta del librador, como acción punible, no objetiviza ello de modo alguno la perfección del delito y que, por otra parte, en nuestro Derecho Positivo vigente, en la institución de la tentativa han quedado refundidos los antiguos matices de conato y delito frustrado, éste en particular, equivalente a la tentativa acabada.

Es importante destacar que doctrinariamente la tentativa admite, sin pugnar con el texto legal, la reclasificación teórica de tentativa acabada y tentativa inacabada. Esto ocurre cuando la ejecución del delito, si bien ha penetrado en el núcleo del tipo, por causas ajenas

(2) "Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal Tipo". Revista Mexicana de Derecho Penal, Núm. 30. Pág. 22.

a su voluntad, el agente no verifica en los actos faltantes para la total perpetración del hecho delictuoso; la tentativa acabada acontece en la hipótesis de que el sujeto alcance a agotar todos los actos de ejecución para efectuar totalmente el delito, sin llegar al resultado deseado, por causas ajenas a su voluntad, se debe llegar a la conclusión de que nada tiene de extraordinario hablar de tentativa, en el caso del delito de expedir cheques al garete.

Podemos hablar de una premisa, la cual descansa en la estructura peculiar de cualquiera de los tres delitos a cuyo verbo típico o exponente técnico-jurídico de la acción característica es "librar", si la conducta del agente cubre la totalidad del itinerario subjetivo y objetivo del tipo, sin acontecer el impago (perfeccionante del delito), por alguna eventualidad o contingencia independiente del "querer" del sujeto, estimo que actúan todos los elementos para hacer tangible la presencia de una verdadera tentativa. Esta conclusión es válida en cualquiera de los tres supuestos típicos que describe el artículo 193 de la Ley General de Títulos.

Como causa de extensión de la pena, la tentativa debe ser concretamente calculada de acuerdo y con fundamento en lo estipulado por el Artículo 63 del Código Penal Federal y en contacto siempre con la figura delictiva parcial y totalmente descrita (en el caso de la frustración), por la conducta enjuiciada.

Existe la tentativa en el delito de libramiento de cheques sin fondos. ¿El delito que prevé el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como todo delito, posee un *inter criminis*, es decir que comienza con la idea en el sujeto y culmina con la realización del ilícito?

La fase subjetiva o interna del delito se compone tanto de la ideación, que es el momento en que en el sujeto se crea o surge la idea de librar un cheque, como la deliberación y resolución, en el primero existe una contienda intelectual que se lleva a cabo entre la idea criminal y las fuerzas inhibitorias de carácter moral o utilitario que pugna por impedir el arraigo de aquella idea, mientras que el triunfo definitivo en la mente del sujeto, de la concepción de verificar la conducta criminal corresponde al segundo.

La fase objetiva o externa puede consistir en una resolución

manifestada, actos de preparación y de un proceso ejecutivo, para culminar en la realización, podemos ver que en el delito de libramiento de cheques sin fondos, el proceso ejecutivo queda reducido a una sola acción del agente del delito, puesto que se agota con el puro acto ejecutivo de librar, es decir que en este delito no existe punición alguna de la exteriorizada resolución de librar.

Ahora bien, podemos ver que la tentativa no es sino un delito imperfecto, por faltar la consumación como lo denominó Carrara, al haber quedado imperfecta la acción, o siendo ésta perfecta no se consiguió el efecto deseado por causas ajenas a la voluntad del agente por su naturaleza requiere un proceso de ejecución, una sucesión de actos ejecutivos del delito. Por ello es que la tentativa propiamente tal, se tipificaba en el Código Penal Francés de 1810 y en los que le sucedieron, como también en otros países de Europa, como el de Prusia de 1815 y el Alemán de 1879 (párrafo 43), como "un principio de ejecución", mientras que en la tentativa acabada, antes conocida como delito frustrado, se agotan todos los actos ejecutivos, sin que en ambas situaciones se llegara al resultado en virtud de causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Habiendo tratado anteriormente la conducta y precisado las formas en que se expresa ésta en las diversas hipótesis planteadas en el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se planteó que con el solo movimiento corporal de librar, de parte del sujeto activo, agota su actividad, pero debe concurrir con ella un complemento necesario mediante el acto del tomador, que consiste en la presentación del cheque ante la institución de crédito librada, por lo cual lo podemos denominar como un complemento de la acción de librar, ya que es indispensable que se lleve a cabo para que se agoten los elementos del tipo, puesto que de no concurrir por sí misma la acción de librar carecería de importancia para el Derecho, pues se condiciona la punibilidad de la acción aquella a la presentación del cheque en el tiempo que marca la ley y a su impago. Por las razones anteriores decimos que el delito de libramientos de cheques es de acción complementaria en orden a la conducta, mediante la concurrencia de un acto de tercero.

