

75
201



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL DELITO DE LIBRAR CHEQUES SIN FONDOS

T E S I S

Para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

FELIPE FERNANDO AYALA PASTEN

FALLA DE ORIGEN

México, D. F.

1990



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 está 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.

I N D I C E

PAG.

INTRODUCCION -----	A
I.- CONCEPTOS GENERALES DEL CHEQUE -----	3
1.- PRESUPUESTOS DEL CHEQUE -----	8
A) CALIDAD BANCARIA EN EL LIBERADO -----	8
B) EXISTENCIA DE PROVISION DE FONDOS -----	13
C) AUTORIZACION -----	17
2.- EL PAGO DEL CHEQUE -----	21
3.- EL PROTESTO DEL CHEQUE -----	29
4.- DE LA PRESCRIPCION Y LA CADUCIDAD DEL CHEQUE --	34
II.- ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DEL CHEQUE -	38
1.- ESPAÑA -----	43
2.- FRANCIA -----	48
3.- ITALIA -----	52
4.- MEXICO -----	53
A) CODIGO PENAL DE 1871 -----	56
B) CODIGO PENAL DE 1929 -----	58
III.- ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE LIBRAR UN CHEQUE -	
SIN FONDOS -----	61
1.- LA CONDUCTA -----	61

2.- LA TIPICIDAD -----	70
3.- LA ANTIJURIDICIDAD -----	76
4.- LA CULPABILIDAD -----	84
IV.- DERECHO COMPARADO -----	92
1.- LEGISLACION ARGENTINA -----	92
A) EL CODIGO DE 1921 Y LOS PROYECTOS DE REFORMA	92
B) EL ARTICULO 302 DEL CODIGO PENAL ARGENTINO -	99
2.- LEGISLACION ESPAÑOLA -----	104
A) ARTICULO 563 BIS DEL CODIGO PENAL -----	110
B) ARTICULO 563 BIS B) No. 2 DEL CODIGO PENAL -	114
C) ARTICULO 563 BIS B) No. 3 DEL CODIGO PENAL -	116
3.- LEGISLACION FRANCESA -----	118
JURISPRUDENCIA -----	130
CONCLUSIONES -----	142
BIBLIOGRAFIA -----	146

I N T R O D U C C I O N

Actualmente existe en nuestro país una grave problemática con motivo de los títulos de crédito llamados - cheques que tratan en cierta forma de equipararse a los billetes de curso legal, estos títulos de crédito tienen muchas imperfecciones y deficiencias y por ello van perdiendo credibilidad en la actividad comercial cotidiana.

El cheque actualmente es considerado como un título de crédito que tiene la característica de ser una orden de pago la realidad nos demuestra que en muchos casos pierde dicha característica para convertirse en un instrumento de crédito, v.gr. los cheques pos-fechados, que son muy comunes en nuestros días y que desvirtúan la naturaleza misma del cheque. En el presente trabajo de investigación analizamos la importancia que tienen los presupuestos del cheque y sus efectos tanto en el aspecto mercantil como en la vía penal.

Analizaremos las circunstancias particulares de una persona que libra un cheque sin fondos suficientes en su banco librado y que en algunos casos la llevarían a sup probable consignación, veremos que no es suficiente el librar un cheque y que el librador no tenga fondos suficientes para cuorirlo ya que son necesarias circunstancias --

particulares para integrar el cuerpo del delito y así proceder a la consignación. Para la existencia de este delito no basta la mera creación de tal documento sin cobertura dineraria, sino que se precisa como elemento subjetivo, no sólo la conciencia plena sobre la carencia de fondos, sino también la ignorancia del tomador o beneficiario acerca del engaño de que es objeto.

El artículo 387 fracción XXI del código penal para el Distrito Federal, debe ser objeto de una reforma substancial ya que en la práctica mercantil existen varias circunstancias que impiden el cobro del título de crédito llamado cheque y que no encuadran en el presente tipo, ya que éste solo sanciona dos causas de rechazo y que son: no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o bien no tener el librador fondos suficientes para el pago.

Es necesaria una reforma que contemple las deficiencias en la legislación aplicable en materia de cheques poniendo especial cuidado en todos los mecanismos tanto legislativos como administrativos tendentes a dar una mayor seguridad a los tomadores o beneficiarios con el objeto de que los cheques sean pañaderos en el momento de la presentación evitando así las innumerables defraudaciones que existen actualmente en nuestro país.

I.- CONCEPTOS GENERALES DEL CHEQUE

El cheque, instrumento de pago, que hoy casi llega a asumir el rango de verdadera moneda, en la actualidad ha alcanzado una gran difusión por lo que es necesario infundir plena confianza en su tomador teniendo éste la completa seguridad de que será pagado en el momento de su presentación. Si la confianza en el cheque se quebranta, disminuye su circulación y cesan, por consiguiente, todas las posibles ventajas económicas que podría originar.

Para definir al cheque encontré una de las mejores definiciones que considero describen mejor a este título de crédito y, que en forma exhaustiva lo ha definido como un título cambiario, a la orden o al portador, literal, formal, autónomo y abstracto que contiene una orden incondicional de pagar a la vista la suma indicada, dirigida a un banquero en poder del cual el librador tiene fondos disponibles suficientes, que vincula solidariamente a todos los signatarios y que está provisto de fuerza ejecutiva. (1) Esta es una definición que describe no sólo al cheque sino también a otros títulos de crédito mostrando los elementos de éstos que forman parte esencial de los mismos.

1. Cfr. EUGENIO CUELLO CALON: La Protección Penal del Cheque; Tercera Edición, Editorial Bosch, Barcelona. p. 7.

El cheque como título de crédito es un documento de naturaleza especial, constitutivo y dispositivo no simplemente probatorio. Constitutivo porque sin él no existe el derecho, siendo necesario para la transmisión y para el ejercicio del derecho. Son documentos constitutivos en -- cuanto a la redacción de aquéllos es esencial para la -- existencia del derecho mismo. (2)

El artículo 14 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que los documentos por ella regulados, sólo producirán los efectos previstos cuando tenga las menciones y llenen los requisitos señalados por dicha ley. La fracción V del artículo 8º de la Ley -- General de Títulos y Operaciones de Crédito incluye entre las excepciones y defensas que pueden oponerse en contra de las acciones derivadas de un título de crédito las fundadas en la omisión de los requisitos o menciones que debe contener. De modo que todo documento que no contenga las menciones ni los requisitos señalados para el cheque por el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, esenciales para la validez, carecerá de la --

2. Cfr. DE PINA VARA RAFAEL: Teoría y Práctica del Cheque, Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A., Mexico, 1984. - p. 19.

calidad de cheque y, consecuentemente, no producirá efectos de título de crédito. La forma es todo en el título de crédito, es su sustancia, no observada ésta en el mínimo prescrito no existe el título por lo que en este caso hablamos de inexistencia del título de crédito.

El cheque participa de las características de todos los títulos de crédito como son : incorporación, literalidad, legitimación y autonomía. Cuando hablamos de incorporación tenemos que decir que el derecho se encuentra incorporado en el título de crédito, porque se encuentra tan íntimamente ligado a él que sin la existencia del título no existe tampoco el derecho. El derecho no se puede exigir ni transmitir sin el documento, cuando se dispone del documento se ha dispuesto del derecho materializado en el mismo, la incorporación del derecho al documento es tan íntima que el derecho se convierte en algo accesorio del documento, el documento es lo principal y el derecho es lo accesorio. (3)

Los títulos de crédito otorgan a su tenedor el derecho de exigir las prestaciones en ellos consignadas. La posesión y la presentación del título de crédito legitima a su tenedor lo que significa que lo faculta para ejercitar el derecho en él consignado y exigir todas y cada una de sus prestaciones.

3. Cfr. PEDRO ASTUDILLO URSUA: Los Títulos de Crédito, 1a. Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1983, pp. 20 21.

La literalidad es una característica que se desprende del derecho incorporado en el título de crédito y las obligaciones que de él derivan, están determinadas exclusivamente por el texto del documento ya que los límites y el fundamento del derecho y de la obligación cartular están dados por el texto del título, así el artículo 5º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice: "Son títulos de Crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna".

El derecho incorporado en un título de crédito es autónomo, porque al transmitirse atribuye al nuevo tenedor un derecho propio e independiente, un derecho nuevo no derivado y consecuentemente el deudor no podrá oponer al nuevo tenedor las excepciones personales que podría haber empleado en contra del precedente tenedor. (4)

El cheque es un título ejecutivo dotado de particular eficacia en el sentido de que atribuye a la situación jurídica que en él se representa la certidumbre necesaria para que se actúe por medio de la ejecución forzosa concluyendo que se trata de un documento que hace prueba legal.

CARNELUTTI, considera a los títulos ejecutivos como documentos dotados de particular eficacia en el sentido de que atribuye a la situación jurídica que un título de crédito representa la certidumbre necesaria para actuar en ejecución forzosa en el caso del no pago del documento y en éste caso -

4. Cfr. Ibid. pp. 20 - 25.

el cheque es un título de crédito abstracto porque atribuye eficacia obligatoria a la pura y simple declaración cartular prescindiendo de la causa jurídica que determinó su -- emisión o su transmisión independientemente de la relación -- de provisión que debe mediar entre el librador y el librado. (5)

El cheque es, por su naturaleza un documento de -- vencimiento a la vista según lo establece el artículo 178 -- de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice: "El cheque será siempre pagadero a la vista, cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta, -- el cheque presentado al pago antes del día indicado como -- fecha de expedición es pagadero el día de la presentación".

El cheque en nuestro sistema legal se caracteri -- za por ser un título estrictamente bancario así lo determi -- na el artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operacio -- nes de Crédito, que a la letra dice: "El cheque sólo puede -- ser expedido a cargo de una institución de crédito. El do -- cumento que en forma de cheque se libre a cargo de otras -- personas, no producirá efectos de título de crédito ..."

1.- PRESUPUESTOS DEL CHEQUE

Los presupuestos del cheque son tres:

a) Que existan fondos disponibles en poder del librado.

b) Que el librado tenga la calidad bancaria requerida por la ley.

c) Que el librado haya autorizado al librador para expedir cheques a su cargo.

Cuando falta alguno de estos presupuestos de emisión produce efectos distintos, el primero y el tercero afectan solamente la regularidad del título, mientras que el segundo determina la validez del documento como tal, pasemos a analizar cada uno de estos presupuestos. (6)

A) LA CALIDAD BANCARIA EN EL LIBRADO.

El artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice en su párrafo primero "El cheque sólo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito. El documento que en forma de cheque se libre a cargo de otras personas, no producirá efectos de título de crédito". Lo antes mencionado significa que la orden de pago contenida en el cheque debe dirigirse necesariamente a un banco. Apartándose así la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del sistema establecido por los códigos de comercio de 1884 y de 1889, que permitían el libramiento de cheques a cargo de un establecimiento de crédito.

dito o de un comerciante, sistema adoptado por el derogado - código de comercio italiano de 1882. Actualmente el código - de comercio vigente de nuestro país se inspira en el anglo - sajón que configura al cheque como un título emitido a cargo de un banquero.

En esta materia existen tres sistemas:

a) El sistema inglés (El cual es seguido por - nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vi - gente en nuestro país).

b) El antiguo sistema francés (Adoptado por el - vigente código de comercio español) que determina que cual - quier persona puede ser librado.

c) El sistema intermedio o mixto, (Adoptado por el derogado código de comercio italiano de 1882 y por los me - xicanos de 1884 y de 1889) de acuerdo con el cual puede te - ner la calidad de librado un establecimiento de crédito o un comerciante. (7)

Existen multiples razones para preferir el siste - ma inglés ya que desde un punto de vista estrictamente econó - mico el exigir que todo cheque sea librado necesariamente a - cargo de un banco o institución de crédito, se logra que el - cheque cumpla eficazmente su función de medio o instrumento - de pago. El cheque empleado como medio de pago, sustituye a - la moneda promueve y facilita los pagos por transferencia lo que origina una reducción del circulante monetario.

7. Cfr. Ibid. p. 109.

Por otra parte es indudable que la presencia e intervención de una institución de crédito en el cheque crea confianza en el público y origina su mejor aceptación y difusión.

En la conferencia de La Haya de 1912 también predominó la tendencia a una limitación. El delegado austriaco-HAMMERSCHLAG, dijo que el cheque tiene como principal objeto servir de instrumento de pago a fin de economizar el empleo de dinero y este objeto se logra precisamente con los cheques librados sobre establecimientos de bancos, en donde se hallan centralizados los fondos disponibles de un gran número de personas y donde el cheque podrá además no dar lugar a un pago en efectivo; a lo que se agrega que es de gran importancia el asiento que acredite su importe en la cuenta que en el establecimiento tenga el beneficiario del documento. Por el contrario, un cheque librado contra un particular cualquiera será casi siempre pagadero en efectivo; desde el punto de vista económico reunir en los establecimientos bancarios tantos fondos como sea posible y que a este fin concurren grandemente los cheques girables sólo contra dichos establecimientos.

Después de haber visto las ventajas que otorga la institución de crédito la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente en el D.F. adopta el sistema inglés de acuerdo con el cual es necesario que el librado ten-

ga la calidad de institución de crédito. Ahora bien el artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su primer párrafo que a letra dice: El cheque sólo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito. El documento que en forma de cheque se libre a cargo de otras personas no producirá efectos de título de crédito. Sin embargo el cheque no puede ser expedido por cualquier institución de crédito. Ahora pasemos a analizar los efectos de la falta de la calidad bancaria en el librado, para esto debemos atender al contenido del artículo 175 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su primer párrafo arriba mencionado. Si por alguna circunstancia el girador sorprende la buena fe del tomador y le entrega un cheque contra una institución de crédito inexistente, es decir contra un banco sin concesión para operar depósitos en cuenta de cheques situación a la cual se le aplicaría la regla contenida en el primer párrafo del artículo arriba mencionado, lo que traería como consecuencia que el tenedor careciera de acción cambiaria contra el girador debido a que un cheque librado a cargo de quien no tenga la calidad de institución de crédito dicho documento no produciría efectos de título de crédito y esa falta de efectos se haría valer contra el tomador y contra cualquier tenedor posterior sea de buena o mala fe.

La situación anterior no deja sin defensa los intereses legítimos del tenedor de buena fe, si bien es -- cierto que en este caso no podrán ejercitarse las acciones cambiarias propias del cheque utilizando la vía mercantil, -- si es posible utilizar la vía penal para el cobro del documento ya que el objeto de la conducta del librador consiste en obtener ilícitamente alguna cosa o bien un lucro indebido mediante la emisión de un cheque a cargo de una institución inexistente o de una institución no autorizada para recibir depósitos en dinero a la vista en cuenta de cheques, -- constituye la comisión del delito de fraude previsto de manera general en el artículo 386 del código penal para el -- Distrito Federal.

B) EXISTENCIA DE PROVISION DE FONDOS

Este presupuesto lo encontramos establecido en el segundo párrafo del artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra dice: "El cheque sólo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito sea autorizado por esta para - librar cheques a su cargo".

En términos generales todo libramiento de un - cheque supone la previa provisión en poder del librado o por lo menos debería suponer la existencia siempre suficiente para satisfacer cualquier orden de pago dada al librado. Este - presupuesto legalmente establecido deriva de la naturaleza de medio o instrumento de pago propia del cheque, el cual es un - documento que no recoge una promesa de pago futuro sino una - orden de pago a producirse en el momento de la presentación - del documento.

Por provisión de fondos debemos entender un de recho de crédito por una suma de dinero, que tiene el libra - dor en contra del librado independientemente del origen de di cho crédito. El hecho de tener una provisión de fondos no -- implica un concepto material sino eminentemente jurídico, el - tener fondos implica que el girador sea acreedor del librado - de modo que se tienen fondos cuando el librador tiene un de recho de crédito contra el librado.

La provisión no supone, por tanto la existencia material del dinero en poder del librado por la entrega efectiva realizada por el librador. Es simplemente un derecho de crédito, un derecho que faculta al librador para exigir del librado la restitución o la disposición de las sumas acreditadas en la cuenta de cheques del librador.

La exigencia de la provisión derivada de la existencia de los mismos en poder del librado y a disposición del librador, se reduce a un simple derecho de crédito que autoriza al librador para exigir del banco librado la restitución de las sumas que materialmente le entregó. La disponibilidad no significa solamente la existencia de un crédito líquido y exigible, sino la existencia de un crédito de dinero de tal naturaleza, que el deudor está obligado a su disposición tener la cantidad para que en el momento de que sea requerido por su acreedor se haga el pago total del importe del documento.

Una situación que podemos plantear al respecto es la de determinar el momento en que debe existir la provisión en poder del librado: existen dos momentos que se prestarían a alguna confusión, el primer momento deben existir en poder del librado al momento de la emisión del cheque y el segundo momento hasta antes de la presentación para su pago.

Según establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 175 segundo párrafo -- los fondos disponibles deben existir cuando se realiza la expedición del cheque es decir la antes citada ley exige la -- preexistencia de la relación de provisión entre el librador -- y el librado.

El cheque es un instrumento de pago, de vencimiento a la vista: vence en el acto de su presentación --- como consecuencia lógica y natural que toda expedición de -- cheque tenga como base la previa existencia en poder del librado los fondos con que será cubierto. Desde un punto de -- vista práctico esta situación carece de poca importancia ya -- que no es necesario que existan fondos disponibles al momento de expedir el cheque es suficiente que sea cubierto el documento al momento de la presentación del mismo. Aunque el librador tiene la obligación de tener provisión desde el momento mismo del libramiento, esa obligación carece de sanción -- jurídica siempre y cuando en el momento de la presentación -- para su pago, el cheque sea atendido por el librado . (8)

Desde el punto de vista penal se presenta una situación diferente el artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción XXI, en su parte relativa - que a la letra dice "Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o Sociedad Nacional de Crédito correspondiente, en los términos de la - legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago ..."

La finalidad legal de incriminar y penar el hecho descrito es la de proteger la seguridad jurídica de las transacciones, asegurando el valor del cheque como elemento-precioso de circulación comercial. Para poder proceder penallmente es necesario que el agente librador haya tenido como - fin procurarse ilícitamente de una cosa o tratar de obtener un lucro indebido con el libramiento del cheque según lo determina el segundo párrafo del artículo arriba mencionado.

El momento relevante de la falta de provisión- es el de la presentación al cobro ya que este deberá hacerse dentro de los plazos dispuestos por la legislación mercantil ya que el librador no está obligado a mantener indefinidamente la provisión en poder del librado, en consecuencia se dará el requisito delictivo, si presentado el cheque al cobro- dentro de los plazos señalados por la ley faltaran fondos sulficientes para el pago del documento.

C) LA AUTORIZACION

El fundamento legal lo encontramos en el tercer párrafo del artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice: "La autorización se entenderá concedida por el hecho de que la institución de crédito proporcione al librador esqueletos especiales para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la vista".

