

307  
281



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN"**

**"ANALISIS TEORICO PRACTICO DEL FRAUDE COMETIDO  
EN EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN  
PROVISION DE FONDOS"**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**JAIME VELEZ ROJAS**



ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1993

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



## **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.

## INDICE

Pág.

### PROLOGO

INTRODUCCION . . . . .	1
------------------------	---

### CAPITULO PRIMERO

I. NOCION DOCTRINARIA GENERAL DEL FRAUDE . . . . .	3
1.- Dogmática General del Fraude . . . . .	4
2.- Evolución del Fraude en la Legislación Mexicana . . . . .	8
3.- Fraude Civil y Fraude Penal . . . . .	12
4.- Objetividad Jurídica Tutelada y Ratio Legis del Delito . . . . .	21
5.- El Fraude en el Código Penal Vigente . . . . .	22
6.- Elementos Constitutivos . . . . .	24
6. 1 Conducta Falaz . . . . .	26
6. 1. 1 Maquinaciones y Artificios . . . . .	28
6. 1. 2 Engaños . . . . .	31
6. 1. 3 Aprovechamiento del error . . . . .	33
6. 2 Resultado . . . . .	35
6. 2. 1 Acto de Disposición . . . . .	37
6. 2. 2 Daño y Lucro Patrimonial . . . . .	39
6. 3 Relación de Causalidad . . . . .	41
7.- Tipos de Fraude en la Legislación Positiva - Mexicana . . . . .	42

	Pág.
<b>CAPITULO SEGUNDO</b>	
<b>II. EL FRAUDE EN DERECHO COMPARADO . . . . .</b>	<b>44</b>
1.- Derecho Español . . . . .	45
2.- Derecho Italiano . . . . .	50
3.- Derecho Anglosajón . . . . .	54
4.- Derecho Argentino . . . . .	58
<b>CAPITULO TERCERO</b>	
<b>III. ANALISIS DOGMATICO-JURIDICO DEL CHEQUE . . . . .</b>	<b>61</b>
1.- Breves Antecedentes Históricos . . . . .	62
2.- Concepto . . . . .	64
3.- Naturaleza Mercantil del Cheque . . . . .	65
4.- Naturaleza Jurídica del Cheque . . . . .	66
5.- Presupuestos para la Emisión del Cheque . . . . .	70
6.- Requisitos Formales del Cheque . . . . .	76
7.- Circulación del Cheque . . . . .	83
8.- El Pago Ordinario del Cheque . . . . .	85
<b>CAPITULO CUARTO</b>	
<b>IV. LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CHEQUE . . . . .</b>	<b>87</b>
1.- El Pago Extraordinario del Cheque . . . . .	88
2.- El Protesto . . . . .	89
3.- Las Acciones Cambiarias . . . . .	93
4.- La Acción Causal . . . . .	96
5.- La Acción de Enriquecimiento . . . . .	97

	Pág.
6.- El Juicio Ejecutivo Mercantil . . . . .	100
7.- El Caso de Insolvencia . . . . .	107
8.- Sanciones . . . . .	108
CAPITULO QUINTO	
V. LA PROTECCION PENAL DEL CHEQUE . . . . .	109
1.- Justificación . . . . .	111
2.- Breves Antecedentes Históricos en México .	114
3.- Estudio del Delito de Libramiento de Cheques sin Fondos Conforme a la Dogmática Penal. El Elemento Objetivo del Delito . . .	119
4.- La Tipicidad y su Ausencia . . . . .	125
5.- La Antijuridicidad y las Causas de Justificación . . . . .	130
6.- La Culpabilidad y las Causas de Inculpabilidad . . . . .	134
7.- La Punibilidad y las Excusas Absolutorias .	143
8.- Las Formas de Aparición del Delito . . . .	146
CONCLUSIONES . . . . .	151
BIBLIOGRAFIA . . . . .	153

## PROLOGO

Mediante el presente trabajo de tesis se pretende hacer un estudio del delito de libramiento de cheques sin fondos, el cual es considerado por nuestro Derecho como fraude específico.

Cuando un cheque es librado sin la suficiente provisión de fondos o sin éstos o sin la autorización de la institución de crédito librada, consecuentemente el documento no es pagado o pagado parcialmente por el librado. En estos términos al tenedor del título le asisten dos tipos de acciones que la propia Ley le faculta, la civil y la penal.