En conclusión de lo expresado anteriormente decimos que el delito de libramiento de cheques sin fondos no admite la tentativa, en virtud de que en todas las situaciones tipificadas en el Artículo

193 no existe proceso ejecutivo, puesto que el sujeto activo agota la actividad con el solo hecho de librar, aunque éste, por sí mismo, no agote la acción, ya que es necesaria la concurrencia del acto complementario del tomador, consistente en la presentación del cheque ante la institución librada, pues como este complemento es el que va a motivar el rechazo del pago por carecer de fondos, en realidad no se han verificado actos anteriores, por parte del librador, que sean de naturaleza ejecutiva y que por su dirección unívoca y su manifestada idoneidad en la producción del resultado, integran una tentativa que es punible.

Punibilidad en la tentativa. En la tentativa el fundamento de la punibilidad es el principio de efectiva violación de la norma penal, puesto que pone en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es equitativo en sancionar la tentativa más benignamente que el delito consumado, puesto que en este, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes jurídicamente protegidos por el Derecho, en tanto que en la tentativa, se viola también la norma, pero sólo se ponen en peligro esos bienes. Si se desiste espontáneamente de la acción criminal el sujeto activo, no es punible la tentativa.

La coparticipación

Hay situaciones en que la naturaleza misma de determinados delitos requiere pluralidad de sujetos, v. gr., el adulterio donde es indispensable la intervención de dos personas para la configuración del tipo. En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; mas sin embargo, vemos que en la práctica dos o más personas llevan a cabo un mismo delito; es aquí cuando se habla de la participación. Esta consiste en la cooperación voluntaria de varios individuos en la ejecución de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

Si en el tipo enmarcado en la Ley no precisa como necesaria la concurrencia de dos o más personas, el ilícito seguirá siendo monosubjetivo, aun cuando en él intervengan varios individuos. V. gr., vemos que el homicidio con fundamento en el Artículo 302 del Código Penal siempre es unisubjetivo, porque sólo basta un agente para el total agotamiento del tipo, independientemente de que en ocasiones se lleve a cabo por una pluralidad de individuos. En cambio vemos que

Los delitos plurisubjetivos, no pueden llevarse a cabo ni agotarse con la conducta de un individuo, sino se requiere necesariamente la de dos o más, como ocurre v. gr., con la figura establecida en el tipo del Artículo 141 (reformado) del Código Penal: "Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a quienes resuelvan de concierto cometer uno a varios de los delitos del presente título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación". En los delitos plurisubjetivos, como ya hemos visto, es necesaria la concurrencia de varios agentes y en base a lo anterior podemos hablar de participación o concurso eventual de personas en la comisión de un determinado delito; podemos seguir tomando como ejemplo al delito de homicidio, si en él intervienen diversos individuos, tanto en la ejecución como en la planeación y toca a cada coautor diversa actividad dentro del mismo objetivo concebido, sus conductas encaminadas a la producción del resultado de muerte, configuran el concurso eventual o participación. Si el tipo en su estructura requiere de dos o más sujetos activos, se integra el concurso necesario; al definir antes la participación (concurso eventual o contingente), se anotó como condición que el tipo legal no imponga la pluralidad.

Grados de Participación. Como ya hemos visto, en la participación es necesaria la intervención de varios individuos y que su conducta la encaminen a la ejecución de un delito, el cual se agota como consecuencia de su intervención. Si todos los que intervienen son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste será en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno, en donde surgen diversos grados de participación. Francisco Carrara ya había hecho una distinción entre responsables principales y responsables accesorios. Se le llama autor principal al que concibe, prepara o ejecuta un acto delictuoso; los delincuentes accesorios o cómplices son aquellos que indirectamente cooperan para la producción del delito.

Llamamos autor del delito, a aquel que pone una causa eficiente para llevar a cabo el mismo; es decir, al que ejecuta una conducta física y psíquicamente relevante. Está de acuerdo la doctrina, en considerar como autores no sólo a quienes psicológica y materialmente son causa del ilícito penal, sino que para adquirir tal carácter, es suficiente la contribución con el elemento anímico o físico, de donde resultan los autores materiales y los autores intelectuales.