Para poder expedir un cheque debe haber existido previamente una relación jurídica entre el librador y el librado en virtud de la cual el segundo ha autorizado o facultado al primero para disponer de la provisión mediante el libramiento de cheques a su cargo. Esta relación jurídica entre las partes debe estar plenamente justificada, la doctrina considera que esa autorización para librar cheques se denomina "CONTRATO DE CHEQUE" por el cual el banco librado se obliga a recibir dinero de su cuentahabiente, a mantener el saldo de la cuenta a disposición de éste y a pagar los cheques que el cliente libre con cargo al saldo de la cuenta. (9)

Hay autores como el Lic. Rafael de Pina Varas que consideran que la relación jurídica que se da entre librador y librado en virtud de la cual el primero queda facultado para emitir cheques a cargo del segundo sólo puede derivar de un contrato de depósito de dinero en cuenta de cheques.

9. Cfr. RAUL CERVANTES AHUMADA: Títulos y Operaciones de Crédito, Decima Cuarta Edición, Editorial Herrero S.A. de C.V., México, 1984. p. 108.

La autorización para emitir cheques puede -- ser expresa o tácita, decimos que es expresa cuando el cliente y banco convienen en celebrar el respectivo contrato de depósito en cuenta de cheques. Es tácita cuando se desprende de la manifestación de voluntad o acto del banco librado en el cual no excluye el uso del cheque, de acuerdo con el artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la autorización del librado se presume concedida por el hecho de que proporcione al librador esqueletos especiales para la expedición de cheques o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la vista. (10)

Ahora bien, es necesario saber que sucede si no existe autorización por parte del librado para expedir cheques y cuales son sus consecuencias. Desde el punto de vista amplio podríamos decir que cuando un cheque es emitido sin provisión o sin autorización pierde su carácter de tal, sin embargo esta situación perjudicaría directamente al tenedor de buena fe. En el momento de la emisión de un cheque el tomador no necesariamente puede saber si el librado está autorizado para expedir cheques o bien si tiene fondos disponibles en la institución librada, determinar la nulidad del cheque por falta de estos presupuestos perjudican al tenedor de buena fe.

Desde este momento afirmamos que la situación

jurídica del tenedor de buena fe no puede depender de la exigencia de fondos disponibles o de la autorización del librado para expedir cheque. Ya que la existencia de estos presupuestos constituyen sólo un requisito de regularidad del cheque - pero no de su validez. De modo que un cheque librado sin autorización tendrá plena validez y como consecuencia procedentes las acciones cambiarias inherentes al mismo documento.

El artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a letra dice : " La alteración de la cantidad por la que el cheque fue expedido o la falsificación de la firma del librador, no pueden ser invocadas por éste para objetar el pago hecho por el librado si el librador - ha dado lugar a ellas por su culpa o por la de sus factores - representantes o dependientes... "

Ahora bien interpretando esta parte del artículo arriba mencionado podemos decir que el pago del documento podría hacerse sin culpa para el librado ya que habría -- existido culpa o negligencia por parte del librador o la de - sus factores . Pero continuemos con el análisis del mismo artículo que en su segundo párrafo sigue diciendo : " Cuando el cheque aparezca extendido en esqueleto de los que el librado - hubiere proporcionado al librador, éste sólo podrá objetar el pago si la autorización o falsificación fueren notorias, o - si, habiendo perdido el esqueleto o el talonario hubiere dado

aviso oportuno de la pérdida al librado.

Todo convenio contrario a lo dispuesto en este artículo es nulo. "

2.- EL PAGO DEL CHEQUE

El pago del cheque consiste simplemente en la entrega de una suma determinada de dinero que constituye el importe del documento realizado por el librado al tenedor en cumplimiento de la orden contenida en dicho título de crédito. (11)

El pago del cheque lo hace el librado en el momento de la presentación, extingue las obligaciones cambiarias del librador, de los endosantes y de los avalistas ya que la orden de pago contenida en el título de crédito ha quedado satisfecha, que trae como consecuencia el fin de la vida del documento lo mismo de relaciones jurídicas establecidas entre los sujetos.

Todo cheque deberá ser pagadero en el momento de su presentación al librado, es decir el cheque es siempre pagadero a la vista cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta, el cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de expedición es pagadero el día de la presentación así lo determina el artículo 178 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Lo que significa que el cheque es un documento de pago no de crédito.

El cheque debe ser presentado dentro de un plazo que la ley señala y que determina el artículo 181 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice:

Los cheques deberán presentarse para su pago:

11. Cfr. LUIS MUÑOZ: El cheque, Editorial Cárdenas, México, 1974 p. 228.

I.- Dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición;

II.- Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional;

III.- Dentro de tres meses si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional;

IV.- Dentro de tres meses, si fueren expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación. (12)

Cuando un cheque no es presentado para su pago dentro de los plazos establecidos por el artículo anterior no implica que pierda su derecho para hacerlo efectivo según lo establece el artículo 186 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice: "Aún cuando el cheque no haya sido presentado o protestado en tiempo, el librado debe pagarlo mientras tenga fondos el librador suficientes para ello".

Hay efectos que surgen de la falta de presentación del cheque para su pago que en ningún momento implica pérdida de la acción cambiaria en contra del librador pero si produce las siguientes consecuencias:

12. Cfr. Ibid. p. 219.

El artículo 191 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito menciona tres efectos y que a letra dice "Por no haberse presentado o protestado el cheque en la forma y plazos previstos en este capítulo, caducan:

I.- Las acciones de regreso del último tenedor contra los endosantes y avalistas;

II.- Las acciones de regreso de los endosantes y avalistas entre sí; y

III.- La acción directa contra el librador y contra sus avalistas, si prueban que durante el término de presentación tuvo aquél fondos suficientes en poder del librado y que el cheque dejó de pagarse por causa ajena al librador sobrevenida con posterioridad a dicho término.

La presentación inoportuna del cheque para su pago no hace perder por regla general, la acción cambiaria del tenedor en contra del librador sin embargo, en todo caso el ejercicio de dicha acción presupone la presentación inoportuna, del cheque para su pago y la negativa del librado para su pago.

El librador como consecuencia inoportuna del cheque para su pago podrá revocar el documento impidiendo en esta forma el pago del librado. Así lo determina el artículo 185 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice "Mientras no haya transcurrido los plazos --

que establece el artículo 181, el librador no puede revocar - el cheque, ni oponerse a su pago. La oposición o revocación - que hiciere en contra de lo dispuesto en este artículo, no -- producirá efectos respecto del librado si no después que -- transcurra el plazo de presentación. "

El tenedor, perderá el derecho a reclamar al librador la indemnización por daños y perjuicios prevista por el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

No se configurará el delito de fraude contenido en el artículo 387 fracción XXI, del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Existen situaciones por las cuales el librado no está obligado a pagar un cheque que se le presente y -- son las siguientes:

a) Cuando el librador no tiene suficientes fondos en poder del librado para poder expedir cheques a su cargo.

b) Cuando no ha autorizado expresa o tácitamente al librador para expedir cheques a su cargo; o cuando el cheque no haya sido expedido en las formas proporcionadas por el librado.

c) Cuando el cheque no reúna alguno de los requisitos formales señalados por el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito siempre y cuando-

no puedan ser suplidos mediante las presunciones establecidas por la propia ley.

d) Cuando la firma del librador sea evidentemente falsa o no coincida con la que obre registrada en poder del librado cuando el cheque o alguno de los actos que consten en el mismo se encuentren notoriamente alterados

e) Cuando tratandose de cheques nominativos no se identifica debidamente el último tenedor

f) Cuando existe orden judicial en el sentido de suspender el cumplimiento de la prestación a que el cheque da derecho.

g) Cuando el librador revoque el cheque en los términos del artículo 185 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La falta de pago del cheque da origen a favor del beneficiario a una acción cambiaria en contra del librador endosantes y avalistas y es en virtud de esa acción que pueden demandar con fundamento en el artículo 152 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el cumplimiento de las siguientes prestaciones:

a) Importe del Cheque

b) Intereses moratorios al tipo legal desde el día del vencimiento.

c) Gastos de protesto y demás gastos legítimos

d) El premio de cambio de plaza en que debería haberse pagado el cheque y la plaza en que se le haga efectiva más los gastos de situación. (13)

Cuando la falta de pago se imputa al librador como lo establece el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito 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 ocasione, en ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque".

En nuestro derecho esta situación se presenta - bajo dos aspectos: existen acciones mercantiles en favor del beneficiario, estas acciones deben ejercitarse ante los tribunales civiles en la vía ejecutiva mercantil por su titular en contra de los obligados directos o en vía de regreso, sirviendo como fundamento de la acción el documento no pagado y debidamente protestado. Frente a la acción civil que se ejercita en la vía ejecutiva mercantil nos encontramos con una acción pública que tiene por objeto obtener la reparación del daño ocasionado por el delito cometido y que es deducible únicamente por el Ministerio Público y que puede ejercitarse en proceso penal en contra del acusado.

13. Cfr. Ibid. p. 244.

La reparación del daño en el delito de fraude cometido por el libramiento de un cheque sin que existan fondos suficientes en poder del librado según lo determina el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal consiste:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II.- La indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados...

La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud del no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

De lo anterior se desprende que mientras no se denuncien los hechos delictuosos el beneficiario o tenedor de un cheque no pagado por falta de fondos o por carecer --

el librador de autorización para expedirla a cargo del librado, tiene expedita su acción ejecutiva en contra del librador; denunciados los hechos delictuosos sólo el Ministerio Público puede exigir el pago, si en el proceso penal se absuelve al reo, el librador absuelto puede ser demandado por la vía civil.

3.- EL PROTESTO DEL CHEQUE

El cheque presentado en tiempo y no pagado por el librado, debe protestarse a más tardar el segundo día hábil que siga al plazo de su presentación, en la misma forma que la letra de cambio a la vista.

En el caso de pago parcial el protesto se levantará por la parte no pagada.

Si el cheque se presenta en la Cámara de Compensación y el librado rehusa total o parcialmente su pago, la Cámara certificará en el cheque dicha circunstancia y que el documento fue presentado en tiempo.

Esa anotación hará las veces de protesto.

La anotación que el librado ponga en el cheque mismo, de que fue presentado en tiempo y no pagado totalmente surtirá los mismos efectos del protesto.

La anotación a la que se refieren los dos párrafos anteriores indica que el temedor del cheque deberá dar aviso de la falta de pago a todos los signatarios del documento. (14)

Cuando un cheque no es presentado o protestado en la forma y plazos previstos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito caducan :

14. Cfr. L. CARLOS DAVALOS MEJIA: Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras; Harper And Row Latinoamericana, México - 1984, p. 168.

a) Las acciones de regreso del último tenedor contra los endosantes o avalistas;

b) Las acciones de regreso de los endosantes y avalistas entre sí ; y

c) La acción directa contra el librador y contra sus avalistas, si prueban que durante el término de presentación tuvo aquél fondos suficientes en poder del librado y que el cheque dejó de pagarse por causa ajena al librador - sobrevvenida con posterioridad a dicho término. (15)

El protesto determina en forma auténtica que el cheque fue presentado en tiempo y que el obligado dejó total o parcialmente de pagarlo. La Ley determina que salvo disposición legal expresa ningún otro acto puede suplir al protesto.

De acuerdo al artículo 142 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el protesto puede ser hecho por medio de notario o corredor público titulado. A falta de ellos puede levantar el protesto la primera autoridad política del lugar.

El que pague con cheque un título de crédito --- mencionándolo así en el cheque, será considerado como depositario del título, mientras el cheque no sea cubierto durante el plazo legal señalado para su presentación. La falta de pago o el pago parcial del cheque se considerarán como falta de

15. Cfr. Ibid, p. 167.

pago o pago parcial del título de crédito, y una vez protestado el cheque, el tenedor tendrá derecho a la restitución del título y al pago de los gastos de cobranza y de protesto del cheque; y previo el protesto correspondiente, podrá ejercitar las acciones que por el título no pagado le competan. Si el depositario de éste no lo restituye al ser requerido para hacerlo ante juez, notario, corredor o ante la primera autoridad política del lugar, se hará constar ese hecho en el acta relativa, y ésta producirá los efectos del protesto para la conservación de las acciones y derechos que del título nazca. Los plazos señalados para el protesto de los títulos de crédito en pago de los cuales hayan recibido cheques, empezarán a correr desde la fecha en que estos sean legalmente protestados, conservándose, entre tanto, todas las acciones que correspondan al tenedor del título.

El protesto debe levantarse en el lugar y dirección señalados en el cheque como lugar de pago. Cuando no se indica dirección deberá levantarse en el domicilio del librado y en caso de que se desconozca el domicilio o residencia del librado, podrá practicarse el protesto en la dirección que elija el notario, corredor o autoridad política que lo levante.

El protesto debe hacerse constar en el mismo -- cheque o en hoja adherida a él. Además, el notario, corredor o autoridad que lo practiquen levantarán acta del mismo en la que aparezcan :

a) La reproducción literal del cheque con su -- aceptación, endosos, avales o cuanto en él consten;

b) El requerimiento al obligado para aceptar -- o pagar el cheque, haciendo constar si estuvo o no presente -- quien debió aceptarlo o pagarlo;

c) Los motivos de la negativa para aceptarlo o pagarlo;

d) La firma de la persona con quien se entienda la diligencia, o la expresión de su imposibilidad o resistencia a firmar si la hubiere;

e) La expresión del lugar, y hora en que se -- practique el protesto y la firma de quien autoriza la diligencia. (16)

El notario, corredor o autoridad que hayan hecho el protesto, retendrán el cheque en su poder todo el día del protesto y el día siguiente, teniendo el librador, durante -- ese tiempo el derecho de presentarse a satisfacer el importe del cheque más los intereses moratorios y los gastos de la -- diligencia.

16. Cfr. ROBERTO L. MANTILLA MOLINA: Títulos de Crédito, Se -- gunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1983, p. 216.

En materia de protesto existe una diferencia importante entre la regulación establecida para la letra de cambio y el cheque, ya que de acuerdo al artículo 140 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ningún otro acto puede suplir al protesto para establecer en forma auténtica - que la letra fue presentada en tiempo y que el obligado dejó total o parcialmente de aceptarla o pagarla. Por el contrario en materia de cheques la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito admite en sustitución del protesto otros actos -- comprobatorios de la falta de pago total o parcial que surten los mismos efectos, como son:

a) La anotación que el librado haga en el cheque o en hoja adherido al mismo, en el sentido de que fue presentado en tiempo y de que no lo pagó total o parcialmente;

b) La certificación de la Cámara de Compensación en la cual el cheque fue presentado de manera oportuna - negándose el librado a pagar dicho documento.

En materia de cheque no es admisible la dispensa del protesto o de los actos que legalmente los sustituyen mediante la inclusión de la cláusula "Sin Protesto" o "Sin Gastos" a que se refiere el artículo 141 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito aplicable en materia de letra de cambio. (17)

17. Cfr. Ibid, pp. 205-221.

4.- DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD DEL CHEQUE.

La prescripción y la caducidad presentan una extraordinaria similitud hasta el punto que durante mucho tiempo han permanecido confundidas y hoy no puede decirse que la distinción sea muy clara. En la doctrina se conoce con el nombre de caducidad a un determinado modo de extinguir las facultades jurídicas por su falta de ejercicio durante un lapso de tiempo determinado, al cual no son aplicables algunas reglas sobre prescripción ya que la caducidad no es susceptible de interrupción y puede ser acogida de oficio. (18)

Un problema distinto es el relativo a la prescripción ya que esta puede constituir un medio de defensa del demandado frente a la acción del demandante. La prescripción debe ser invocada o alegada por el favorecido y depende de la posición que en el proceso ocupe el demandado, por lo que se pueden presentar varias circunstancias:

a) Que el favorecido con la prescripción inicie él mismo una acción para que se declare la situación jurídica que la prescripción ha creado en su favor.

b) Que el favorecido con la prescripción la oponga o excepciones frente a la demanda del titular del derecho prescrito.

La prescripción es una objeción en el más amplio

18. ARTURO MAJADA: Cheques y Talones de Cuenta Corriente en su Aspecto Bancario Mercantil y Penal; Tercera Edición, Editorial Bosch, 1969, pp. 469-470.

sentido de la palabra . La prescripción no puede ser acogida de oficio por el juez ya que tiene que ser invocada o alegada por quien se encuentra en ella interesado. (19)

Las acciones civiles prescriben de acuerdo al -- artículo 192 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito , en seis meses contados desde que concluya el plazo de presentación, las del último tenedor del documento y desde el día siguiente a aquel en que paguen el cheque, las de los endosantes y las de los avalistas.

En materia penal la posibilidad de hacer una denuncia no prescribe en los plazos arriba mencionados pues la denuncia de hechos para que se investigue si se ha cometido o no un delito no necesariamente constituye una acción cuya titularidad competa al ofendido sino que es o mejor dicho puede ser una obligación que pese sobre toda persona que tiene conocimiento de cualquier acción delictuosa cuando el monto de lo defraudado fuere mayor a quinientas veces el salario mínimo.

Quando un cheque no se presenta o protesta dentro de los plazos previstos por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito caducan : Las acciones de regreso del último tenedor contra los endosantes y avalistas; las acciones de regreso de los endosantes y avalistas entre sí; La acción directa contra el librador y sus avalistas si prueban -- que durante el término de presentación tuvo aquel fondos sufi

cientes en poder del librado y que el cheque dejó de pagarse por causa ajena al librador sobrevenida con posterioridad a dicho término.

Para que opere la caducidad de la acción directa en contra del librador del cheque no basta con que el tomador se haya abstenido de presentar el cheque dentro de los términos que fija el artículo 181 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sino que además es necesario demostrar que durante el término respectivo de presentación aquel tuvo fondos suficientes en poder del librado, de modo que el cheque haya dejado de pagarse por causa ajena al librador sobrevenida con posterioridad a dicho término, y la carga de probar la existencia de fondos suficientes corresponde al librador que opuso la excepción. (20)

El artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que el librador de un cheque que no sea pagado por causa imputable al mismo, deberá resarcir al tenedor los daños y perjuicios con una indemnización que nunca será menor al veinte por ciento del valor del cheque para poder reclamar esta indemnización el cheque deberá presentarse en tiempo para su pago como lo determina el artículo 181 de la misma ley, requisito que debe probar el actor por ser un elemento de acción. Aunque el demandado no oponga como defensa o excepción que el cheque fue presentado para su pago fuera de tiempo, el juez debe examinar este ele-

20. Cfr. L.C. DAVALOS MEJIA: op. cit., p. 190.

mento de oficio ya que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción que no es sino un requisito esencial para la procedencia de la acción de los daños y perjuicios.

El transcurso que la ley señala para la presentación de los cheques no priva al tenedor del derecho de reclamar contra el girador aún fuera de ese término, pues en la prescripción mercantil negativa, los plazos empezarán a contarse desde el día en que la acción pudo ser ejercitada legalmente en juicio y la resistencia del girador a pagar el importe del cheque, situación que fija el principio del término para la prescripción de las acciones del tenedor contra el librador.