Siendo así, lo más recomendable sería que primero ejercitara la acción civil, es decir, demandar al librador por la vía ejecutiva mercantil, en virtud que si dentro de este juicio el actor prueba su pretensión, y una vez que se haya trabado embargo de bienes suficientes en contra del deudor para garantizar el cumplimiento de la deuda; el juez, de oficio, en su sentencia deberá ordenar el remate de dichos bienes para que con su producto se haga el pago de lo adeudado al acreedor. Situación esta última que es lo que más interesa al tenedor del cheque, y que dentro de un proceso penal es muy poco probable que lo logre porque para ello la Ley establece una serie de requisitos para que el juez oficiosamente dentro de su sentencia condene al deudor al pago de la reparación del daño.

Por otro lado, si dentro del juicio ejecutivo mercantil, - al momento de que el actuario del juzgado trate de trabar el em bargo de bienes en contra del deudor, se demuestra que éste no cuenta con bienes suficientes, o bien, no los tiene para garantizar el pago de su deuda, comprobándose de esta manera su inca pacidad económica, esto es, su insolvencia; en este caso queda de manifiesto la conducta delictiva del librador. Aquí es el momento en el cual el tenedor del cheque debería provocar el ejercicio de la acción penal en contra del librador. Además, - con esto el librador demuestra que actuó con dolo al expedir el documento, ya que a sabiendas de que no podría cumplir con su obligación libró el cheque, y dentro de un proceso penal no podrá alegar que lo otorgó en garantía, como suele suceder en la práctica.

De lo que se puede apreciar que en este tipo de delitos no es suficiente la simple denuncia de hechos que realice el ofendido ante el Ministerio Público para iniciar la averiguación - previa correspondiente, sino que previamente debe requerirsele judicialmente el pago al deudor.

## INTRODUCCION

La presente tesis tiene como finalidad, en primer lugar, - culminar con los estudios profesionales de Licenciatura en el - área del Derecho; y, por otro lado, se pretende hacer un estudio sobre el delito de fraude cometido mediante el libramiento de cheques sin fondos. Para tal fin se hace un análisis de los aspectos mercantil y penal de esta figura.

Inicialmente se estudia, en términos generales, el delito de fraude genérico. Examinándose su dogmática, sus antecedentes históricos, la necesidad de su regulación por las normas - de Derecho, así como del elemento esencial que lo constituye, el engaño; se hace una referencia breve de la evolución que ha tenido en nuestro Derecho; asimismo se analiza el fraude civil y el fraude penal, con el objeto de saber si existe o no diferencia esencial entre ambos; además, de investigar cuál es el bien jurídico tutelado por este delito y la razón de su regulación;- y el tratamiento que se le da en nuestro Derecho.

A continuación se hace un análisis de derecho comparado en relación al delito de fraude, con el fin de observar las semejanzas y diferencias que existen con nuestro Derecho.

Por otra parte, se hace un estudio del cheque, título de - crédito que es el punto medular para el desarrollo del presente trabajo de tesis. En el cual se hacen comentarios breves sobre

sus antecedentes históricos; asimismo se analiza su concepto, - su naturaleza mercantil y jurídica, los presupuestos para su - emisión, sus requisitos formales, su circulación y su pago ordi nario.

En seguida se examinan las acciones que se derivan del che que, mismas que pueden ser ejercitadas por su tenedor cuando el documento no es pagado por el librado por causas imputables al librador; además, se hace un análisis del juicio ejecutivo mercantil, vía idónea para que el tenedor del título de crédito - ejercite sus acciones cambiarias correspondientes, así como las sanciones que puede traer aparejadas dicho juicio.

Y como último capítulo tenemos el estudio que se hace sobre la protección penal del cheque, que es la parte central de la presente tesis, es decir, el planteamiento del problema. En el cual se analiza el tipo específico del delito de fraude come tido mediante el libramiento de cheques sin fondos; haciendo un examen de su justificación en el Código Penal, así como una referencia breve sobre sus antecedentes históricos en nuestro país; además de estudiar sus elementos positivos y negativos, esto - es, de su tipicidad y su ausencia, de su antijuridicidad y sus causas de justificación, de su culpabilidad y de sus causas de inculpabilidad, de su punibilidad y sus excusas absolutorias; y, para terminar, se hace un análisis de las posibles formas en - que puede aparecer este delito.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **I. - NOCION DOCTRINARIA GENERAL DEL FRAUDE**