Si alguien agota los elementos que requiere un delito, simple-

mente se le llama autor; si varios individuos agotan dichos elementos reciben el nombre de coautores. Son denominados auxiliares indirectos los cómplices, aunque contribuyan secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

Sebastián Soler habla de autores mediatos para identificar a aquellos que siendo plenamente imputables, se hacen valer para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad. El autor citado anteriormente no delinque con otro, sino por medio de otro adquiere el calificativo de mero instrumento.

Las formas de participación se clasifican según Maggiore (3), en el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

a) En cuanto al grado, vemos que la participación puede ser principal y accesoria. esto último se refiere a la preparación del ilícito penal, mientras que la primera se refiere a la consumación del mismo.

b) En cuanto a la calidad, la participación puede ser física y moral, esta última se refiere a la instigación como también a la determinación o provocación; vemos que la instigación abarca, como subclases: tanto al mandato, al orden, la coacción, el consejo y la asociación.

c) En razón del tiempo, si el acuerdo es previo a la comisión del delito, decimos que la participación es anterior, y en ese momento se precisa la intervención que en él lleva cada partícipe; si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito, se llama concomitante; cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo, se le llama posterior, y

d) En cuanto a la eficacia, nos dice que la participación es necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija para su comisión, el concurso de personas.

Decimos que es moral la participación cuando el carácter psíquico o moral del aporte del autor principal; es física, si ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

Reglas especiales de participación. El Código Penal de 1931 (incluyendo el de 1929 y 1971), para cuando se lleve a cabo un delito diverso del proyectado establece reglas especiales. El artículo 14

(3) "Decreto Penal", t. II, Pág. 108, 5a. Ed. Bogotá, 1954.

nos dice: "...Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurren los requisitos siguientes: I.—Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal; II.—Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados; III.—Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y, IV.—Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o, habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo..." El artículo 309 en lo que se refiere al homicidio cometido con intervención de tres o más personas preceptúa: "Cuando en la comisión del homicidio intervengan tres o más personas, se observarán las reglas siguientes: I.—Si la víctima recibiera una o varias lesiones mortales y constare quién o quiénes las infirieron, se aplicará a éstos, o a aquél, la sanción como homicidas; II.—Si la víctima recibiera una o varias lesiones mortales y constare quién o quiénes las infirieron, se aplicará a éstos, o a aquél, la sanción como homicidas; III.—Si la víctima recibiere una o varias lesiones mortales y no constare quién a quienes fueron los responsables, se impondrá a todos, sanción de tres a nueve años de prisión; IV.—Cuando las lesiones sean unas mortales y otras no y se ignora quiénes infirieron las primeras, pero constara quiénes lesionaron, se aplicará sanción a todos, de tres a nueve años de prisión, a menos que justifiquen haber inferido las lesiones no mortales, en cuyo caso se impondrá la sanción que corresponda por dichas lesiones; y, V.—Cuando las lesiones sólo fueren mortales por su número y no se pueda determinar quiénes las infirieron, se aplicará sanción de tres a nueve años de prisión a todos los que hubieren atacado al occiso con armas a propósito para inferir las heridas que aquél recibió".

Coinciden los comentarios en que el artículo 14, antes transcrito, no es necesario. En la hipótesis de la Fracción I. Si el nuevo delito es el medio adecuado para cometer el principal, se está en el caso de la imputación dolosa, por haberse querido el resultado, sea directa, indirecta o eventualmente. Se contempla en la Fracción II una hipótesis de dolo indirecto (de consecuencia necesaria). La fracción III puede dar lugar al dolo en sus distintas especies, pues al saber el sujeto de la comisión del nuevo delito, es claro que tuvo la representación del mismo y lo quiso. En la fracción úl-

tima se aprecia el dolo eventual, porque si al estar presente el agente en la ejecución del nuevo delito, no hizo cuanto estaba de su parte para impedirlo, significa que en última instancia lo ratificó o aceptó.

La H. Suprema Corte al interpretar el artículo 309 ha sostenido que su aplicación queda limitada al llamado homicidio tumultuario, es decir, aquel realizado en una riña en donde intervienen tres o más personas; por ende se excluyen los homicidios simple y calificado. Por Petre se pronuncia en contra del anterior criterio, puesto que estima que la no operancia de las reglas generales de la participación, por imposibilidad de determinar el grado de la misma y el nexo de causalidad, hace extensiva la aplicación de la benigna excepción a todos los que intervengan en la ejecución del homicidio sin justificar su limitación al cometido en riña.