II.- ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DEL CHEQUE.

El cheque es un documento que fue instituido para satisfacer las necesidades que surgieron en el mundo de los negocios con motivo del desarrollo de las operaciones bancarias, su empleo fue más frecuente en la actividad comercial y en transacciones entre particulares, el cheque es producto de una civilización avanzada que se ajusta a las necesidades comerciales e industriales de una determinada época.

Algunos autores han pretendido encontrar en el cheque sus antecedentes más antiguos en Grecia y Roma, concretamente en aquellos documentos que emitía el depositante de dinero para que su depositario o administrador entregara alguna cantidad. Estos antecedentes son muy remotos y quizá lo sea de la letra de cambio mejor que del cheque, por lo general el depositante dueño del dinero daba la orden a su depositario para que pagara a una tercera persona.

Los orígenes arriba mencionados los encontramos en el uso de órdenes de pago para movilizar dinero o valores en poder de terceros, esto es conocido en Grecia por lo menos cuatro siglos antes de la era cristiana según se desprende de un relato del retor Isócrates, el cual considera que las condiciones esenciales del contrato de cambio designado bajo el nombre de "CAMBIUM TRAJECTITIUM" se reúnen en este texto.

Otros autores consideran que el origen del cheque lo encontramos específicamente en Roma como resultado de investigaciones hechas en los escritos de Cicerón, Terencio y Plauto. Para estos autores los "ARGENTARI" romanos lo emplearon en sus relaciones con sus clientes bajo el nombre de -- "PRESCRIPTIO O PERMUTATIO".

Buterón menciona que estos no eran cheques propiamente dichos por que a estos les faltaba la cláusula a la orden pero si los considera como antecedente de la letra de cambio.

Se discuten las funciones y formas del cheque que se remontan a los "MADREFEDI Y POLIZZE" del banco de Nápoles, o bien, a los "CONTADI DI LANCO O A LA CEDULE DI CARTOLARIO" de los institutos bancarios y de crédito de Milán, Venecia y Piza, con los cuales los bancos del siglo XII operaban en forma de compensación. Los autores franceses reconocen en los llamados "QUATREPAYEMENTS LYON" el origen de las compensaciones. (21)

La invención del cheque se disputa entre Inglaterra y Bélgica, en la exposición de motivos de la ley de 1873- el legislador belga sitúa el origen del cheque en un uso comercial de Amberes conocido con el nombre de "Bewijs". Sir Thomas Gresham, banquero de la reina Isabel después de un via

21. Cfr. A. MAJADA: op. cit. p. 9-13.

je de estudio por Bélgica, admirando esta forma de pago que evitaba principalmente el transporte de numerario, institución que fue adoptada posteriormente por los banqueros ingleses especialmente los Goldsmith's.

Es indudable que por razones económicas y con fines de seguridad aparecen en Europa los bancos de depósito, los comerciantes los utilizaron para disminuir los riesgos que suponía la custodia del dinero y de paso obtener algún beneficio, al parecer es Venecia donde se funda el banco más antiguo que se conoce, después se difunden las instituciones de crédito por toda Europa y es cuando aparecen los bancos de Barcelona, Génova, Amsterdam etc. Los bancos acostumbraban entregar a sus clientes un comprobante en el que se certificara el importe de los depósitos, este comprobante facultaba a su titular para disponer del dinero confiado a la institución de crédito. (22)

En Inglaterra desde el siglo XV, eran conocidos los "BILL OF EXCHEQUER" que eran órdenes o mandatos de pago emitidos por los soberanos ingleses dirigidos a sus tesoreros.

En el Siglo XVII comienza a circular en Inglaterra las "GOLDSMITH'S NOTES O LAS CASH NOTES" que no eran

22. Cfr. L. MUÑOZ: op. cit. p. 4.

otra cosa sino certificados emitidos por las autoridades del gremio de orífices londinenses.

Las GOLDSMITH'S NOTES, reembolsables al portador y a la vista, se difundieron en gran escala ya que su uso alejaba la inseguridad para el desplazamiento de circulante causada por las turbulencias políticas que suscitan la muerte del monarca Carlos I, en 1640 y el advenimiento de la República.

Documentos de este carácter fueron emitidos no sólo por depósitos gremiales sino por establecimientos bancarios dedicados a la custodia del dinero. La facilidad de conversión de estos documentos generalizó su uso como medio de pago y llegaron a tener casi un equivalente con los billetes de banco a tal punto que en la época de Cronwel, El Parlamento dictó una ley concediéndoles expresamente fuerza cancelatoria por deudas al fisco. (23)

A partir del momento en que se funda el primer banco en Inglaterra (Siglo XII) se dictaron multitud de normas protegiendo y reglamentando la institución bancaria recién creada.

Una ley creada en el año de 1742 prohibió la organización y funcionamiento de bancos privados emisores de títulos reembolsables al portador y a la vista lo que determinó que las GOLDSMITH'S NOTES, pudieran circular, circunstancia -

23. Cfr. Ibid. p. 5.

que favoreció la aparición de verdaderos cheques pues los banqueros acudían a sus expedientes para acreditar en cuenta a sus clientes el valor de los fondos depositados entregándoles formularios en blanco que los propios clientes podían llenar a favor de una determinada persona con cierta cantidad y -- comprometiéndose los banqueros a abandonar el importe al beneficiario contra la presentación del documento, y es así, como surge la institución del cheque. (24)

24. EUDORO Balsa ANTELO: El Cheque (Régimen Jurídico Privado - y Penal); Editorial de Palma Buenos Aires, 1979, p.4.

1.- ESPAÑA

En España el cheque era desconocido hasta antes de la vigencia del código de comercio de 1885 y en México el primer banco que lo puso en circulación acrecentando los depósitos bancarios fue el Banco de Londres y México, fundado en 1864 pero fue hasta las postrimerias del siglo XIX cuando empezó a tener relevancia y es cuando se regula por la ley.

En la exposición de motivos del código de comercio español de 1885 se expresa. Los fines económicos que se persiguen con el uso de cheques en los países en que estos documentos eran desconocidos son: Poner en circulación el numérico metálico o fiduciario que pendiente de inversión conservan los particulares de manera improductiva en sus casas con ventajas para éstos y para la riqueza general del país; disminuye la circulación de moneda metálica dentro de la misma población o de una plaza a otra, ya haciendo la 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 de los que resulten girados contra el mismo por la mediación de ciertas oficinas o establecimientos creados al efecto.

En la presente exposición de motivos del código de comercio español menciona las finalidades que persigue el cheque como instrumento de pago y de compensación, Las ventajas que su empleo ocasiona a la economía del país haciendo -- que los capitales improductivos que guardan los particulares en sus domicilios al ser depositados en instituciones bancarias acrecienten la riqueza nacional al destinarse al desarrollo de grandes empresas. De ahí la necesidad de otorgar a dichos documentos plena protección para mantener la confianza entre el público como instrumento de pago y compensación es -- así como se justifican las medidas de carácter administrativo como lo es la cancelación de cuentas situación que ha sido insuficiente para otorgar al documento plena protección, por lo que es necesario acudir al derecho penal como sucede en la mayoría de las legislaciones del mundo creando un delito especial cuando se libra un cheque sin que el librador cuente -- con fondos suficientes para el pago de dicho documento. (25)

La protección penal del cheque aparece en la legislación española por primera vez en el código penal de 1928 en el capítulo dedicado a los delitos de defraudación en su sección segunda que regulaba a los delitos de estafa, aquí no sólo se penaba la emisión de cheques sin provisión de fondos sino también la retirada de éstos.

25. Código de Comercio Español; Editorial de la Viuda de Her - nando y Compañía, Madrid 1885, p. 65.

La figura jurídica se definía así: los que con ánimo de defraudar expidieren un cheque o letra sin previa provisión de fondos o después de la provisión hubiere sido retirada o retirándolos antes de que el cheque o letra puedan ser presentados al cobro.

Este artículo requería como elemento subjetivo del delito el ánimo de defraudar, sin él, lo expresado en el texto legal no constituiría infracción punible.

Actualmente no hay en España ningún precepto de carácter especial relativo al cheque, pues sobre esta materia no existen más normas que las contenidas en los artículos 534 al 543 del código de comercio. En cuanto a la provisión insuficiente no crea tantas dificultades como en los países que poseen una legislación especial sobre el cheque y que solamente prevén la falta de provisión sin tomar en cuenta el monto, siendo este hecho constantemente considerado como un delito de estafa si la cobertura del cheque es insuficiente y mediare ánimo de defraudar constituirá la misma infracción en su modalidad de aparentar bienes y la pena se aplicará con forme al artículo 528 del código de comercio español tomando como base la cuantía de la cantidad no cubierta.

El delito de estafa y la devolución de la cantidad estafada con posterioridad a la comisión del delito no altera la realidad de este y solo puede influir en la respon-

sabilidad civil proveniente de la infracción . En un fallo de fecha 7 de octubre de 1948 se declara que el reitegro parcial anterior a la denuncia ni el total posterior a esta, desvirtúa ni suprime el acto punible y afecta solamente a las responsabilidades de orden civil.

Para la existencia del delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos según la legislación española deben concurrir :

a) Conocimiento en el librado de que el cheque por él expedido carece de provisión de fondos o la tiene insuficiente.

b) El ánimo de defraudar al tomador del mismo.

Si no existe propósito de defraudar el cheque -- sin provisión no constituye el delito de estafa . De acuerdo con este criterio se declaró que el hecho de expedir un talón sin tener él cuenta corriente la cantidad girada, no constituye el delito de estafa si las cantidades para cuyo pago fue -- aquél expedido fueron entregadas con anterioridad a la expedición de éste (24 de octubre de 1902) en fallo posterior se ha establecido que la operación de verificar giros en descubierto no es siempre determinante de un acto intencional y malicioso creador de responsabilidad criminal v. gr. Cuando el fin del procesado al expedir los cheques fue ganar tiempo enquanto vencían operaciones a su favor para atender con su im -

porte a giros de vencimiento posterior sin ánimo de defraudar.

El retiro de la provisión no será pühible en la legislación española aún cuando se realice a sabiendas de que el cheque quedará impagado, aún cuando tuviera lugar antes o después del transcurso de los plazos de presentación señalados en los artículos relativos del código de comercio español, pues este hecho no se haya previsto como delito y su castigo constituirá una violación del principio de legalidad que regula la legislación penal española. (26)

El retiro de la provisión sólo sería constitutiva del delito cuando se llevare a cabo con ánimo de defraudar y empleando medios o procedimientos engañosos v.gr. En el caso de que mediare exhibición de un documento demostrativo de su cuenta corriente, obtiene mercancía para cuyo pago expide un cheque retirando su depósito antes de que éste sea presentado a cobro, entonces el hecho podría ser perseguido como estafa teniendo en cuenta el engaño empleado para su ejecución.

26. A. MAJADA: op. cit. pp. 33-39.

2.- FRANCIA

La ley del 20 de junio de 1865 sancionaba el libramiento de cheques sin provisión previa y además de ciertas sanciones fiscales imponía una multa del 6% sobre el importe del cheque sin perjuicio de la aplicación de las leyes penales si hubiera lugar, pero según la doctrina establecida por la jurisprudencia el simple libramiento de un cheque no provisto sin otras circunstancias no constituía delito (Tribunal de Casación 8 de junio de 1912) pero podía constituir el delito de estafa el artículo 405 del código penal francés cuando hubiere concurrencia o bien una intervención de tercero.

La ley de agosto de 1917, en su artículo segundo castigó al que de mala fe librare un cheque sin provisión previa y disponible o retirare después del libramiento toda o parte de la provisión. La pena establecida era la prisión de dos meses a dos años y una multa que podía exceder del doble del valor nominal del cheque ni ser inferior a la cuarta parte de éste. (27)

Por ley del 12 de agosto de 1926 el artículo tercero robusteció la protección penal del cheque y se perfiló de modo más perfecto la emisión sin provisión. Se creó una nueva figura del delito llamado Bloqueo del cheque por lo que

la nueva ley penal establece al que de mala fe:

a) librare un cheque sin provisión previa y disponible;

b) retirare después del libramiento todo o parte de la provisión;

c) prohibiere su pago al librado (Bloqueo)

Las penas establecidas son las señaladas para la estafa por el artículo 405 del código penal y multa que no puede ser inferior al importe del cheque, este texto legal ha pasado a constituir el artículo 66 del decreto de ley de 30 de octubre de 1935 que ha unificado la legislación relativa al cheque.

En el decreto de 24 de mayo de 1938 que introdujo algunas reformas en la legislación sobre el cheque sin fondos agrava la represión respecto al libramiento de dicho documento, castigando como coautor de este delito al que a sabiendas recibiere un cheque no provisto de fondos; el artículo 67 de este decreto ley castiga con multa de 60,000.00 a 600,000.00 francos al librador que indicare una provisión inferior a la efectiva.

Ahora bien es fundamental en esta legislación -- el decreto de ley del 30 de octubre de 1935 así como la ley -- del 14 de junio de 1865, con todos sus retoques sucesivos. -- contando sólo con quince artículos no siendo así el primero --

que se desarrolla en setenta y siete extensos artículos ya - que el legislador de 1865 había dejado de resolver un gran número de problemas relativos al cheque, reproduciendo incluso las disposiciones referentes a la letra de cambio y dotando - así a la legislación del cheque sobre una absoluta autonomía.

Este método resulta preferible ya que de esta manera la legislación del cheque se encuentra recogida en un solo texto, sin necesidad de recurrir a la vía analógica en muchas ocasiones peligrosa sobre las disposiciones de la letra de cambio.

El decreto ley ofrece una estructura sistemática con arreglo a los once capítulos siguientes:

- 1.- De la creación y de la forma del cheque.
- 2.- De la transmisión
- 3.- Del aval
- 4.- De la presentación y del pago
- 5.- Del cheque cruzado
- 6.- De la falta de pago
- 7.- De la pluralidad de ejemplares
- 8.- De las alteraciones
- 9.- De la prescripción
- 10.- De los protestos
- 11.- Disposiciones Generales y Penales.

La génesis del decreto ley de 1935 se revela en su mismo título " Decreto Unificado del Derecho en Materia de Cheques " es decir que este decreto ley constituye el resultado de todas las tentativas de más de medio siglo para pasar de un sistema inspirado en el inglés a otro que recoge las -- orientaciones básicas de los convenios de Ginebra, incorporadas en gran medida a la legislación nacional francesa sobre el cheque.

En cuanto a su contenido, hay que destacar, que a diferencia de la ley de 1865 y con acertado criterio no se da una definición sobre cheque renunciando a ella y limitándose a indicar sus requisitos formales. (28)

3.- ITALIA

El artículo 334 del código de comercio determinaba que el librare un cheque sin fecha o con fecha falsa, o sin que existiere en poder del librado la suma disponible sería castigado con pena pecuniaria igual al décimo de la suma indicada en el cheque salvo que incurriera en las penas más graves señaladas en el código penal, estas penas a que hace referencia el código de comercio eran las establecidas por el hoy derogado código penal de 1889 para las defraudaciones.

El antes mencionado código de comercio ha sido derogado por el artículo 116 del Real Decreto de 21 de Diciembre de 1933 sobre el cheque que pena entre otros hechos: --

a) El libramiento de un cheque sin autorización del librado, -
 b) Librar un cheque sin suficiente provisión de fondos, c) -
 Disponer parcial o totalmente de la provisión después del libramiento del cheque y antes de que transcurra el plazo fijado para su presentación. Las penas señaladas son una multa y en los casos de mayor gravedad la cárcel hasta por seis meses, a menos que el hecho constituyere un delito castigado con pena más grave. En este caso cuando la emisión irregular del cheque integre una maniobra engañosa se aplicarán las disposiciones relativas a la estafa contenidas en el artículo 640 del Código Penal Italiano. (29)

4.- MEXICO

El cheque era poco conocido en nuestro país y de escaso uso en las transacciones mercantiles a finales del siglo pasado, El Banco de Londres y México fundado en 1864 - fué la primera institución bancaria que utilizó en los negocios bursátiles el cheque como medio de pago, pero el público tenía preferencia por la letra de cambio, pagaré o bien - por otros títulos de crédito.

Al consolidarse la República el Presidente -- Juárez mostró empeño en dar a México una legislación que - substituyera a las viejas leyes españolas como las Ordenanzas de Bilbao que rigieron en el México independiente. No es sino en el gobierno del Presidente Juárez cuando se promulga el Código Penal de 1871.

La insurrección del General Porfirio Díaz, contra el gobierno de Juárez, enarbolando por bandera el Plan - de la Noria demoró lo que era una necesidad nacional para - que México consolidara sus instituciones y tuviera una legislación propia e independiente de las leyes que nos heredara - la colonia.

El Congreso de la Unión en ejercicio de la facultad que le otorgaba el artículo 127 de la Constitución de 1857 con aprobación de la mayoría de las legislaturas de los

Estados, reforma la fracción X del artículo 72 de la propia -
 ' constitución, como consecuencia de lo anterior el 20 de julio
 de 1884 entró en vigor el código de comercio de los Estados -
 Unidos Mexicanos. Dicho código de comercio se ocupa de los -
 cheques en el libro segundo considerándolos como un mandamient
 to de pago, ya que el artículo 918 de dicho código determina-
 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 median-
 te un mandato de pago llamado cheque. "

En el curso del presente siglo se han dictado al
 gunas disposiciones legales de importancia secundaria hasta a
 la promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de
 Crédito del 26 de agosto de 1932 que al derogar diversos pre-
 ceptos contenidos en los códigos de comercio de 1889 y en las
 leyes de 29 de noviembre de 1897 y de 4 de junio de 1902, en-
 lo relativo a cheques, cambió sustancialmente el anterior con
 cepto que se mantuvo desde 1884 que consideraba a dicho docu-
 mento como un mandato de pago que podía librarse contra un co
 merciante o contra una institución bancaria al disponer que -
 el cheque sólo puede ser expedido a cargo de una institución-
 de crédito y que el documento que en forma de cheque se libre
 a cargo de otras personas no producirá efectos de títulos de-
 crédito. (30)

30. JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE: El Cheque; Editorial Porrúa
 S.A., México 1961, pp. 38-42.

Entre los requisitos que conforme a la ley vigente el cheque debe contener uno de los más importantes es el de "Una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero". Además de mencionar que es un cheque en el texto del documento.

A) CODIGO PENAL DE 1871

El empleo del cheque en las operaciones mercantiles era casi desconocido en el curso del siglo pasado, se le menciona por primera vez en el Código de Comercio de 1884 que lo define como un mandato de pago que puede girarse contra un comerciante o un establecimiento de crédito por quien tiene provisión de fondos disponibles. Este es el motivo principal que el código penal de 1871 no lo comprenda en el artículo 416 en su fracción IV como lo hace con la libranza y con la letra de cambio en el apartado referente al fraude con la propiedad. (31)

La antes mencionada ley establece que "Al -- que defraude a alguno una cantidad de dinero o cualquier otra cosa girando a favor de él una libranza o letra de cambio -- con una persona supuesta o contra otra que el girador sabe -- que no ha de pagarla, sufrirá las penas que corresponden al -- robo sin violencia.