Por la asiduidad con que se abren cuentas de cheques en forma mancomunada, ya sea por dos socios, o simples administradores de una empresa, o por marido y mujer, es posible que dos personas cometan con igual o semejante límite de responsabilidad penal, el delito de librar un cheque sin fondos, en cualquiera de las tres formas que tipifica el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones. Esto ocurre en la hipótesis de que ambos agentes lleven a cabo y estén de acuerdo en realizar todos los actos preparatorios y de ejecución y librar el cheque; a sabiendas ambos, de que no disponen de fondos suficientes para cubrir el documento librado, carecen de autorización de parte de la institución librada, o porque posteriormente les fue cancelada la cuenta por el establecimiento bancario, a causa de librar tres cheques en descubierto durante un mes.

Puede suceder otra hipótesis en la cual: dos personas tienen una cuenta mancomunada, con autorización para librar juntos o por separado, llevan a cabo la planeación y emisión del cheque sin fondos y sortean entre ellos la firma del libramiento correspondiéndole hacerlo a aquél de los afiliados en la cuenta que no llevó el cheque ni efectuó acto preparatorio de ejecución alguno. ¿Deberá asumir toda la responsabilidad de la infracción? Es de pensarse que no. Sin llegar a la coautoría perfecta, el partícipe guarda una posición de culpabilidad fronteriza del de quien directamente firmó el cheque.

Hay simple participación cuando la acción típica principal, en caso de que la cooperación o el auxilio que otorgue el colaborador, aun sabiendo que el colaborado vaya a cometer un delito, por habersele agotado el talonario, acude al banco en busca de uno nuevo, llena un cheque, algunos pormenores son discutidos con el presunto emisor, tales como el importe del libramiento, lo entrega al tomador, etc., reduciendo la actuación delictiva del librador del cheque al hecho escueto de su firma. La anterior imaginación implica, el propósito de delinquir para ambos sujetos, pues tal colaboración del que auxilia al principal, puede imprecidida de instigación o inducción, modificando el panorama antijurídico hasta el punto de llegar a equilibrar la responsabilidad criminal de dos agentes. La autoría puede admitirse por dos razones: a) Todos los actos necesarios que se requieren para agotar el tipo pueden ser realizados por el librador; b) No tuvo la conducta del colaborador acceso al núcleo dogmático del tipo, librar el cheque, como preámbulo modular condicionado de lo que posteriormente ha de ocurrir.

Se expone el anterior ejemplo que es raro en la práctica, pero en la doctrina es necesario exponerlo, ya que a mayor abundamiento, penetrando en la protección penal del cheque, se descubren nuevas infracciones delictivas.

La poca trascendencia del delito de librar un cheque en descubierto inclina a dejar ignorados los pormenores sucedidos en la consumación, ya que la pesquisa por lo general se inclina a investigar si el librador tuvo o no fondos, también si dicho documento fue presentado ante la institución de crédito en el término legal, o en su defecto también investigar si el librador contaba con la autorización de la institución de crédito para librar en el momento de hacerlo.

Ahora viéndolo desde el punto de vista del emisor, a éste no le interesa gran cosa prorratear su responsabilidad con las personas que lo auxiliaron en la formación y libramiento del cheque, y soporta aparecer como único indiciado. No tiene el suficiente valor civil como para compartir su responsabilidad con las personas que lo auxiliaron a agotar el tipo que está inserto en la Ley, como pasa en las violaciones graves como son: el robo, el homicidio.

Vemos que el "librar" es el núcleo del tipo, y esa acción se gasta, desde el asomo del "querer" del agente al firmar el símbolo

de pago y "ponerlo en movimiento", haciendo la entrega directa o indirectamente, real o jurídicamente al tomador; hay quienes a sabiendas del ilícito penal que se comete al librar el cheque, toman parte en alguna forma tangible, en dicha ejecución, estas personas a mi parecer son partícipes en tal ilícito de acuerdo a los matices señalados por la Ley, aunque permanezcan ignorados.

Podemos afirmar también que la participación delictuosa tiene su origen cuando en la comisión de un hecho ilícito hay concurrencia de sujetos. Por ello es que la participación también es conocida en la doctrina con el nombre de concurso necesario, ya que en éste, el tipo legal requiere la intervención de varias personas (bigamia y adulterio) para agotar el delito tipificado en la Ley.