En el artículo 416 del código arriba mencionado determina que existen diversos tipos de fraude pero el que establece la fracción IV es de especial atención "El que -- comete en favor del engañado una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarla. Aquí debemos poner especial atención --

31. Cfr. Ibid. p. 49.

ya que el cheque no puede confundirse ni con la libranza ni con la letra de cambio, el cheque no es más que una orden de pago y si bien es cierto que el cheque tiene efectos jurídicos casi idénticos a los de la letra de cambio también tiene caracteres que lo diferencian fundamentalmente con esta. Si la fracción IV del artículo 416 sólo se refería a las libranzas y a las letras de cambio situación que no debió aplicarse a una figura jurídica diferente como lo es la del cheque ya que atentaría contra una norma de carácter constitucional ya que estas no pueden aplicarse ni por analogía ni por mayoría de razón en materia penal según lo determinaba el artículo -- 14 Constitucional de la Constitución de 1857.

Cuando se hacen los trabajos de revisión del código penal de 1871 se advierte que el fraude sólo operaba en cuanto a las libranzas y a las letras de cambio siendo -- conveniente una reforma en el artículo correspondiente en la cual se incluyera al cheque como un posible instrumento de de fraudación en el cual no sólo comprendía a los que girasen el documento sino también a quienes los endosasen

B) CODIGO PENAL DE 1929

El Presidente Portes Gil, en uso de facultades que al efecto le confirió el Congreso de la Unión por decreto del 9 de febrero de 1929 expidió el código penal de septiembre de 1929 para entrar en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Los redactores del código penal arriba mencionado corrigieron las lagunas que existían en lo que se refiere al cheque y lo comprendieron entre las estafas especificadas en el artículo 1552 fracción IV que a la letra dice "Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier 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" se señala como sanción correspondiente al robo sin violencia. (32)

Durante algún tiempo se estuvo aplicando dicha disposición legal a quien defraudaba a alguien empleando el cheque como medio para la comisión del delito sea como girador sea como endosante y al entrar en vigor el código penal de 17 de septiembre de 1931 que substituyó al de 1929 se tipificó el delito en el artículo 387, fracción III en los siguientes términos: "Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o --

cualquier otro lucro otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarla. "

No fue sino hasta el 15 de septiembre de 1932 cuando entra en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito promulgada por el Presidente de la República en -- ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso de la Unión para legislar en materia de comercio. Dicha ley cambió substancialmente el concepto que se tenía del cheque en función del mandato mercantil y estableció que el documento constituye " una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero que sólo puede ser expedido contra una institución de crédito, careciendo de efectos jurídicos -- el documento librado a cargo de otras personas; ya que el único facultado legalmente para expedir cheques es la persona física o moral que teniendo fondos disponibles en una institución de crédito haya proporcionado el talonario para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito o a la vista ; el cheque siempre será pagadero a la vista y cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta , siendo este documento a la vista , nominativo o al portador. (33)

33. Cfr. Ibid. p. 52.

Para robustecer la confianza del público en el empleo del cheque se tipificó el delito de libramiento de -- cheques sin provisión de fondos en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito hoy reformado y -- que a letra decía "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 oca -- sione. En ningún caso la indemnización será menor del 20% -- del valor del cheque. El librador sufrirá además la pena de -- fraude si el cheque no es pagado por no tener el librador fon -- dos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fon -- dos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presenta -- ción o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado".

A pesar de que el legislador describió un deli -- to especial en la Ley General de Títulos y Operaciones de Cré -- dito cuyos elementos constitutivos son diferentes a los que -- enumera la fracción III del artículo 387 del Código Penal pa -- ra el Distrito Federal antes de su reforma, nadie fijó su -- atención en este delito y los tribunales mexicanos por iner -- cia siguieron considerando al libramiento de cheques sin fon -- dos como un delito de fraude de la competencia de los Tribu -- nales del Fuero Común.

III.- ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE LIBRAR UN CHEQUE SIN FONDOS.

I.- LA CONDUCTA

Para poder entender con claridad este elemento es necesario leer de manera detenida el artículo 387 en su fracción XXI, que a la letra dice: "Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate.

No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido".

Después de haber leído el artículo arriba mencionado podemos determinar que la actividad, el hacer del hombre se encuentra contenida en el verbo librar, que

constituye el núcleo del tipo. La conducta en este tipo penal se encuentra determinada por un acto llamado "libramiento" del cheque que por causas imputables a su librador y determinadas con claridad en el artículo 387 fracción XXI, no es pagado a su presentación por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente.

El tipo penal contiene en el artículo y fracción arriba mencionado exige para que se integren los elementos descriptivos de un resultado material concreto que se hace patente con el "Rechazo por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable" traducido este rechazo en el no pago del documento por el librador.

De lo anterior podemos decir que el tipo penal es un delito que requiere un resultado material.

Cuando una persona libra un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente en sí mismo el libramiento no constituye un delito ya que se encuentra condicionado a que dicho libramiento tenga como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido por parte del librador.

El solo actuar del librador no agota la figura delictiva ya que no basta librar el cheque para que se tenga por consumado el delito . La conducta expresada en el tipo penal se realiza con el simple movimiento corporal del libramiento del cheque , la acción no es suficiente para agotar el hecho por lo que hay que cumplir con varios aspectos legales v.gr. de que el tomador lo presente al cobro dentro de los plazos previstos por la ley, o bien que se reuse su pago por las razones siguientes :

a) Por no tener el librador cuenta en la -- institución;

b) Por carecer este de fondos suficientes -- para el pago .

La simple actividad o conducta del sujeto -- no integra la tipicidad del hecho por requerir el tipo -- complementos a la acción de agente que no actúan en forma determinada o fatal puesto que puede suceder que el cheque no se presente nunca dentro del término legal o bien no se presente para el cobro.

La esencia del delito de fraude es el engaño y su resultado se integra con perjuicio a la víctima y un beneficio patrimonial para el delincuente por lo tanto-

el delito de libramiento de cheques es un delito de resultado material por cuanto al impago del cheque es consecuencia tanto de la acción del librador como la falta de acción por parte del tomador o beneficiario.

Para que pueda llegarse a tipificar el delito de fraude contenido en el artículo 387 fracción XXI, es necesario que medie el engaño o la actitud dolosa por parte del librador en virtud de que la persona que acepta un cheque en pago se le hace creer que el librador tiene fondos o autorización del librado para girar a su cargo, de tal manera que el beneficiario es víctima de un estado subjetivo de error creado por la actividad del delincuente.

El núcleo de la acción recae en el libramiento del cheque, así como tampoco es suficiente la inexistencia de fondos en la cuenta del librador al momento de presentar el documento para su pago, para perfeccionar el tipo, se va a perfeccionar con la circulación del documento y cubriendo todos y cada uno de los requisitos de procedibilidad exigidos por la ley.

La conducta es la manifestación de la voluntad dirigida hacia un fin, concepto que se toma en consideración tanto el aspecto físico del actuar del hombre que se exterioriza en una acción o en una omisión, como el as-

pecto psíquico denominado voluntad que interviene en la expresión material de la actividad o inactividad humana. (34)

La conducta o sea el actuar del hombre en cuenta su expresión más clara en el verbo librar ya que el tipo penal contenido en el artículo 387 fracción XXI se refiere " A la persona que libre un cheque contra una cuenta bancaria ..."

El elemento físico de la conducta regulada en el tipo penal contenida en el artículo 387 fracción XXI consiste en el simple movimiento o movimientos corporales que integran la acción de librar el cheque.

El elemento psíquico, es la voluntad que acompaña al movimiento corporeo del agente. Por ello la conducta en el delito de libramiento de cheques no es otra cosa que girar un documento de manera voluntaria a través de movimientos corporales encaminados al libramiento del cheque.

Pretender que la voluntad en la conducta -- esta encaminada además de la actitud física adoptada por el sujeto a la producción del impago del cheque es dar al elemento psicológico un contenido del cual carece, ya que la voluntad del no pago del cheque es elemento integral -- del dolo .

34. Cfr. ALFREDO DOMINGUEZ DEL RIO: La Tutela Penal del Cheque; Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A. México-1981, p. 120.

Del examen del artículo 387 fracción XXI se desprende que un cheque puede no ser pagado por las siguientes causas:

a) Por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva ;

b) Por carecer el librador de fondos suficientes para el pago .

La primera que se refiere al no pago del cheque por falta de autorización para girar a cargo del librado por no tener cuenta el librador en la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, creando un delito de acción en el cual la conducta se agota en un sólo acto consistente en el librar el cheque circunstancia por la cual decimos que es un delito unisubsistente .

La segunda no sólo supone el acto de librar el cheque sino además una omisión consistente en no procurar la provisión necesaria para su pago dentro del plazo legal de presentación . Ahora bien se puede presentar la circunstancia de que no existan fondos en el momento del libramiento del cheque , pero hacer la provisión de manera oportuna de modo que el documento sea pagado en el momento de la presentación . Como el impago es un requisito necesario para la consumación del delito, el simple libramiento-

del cheque existiendo en ese momento carencia de fondos -- no constituye en si mismo un delito , de aquí se desprende como consecuencia lógica que la conducta en esta segunda - causa se expresa en forma de acción (librar el cheque) y de omisión (falta de provisión oportuna) por lo que estamos en presencia de un delito mixto de acción y de omisión.

Bajo este rubro afirmamos que es un delito plurisubsistente sin que exista objeción de que participe la acción y la omisión al mismo tiempo por requerirlo así el tipo penal . (35)

En cuanto a la clasificación del delito en relación al resultado el delito de libramiento de cheques sin provisión suficiente es un delito instantaneo y material Es un delito instantáneo ya que se consuma en un solo momento , la instantaneidad del delito se determina por la consumación y no por el proceso ejecutivo. Ahora bien si tenemos presente que el no pago del documento es el resultado del rechazo del documento, es la negación de pagar y es lo que determina la instantaneidad de la consumación -- del delito. v.gr.

Cuando presentamos un cheque para su pago en una ventanilla de un banco y el librador del cheque no tiene fondos o bien no son suficientes para cubrirlo el personal del banco lo que hace es protestarlo asentando la causa del rechazo situación que viene a determinar el no -

35. Cfr. Ibid. p. 122.

pago del documento y se traduce en la instantaneidad de la consumación del delito que se lleva a cabo en un solo momento.

Desde un punto de vista objetivo el tipo penal de libramiento de cheque sin fondos es lo que constituye una conducta activa y el no pago del documento constituye el resultado existiendo entre estos dos un nexo de causalidad. Hay un nexo causal entre conducta y resultado cuando la conducta constituye una condición causal en la producción del evento. Y sólo consideramos al delito de libramiento de cheques como tal, cuando la acción de librar ha sido condición causal en el resultado del no pago del cheque.

Se puede presentar la circunstancia siguiente: El libramiento de un cheque, el no pago del mismo que no sea imputable al librador sino al librado o bien que la culpabilidad del librador no exista por haber ocurrido con la acción de un error de hecho invencible pero esto no significa que desaparezca la relación de causalidad entre el libramiento y el no pago, puesto que suprimido el acto de librar el resultado no se hubiera producido.

En cuanto a la ausencia del hecho, se refiere a la inexistencia del delito por falta de alguno de

de los elementos integrantes del propio hecho.

El hecho se integra con la conducta, con un resultado y con un nexo de causalidad y es lógico destacar que no habrá hecho relevante para la ley penal cuando falta la conducta o el resultado exigido por el tipo o esta ausente el nexo de causalidad entre el movimiento o inacción del sujeto y la mutación del mundo exterior que exige la hipótesis legal

La conducta no se llega a integrar cuando existiendo movimientos corporales o inactividad estos son involuntarios ya que son formas que impiden el nacimiento de la conducta como es la vis absoluta o fuerza física irresistible y la vis mayor o fuerza mayor, son igualmente aspectos negativos de la conducta: El sueño, el sonambulismo, la hipnósis, la sugestión, etc.

Si un sujeto libra un cheque encontrándose en un estado de los mencionados en el párrafo anterior, serían actos ejecutados que deben considerarse constitutivos de una conducta frente al derecho, la cual no genera responsabilidad ya que quien actúa no tiene capacidad necesaria para conocer plenamente de sus actos.

2.- LA TIPICIDAD.

Aquí la acción debe encajar dentro de la figura del delito creada por la norma penal positiva, pues - de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito.

El tipo es una abstracción concreta que ha trazado el legislador en la cual se descartan los detalles necesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito, lo cual significa que hay una descripción legal desprovista de carácter valorativo.

Para afirmar que un hecho material es típico es necesario comprobar que el mismo encuentra su referencia en la hipótesis abstracta recogida en la ley y satisface todos los elementos descriptivos del tipo .

En el caso concreto que nos ocupa existirá tipicidad cuando una persona libre un cheque contra una -- cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o -- sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador-cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse ex -- clusivamente por el personal específicamente autorizado. -- para tal efecto por la institución o sociedad de crédito *

de que se trate.

No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido.

La tipicidad es por demás conocida como -- cuerpo del delito cuya necesidad de comprobación alude a - la justificación de los elementos materiales del delito pa ra dejar satisfecho el principio de legalidad contenido en el artículo 14 constitucional que plasma el viejo aforismo " NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE ", acuñado por --- Anselmo Von Feverbach en 1801.

Los elementos materiales del delito abarcan todos aquellos de naturaleza diversa contenidos en el tipo exceptuando el dolo y la culpa.

En cuanto al principio de legalidad en rela ción con los cheques posfechados y dados en garantía la - ley penal castiga al librador del cheque posfechado o dado en garantía.

El hecho de posfechar un cheque no lo desna turaliza y sigue teniendo el carácter de una orden incondi cional de pago, por tanto aún cuando los tomadores conven gan en no presentar al cobro tales cheques hasta la fecha que en ellos consigna, no por eso puede decirse que se tra

ta de un documento que sólo engendra acciones civiles . El conocimiento por parte del tomador de un cheque de que el librador carece de fondos en el momento del libramiento -- impide la intervención del dolo por lo que en tal caso no existiría el cuerpo del delito .

Algunos tipos penales hacen referencia a determinadas calidades de los sujetos que participan en la relación criminal, otros a alguna modalidad de tiempo o lugar y otros a los medios de comisión del delito o a la calidad del objeto . En el delito de libramiento de cheques el tipo no señala ninguna calidad en el sujeto activo del delito ya que el tipo menciona sólo la palabra "librador" - por eso el sujeto activo es en este tipo delictuoso, común e indiferente ; en cuanto a la calidad especial en el sujeto pasivo , el tipo penal no tiene alguna característica especial , por lo tanto el sujeto pasivo en este delito es impersonal ya que tampoco existen referencias especiales en el tipo a examen.

En cuanto al aspecto temporal no encontramos en el tipo alguna referencia, esta se encuentra inmersa cuando habla " En los términos de la legislación aplicable " ya que la legislación aplicable es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en particular el artículo 181 de la antes citada ley que habla de un ámbito temporal dentro del cual el cheque debe presentarse para

su cobro .

Podemos darnos cuenta que no existe una referencia temporal descrita en el tipo penal, pero si nos remite a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de lo antes mencionado afirmamos que hay una referencia -- temporal que se identifica con el plazo de presentación -- del cheque ante la institución girada.

Ahora el problema es determinar de que si el tipo no contiene una referencia de carácter temporal explicita su ausencia dará lugar a una causa de atipicidad, es decir a la inexistencia del delito por falta de concurrencia del mencionado elemento típico.

Tratándose del delito que venimos examinando es indudable que el plazo legal de presentación no puede ser otro que el contenido en el artículo 181 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito . Si el cheque es presentado dentro del plazo establecido por la ley y no es pagado por no existir fondos suficientes o por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva se procederá contra el agente cuando el libramiento hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido, configurandose así el delito de fraude.

Que pasa cuando el cheque se presenta para su pago fuera de los plazos establecidos por la ley, desde el punto de vista mercantil el librado tiene la obligación de pagar el documento mientras tenga fondos disponibles, pero en materia penal no se integra el cuerpo del delito.

En cuanto a los cheques posfechados, en materia mercantil hay un artículo que a la letra dice: "El cheque será siempre pagadero a la vista, cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta". El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de expedición es pagadero el día de la presentación.

En materia penal para que pueda configurarse el delito de fraude es necesario que el cheque haya sido presentado dentro del término legal contado a partir de la fecha real de expedición pues para los efectos legales debe tenerse por tal, aquella que aparezca señalada en el propio cheque, si se presenta antes de la fecha indicada en el documento y no es pagado por causa imputable al librador desaparece el delito de fraude en vista de que los cheques son documentos que tienen una orden incondicional de pago y no son de ninguna manera documentos que sirvan para garantizar una deuda de carácter mercantil si se comprueba que en el momento de la expedición conocía la insolvencia del librador ya que en este caso desaparece la actitud dolosa del

girador al hacer del conocimiento esa circunstancia a su -
deudor por lo que no existe ilícito que perseguir por no -
existir dolo o engaño por parte del librador al tomador o -
beneficiario. (36)

36. Cfr. Ibid. pp. 125-130.

3.- LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad es un concepto negativo - desaprobador del hecho humano frente al derecho, de modo - que se tendrá como antijurídica una conducta adecuada al - tipo cuando no se pruebe una causa de justificación, lo -- que significa la concurrencia de una doble condición para - tener por antijurídica la conducta: La violación de una - norma penal y la ausencia de una causa de justificación. (37)

Nuestro código penal para el D.F. señala en - su artículo 15 las siguientes excluyentes de responsabili - dad:

I.- Incurrir el agente en actividad o -- inactividad involuntarias;

II.- Padecer el inculpaado, al cometer la in - fracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retar - dado que le impida comprender el carácter ilícito del he - cho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto - en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

III.- Repeler el acusado una agresión real - actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes ju - rídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad ra - cional de la defensa empleada y no medie provocación sufi -

37. FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal -- Mexicano; Séptima Edición, Editorial Porrúa S.A. Mexico 1985, p. 294.

ciente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, - del esclarecimiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño o a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren los bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, - actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por-

grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance;

V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho;

VI.- Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía;

VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo;

IX.- (Derogada);

X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas;

XI.- Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible.

Se entiende por antijuridicidad la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado, que no es sino la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado. Cuando hablamos de oposición a las normas no nos referimos a la ley nos referimos a las normas de cultura o sea a aquellas ordenes o prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses. Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado, la oposición a ellas constituye lo antijurídico. (38)

En nuestro derecho la estricta legalidad con sagrada por el artículo 14 párrafo 3o. constitucional mira a la interpretación del precepto positivo y a su consecuencia en la aplicación de las sanciones; pero por ello mismo hace necesario examinar la antijuridicidad de la acción como elemento del delito y presupuesto de la pena.

38. RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano; Decima Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A. Mexico 1980, p. 337.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Debemos tener siempre presente que no existe delito sin resultado jurídico, existen delitos que no sólo tienen un resultado jurídico sino material, situación que nos coloca en la posición de considerar al resultado como la consecuencia de la conducta y por lo tanto como elemento del hecho. Debemos tener siempre presente el considerar al resultado como elemento constitutivo del delito, tomando la noción del daño como equivalente a lesión, esto es, un daño criminal oponiendo la acepción a la de daño civil o resarcible que implica un perjuicio económico. Hay que situar al daño criminal dentro del ámbito de la antijuridicidad que no es otra cosa sino lesión o ataque a los bienes que como valores individuales o sociales forman el objetivo específico de la tutela por parte de las normas del derecho. El resultado como consecuencia de la acción o de la omisión forma parte del hecho, y la valoración sobre el propio resultado nos dará el concepto de daño.

El libramiento de cheques sin fondos es un delito que lo constituye el no pago del documento afirmando que tal resultado lo identificamos con un daño al patrimonio del tomador.

El delito de librar un cheque sin fondo lo consideramos como una forma de fraude, siendo un ilícito de naturaleza patrimonial ya que el no pago del documento causa un daño al patrimonio de las personas.

Al examinar la hipótesis de la acción delictiva el delito se puede cometer por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago antes de la -- presentación del cheque.

El daño no se agota con el contenido substancial de la antijuridicidad, el ataque a los bienes jurídicos protegidos por el derecho es sólo el primer paso en la determinación substancial de lo injusto ya que se puede lesionar estos sin que por ello sea una conducta jurídicamente desaprobada , para esto nos adherimos al criterio que ve a la antijuridicidad no al contrario de la ley sino lo - que quebranta la norma de cultura recocida por el Estado y que vive dentro del precepto legal.

Al estructurar un concepto negativo de lo injusto se afirma la inexistencia de la antijuridicidad en - cuanto funcione una causa de justificación lo que significa que cuando existe una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación mencionadas en páginas anteriores. (39)

Para la existencia de la antijuridicidad se requiere de una doble condición : una positiva que consiste en la violación de una norma de carácter penal y una nega-

39. Cfr. CELESTINO FORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal; Undécima Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1987, p. 385.

tiva que no este amparada en una causa de justificación, la conducta por tanto será antijurídica al violar una norma de carácter penal que en este caso consiste en " Librar un cheque contra una cuenta bancaria , que sea rechazado por una institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste fondos suficientes para el pago... "

Para que podamos hablar de antijuridicidad es necesario que no exista una causa de justificación de las enumeradas en el artículo 15 del código penal para el D.F. El artículo 387 fracción XXI párrafo II nos menciona una circunstancia excluyente de responsabilidad y que a la letra dice " No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilicitamente de una cosa u obtener un lucro indebido. " Analizando esta circunstancia podemos decir que cuando el agente no tenga como fin el procurarse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido, podrá librar cheques sin que necesariamente tenga fondos en su cuenta para poder cubrir el pago total o parcial del documento, no siendo posible al amparo de esta circunstancia la aplicación de una sanción.

Para ser inculparable la acción de librar un cheque sin provision de fondos debe ser antijurídica por cuanto contradice una norma establecida , concibiendo lo antijurídico como un juicio valorativo de naturaleza objetiva , que recae sobre la conducta que se manifiesta en un una acción y en una omisión, la primera consiste en librar un cheque manifestado en actos tendientes para cumplir este fin y la segunda consistente en no realizar una serie de actos consistentes en la falta de deposito de las cantidades mencionadas en el cheque por -- parte del librador, conductas que se oponen juntas a las normas de cultura reconocidas por el Estado .

4.- LA CULPABILIDAD

Hablar de la culpabilidad en el delito de libramiento de cheques sin fondos es referirse al aspecto subjetivo del mismo, en relación a esto no existe unanimidad de opiniones algunos autores opinan que la esencia la encontramos en el nexo psicológico que se da entre el sujeto y el resultado que se produce con su acción y omisión.

En la culpabilidad existen dos teorías principales para determinar su naturaleza que son: la psicológica y la normativa, la primera dice la culpabilidad es -- elemento subjetivo del delito, que da origen a la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado y su fundamento radica en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica y de atacarla o no. De aquí la reprochabilidad de su conducta o sea su culpabilidad, en razón de que el sujeto ha podido actuar conforme al derecho. (40)

La culpabilidad constituida sobre una base psicológica, es un nexo que se da entre el sujeto y el resultado contenido por tanto dos elementos uno volitivo y otro intelectual. El volitivo implica suma de querer por que el sujeto no sólo quiere realizar la conducta (acción u omisión) sino además también el resultado, mientras que el otro elemento que es el intelectual consiste en el conocimiento de la antijuridicidad de la acción o bien -

40. Cfr. FERNANDO CASTELLANOS: Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Vigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1987, pp. 234-237.

de la omisión.

La teoría normativa por el contrario sostiene que para que exista la culpabilidad no basta la relación - de causalidad psíquica entre el autor y el resultado, sino que es preciso que ella de lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduce en un reproche, por no haberse producido la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. La culpabilidad es por tanto, una reprobación jurisdiccional de la conducta que - ha negado aquello exigido por la norma.

Debemos tener presente que la culpabilidad-jurídico penal no es una situación propiamente psicológica sino una situación factica valorizada normativamente.

Se estiman como formas de culpabilidad al dolo y a la culpa sin excluir a la preterintencionalidad--según lo determina el artículo 8 de código penal para el - D.F. y que a la letra dice ; Los delitos pueden ser:

- a) Intencionales
- b) No intencionales o de imprudencia
- c) Preterintencionales .

El delito de libramiento de cheques sin fondos es un delito esencialmente doloso, hablar de la culpabilidad en el delito de libramiento de cheques sin fondos--es precisar cual de las especies del elemento subjetivo --

del delito funciona en relación al tipo penal.

Sin perder de vista los conceptos de dolo y culpa a groso modo podemos pensar que el delito de libramiento de cheques admite en orden a la culpabilidad tanto el dolo como la culpa lo cual significaría que se podría librar un cheque a sabiendas de que no va a ser pagado o bien en forma negligente ya sea por falta de reflexión o de cuidado librar un cheque produciendo igual resultado. pero al reflexionar un poco decimos que el delito sólo se puede cometer en forma dolosa.

Nos adherimos completamente a la teoría de la representación y la voluntad que considera que el dolo se constituye con elemento intelectual de representación del hecho, es decir con la acción y el resultado, más el querer proyectado al fin de la acción que no es otra cosa que el cambio en el mundo exterior.

Identificamos al elemento intelectual en el delito de libramiento de cheques sin fondos con la representación que tiene el sujeto con la propia acción, movimiento corporal, así como el resultado que va a producir en el mundo natural y que se precisa en la falta de pago del documento. A esta representación se suma el querer del agente, la voluntad de producir el resultado.

El dolo en el delito de libramiento de cheques consiste en aquél fenómeno o proceso intelectual mediante el cual el sujeto representa tanto el resultado de no pago como su ilicitud por estar prohibido en una norma penal, además de la voluntad que debe acompañar a la acción proyectada mediante movimientos corporales tendientes a producir resultado.

El sujeto actúa dolosamente cuando libra un cheque a sabiendas de que no será pagado por cualquier causa que le sea imputable, suponiendo previamente que a su actuación habrán de sumarse acciones complementarias para producir el resultado. La conducta será dolosa no únicamente por la producción del evento sino porque el mismo ha sido previamente conocido por el sujeto, quien además lo ha querido, situación que nos lleva a pensar que el delito mencionado en el tipo de referencia es de comisión dolosa ya que el dolo supone siempre en la mente del sujeto la intención del no pago del documento y de la ilicitud de ese resultado.

El delito de libramiento de cheques sin fondos es un delito eminentemente doloso que por consiguiente excluye la comisión culposa.

En cuanto a las especies de dolo que funcionan en el delito de libramiento de cheques sin fondos su

pone el hecho de librar una orden incondicional de pago -- que presentada en tiempo no es pagado por el librado, por lo que podríamos hablar de un dolo directo o bien de un dolo eventual. Hay dolo directo cuando existe una perfecta concordancia entre el resultado y la intención que tuvo el agente para producirlo. Si el sujeto libra la orden incondicional de pago a sabiendas de que será presentada ante la institución librada y que no será cubierto su importe por causa imputable directamente al librador este es un resultado que ha sido representado y querido por el librador en tal virtud existe coincidencia entre el resultado exigido por el tipo legal y aquel que ha representado y querido el librador.

Puede sin embargo suceder que el librador no tenga la intención de producir el resultado de no pago del cheque v.gr. Cuando el librador y el tomador o beneficiario en razón de circunstancias especiales hayan querido desnaturalizar la función del documento, considerandolo como un instrumento de crédito. En esta hipótesis habrá dolo eventual por cuanto el sujeto no queriendo el resultado del impago lo ha previsto como posible y en última instancia en caso de que tal situación se presente lo ha aceptado.

Las causas de inculpabilidad en el delito - de libramiento de cheques sin fondos no son otra cosa sino causas que impiden el nacimiento del delito por ausencia - del elemento de inculpabilidad en el cual concurren varias circunstancias:

- a) Error de hecho
- b) Error de derecho
- c) No exigibilidad de otra conducta.

El error de derecho no se da en nuestro medio jurídico ya que nadie puede invocar la máxima que dice así: "La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento".

Para que el error que recae sobre el hecho constituya propiamente una causa de inculpabilidad es necesario que sea de carácter esencial y además increíble ya - que el error accidental no destruye la culpabilidad.

El error esencial cuando se refiere a la - esencia misma del hecho delictuoso, es decir a los elementos integrantes del tipo, el error de hecho es invencible cuando el sujeto en razón de las circunstancias que concurren con su acción u omisión, esta materialmente imposibilitado para superar el falso concepto que se tiene sobre - la realidad para esto el error debe ser racionalmente invencible en virtud de que no hayan podido ser conocidas - las características de los hechos o la injusticia de la - acción.

En la práctica con frecuencia se actúa bajo un error de hecho por lo que en casos concretos debe procederse con precaución para determinar si el sujeto es o no culpable según el error reúna los caracteres señalados.

Es evidente que al tratarse del delito de libramiento de cheques funciona el error de hecho esencial e invencible como una causa de inculpabilidad, v.gr. el librador de un cheque que creyendo exista provisión necesaria causa con su acción el resultado exigido por el tipo legal en virtud de que un tercero habiendo previamente falsificado su firma en un esqueleto de cheques sustraído ilegalmente hiciera un retiro fraudulento de fondos dejando la cuenta sin numerario suficiente para cubrir el importe del cheque librado.

Aquí el librador no ha actuado con dolo pues faltaría el elemento intencional del mismo.

Cuando hablamos de no exigibilidad de otra conducta se comprenden todas aquellas situaciones en las que el sujeto no puede obrar de idéntica manera a la exigida por la norma jurídica.

Dentro de las formas de no exigibilidad de otra conducta encontramos a la vis compulsiva, el estado de necesidad y la obediencia jerárquica legítima.

El temor fundado se traduce en una situación en la cual el sujeto realiza la conducta coaccionado moralmente por un tercero y su voluntad se encamina a la creación de un daño o bien a la realización de una conducta peligrosa o nociva. En este caso siendo una acción u omisión típica y antijurídica no resulta culpable no obstante concurrir los elementos del dolo (representación y voluntad) -- pues al fin y al cabo, voluntad viciada voluntad es, en virtud de que normativamente se le absuelve a través de la valoración que se realiza sobre la conducta o hecho.

Una persona que libra un cheque bajo coacción moral bajo la amenaza de un mal inminente y grave como sería el hecho de apuntarle con una pistola y de anticiparle un daño de no firmar el documento en este caso en particular no existe culpabilidad en virtud de no poder exigirle otro proceder distinto.

IV.- DERECHO COMPARADO

1.- LEGISLACION ARGENTINA.

La ley penal argentina protege al cheque con lo cual se quiere decir que la elaboración científica del derecho penal despliega su actividad para sancionar a quienes trasgredan las normas con que el legislador del derecho privado ha rodeado de seguridad jurídica al cheque.

Hay una protección específica al instrumento denominado cheque por lo que el derecho penal viene a cumplir su papel sancionador frente a una necesidad social. El cheque teniendo determinados requisitos no puede ser desplazado por otra conceptualización que hiciera el derecho penal. Lo que nos lleva a afirmar que el concepto de cheque en el marco del derecho penal coincide totalmente con el -- que se da en el derecho comercial.

A.- CODIGO DE 1921 Y LOS PROYECTOS DE REFORMA

En 1912 se presentó ante la Cámara de Diputados un proyecto en el cual se agregaba al artículo 202 del entonces vigente Código Penal la siguiente disposición:

" Incurrirán en la pena establecida por los incisos 1º y 2º los que den en pago a terceras personas -- cheques o giros contra instituciones bancarias o particulares sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto ".

La Comisión de Códigos de la Cámara de diputados de la Nación propuso que se agregara al artículo 203 del Código Penal, como indica la cláusula siguiente que con apoyo senatorial se promulgó como ley 9077.

" Los que den en pago cheques sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto - quedarán igualmente comprendidos en las penalidades prevenidas en el artículo anterior en los incisos 1^o y 2^o, siempre que dentro de las 24 horas del protesto no abonaren su importe ".

Delfor del Valle en la sesión del 20 de agosto de 1913, auspició la derogación de la ley 9077 y la incorporación al Código Penal de nuevas disposiciones :

" Los que defrauden suscribiendo cheques o giros comerciales sin tener provisión de fondos suficientes - o autorización expresa para girar en descubierto (artículo 203, 21)

" El que de en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque o giro sin tener provisión de fondos suficientes o autorización expresa para girar en descubierto y no abonar el mismo dentro de las 24 horas de haber sido notificado en cualquier forma de su rechazo sufrirá la pena de uno a tres meses de arresto. En la misma pena incurrirá el acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor a título de documento de crédito o garantía por -

una obligación no vencida, un giro o un cheque en las condiciones del artículo anterior (agregado al artículo 293)

La Comisión Especial de Legislación Penal y -
 Carcelaria mantuvo con el número 302 el artículo 320 bis -
 del proyecto Moreno que a la letra dice "Será reprimido con
 prisión de uno a seis años al que de en pago o entregue por
 cualquier concepto a un tercero y siempre que no concurren-
 las circunstancias del artículo 187, un cheque o giro sin -
 tener provisión de fondos o autorización expresa para girar
 en descubierto y no abonar el mismo dentro de las 24 horas-
 de haber sido protestado" intercalando únicamente las pala-
 bras "en moneda nacional de curso legal" El precepto fue -
 sancionado sin aceptarse la reforma parcial propiciada por
 el Senado por lo que en definitiva quedó así redactado: --
 "Será reprimido con prisión de uno a seis meses, al que de-
 en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero, y -
 siempre que no concurren las circunstancias del artículo -
 172, un cheque o giro sin tener provisión de fondos o auto-
 rización expresa para girar en descubierto y no abonare él
 mismo en moneda nacional de curso legal dentro de las 24 -
 horas de haber sido protestado".

El Proyecto Coll Gómez, incluye el delito de -
 libramiento de cheques sin provisión de fondos en el Libro-

Segundo, Título XIV. Delitos contra el comercio la industria y la economía pública. El artículo 387 prescribía:

"Se impondrá prisión de seis meses a dos años al que de en pago o entregare por cualquier concepto a un tercero y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 226 (estafa), un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto y no abonare el mismo, en moneda nacional de curso legal dentro de las veinticuatro horas de haber sido protestado".

El Proyecto Peco (1941). El artículo 257 del proyecto ubica al delito dentro del título de los delitos contra la fe pública, la fundamentación: Respecto de la ubicación del delito sobre cheques sin provisión de fondos hay varias opiniones: configurarlo en el capítulo de la estafa, en el capítulo de los delitos contra la fe pública o bien en los delitos contra la fe pública el comercio y la industria. Al primer sistema se adscribe el proyecto del Valle de 1912 y la Ley 9077; el segundo el proyecto del Valle de 1913, el proyecto Moreno y el Código ecuatoriano; al tercero el proyecto argentino de 1937 en el artículo 387.

El artículo 257 del proyecto Peco estaba así redactado:

Al que diere en pago o entregare por cualquier concepto a un tercero y siempre que no concurren las circunstan -

cias del artículo 151. un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto y no abonare el mismo en moneda nacional de curso legal, dentro de las veinticuatro horas de haber sido protestado, se + le aplicará privación de la libertad de un mes a dos años."

El Proyecto de 1951. Puede considerarse a ese proyecto como el primer intento de reforma integral del sistema represivo de cheques irregulares. Conservando la figura de comisión de cheque o giro sin provisión de fondos bajo el título de " Delitos contra la fe pública " pues la fe pública aparece en este delito vulnerada.

Los artículos incluidos respecto a los cheques dolosos son los siguientes:

" Al que diera un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto y no abonare el mismo en moneda de curso legal dentro de las 24 horas del protesto o de la notificación del rechazo se impondrá, siempre que el hecho no constituyere más grave -- prisión de uno a dos años o multa de cien a diez mil pesos -- la misma sanción se impondrá al que, por su conducta ilícita, se encontrare en la imposibilidad legal de efectuar el pago"(artículo- 335)

Al que diere un cheque o giro en un formulario que no le perteneciere, aunque tuviere provisión de fondos o al --

que hubiere dado contra orden para el pago fuera de los casos autorizados por la ley y no abonare el documento en moneda de curso legal dentro de las 24 horas del protesto o de la notificación del rechazo, se impondrá siempre que el hecho no constituyere un delito más grave, prisión de uno a dos años o multa de cien a diez mil pesos " (artículo - 336) .

El Proyecto Soler (1960).- Sebastian Soler coloca varios tipos de cheques irregulares en el Título Delitos -- contra la buena fe de los negocios. Al referirse a las diversas figuras sostiene que el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos, en su actual redacción ha constituido una experiencia infortunada . Estima necesario restaurar la seriedad del cheque como papel de comercio, afectada por la proliferación de toda clase de ardidés, el artículo 240 del proyecto menciona lo siguiente:

" Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años y multa no menor de sesenta días, siempre que el hecho no constituyere un delito más grave:

a) El que librare un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto.

b) El que librare un cheque y diere contra orden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza para ha-

cerlo;

c) El que librare un cheque en formulario ajeno;

d) El que librare un cheque a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado.

La Reforma. El Decreto Ley 4778 63.- El 20 de junio de 1963 entra en vigencia el decreto ley 4778, antecedente inmediato y valioso del actual régimen penal del cheque. Su artículo 19 disponía:

"Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años siempre que el hecho no constituyere un delito más grave:

1.- El que librare un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto; -

2.- El que librare un cheque y diere contra orden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza para hacerlo;

3.- El que librare un cheque en formulario ajeno

4.- El que librare un cheque a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado.

En todos los casos el librador deberá ser informado de la falta de pago mediante el protesto y otra forma documentada de interpelación, quedando exento de pena si abonare el importe del cheque dentro de las 24 horas subsiguientes".

B.- ARTICULO 302 DEL CODIGO PENAL ARGENTINO.

El artículo 302 está incluido dentro del libro segundo-título XII, delitos contra la fé pública, capítulo sexto, del pago con cheques sin provisión de fondos y dispone:

" Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años siempre -- que no concurren las circunstancias del artículo 172:

1.- El que de en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto y no lo abonare en moneda nacional dentro de las 24 horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación.

2.- El que de en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado.

3.- El que librare un cheque y diera contra orden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo o frustrare maliciosamente su pago.

4.- El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización.

Según lo dispone el artículo 302 las penas en él contenidas se aplicarán siempre que no concurren las circunstancias del artículo 172. Es decir cuando se estafa mediante la utilización de un cheque, la figura del artículo 302 es desplazada por la disposición de mayor penalidad.

Si bien es cierto que el artículo 302 no proporciona al intérprete el concepto de cheque, también es cierto que no se autoriza a elaborar libremente su definición. En Argentina de acuerdo con los principios que regulan las relaciones del derecho penal con otras ramas jurídicas, aquel puede -- prescindir o modificar los conceptos de las otras ramas del derecho, aunque no habrá de entenderse que ha ocurrido mientras no lo haya hecho expresa o tácitamente. Si guarda absoluto silencio, como en el caso, habrá de atenderse al concepto que suministra la ley comercial.

El artículo primero del decreto ley 4776/63 vigente desde el 10 de octubre de 1963 define al cheque como "una orden de pago pura y simple librada contra un banco, en la cual el librador tiene fondos depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización para girar en descubierto".

El artículo 20 de dicho ordenamiento legal se refiere a las enunciaciones esenciales del cheque que debe contener:

1.- La denominación de cheque inserta en su texto, en el idioma empleado para su redacción;

2.- El número de orden impreso en el cheque y en los talones si los tuviere,

3.- La indicación del lugar y la fecha de emisión;

4.- El nombre y el domicilio del banco contra el cual se libra el cheque ;

5.- Expresión de si es a la orden, al portador o a favor de determinada persona;

6.- La orden pura y simple de pagar una suma determinada de dinero, expresada en letras y en números especificando la especie de moneda;

7.- La firma del librador .

El artículo 3o. del mismo decreto ley establece la invalidez del documento que carezca de algunas de las enunciaciones esenciales enumeradas en el artículo 2o. con tres excepciones :

1.- Si se hubiere omitido el domicilio del banco girado que es el lugar de pago, el cheque será pagadero en el domicilio del establecimiento principal del banco en la República;

2.- Si se hubiere omitido el lugar del libramiento se presumirá tal el domicilio del deudor.

3.- Cuando se omitiese la indicación especificada en el inciso segundo del artículo precedente en los cheques internacionales.

El régimen legal del cheque se integra además con las normas dictadas por el Banco Central de la República Argentina en virtud de la facultad reglamentaria otorgada por el artículo del decreto ley 4776/63.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en fallo plenario, negó al protesto el carácter de elemento constitutivo de la figura, asignándole el papel de medio probatorio del descubierto del cheque, por una parte y el punto de partida cierto para el comienzo del de 24 horas por la otra.

El artículo 302 reprime por cualquier concepto, a un tercero un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto. Si cuando el cheque fue librado el girante tenía esa provisión no puede considerarse infringida la disposición del artículo. La ley exige que el cheque sea protestado, para que, si veinticuatro horas después esta diligencia, el deudor no efectúa el pago pueda hacerse efectiva la aplicación del artículo 302.

El protesto sea un elemento esencial del delito o sea únicamente la prueba de que el girante no tenía provisión de fondos ni autorización para girar en descubierto.

En Argentina para poder estructurar al delito como compuesto de una acción más una omisión sería necesario poder establecer que el tipo del artículo 302 tiene detrás de sí una norma prohibitiva, es decir que prohíbe librar un cheque sin tener fondos para que sea pagado en el momento de la presentación al cobro.

Ninguna norma exige que el cheque tenga provisión de fondos total desde el libramiento, por lo que esta acción no sería antijurídica, la acción de librar el cheque no define la acción típica ya que el tipo del artículo 302 es de naturaleza impositiva consistente en pagar un cheque que se ha librado, en un plazo y en circunstancias determinadas.

El delito de librar un cheque sin provisión de fondos es un delito formal que no admite tentativa además de una infracción de peligro abstracto o de daño potencial. En Argentina son delitos formales aquellos en los cuales, para su consumación no requiere la producción de ningún evento extraño o externo a la acción misma del sujeto.

2.- LEGISLACION ESPAÑOLA.

Según la doctrina penalista predominante, se estima que dentro del marco general del delito de estafa el libramiento del cheque se incluye en el conjunto de la maniobra engañosa, como cualquier documento mercantil o de distinta índole, aprovechando su apariencia y la mala fe que normalmente merece en las operaciones comerciales. El engaño esencial de la estafa consiste en librar un cheque que no podrá ser pagado, de modo que la víctima inducida a error cree que lo será y realiza como contra prestación un desplazamiento patrimonial, sea de dinero o de mercancías.

El dar un cheque como contra prestación de dinero o de otros efectos, se engaña a la víctima, pues se le hace creer que en el banco girado existen fondos a su disposición, aparentando bienes, frente a esta simulación, el sujeto pasivo hace aquella contra prestación o entrega conscientemente, pero con su voluntad viciada por error en que le ha hecho incurrir la conducta del librador.

Según el artículo 529, número 1 del código penal en su redacción de leyes 44/1971, de 15 de noviembre y 20/1978, de 8 de mayo, entre otras conductas punibles, incurrirá en las penas del artículo 528 (que gradúa las diversas

penas privativas de la libertad, aplicables según la defraudación vaya desde la cantidad mínima de 20.000 pesetas hasta la de 600.000 si excediere de ésta) el que aparentare saldo en cuenta corriente defraudando a otro.

En España anteriormente el pago con cheques o talones de cuenta corriente, al no estar específicamente tipificados se sancionaba como delito de estafa, ya que el que entrega en pago un cheque sin la existencia de provisión aparenta bienes de los que carece, como medio para conseguir una ulterior defraudación, concurren en estos hechos la ficción de solvencia el engaño y la defraudación elementos integrantes de la estafa. Mas la entrega de cheques sin provisión puede hacerse en pago de una deuda anteriormente contraída, no siendo medio para causar un perjuicio patrimonial y por lo tanto no punible como estafa . A efectos de colmar esta laguna y sancionar las referidas actividades, anteriormente atípicas, se creó la figura delictiva del artículo 563 bis, b, número 1 " El que con cualquier finalidad librase cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo" pretendiendo dar así al cheque la seguridad que requiere.

El artículo 529 número 1 , del código penal compren

dido en la rúbrica dedicada a las estafas y otros engaños en el que después de la reforma de dicho código por la ley de -- 15 de noviembre de 1971 número 44/71 jefatura del Estado (Bo letín Oficial de Estado) 16, se ha añadido a las distintas mo dalidades defraudatorias el aparentar saldo en cuenta corrien te quedando redactado así:

"art. 529, número 1: El que defraudare a otro -- usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o e cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en -- cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imagina -- rias, valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no -- sea de los expresados en los casos siguientes. "

Según el preámbulo de la expresada ley, ha pare cido conveniente separar por un lado la emisión de cheques -- sin cobertura metálica que se emplea, como medio engañoso con una finalidad defraudatoria y tiene indudable parentesco con la modalidad de estafa prevista en el número 1 del artículo -- 529 y, por otro, el mismo libramiento cuando no tiene la fina lidad apuntada que ataca simplemente la seguridad del tráfico mercantil . La diferencia entre estafa y cheque en decubierto proclamada por el legislador y que según él justifica la in -- troducción entre los subtipos de la estafa de la apariencia -- de saldo en cuenta corriente resulta superflua, puesto que el propósito defraudatorio como elemento subjetivo de lo injusto

característico de la estafa, en el supuesto de que existiera ya de por sí atraería esta calificación, abstracción hecha de que el código penal sancionara o no especialmente el delito de cheque en descubierto. El subtipo de apariencia en saldo de cuenta corriente como medio para sancionar la estafa, mediante el libramiento de un cheque, aparece comprendido sin dificultad alguna en la más amplia finalidad defraudatoria de la apariencia de bienes según señala la lectura de la jurisprudencia sobre la estafa procedente a la reforma de 1971. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 1976, Repertorio de Jurisprudencia 582, esta reforma no hizo más que introducir innecesariamente un nuevo supuesto de aparentar bienes para defraudar, pues aun sin esta adición se incluía tal actividad en la estafa propia del artículo 529, -- número 1, si se expedía un cheque en descubierto indotado y constituía el alma de la maquinación engañosa o simulada.

En contra de lo que se insinúa, esta nueva norma entre las estafas tipificadas en el código punitivo tampoco tiene interés para solucionar el problema del concurso entre estafa y cheque en descubierto. En cuanto a la jurisprudencia sobre este problema como recuerda la Sentencia del 6 de marzo de 1979, Repertorio de Jurisprudencia 889, la figura de dación en pago de cheque en descubierto con finalidad de -

fraudatoria ante la ausencia de preceptos concretos que regulaban dicha hipótesis, la situaba dentro de la fórmula analógica contenida en el número uno in fine del artículo 529 del código penal vigente entendiendo que el giro, emisión, suscripción o entrega de un cheque o talón a sabiendas de que no iba a ser atendido en el momento de su presentación y vencimiento entrañaba ficción, apariencia de bienes o de solvencia, constitutivas de un evidente engaño típico, generando el perjuicio patrimonial consiguiente integraba el referido delito de estafa en vista de concurrir todos los requisitos o elementos estructurales de esta infracción. Se introdujo expresamente en el último párrafo del actual artículo 563 bis b) completándose esta última reforma con la modificación introducida en el número uno del artículo 529 al que se añadió el inciso aparentando ... saldo en cuenta corriente ... de todos cuyos preceptos, según la doctrina jurisprudencial se colige que respecto al llamado cheque sin fondos el ordenamiento penal reacciona de doble modo, a saber: a) reputándolo simple delito de libramiento de cheque en descubierto en cuyo caso, para la perfección delictiva, basta con que el agente o sujeto activo libre un cheque o talón de cuenta corriente con la plena conciencia de que carece de fondos bastantes en poder del librado para que pueda atenderse en el momento de su -

presentación, sin que el sujeto pasivo sufra otro perjuicio-derivado de dicha emisión y entrega, que el consistente en - la frustración o desvanecimiento de su legítima esperanza de percibir su importe; y b) calificandolo como dinámica comisiva operante e idónea para generar delito de estafa en todos-aquellos casos en los que la ficción o apariencia de solvencia que, de ordinario, implica o entraña la suscripción y dación de un cheque o talón sea la determinante del perjuicio-patrimonial causado al sujeto pasivo, cuyo sujeto si entrega una cosa o realiza una prestación en beneficio del agente o en el de un tercero es porque ha sido inducido a error y por que su consentimiento y voluntad han sido viciados por el engaño creado por el referido agente, el cual, extendiendo y entregando un cheque a sabiendas de que carecía de fondos suficientes, en poder del librado, para que éste pudiera hacerlo efectivo a su vencimiento, aparenta y finge arteramente, - un saldo favorable en cuenta corriente y una solvencia de -- los que carecía, consiguiendo, gracias a esta conducta falaz perjudicar patrimonialmente al ofendido y lucrarse con la -- prestación obtenida.

La S. de 8 de mayo de 1980, Repertorio de Jurisprudencia 1.826, precisa que estaremos ante la estafa, delito contra el patrimonio individual y de resultado, cuando hay

engaño antecedente mediante el cheque, que viene así a aparentar saldo en cuenta corriente. Estaremos ante el delito de -- cheque en descubierto, que atenta contra la seguridad del tráfico mercantil y es un delito de peligro abstracto, cuando se emite el cheque o talón como título valor contra cuenta corriente, sin que existan fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo, actuando en función de pago ineficaz de una prestación lícita de cualquier tipo.

A.- EL ARTICULO 563 BIS DEL CODIGO PENAL

El delito de cheque en descubierto fue remodelado mediante la ley de 15 de noviembre de 1971, la cual, desalojándolo de su colocación anterior, lo insertó en el artículo 563 bis, b) dentro del mismo título XIII, de los delitos contra la propiedad pero esta vez en el capítulo IX bis, muy cercano a la parte del código destinada a los delitos contra la propiedad no inspirados en la idea del lucro, sino en el móvil de odio venganza o destrucción con los cuales el parentesco del cheque en descubierto, por razones obvias, no parece muy próximo. Se realizó una importante modificación de este delito tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal pero sin que ciertamente pueda afirmarse que la nueva regulación constituya una mejora a la anterior, dice así la exposición de motivos de dicha ley.

El artículo 563 bis, b) del Código Penal español establece que: será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 20 000 a 200 000 pesetas:

1.- El que librase con cualquier finalidad - cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha con - signada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

2.- El que habiendo librado un cheque o ta - lón con provisión, retirase los fondos o parte de ellos impi - diendo su pago.

3.- El tomador del documento que lo entrega - se a otro con cualquier fin a sabiendas de su falta de cober - tura.

No obstante lo dispuesto, en los números ante - riores quedará exento de responsabilidad penal el librador - del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el pla - zo de cinco días a partir de la fecha de su presentación al - cobro.

Para los españoles es un delito autónomo, esto - se revela por su ubicación en la sistemática del código pe - nal desplazada de su anterior colocación, entre las defrauda - ciones en capítulo aparte.

Lo consideran como un delito perseguible de ofi aunque en la práctica española nunca se actue de esta forma ya que hay que considerarlo como perseguible a instancia de parte, previa denuncia o querrela del perjudicado.

Lo consideran como un delito de predominante actividad y de peligro abstracto, cuya acción consiste en librar con cualquier finalidad un cheque o talón de cuenta corriente sin tener provisión de fondos; los fondos deben existir al momento de realizarse la acción. En este caso la ley incrimina las acciones independientes del hecho de consti - tuir real y efectivamente una lesión destructiva de un bien jurídico y hasta prescindiendo de que pongan en peligro concreto ese bien.

El artículo 563 bis, b) menciona la palabra "El que librare" en lugar de "El que diere" empleada por el derogado art. 535 bis, evitará interpretaciones exculpatorias de los firmantes de cheques y de algunos letrados defensores, - que consideraban no responsables de este delito a las personas que habían firmado los cheques rechazados por cualquier causa, solía ocurrir en casos de personas que por razones de parentesco o amistad abren cuentas corrientes a su nombre, pero que en realidad son para otra, la que corre con el movimiento real de las mismas en depósitos y entregas de cheques y también para los integrantes de las sociedades que dejan -

esta tarea en manos de otro de los socios o de un empleado - de cierta categoría o de un apoderado y desconocen si existen o no fondos. Al decirse " El que librare " se disipan estas falsas interpretaciones, puesto que un cheque es librado cuando se coloca la firma, aunque se encuentre en blanco, es decir, sin llenar los requisitos de fecha y cantidad en números y letras.

El artículo 563 bis, b) número 1, del código penal español, introdujo una radical reforma, refiriéndose - "al que con cualquier finalidad" librase cheque o talón de cuenta corriente, dando a entender la irrelevancia del motivo del libramiento e infundiendo a la infracción notable amplitud. La formula típica que protege penalmente el hecho -- de librarse el cheque "con cualquier finalidad" supone el acogimiento ilimitado, en principio, de todos los documentos de tal carácter que carezcan de fondos, produciéndose una -- objetivación muy amplia del delito. La aplicación correcta - del artículo 563 bis b, número 1 del código penal consistirá en rehuir el automatismo tipificador que a primera vista pudiera cobijarse en la expresión "con cualquier finalidad" admitiendo según amplio criterio y adecuada labor judicial las pertinentes pruebas que se ofrezcan sobre las variadísimas - operaciones motivadoras de la expedición del título valor, - tal como vienen haciendo los tribunales con base en el estu-

dio del negocio jurídico para determinar si hubo o no culpabilidad y con ello la existencia o la inexistencia del delito.

B.- EL ARTICULO 563 BIS, B), NUMERO 2, DEL -
CODIGO PENAL.

Según el artículo 563 bis b), número 2 del código penal comete este delito:

"El que habiendo librado un cheque o talón con provisión, retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago". Relacionando entre sí los números primero y segundo del artículo 563 bis b) del código penal, se advierte que es presupuesto objetivo de la segunda modalidad delictiva el libramiento de un cheque o talón de cuenta corriente existiendo, en la fecha consignada en el documento, en poder del librado y a favor del librador, disponibilidad de fondos bastantes para hacerlo efectivo.

La retirada consiste en suprimir del librado -- los fondos que constituyen la provisión, durante el intervalo que media entre la emisión del título valor y el pago del mismo. La retirada de fondos por el librador puede ser total (La llamada cancelación de la cuenta) o parcial, pero la acción constitutiva del tipo sólo se completa en todo caso con el resultado del impago del cheque o talón de manera que

no habrá delito si se verifica su pago retirados los fondos o cancelada la cuenta.

El tipo penal exige concretamente que el sujeto activo retire los fondos en poder del librado impidiendo con ello el pago del talón de lo que ha inferirse que no se incluye en la figura delictiva los supuestos en que la cuenta corriente sufra cualquier disminución, que puede ser debida a diversas causas toda vez que la ley contempla la actividad del agente plasmada en el verbo retirar.

La orden de que no se haga efectivo el cheque o talón también denominado como bloqueo de la provisión consistente en que una vez hecha la entrega del título valor -- al beneficiario, el librador prohíbe al banco librado efectuar el pago. Admitido en el derecho mercantil el carácter institucional de la revocabilidad del cheque, así como la orden del impago para que no sea atendido en el momento de su presentación al cobro, es susceptible de ser dada al librado inmediatamente después de su creación y entrega al tomador -- en cuanto a los efectos penales se plantea el problema de si tal orden se equipara a la retirada de fondos sancionada en el número segundo, del artículo 563 bis, b) del código penal o bien es atípica.

La retirada de fondos no debe entenderse como una actividad necesariamente material de retirar los fondos-

en poder del librado, que imposibilitaría forzosamente el pago, sino como la realización de cualquier acto que impida este pago.

No cabe concebir este tipo delictivo de modo tan formalista, sin admitir ningún supuesto en que, salido el talón de manos del librador, sea posible frenar sus normales efectos sin incurrir aquél en responsabilidad penal.

C.- EL ARTICULO 563 BIS, B) NUMERO 3, DEL CODIGO PENAL.

La última de las modalidades del delito de cheque en descubierto la contiene el artículo 563 bis, b) número 3 del código penal :

" El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura."