Mas sin embargo, podemos decir que no en todos los casos en donde existe la concurrencia de sujetos hay participación criminal, ya que para lo anterior es indispensable que haya una relación psicológica entre ellos, es decir el conocimiento del hecho que se va a ejecutar, que haya conciencia de la ilicitud del mismo y voluntad en el actuar, visto lo anterior, nos adherimos a la teoría de la accesoriedad y se rechaza la teoría de la causalidad en virtud de que la accesoriedad supone, aparte de la relación subordinada que existe entre el actuar de los encubridores y los cómplices, con referencia a los del autor, una conexión psicológica íntima entre todos los coautores del ilícito penal.

Una vez que se haya aceptado la distinción teórica que existe entre autores, cómplices y encubridores, como también entre autores intelectuales y materiales, mediatos e inmediatos, lo último que nos interesa es la situación jurídica que asume el tomador del cheque con relación a la participación delictuosa. ¿Es coautor del delito?

Podemos decir que el hecho de aceptar el cheque por parte del tomador, y también el presentarse a la institución de crédito librada a cobrar dicho documento son actos materiales que constituyen condición causal en la producción del resultado exigido por el tipo, pero no se puede decir que existe participación delictuosa por la inexistencia del vínculo psicológico que entre los partícipes necesariamente debe existir.

Aun admitiendo que el tomador estuviere conciente y que co-

nociera que el librador tiene fondos insuficientes para cubrir el cheque, y aun así en esas condiciones lo recibiera, no se puede decir que exista el delito de participación, puesto que tal recepción de dicho documento puede haber sido de buena fe, con la creencia de que sería pagado al ser presentado ante la institución de crédito librada, por la promesa que hizo el librador al momento de expedir el cheque. Situación distinta es la que asume el tomador que conviene expresamente con el librador en desvirtuar la naturaleza jurídica que consiste en una orden incondicional de pago del cheque, y no tanto así, sino que lo reciba a sabiendas de que carece de fondos o de autorización para librar por parte del librado, en tal caso existe la coparticipación al colocarse ambos sujetos como coautores del ilícito penal, uno en el plano intelectual y otro en el plano material.

Existe también autoría intelectual cuando el tomador instigue, proponga o compele a otro a que libere un cheque, a sabiendas de que existen fondos insuficientes para cubrir un cheque, pues en todas esas especies de la autoría moral surge con precisión la voluntad de delinquir que se objetiviza en el plano material mediante el actuar del librador, quien según la situación concreta que se examine podrá no ser responsable, quien en el caso pudo haber sido compelido mediante la violencia a realizar la acción, en cuyo caso existe y lo ampara una causa de inculpabilidad, que es la coacción moral o vis compulsiva, lo cual coloca al autor intelectual como autor inmediato.

Delito Continuado

¿Existe el delito continuado en el delito de libramiento plural de cheques sin fondos? Si un individuo libra más de dos cheques a favor de una misma persona, en distintas acciones, los cuales una vez siendo presentados ante la institución de crédito librada para su cobro y no son pagados por causa imputable al librador, la pregunta es que si ¿ha cometido tantos delitos como libramientos? o en su defecto ¿se trata de un solo delito? Vemos que la cuestión anterior es interesante, pues si se llegara a aceptar el primer criterio existiría una acumulación real de delitos, por tratarse de un concurso material.

La situación que se ha planteado en la cual existe una pluralidad

de acciones y resultados, con el mismo objetivo delictivo e identidad en la lesión jurídica, en la doctrina es conocido con el nombre de delito continuado.

Sin desconocer que de hecho existen tantos delitos como libramientos e impagos, mas sin embargo es de admitirse que se trata de un solo delito y en consecuencia no hay lugar a la acumulación real, pues como quedó asentado anteriormente, las acciones quedan ligadas dentro de un propósito común y hay identidad en la lesión jurídica.

CAPITULO V

LA PENALIDAD APLICABLE

Noción de la pena. Se han dado en la actualidad muchas definiciones sobre la pena; señalaremos enseguida algunas.

La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernaldo de Quiroz). El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia. Al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón). Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Liszt). Por nuestra parte decimos que la pena es la aplicación que el Estado impone como castigo al delincuente, para preservar el orden jurídico.

Fines y caracteres de la pena. "La pena para Cuello Calón debe aspirar a los siguientes fines: debe obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en el porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además, debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley" (1).

Indudablemente el último fin que persigue la pena es salvaguardar la sociedad. Para conseguir lo anterior debe ser intimidatoria, es decir que la delincuencia se vaya limitando a causa del temor de su aplicación: debe de ser ejemplar, es decir que sirva de ejemplo a los demás y no solamente al delincuente, para que la mayoría esté consciente de la efectividad de la amenaza estatal; es correctiva porque produce en el penado la reincorporación a una vida normal, por medio de tratamientos educacionales y curativos adecuados encaminados a que el sujeto no vuelva a reincidir es eliminatoria, puede ser tem-

(1) Cuello Calón, Eugenio, "Derecho Penal" t. I. Pág. 536. Barcelona, 1947.

poral o definitiva, sujetado lo anterior a que el condenado pueda reincorporarse a la vida social o se trate de individuos incorregibles; y también es justa, pues vemos que la injusticia tendría como resultado males mayores, no sólo a la persona que sufre directamente el castigo, sino para todos los miembros que forman la colectividad al esperar que el Derecho realice elevados valores entre los cuales está la justicia, la seguridad y el bienestar sociales.

Clasificación. Las penas por su fin preponderante, se clasifican en intimidatorias, lo anterior es en base y según el sujeto al que se aplican, ya sea que no estén corrompidos, a individuos que estén maleados pero que haya posibilidades de corregirlos, o a inadaptados peligrosos. Por el bien jurídico que afectan, o como dice Carrancá y Trujillo, atendiendo a su naturaleza, pueden ser: contra la vida (pena capital); corporales (azotes, marcas, mutilaciones); contra la libertad (prisión, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado); pecuniarias (privan de algunos bienes patrimoniales, como la multa y la reparación del daño); y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdidas o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc.).

El Artículo 24 del Código Penal a la letra dice:

“Las penas y medidas de seguridad son: 1.—Prisión. 2.—Relegación (derogada). 3.—Reclusión de locos, sordomudos, degenerados o toxicómanos. 4.—Confinamiento. 5.—Prohibición de ir a lugar determinado. 6.—Sanción pecuniaria. 7.—Pérdida de los instrumentos del delito. 8.—Confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas. 9.—Amonestación. 10.—Apercibimiento. 11.—Caución de no ofender. 12.—Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. 13.—Publicación especial de sentencia. 14.—Vigilancia de la policía. 15.—Suspensión o disolución de sociedades. 16.—Medidas tutelares para menores; y las demás que fijen las leyes”.

De las anteriores penas, la que merece especial reflexión, es la reparación del daño. En el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 29 establece: “La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública; pero cuando la misma reparación debe exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales...” De lo anterior podemos apreciar que la reparación del daño puede ser

pena y otras veces pierde ese carácter, lo cual resulta contradictorio. La reparación del daño, por su naturaleza no puede ser una pena, ya que ésta se extingue por la muerte del sentenciado, lo cual no ocurre con la reparación del daño, de acuerdo con lo establecido por el artículo 91 del Código represivo. Si la reparación del daño se admitiera como pena pública se trataría de una sanción trascendental, prohibida por la Constitución.

La pena aplicable al delito de libramiento de cheques. La estimación que hace la nueva jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acerca de que la figura tipo del Artículo 193, constituye una figura especial y no constituye un delito patrimonial en virtud de que no está contenida en el Código Penal, sino en una ley de esta naturaleza, como lo es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo cual se ha llevado al terreno de la discusión teórica el problema de dilucidar cuál es la pena aplicable.

Las posiciones adoptadas son las siguientes:

a) El primer criterio que se va a exponer nos dice que si el delito tipificado en el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no puede estimarse un fraude ni tampoco un delito patrimonial, en virtud de no causar daño, de acuerdo con el criterio de la nueva jurisprudencia, es evidente la inaplicación de las penas señaladas por el Artículo 386 vigente del Código Penal Federal, al cual reenvía, para los efectos de la sanción, el precepto primeramente citado.

b) El segundo criterio nos afirma que aun en el caso de la Jurisprudencia vigente, que proclama el Artículo 193 no constituye un fraude ni un delito patrimonial, es aplicable la penalidad señalada en el Artículo 386 del Código Penal en vigor, en sus diversas fracciones, por ser esta la voluntad de la ley, debiéndose tomar como base para individualizar la pena la cantidad que aparezca consignada en el documento, de tal manera que pueda llegar a aplicarse la de tres a doce años de prisión cuando el importe del cheque sea mayor de tres mil pesos.

c) El tercer criterio estima que en todo caso la pena aplicable fluctúa entre los seis meses de prisión como mínimo y los doce años de prisión como máximo, tomando como base el Artículo 386 refor-

mado, límites amplísimos entre los cuales el juez habrá de individualizar la pena en cada caso concreto, en uso del arbitrio que le otorga el Artículo 51 del Código Penal, razonando debidamente su arbitrio en atención a las circunstancias concurrentes en el hecho.

d) El último criterio afirma que, siendo la voluntad de la ley que el delito de libramiento de cheques sin fondos se castigue con la pena de fraude, puesto que así lo precisa el Artículo 193, debe estarse al texto del Artículo 386 del Código Penal Federal, antes de su reforma, publicado en el "Diario Oficial" de la Federación del 9 de marzo de 1946.