La existencia de un tomador que entregue a otro un cheque o talón constándole su falta de cobertura, presupone que en momento anterior un librador lo haya extendido sin que en la fecha del documento existieran fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

El sujeto del delito sólo puede serlo el tomador del documento, toda persona que lo haya recibido del librador, siempre que concurra el elemento subjetivo del injusto consistente en el conocimiento de la falta de cobertura -

del efecto; ha de constarle que se trata de un cheque indotado y que por ello el destinatario no podrá hacerlo efectivo - es irrelevante el origen de tal conocimiento, sea por haberle informado el propio librador o el banco librado o bien - por haberle sido devuelto impagado el cheque al intentar su cobro. De ignorar el tomador la falta de cobertura no habrá delito pues el hecho es atípico.

La modalidad delictiva dolosa o intencional se concreta a la reduplicación o refuerzo del dolo representado por la frase " a sabiendas de la falta de cobertura " como - especial consideración de la posición psíquica del autor y a modo del elemento subjetivo del injusto en el conocimiento - de la inexistente cobertura del efecto.

3.- LEGISLACION FRANCESA

Es fundamental en esta legislación el Decreto Ley de 30 de octubre de 1935 con sus modificaciones posteriores así como la ley de 14 de junio de 1865 con todos los retoques sucesivos, en esta ley se habían dejado de resolver un gran número de problemas relativos a los cheques. El nuevo Decreto Ley resuelve el conjunto de problemas relativos al cheque, reproduciendo incluso las disposiciones procedentes de la letra de cambio y dotando así a la legislación del cheque de una absoluta autonomía.

La génesis del Decreto Ley del 30 de octubre de 1935, revela en su mismo título su esencia "Decreto Unificando el Derecho en Materia de Cheques". Es decir que este Decreto Ley, constituye el resultado de todas las tentativas y retoques a través de más de medio siglo para pasar de un sistema inspirado en el inglés a otro que recoge las orientaciones básicas de los convenios de Ginebra, incorporadas en gran medida a la "Legislación Nacional Francesa" sobre el cheque. Y plasmandose en su legislación penal que a continuación se menciona en los siguientes artículos que son transcritos del Código Penal Francés vigente en ese país.

Art. 64.- Le tireur qui émet un chèque ne portant pas l'indication du lieu de l'émission ou sans date, celui qui revêt un chèque d'une fausse date, celui qui tire un chèque sur une personne autre qu'un banquier est passible d'une amende de 6 pour 100 de la somme pour laquelle le chèque est tiré sans que cette amende puisse être inférieure à 5 F.

Art. 65.- Tout banquier qui délivre à son créancier des formules de chèques en blanc, payables à sa caisse, doit, sous peine d'une amende de 5 F par contravention, mentionner sur chaque formule le nom de la personne à laquelle cette formule est délivrée.

Tout banquier qui, ayant provision et en l'absence de toute opposition, refuse de payer un chèque régulièrement assigné sur ses caisses est tenu responsable du dommage résultant, pour le tireur, tant de l'inexécution de son ordre que de l'atteinte portée à son crédit.

Art. 65-1.- Tout banquier peut refuser de délivrer au titulaire d'un compte les formules de chèques autres que celles qui sont remises pour un retrait de fonds par le tireur auprès du tireur ou pour une certification. Il peut, à tout moment, demander la restitution des formules antérieurement délivrées.

Lorsqu'il en est délivré, les formules de chèques - sont mises gratuitement à la disposition du titulaire de compte dans les conditions déterminées par décision de caractère général de Conseil national du crédit.

Il peut être délivré des formules de chèques barrées d'avance et rendues, par une mention expresse du banquier, - non transmissibles par voie d'endossement, sauf au profit - d'une banque, d'une caisse d'épargne ou d'un établissement - assimilé. L'administration des impôts peut obtenir à tout moment, sur sa demande, communication de l'identité des personnes auxquelles sont délivrées des formules ne répondant pas à ces caractéristiques ainsi que le prévoient ces formules. -- Celles-ci donnent lieu, nonobstant les dispositions de l'article précédent, à la perception du droit institué par l'article 2 de la loi de finances pour 1979.

Les formules de chèques mentionnent le numéro de - téléphone de la succursale ou agence bancaire auprès de laquelle le chèque est payable.

Elles mentionnent également l'adresse du titulaire - du compte.

Art. 65-2.- Des formules de chèques, autres que celles qui sont remises pour un retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou pour une certification, ne peuvent être délivrées au titulaire d'un compte ou à son mandataire pendant

un an a compter d'un incident de paiement relevé au nom du titulaire du compte pour défaut de provision suffisante lorsqu'il n'a pas été fait usage de la faculté de régularisation prévue par l'article 65-3 ou lorsque cette faculté n'est plus ouverte.

Les dispositions du présent article doivent être observées par le banquier qui a refusé le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante et par tout banquier qui a été informé de l'incident de paiement, notamment par la Banque de France en application de l'article 74.

Art. 65-3.- Le banquier tiré qui a refusé le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante doit enjoindre au titulaire du compte de restituer à tous les banquiers dont il est le client les formules en sa possession et en calle de ses mandataires et de ne plus émettre, pendant une durée d'une année, des chèques autres que ceux qui permettent exclusivement le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés.

Toutefois, lorsque le titulaire du compte de l'injonction justifie que dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat qui court à compter de l'injonction prévue par l'article précédent et lui adressée après un premier incident de paiement, il a réglé le montant du chèque impayé ou a constitué une provision suffisante et disponible pour son règlement par les soins du tiré, il recouvre la possibilité d'émettre de chèques sous réserve de l'application des dispositions de --

L'article 68.

Lorsqu'elle a été utilisée, cette faculté de régularisation pour un même compte n'est plus ouverte pendant un an à compter de l'incident de paiement.

Elle s'applique à l'ensemble des chèques émis sur un même compte et rejetés pour défaut de provision suffisante au cours du délai prévu à l'alinéa 2, le délai d'un an visé à l'alinéa 1er de l'article 65-2 et aux alinéas 1er et 3 du présent article courant alors à compter du premier incident de paiement.

À défaut de paiement à la demande du délai de régularisation prévu au deuxième alinéa le tiré remet, à la demande du porteur de chèque, un certificat de non-paiement.

La signification de ce certificat au tireur par ministère d'huissier vaut commandement de payer.

L'huissier de justice qui n'a pas reçu justification du paiement du montant du chèque et des frais dans un délai de vingt jours à compter de la signification délivrée, sans autre acte de procédure, un titre exécutoire.

En tout état de cause, les frais de toute nature qu'occasionne le rejet d'un chèque sans provision sont à la charge du tireur.

Art. 65-4.- Lorsque l'incident de paiement est le fait du titulaire d'un compte collectif avec ou sans solidarité, les dispositions des articles 65-2 et 65-3 sont de ple-

in droit applicables aux autres titulaires du compte tant en ce qui concerne ce compte qu'en ce qui concerne les autres comptes dont ils pourraient être individuellement titulaires.

Art. 66.- Sont passibles des peines de l'escroquerie prévues par l'article 405 du Code pénal:

1 Ceux qui, avec l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui, soit émettent un chèque sans provision préalable suffisante et disponible soit retirent après l'émission tout ou partie de la provision, soit font défense au tiré de payer;

2 Ceux qui, en connaissance de cause, acceptent de recevoir ou endossent un chèque émis dans les conditions définies au 1 du présent article.

Art. 67.- Sont passibles des peines de l'escroquerie prévues par l'article 405 du Code pénal.

1 Ceux qui contrefont ou falsifient un chèque;

2 Ceux qui, en connaissance de cause, font usage ou tentent de faire usage d'un chèque contrefait ou falsifié;

3 Ceux qui, en connaissance de cause, acceptent de recevoir ou endossent un chèque contrefait ou falsifié.

Art. 68.- Dans tous les cas prévus aux articles 66, 67 et 69, le tribunal peut faire application de l'article 405 du Code pénal.

Dans les mêmes cas, il peut interdire au condamné pour une durée de un à cinq ans, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent exclusivement le retrait de fonds par

le tireur auprès du tire ou ceux qui sont certifiés. Cette interdiction peut être déclarée exécutoire par provision. -- Elle est assortie d'une injonction adressée au condamné, d'avoir à restituer aux banquiers qui les avaient délivrées les formules en sa possession et en celle de ses mandataires. Le tribunal peut ordonner, aux frais du condamné, la publication par extraits de la décision portant interdiction dans les -- journaux qu'il désigne et selon les modalités qu'il fixe.

En conséquence de l'interdiction, tout banquier informé de celle-ci par la Banque de France doit s'abstenir de délivrer au condamné et à ses mandataires des formules de chéques autres que celles mentionnées à l'alinéa précédent.

Lorsque la condamnation est prononcée à la suite -- d'un incident de paiement constaté sur un compte collectif -- avec ou sans solidarité, l'interdiction prévue au deuxième -- alinéa est de plein droit applicable aux autres titulaires du compte en ce qui concerne ledit compte.

Art. 69.- Sont passibles des peines de l'escroquerie prévues par l'article 405 du Code pénal ceux qui émettent des chèques au mépris de l'injonction qui leur a été adressée -- en application de l'article 68.

Sont passibles des mêmes peines les mandataires qui en connaissance de cause, émettent des chèques dont l'émission était interdite à leurs mandants en application des articles 65-3 et 68.

Sont également passibles des mêmes peines les cotitulaires d'un compte qui, en connaissance de cause, émettent sur celui-ci des chèques dont l'émission leur est interdite, - en application de l'article 68, a la suite d'un incident de paiement constaté sur ledit compte.

Art. 70.- Tous les faits punis par les articles 66, 67 et 69 sont considérés, pour l'application des dispositions concernant la récidive, comme constituant une même infraction.

Art. 71.- A l'occasion des poursuites pénales exercées contre le tireur, le porteur qui s'est constitué partie civile est recevable a demander devant les juges de l'action publique une somme égale au montant du chèque sans préjudice, le cas échéant, de tous dommages-intérêts. Il peut néanmoins, s'il le préfère, agir en paiement de sa créance devant la juridiction ordinaire.

En l'absence de constitution de partie civile et si la preuve du paiement du chèque ne résulte pas des éléments de la procédure, les juges de l'action publique peuvent, même d'office, condamner le tireur a payer au bénéficiaire, outre les frais d'exécution de la décision une somme égale au montant du chèque, majorée, le cas échéant, des intérêts a partir du jour de la présentation conformément a l'article 45 et des frais résultant du non-paiement, lorsque le chèque n'a pas été endossé si ce n'est aux fins de recouvrement et qu'il -

figure en original au dossier de la procédure. Lorsqu'il est fait application des dispositions du présent alinéa, le bénéficiaire peut se faire délivrer une expédition de la décision en forme exécutoire dans les mêmes conditions qu'une partie civile régulièrement constituée.

Art. 72.- Est passible d'une amende de 2 000 F à 80 000 F:

1 Le tiré qui indique une provision inférieure à la provision existante et disponible;

2 Le tiré qui contrevient aux dispositions réglementaires lui faisant obligation de déclarer dans un certain délai les incidents de paiement de chèques ainsi que les infractions prévues à l'article 69;

3 Le tiré qui contrevient aux dispositions des articles 65-2, 65-3 et 68.

Art. 73.- Le tire doit payer, nonobstant l'absence, l'insuffisance ou l'indisponibilité de la provision tout chèque émis au moyen d'une formule qu'il a délivrée en violation des dispositions des articles 65-2 et 68 (al. 3) ou au moyen d'une formule dont il n'a pas réclamé la restitution conformément à l'article 65-3 ou au moyen d'une formule qu'il a délivrée à un nouveau client sans avoir consulté préalablement la Banque de France. Toutefois, il n'est tenu de payer qu'à concurrence d'une somme fixée par décret en Conseil d'Etat; -

cette somme ne peut être inférieure a 10 000 F par chèque.

Le tiré qui refuse le paiement d'un chèque émis au moyen de l'une des formules visées a l'alinéa 1er est solidai rement tenu de payer, outre une somme égale sumontant du chèque, les dommages-interets accordés au porteur en raison - du nonpaiement.

Lorsqu'il a refusé le paiement d'un chèque, le tiré doit être en mesure de justifier qu'il a satisfait aux pres - criptions légales et réglementaires relatives a l'ouverture - du compte et a la délivrance des formules de chèques ainsi - qu'aux obligations légales et réglementaires résultant des - incidents de paiement, notamment en ce qui concerne l'injon - tion d'avoir a resitituer les formules de chèques.

Art. 73-1.- Le tiré doit obligatoirement payer, no - obstant l'absence ou l'nsufisance de provision, tout chèque - établi sur une formule délivrée par lui d'un montant égal ou - inférieur a 100 F, le titulaire du compate et le tiré étant - en ce cas réputés légalement avoir conclu lors de la délivra - ce de la formule une convention portant ouverture de crédit - irrévocable.

L'obligation du firé résultant des dispositions du - présent article n est pas soumise a la prescription de l'ar - ticle 52; elle prend fin un mois après la date d'emission du - chèque, Elle ne s'impose pas au tiré si celui-ci ne doit ou -

ne peut payer un chèque pour tout motif autre que l'absence -
ou l'insuffisance de provision.

Les dispositions du présent article sont d'ordre -
public.

Art. 73-2.- Le tiré qui a payé un chèque en dépit -
de l'absence, de l'insuffisance ou de l'indisponibilité de la
provision est, sauf dans le cas prévu à l'article 73 (al.2) -
subrogé dans les droits du porteur à concurrence de la somme-
dont il a fait l'avance; il peut, à cet effet, faire consta-
ter l'absence ou l'insuffisance de la provision disponible -
par acte dressé en la forme du protêt.

Il peut, à défaut de prélèvement d'office sur le -
compte et sans préjudice de toute autre voie de droit, faire
une mise en demeure par huissier de justice au titulaire du -
compte d'avoir à payer la somme qui lui est due-en applicati-
on de l'alinéa précédent.

S'il n'y a pas paiement dans un délai de vingt jours
à compter de la mise en demeure, il est procédé comme il est-
dit à l'article 57-1(al. 2 à 4).

Art. 74.- La Banque de France assure la centralisa -
tion des déclarations des incidents de paiement de chèques. -
Elle assure, dans des conditions fixées par décret en Conseil
d'Etat, la communication de ces renseignements aux établissem-
ents et aux personnes sur qui les chèques peuvent être tirés

ainsi qu'au procureur de la République sur demande de celui-ci Elle centralise et diffuse les interdictions prononcées en application de l'article 68 (al. 2).

Elle centralise également les renseignements concernant les infractions réprimées par l'article 69 et les communique au procureur de la République.

Dans les départements et territoires d'outre-mer, les établissements ayant reculé privilège d'émission exercent, en liaison avec la Banque de France, les attributions dévolues à celle-ci par le présent article.

Art. 75.- Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 43, 52 et 382 du Code de procédure pénale, est compétent pour la recherche, la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions prévues par les articles 66 et 69, le tribunal du lieu où le chèque est payable.

JURISPRUDENCIA

EL DELITO DE LIBRAR CHEQUES SIN FONDOS

CHEQUE. EL TÉRMINO DE PRESENTACION DEL CHEQUE PARA QUE PROCEDA LA ACCION DE DAÑOS Y PERJUICIOS ES DE CADUCIDAD. EL artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que el librador de un cheque que no sea pagado por causa imputable al mismo, deberá resarcir al tenedor de los daños y perjuicios con una indemnización que nunca será menor del veinte por ciento del valor del cheque. Ahora bien, para poder reclamar esta indemnización el cheque debe haber sido presentado en tiempo para su pago, como lo indica dicho artículo y el 181 de la misma ley, requisito que debe probar el actor por ser un elemento de acción. Por ello aunque el demandado no oponga como defensa o excepción que el cheque fue presentado para su pago fuera de tiempo el juez debe examinar este elemento de oficio, ya que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción y es un requisito esencial para la procedencia de la acción de daños y perjuicios. INFORME, 1958, 3ª Sala, p. 33.

CHEQUES. El sólo transcurso que la ley señala para la presentación de los cheques, no priva al tenedor, del derecho de reclamar contra el girador, aun fuera de este término; pues en la prescripción mercantil negativa, los plazos comenzaran a contarse desde el día que la acción pudo ser ejercitada legalmente en juicio, y la resistencia del girador a pagar el importe del cheque, fija el principio del término para la prescripción de las acciones del tenedor, contra el girador. S.J.F., T. XIX, p. 754.

CHEQUES . La ley señala como requisito de fondo, para la validez del cheque, que el librador tenga bienes disponibles en poder del librado, a lo menos por el importe del cheque en la fecha en que lo gira, y que este autorizado para disponer de sus fondos en esa forma. El cheque supone el acto de depositar el librador, su dinero, en poder del librado, con la facultad de retirar sus fondos en cualquier tiempo y por medio de órdenes de pago extendidas en esa forma. S.J.F., T. XX, p. 825.

CHEQUES, CADUCIDAD DE LA ACCION DIRECTA CONTRA EL LIBRADOR Y SUS AVALISTAS. El artículo 191 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece en su fracción III, la caducidad de la acción directa contra el librador de un cheque y contra sus avalistas, si prueban que durante el término de presentación del documento, tuvo aquél fondos suficientes en poder del librado y que el cheque dejó de pagarse por causas ajenas a éste, sobrevenidas con posterioridad a dichos términos; lo que indica sin género de duda, para que la falta de presentación o de protesto implique la caducidad de la instancia en contra del librador o de sus avalistas, es indispensable que éstos prueben que tuvieron fondos suficientes en poder del librado, durante todo el término que la ley da para la presentación del cheque. S.J.F. T. LXXXI, p. 3148.

CHEQUES, EL TENEDOR NO TIENE ACCION CONTRA LA INSTITUCION DE CREDITO LIBRADA, EXEPTO EN EL CASO DE QUE EL CHEQUE SEA CERTIFICADO. El artículo 184 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que "el que autorice a -- otro para expedir cheques a su cargo, esta obligado con él - en los términos del convenio relativo, a cubrirlos hasta el importe de las sumas que tenga a disposición del mismo librador, a menos que haya disposición legal expresa que lo libere de esa obligación. Cuando sin causa justa, se niegue el librado a pagar un cheque, teniendo fondos suficientes - del librador, resarcirá a éste los daños y perjuicios que - con ello le ocasione. En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque. La doctrina de los tratadistas es uniforme en el sentido de que en - la relación jurídica que se establece entre el librador y - la institución de crédito librada, no interviene el tenedor del cheque, quien consiguientemente no tiene acción que --- ejercitar contra el banco que debe pagar los cheques, con - la unica excepción del caso en que el cheque sea certificado. S.J.F. 6^a época, Vol. LXXV, 4^a parte, septiembre de -- 1963, pág. 56.