La opinión de mi parte acerca de la penalidad aplicable al delito de libramiento de cheques sin fondos, es que se debe aplicar la pena de cincuenta a mil pesos de multa y de seis meses a seis años de prisión, la cual está tipificada en el Artículo 386 de Código Penal Federal antes de su reforma, para ratificar lo anterior y con fundamento en la Jurisprudencia firme que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la letra dice: "PENALIDAD APLICABLE AL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS. JURISPRUDENCIA FIRME. Congruente con el criterio jurisprudencial establecido por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ve en el tipo legal del Artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, un delito que no es de daño, que ha recibido la denominación genérica de delito especial para evitar controversias doctrinales sobre su clasificación, precisando que ninguna similitud guarda con el fraude ni con un delito patrimonial, es evidente que si la Ley especial envía al juzgador al Código Penal Federal para su sanción, es para el efecto de que se imponga la penalidad vigente en la época de su creación, ya que si el fraude aumentó sus linderos de represión atendiendo a la cuantía del daño, tal aumento no atañe a la precitada figura especial, por lo que sigue en vigor la pena de cincuenta a mil pesos de multa y de seis meses a seis años de prisión establecido en el Artículo 386 del Código Penal Federal antes de su reforma. En tal virtud, como la sentencia impugnada en esta vía, aplicando la nueva jurisprudencia invocada, no individualizó correctamente la sanción dentro del precepto aplicable, al mencionar expresamente la fracción III del Artículo 386 vigente del Código Penal, en razón del monto consignado en el cheque, debe concederse la protección constitucional que reclama para el efecto de que se señale

la pena procedente dentro de los límites del Artículo 386 antes de su reforma. "La ejecutoria de referencia, sumada a las dictadas en los amparos números 79/61, 4616/60, 234/61 y 8727/60, forman la nueva jurisprudencia a que nos hemos referido anteriormente.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Algunas especies de excusas absolutorias

A continuación nos ocuparemos de las excusas absolutorias de mayor importancia.

I) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar. En el Código Penal del Distrito, el Artículo 377 a la letra dice: "El robo entre ascendientes y descendientes no produce responsabilidad penal; pero si además de esas personas interviniera alguna otra, a esta no aprovechará la excusa, pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido". El fundamento de la excusa anterior se ha querido encontrar en una supuesta copropiedad familiar; en motivos de intimidad; o bien, en el simple recuerdo de aquella copropiedad.

II) Excusa en razón de mínima temibilidad. El Artículo 375 del Código Penal vigente establece que cuando el valor de lo robado no rebase los veinticinco pesos, sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague los daños y perjuicios antes de tomar la autoridad conocimiento del hecho, no se impondrá sanción alguna si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia. En la excusa anterior la razón debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

III) Excusa en razón de la maternidad conciente. El Artículo 333 del Código Penal establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Según González de la Vega, "La impunidad para el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse y venirse por tierra sus esperanzas de maternidad; por lo cual resultaría absurdo castigarla" (2).

(2) González de la Vega, Francisco, "El Código Penal Comentado". 4a. Ed. Editorial Porrúa, 1978.

Para el aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales.

Nos preguntamos si existen excusas absolutorias en el libramiento de cheques sin fondos, hemos visto que las excusas absolutorias son el aspecto negativo de la punibilidad, por constituir una remisión legal de la pena.

No hay norma alguna perteneciente a cualquier otro ordenamiento jurídico, ni la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que consagren alguna excusa absolutoria en favor de personas determinadas que puedan caer en su actuar dentro de la hipótesis legislada en el Artículo 193 de la Ley mencionada, por lo que podemos afirmar que no podrán presentarse hipótesis de ausencia de punibilidad.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que se hagan algunas modificaciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y se aplique con más rigidez a las personas que libran dolosamente un cheque a fin de frenar un poco el delito de fraude.
2. Se debe aplicar más benignamente a aquellas personas que por un caso de fuerza mayor llegan a disponer del dinero que ya han librado en un determinado cheque, siempre y cuando quede debidamente comprobada la causa por la cual se dispuso de dicho dinero.
3. Para proteger el crédito y evitar la creciente impunidad de estos hechos penales debería exigirse por las autoridades hacendarias y crediticias, por la Comisión Nacional Bancaria, por el Banco de México, S. A. y por las Asociaciones relativas y en su caso por las normas correspondientes que el banco que llegue a recibir cheques no pagaderos debe de cumplir con su obligación que es la de denunciar los hechos por constituir delitos que se persiguen de oficio.

CONCLUSIONES

1. Nuestro país cuenta con un auge económico a nivel mundial considerable, por el cual el empleo del cheque es cada día más frecuente y necesario en nuestra economía y en el comercio, que llevan a

cabo los particulares y así sustituir el dinero en efectivo, para facilitar dichas transacciones, también tiene como finalidad el activar el dinero a los fondos de los particulares, depositándolo en instituciones bancarias, para dar primordial importancia al cheque.

2. Debido al auge económico y la sustitución del dinero por el cheque ha dado motivos a que muchas personas abusen en perjuicio de otras generaciones la función de dicho título de crédito que consiste en una orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero, ya que con este título de crédito esas personas cometen el delito de fraude cuando éste no es pagado, y también lo hacen con el fin de utilizar ese dinero en otras para sacar provecho de él y dilatar dicha orden.
3. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ya no está tan a la época, debido a que en la actualidad el cheque se usa con mucho más frecuencia y es tajante la diferencia en cuanto a la época en que creó dicha Ley y la actual que estamos viviendo.
4. En la Legislación mexicana, actualmente no está debidamente tipificado el delito de fraude, por libramiento de un título de crédito sin fondos, ya que únicamente se tipifica como fraude específico en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
5. El libramiento de cheques sin fondos es un delito formal porque existe con independencia de que se produzca o no se produzca ningún resultado dañoso posterior bastando la simple acción de libramiento de cheque sin fondos disponibles para expedirlo, o haber dispuesto de los mismos fondos antes del plazo de representación o por no tener autorización para expedirlo, a cargo del librador.
6. Para la existencia del delito basta la conciencia y voluntad de librar un cheque no pagadero, sin que se requiera un resultado o causación de un daño pecuniario que puede ser contingente pero no normalmente necesario.
7. No se necesita la demostración de una actitud engañosa del librador, que haga incurrir en error al tomador, supuesto que también puede existir; el dolo radica en el simple hecho de que el librador emita el título con conciencia de no tener derecho a ello.

BIBLIOGRAFIA

1. Jiménez Huerta, Mariano. "Panorama del Delito". Imprenta Universitaria.
2. Cuello Calón, Eugenio. "La protección Penal del Cheque". 2a. Ed. Barcelona, 1949.
3. Domínguez del Río Alfredo. "La Tutela Penal del Cheque". 2a. Ed. Editorial Porrúa, 1977.
4. González Bustamante, Juan José. "El Cheque". 3a. Ed. Editorial Porrúa. México, 1974.
5. González Urbaneja, Simón. "La Protección Penal del Cheque en el Código de Comercio de 1955". Caracas, 1957.
6. Maggiore Guissepe. "Derecho Penal I". Editorial Témis. Bogotá, 1954.
7. Pavón Vasconcelos, Francisco. "El Elemento Objetivo del Delito". Ensayo de Una Síntesis Criminalia. Año XXVII. Núm. 7.
8. J. Ramón Palacios. "El Cheque sin Fondos". 2a. Ed. Editores Mexicanos Unidos, S. A.
9. "Infortunios del Cheque sin Fondos". Rev. Jur. Veracruzana. X. Núm. 4.
10. "La Tentativa Inacabada". Revista de la Facultad de Derecho, T. XVI, enero-marzo de 1964.
11. "Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal Tipo". Revista Mexicana de Derecho Penal.
12. González de la Vega, Francisco. "El Código Penal Comentado". 4a. Ed. Editorial Porrúa, 1978.
13. Cervantes Ahumada, Raúl. "Títulos y Operaciones de Crédito". 10a. Ed. Editorial Herrera, S. A., 1978.
14. Fernando Castellanos. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 8a. Ed. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.
15. Becerra Bautista, José. "El Cheque sin Fondos". 4a. Edición. Editorial Kino. S. A. Tijuana, B. C., 1973.

LEYES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México, 1979.
2. Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 1980.
3. Código de Comercio. Editorial Porrúa. México, 1980.
4. Código Penal Federal. Editorial Porrúa. México, 1980.
5. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 1980.