CHEQUE EN GARANTIA. El cheque no puede darse en garantía porque la función que tiene asignada en el derecho bancario según lo establece el artículo 176, fracción III de - la ley de Títulos, es la de ser una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, que supone en el cuen tabiente la existencia de fondos suficientes para poder girar a cargo del librado que lo ha autorizado para que lo haga-- S.J.F., 6^a época, Vol. LVIII, abril 1962, 2^a parte, p. 26.

CHEQUES , FIRMA DE CONOCIMIENTO COMO MEDIO DE IDENTIFICACION PARA EL PAGO DE LOS. El artículo 39 de la Ley Ungeral de Títulos y Operaciones de Crédito expresamente libera al banco librado de la obligación de cerciorarse de la autenticidad de los endosos, y le niega la facultad de exigir -- que ésta se le compruebe por lo que solamente debe verificar la continuidad de los endosos y la identidad de la persona que presente el título como último tenedor. Este precepto interpretado literalmente también a la luz de sus antecedentes, permite concluir que el pagador debe identificar a la persona del último endosatario, pero no señala los medios. Aquí es donde la práctica admite una gran variedad de pruebas, desde el antiguo sistema consistente en presentar testigos de identidad, hasta el empleo de credenciales, pasaportes licencias de manejo de vehículos, así como la -- firma de conocimiento. Este último medio tiene la ventaja -- de que se hace constar en el propio título, de tal manera -- que permanentemente queda asentada en él, la constancia de identidad, a diferencia de otros medios de los que, generalmente, no se deja constancia alguna, porque al interesado -- le son devueltas las cartillas de identidad, después de una simple comparación visual. En nuestro derogado Código de Comercio de 1884, artículos 847 y 848, expresamente se admitía el conocimiento de firma como medio de identidad pero -- el hecho de que la ley vigente no lo mencione en iguales -- términos, no debe interpretarse en el sentido de que prohíba su uso, sino simplemente que ahora la ley no señala ni limita los medios de identificación, por lo que estos pueden -- ser de lo más variado, quedando su admisión a la buena fe y prudente criterio de quien hace el pago. S.JF., 6^a época, VOL. CVI, abril de 1966, 4^a parte, p. 12.

CHEQUES GIRADOS SIN FONDOS. El reo de este delito no puede alegar como exculpante la carencia de la falta de perjuicio para quien recibió el cheque girado sin fondos, sosteniendo que el importe de éste era un préstamo que hizo el girador, ya que aún en ese extremo, puede surgir el perjuicio a que alude la ley. S.J.F., T. LXXIII, p. 4535.

CHEQUES GIRADOS SIN FONDOS. Si aparecen diversas infracciones bien definidas, por tratarse de cheques expedidos en diversas fechas, sin que el girador tuviera fondos, aun cuando sea la misma persona el beneficiario y también idéntica la institución girada, esto dará lugar a que haya conexidad en los delitos, pero no puede considerarse como un delito continuo precedido de una unidad de intención, si de ello no hay demostración en autos. S.J.F., T. LXXXI. -- p. 2300.

CHEQUES GIRADOS SIN FONDOS. El Ejecutivo de la Unión estaba legalmente autorizado para expedir la Ley de Títulos y Operaciones de Créditos, en la que se contiene el precepto que se considera la expedición de los cheques sin fondos como delito de fraude. S.J.F., T. LXXXVII, pp. 1146 y 2247.

CHEQUES, IMPROCEDENCIA DE LA VIA EJECUTIVA PARA COBRAR LOS. La ley de Títulos y Operaciones de Crédito, previene en su artículo 196, que son aplicables al cheque, en lo conducente los artículos 166 al 169 del propio ordenamiento y consiguientemente, el artículo 167 que concede acción cambiaria ejecutiva contra cualquiera de los signatarios del documento; pero como el banco librado no puede considerarse como signatario del cheque expedido a su cargo, debe concluirse que contra el mismo no concede la ley acción ejecutiva para el cobro de un cheque; por lo que si declara que tenía en su poder fondos del librador, pero no disponibles para cubrir determinado cheque, no puede exigirse el pago de éste en la vía ejecutiva, puesto que sólo procedería demandarle en la vía ordinaria, la indemnización por daños y perjuicios, derivada de la falta de cumplimiento del artículo 186 del ordenamiento citado, situación jurídica que se explica fácilmente, si se tiene en cuenta que el banco librado no tiene vínculo jurídico alguno con el tenedor del cheque hasta el momento en que el documento le ha sido presentado para su pago, ya que es en este momento cuando contrae el girado la obligación de pagar, si tiene fondos; pero si no paga, declarando que los fondos no se hayan disponibles, el esclarecimiento de ese hecho requiere determinadas pruebas que hacen imposible, jurídicamente la procedencia de la vía ejecutiva. S.J.F., T. XLV, p. 6142.

CHEQUES NO PAGADOS, INDEMNIZACION EN CASO DE. El artículo 184 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, al establecer, que en ningún caso la indemnización forzosa, -- cuando se niegue el librado a pagar un cheque, teniendo fondos suficientes del librador, puede ser menor del veinte por ciento del valor del cheque no pagado, evidentemente quiere decir que se trata de un mínimo legal que no quiere demostración, en cuanto que la ley da por necesariamente causados los daños y perjuicios por ese mínimo, excepto que se demande por encima del mismo, caso en el cual sí sería menester la comprobación del exedente. S.J.F. T. CXXIII, -- p. 1586.

CHEQUES, PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. El artículo 191 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito trata de la caducidad de las acciones en la forma y plazos que señala, derivadas de los cheques, por no haberse presentado o protestado, en tanto que el 192 trata de la prescripción de las mismas acciones a que se refiere el artículo precedente; caducidad y prescripción, son dos fenómenos jurídicos distintos en estas circunstancias, para que opere la caducidad, en el caso de la fracción III del 191 se requiere la justificación de las condiciones que señala, pero para la prescripción basta únicamente el transcurso del plazo de seis meses contados a partir de aquel en que concluye el plazo de presentación S.J.F. 6^a época, Vol. X. p. 120.

CHEQUES SIN FONDOS. No existe el delito de fraude cuando el cheque se entrega, no en pago, como es su función propia, sino en garantía y con pleno conocimiento y consentimiento del beneficiario y si el librador y el tomador o primitivo beneficiario del cheque habían acordado desnaturalizar a este documento para constituirlo como una mera garantía, - la disposición indebida que éste hizo del título de crédito al entregarlo, artificial o verdaderamente a un tercero, no puede ser imputable al librador dentro del ámbito penal, y es el primer beneficiario quien resulta con responsabilidad frente al actual tenedor del cheque. S.J.F. T. CXXI, pp. 1688.

CHEQUE SIN FONDOS. Un cheque a cargo de una determinada se puede presentar a otra, salvo buen cobro, para que hecho efectivo mediante la intervención de la Cámara de Compensación, se abone en cuenta al beneficiario del cheque. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 182 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la presentación de un cheque en la Cámara de Compensación, surte los mismos efectos que la hecha directamente al librado. Si se relaciona esta disposición con el artículo 193 del mismo ordenamiento en que textualmente se dispone que 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, etc. se entiende que la presentación del documento no pagado, necesaria para la integración del no tiene que hacerse precisamente ante la institución librada, de manera que si la falta de fondos del librador se descubre en la Cámara de Compensación, se surten los mismos efectos que si el cheque se presentara directamente para su cobro ante la institución librada. S.J.F., T. CXXIII, p 528.

CHEQUES SIN FONDOS. No basta librar el cheque para -- que se tenga por consumada la figura delictuosa, puesto que para ello es necesario que el tomador lo presente a cobro -- ante la institución girada, precisamente dentro del término legal de quince días señalado por el artículo 181, fracción I de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y -- que rehuse su pago por las razones siguientes : a) por no -- tener el librador fondos disponibles al expedirlo; b) Por -- haber dispuesto de los fondos que tuviere, antes de que -- transcurra el plazo de presentación y c) por no tener autori -- zación para expedir cheques a cargo del librado. De lo que -- se tiene que concluir definitivamente en que es errónea la -- idea de identificar al delito previsto en el artículo 193 -- como un delito formal. Es igualmente inexacto que el tipo -- legal contenido en el artículo 193 cree una forma específi -- ca de fraude, pues la obtención de un lucro, como consecuen -- cia del libramiento, integra una figura de tipo específico, -- contenida en la fracción III del artículo 387 del Código Pe -- nal para el Distrito y Territorios Federales. Afirmar que -- los elementos de engaño y aprovechamiento de error, así co -- mo la consecuencia identificada con la obtención de una co -- sa o de un lucro indebido, forma parte implícita del tipo -- legal del artículo 193, desconocer totalmente los princi -- pios legales fundamentales que rigen la teoría del tipo y -- la tipicidad y violar el de legalidad consagrado en el arti -- culo 14 constitucional. La simple lectura del artículo 193 -- de la Ley de Títulos nos revela que el tipo penal definido -- es un delito de peligro y se integra con independencia del -- enriquecimiento por parte del activo y del consiguiente emp -- obrecimiento del patrimonio del pasivo, dado que esta ulti -- ma circunstancia no forma parte del tipo penal. Lo anterior -- implica el reconocimiento de que cuando existe el dolo esp -- ecífico de causación del daño patrimonial, al librarse un che -- que impagado por causas imputables al girador se estará en --

presencia de un delito de fraude ya que, contrariamente a lo que afirma un comentarista, el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, no derogó en lo que respecta a cheques la citada fracción III del artículo 387 del Código Punitivo aplicable en materia federal. De ahí que el dolo previsto en el artículo 193 consistente exclusivamente en la presentación del hecho mismo de librar, con conciencia misma de su ilicitud y voluntad encaminada al acto mismo del libramiento. Claro está que podran darse situaciones en las que, a pesar de que objetivamente la acción típica sea antijurídica, el sujeto librador será inculpable por haber actuado bajo el amparo de alguna causa de inculpabilidad como sería por ejemplo, girar un cheque en estado de error de hecho, de carácter esencial e invencible, o bajo una coacción moral determinante de una no exigibilidad de otra conducta. Forzoso es admitir la necesidad legal de examinar las condiciones que privaron en la expedición de un cheque, para saber si en efecto ha cumplido su función jurídica de ser instrumento de pago, una orden incondicional de pago como lo considera la fracción III del artículo 176 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, pero independientemente de estos requisitos y a pesar de que el cheque no hubiese cumplido su función de ser instrumento de pago para considerarlo en la categoría que le señala el derecho mercantil sea porque se hubiese dado en garantía como frecuentemente sucede, o por cualquier otra circunstancia, y en estas condiciones no sea en el derecho mercantil una orden incondicional de pago, de ningún modo exime de responsabilidad penal a quienes usarón del documento para otra finalidad distinta y , por lo mismo deben quedar sujetos a la prepresión punitiva, por el peligro que entraña la posibilidad de la circulación del documento. Puede suceder que una persona regale un cheque a otra sin que tenga provisión de fondos al presentarse el documento al cobro. La posibilidad objetiva del peligro que el beneficiario lo endose a tercero,

es suficiente para la integración del delito y a pesar de que no existe lucro ni se ha causado daño, existe la intención deliberada del librador de poner en circulación el documento S.J.F., 6^a época, Vol. XXX p. 89

CHEQUES SIN PROVISION DE FONDOS, LA SIMPLE EXPEDICION-DE, ACTUALMENTE NO CONSTITUYE DELITO, COMPETENCIA. El decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha -- 13 de enero de 1984, que entró en vigor el 13 de abril de -- ese año, suprimió el párrafo segundo del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo -- cual la conducta ahí descrita dejó de ser delictuosa, en -- los términos de dicho numeral, sin perjuicio de que una expedición de cheques sin provisión de fondos pueda encuadrar en la descripción del fraude, en caso de que los elementos-constitutivos de ese ilícito se presenten en la realidad fe-- noménica. En tal virtud, es errónea la argumentación del -- Juez de Distrito, en la que se apoya para declinar la compe-- tencia en favor del juez del fuero común - que se sintetiza en el aserto de que el citado decreto no le quitó el carácter delictuoso a la expedición o libramiento de cheques -- sin fondos, sino solamente trasladó la figura delictiva al Código Penal, para estimar esa conducta como fraude específico-- habida cuenta que, como ya se ha dicho, tal decreto-- si eliminó la naturaleza delictuosa del libramiento de cheques mencionado. Sin embargo lo antes expuesto no implica -- que la competencia no surta en el fuero federal dado que el delito atribuido al inculcado estaba previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual es de indole federal, por lo que la competencia radica en el Juez de Distrito quien en su oportunidad debe-- ra resolver lo conducente, teniendo en cuenta que el decreto de referencia le quitó el carácter delictivo a la expedición de cheques sin provisión de fondos.

CONCLUSIONES

1.- Hay una parte importante de la sociedad mexicana que interviene en operaciones mercantiles y que usa cheques como instrumento crediticio y no liberatorio y acepta que el cheque puede funcionar en forma diferente a los cánones establecidos por el derecho. Con él lo que se busca es tener un sustituto del dinero en efectivo, por lo que trata de equipararse a entregar billetes de curso legal, situación que actualmente choca con la realidad ya que en muchos casos se usa como garantía de pago.

2.- La denuncia penal por el delito de libramiento de cheques sin fondos sirve en muchos casos como una amenaza legal, que se traduce en una coacción psicológica para el presunto y que tiene por objeto coaccionar la voluntad de éste para obtener el pago del documento. En la práctica jurídica, en la mayoría de los casos el problema se resuelve en la mesa de trámite, sin necesidad de llegar a incoar el procedimiento penal.

3.- En materia de cheques hay que tener un especial cuidado ya que los plazos procesales y los tiempos reales dependen del beneficiario y eventual denunciante ya que puede operar la caducidad o la prescripción de la acción situación que beneficia al reo.

4.- Con motivo del libramiento de cheques sin provisión de fondos se agudiza la crisis económica nacional debido a su excesiva proliferación, lo que provoca que el público los tome como una fuente de crédito y financiamiento más cómodo que el dinero en efectivo aunque con mayor riesgo.

5.- Es indispensable un mayor control por parte de los bancos para poder otorgar autorizaciones para librar cheques a los cuentahabientes, situación que se hace necesaria para otorgar una mayor seguridad jurídica al público en general.

6.- En cuanto al último párrafo de la fracción XXI del artículo 387 del código penal para el D.F. nada tiene que ver con el delito en cuestión, hay una deficiente redacción ya que este último párrafo no tiene ninguna vinculación con el tipo de fraude, situación que de ninguna manera es correcta por lo que debe proceder su desaparición.

7.- El tipo contenido en el artículo 387 fracción XXI, tiene como objetivo principal proteger el patrimonio de las personas en virtud de que se encuentra ubicado en el título correspondiente a los delitos que se cometen en contra de las personas en su patrimonio.

8.- El artículo 387 fracción XXI sanciona só lo dos causas de rechazo:

a) No tener el librador cuenta en la - institución o sociedad respectiva;

b) No tener el librador fondos suficientes para el pago.

Pero qué pasa con otras circunstancias que impiden el cobro del documento como son: El bloqueo del cheque o la falsificación de la firma en el título de crédito, son circunstancias que no encuadran dentro del tipo penal - en cuestión situación que hace necesaria una reforma am --pliando las causas del rechazo.

9.- El fraude por librar un cheque sin fon - dos es esencialmente doloso en orden a la culpabilidad por lo que no son posibles las formas culposas o preterintencionales. Las causas de inculpabilidad que afectan al dolo tienen especial importancia v.gr. el error esencial que haga - que el individuo al librar el cheque pensando que tiene fondos cuando en realidad no los tiene situación que se presenta una causa de inculpabilidad.

10.- El delito de fraude por librar un cheque sin fondos puede ser perseguido de oficio o por querrela, -- será de oficio cuando su monto exceda al equivalente de quinientas veces al salario mínimo y de querrela cuando su monto no exceda a la cantidad antes mencionada.

11.- Observamos que en diferentes países se ha establecido como una práctica constante el uso de diversos títulos de crédito, especialmente el de los cheques, todo con el objeto de facilitar las operaciones entre los individuos y las corporaciones; sin embargo, esta situación ha provocado que se generen cada vez más sofisticadas conductas delictivas.

12.- Indudablemente el uso de los títulos de crédito en las operaciones mercantiles significa un gran avance, sobre todo porque vivimos en una época de modernidad y de pragmatismo, sin embargo, es conveniente que las instituciones bancarias reformen su política interna con el objeto de que únicamente se abran cuentas de cheques en beneficio de personas que demuestren una solvencia económica real.

B I B L I O G R A F I A

- ASTUDILLO URSUA, Pedro. Los Títulos de Crédito. Editorial Porrúa S.A. México, 1983.
- ASCARELI, Tullio. Teoría General de los Títulos de Crédito. Editorial JUS, México 1947.
- BALSA ANTELO, Eudoro. El Cheque. Editorial de Palma Buenos Aires, Argentina 1979.
- BALSA ANTELO, Eudoro y A. BELLUCCI, Carlos. Técnica Jurídica del Cheque. 2a. Edición, Editorial de Palma Buenos Aires, Argentina 1963.
- BECERRA BAUTISTA, José. El Cheque sin Fondos. Editorial JUS, México 1944.
- CABRILLAC, Henry. El Cheque y la Transferencia. Trad. - Antonio Reverte. 4a. Edición, Editorial Reus S.A. Madrid 1969.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. D4a. - Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1982.
- CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 17a. Edición, Editorial Porrúa S.A., México-1982.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. 4a. Edición, - Editorial Herrero S.A., México 1984.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 14a. Edición, México 1984.
- CONDE DOTAS, Isidro. El Cheque y el Traveler Cheque. Editorial Porto y Cía. Santiago de Compostela 1955.

- CUELLO CALON, Eugenio. La Protección Penal del Cheque. 3a. Edición, Editorial Bosch, Barcelona.
- DAVALOS MEJIA, Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, - Quiebras. Editorial Harper And Row Latinoamericana, México 1984.
- DE PINA VARA, Rafael. Teoría y Práctica del Cheque. 3a. Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1984.
- DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo. La Tutela Penal del Cheque. - 3a. Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1981.
- ESTEVA RUIZ, Roberto A. Los Títulos de Crédito en el Derecho Mexicano. Editorial Cultura, México 1938.
- FONTA ROSA, Rodolfo O. El Nuevo Régimen Jurídico del Cheque. 5a. Edición, Editorial Victor P. de Zavalia Buenos-Aires Argentina 1972.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, José Juan. EL Cheque. Editorial Porrúa, México 1983.
- MAJADA, Arturo. Cheques y Talones de Cuenta Corriente en - su Aspecto Bancario, Mercantil y Penal. 3a. Edición, Editorial Bosch Barcelona
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. Títulos de Crédito Cambiarios. Editorial Porrúa S.A. México 1977.
- MUÑOZ, Luis. El Cheque. Editorial Cárdenas, México 1974.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 4a. Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1978.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 17a. Edición, Editorial Porrúa S.A. - México 1982.
- WILLIAMS, Jorge N. Títulos de Crédito. 2a. Edición, Editorial Abeledo Perrot S.A. Argentina 1981.