## CAPITULO PRIMERO

### I.- NOCION DOCTRINARIA GENERAL DEL FRAUDE

#### 1.- Dogmática General del Fraude

La figura delictiva denominada y conocida como fraude en nuestro Derecho, es un ilícito que ha preocupado su estudio a los doctos en Derecho, por su complejidad y la diversidad de formas que toma en su realización; tan es así, que desde tiempos remotos lo encontramos ya previsto, pues sus primeras manifestaciones legislativas se encuentran en las disposiciones estatuidas por los Códigos del Manú, de Hammurabit, el Corán y en las Leyes Hebraicas, con el objeto de tutelar la honestidad en las relaciones comerciales, evitando en ellas las alteraciones de calidades, pesos y medidas, y la exigencia de un precio mayor del debido. Lo que causó que este delito recibiera diversas denominaciones en otras épocas y en otras legislaciones, tales como estelionato, escroquerie, truffa y estafa.

Se dice que el estelionato es el antecedente directo del delito que se comenta, señalándosele como figura principal en el Derecho Romano; encontrando su etimología en "stellio, stellionis, que significa estelión o salamanquesa, animal que tenía fama de tomar diferentes aspectos a los rayos del sol, y que por analogía se le denominaba así al hombre engañoso y fraudulento. según Ovidio, por ser enemigo del hombre como el estelión" (1)

---

(1) Arroyo Alba, Francisco. Estudio Sociológico Jurídico Sobre el delito de Fraude. Pág. 46.

"Lo que sugirió a los romanos nombrar estelionato como título delictivo aplicable a hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, y que según nos informa Carrara, fluctuaban entre la falsedad y el hurto y que, participando de las condiciones de la una y del otro no son propiamente ni la una ni el otro. Por lo que el estelionato tiene algo de hurto porque hay lesión a la propiedad ajena; de truffa porque se abusa de la buena fe; y de falsedad porque es resultado del engaño y la mentira. Sin embargo, no es hurto porque la cosa se obtiene con el consentimiento del dueño; tampoco es verdadera falsedad porque la alteración de la verdad es principalmente ideológica; y no es truffa porque la cosa se supone recibida del dueño con título translativo de dominio". (2)

Siendo que el engaño constituye la verdadera esencia de este delito, consistente en el despliegue de artificios por los cuales el propietario es inducido a desprenderse de su dominio, haciéndosele creer cosas que no son verdaderas.

Además, el estelionato dentro del Derecho Romano representó una especie de delito suplente para todas las disimulaciones u ocultaciones, llegando a ampliarse su significado en tal forma, que en él se catalogaba todo delito patrimonial que no pudiera considerarse en otra calificación delictiva o que careciera de nombre propio. (3)

---

(2) Solanes Oviedo, Antonio. El fraude en la Legislación Mexicana, Tesis. Pág. 12

(3) Arroyo Alba, Op. Cit. Pág. 46

Sin embargo, la corriente francesa considera que el fraude, no consiste simplemente en palabras mentirosas sino que también es necesario una "mise en scene", un hecho exterior o intervención de tercera persona que dé crédito a las palabras.

La mise en scene no es una fórmula empírica, no indica una materialidad que no tenga sentido jurídico, muy por el contrario, la mise en scene completa el elemento subjetivo y el elemento objetivo de la criminalidad. El elemento subjetivo porque muestra mayor astucia, una mayor pertinacia de la voluntad criminal, un hombre más temible para la sociedad. Completa el elemento objetivo porque las apariencias exteriores construidas para acreditar la palabra mendaz hacen más excusable la credulidad de la víctima y agregan al hecho un daño mediato que no surgiría respecto de quien hubiese creído en la sola palabra de un desconocido.

Pero, para la consumación del estelionato se requiere, admás, un evento, sin olvidar que es preciso que exista un daño - efectivo, considerando que el daño potencial equivale al daño - efectivo, cuando el engaño produzca el despojo de un derecho, - aunque no tenga como consecuencia la pérdida de la propiedad. - De modo que, en substancia, una entrega verdadera o simbólica, - un despojo de una cosa o de un derecho es necesario para la consumación de este delito.

Referente a la escroquerie, designación que le otorga el -

Derecho Francés al delito de fraude, coincide en lo esencial con nuestra figura de fraude, ya que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien en error por medio de engaño o artificio para obtener un provecho injusto. (4)

En cuanto a la truffa su etimología en Derecho Italiano, es incierta, sin embargo individualiza al delito de estafa que según Maggiore, "consiste en el hecho de quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno". (5)

La acción constitutiva de este delito supone la inducción a error, mediante artificios o engaños.

El bien jurídico tutelado en la estafa es el patrimonio y el mantenimiento de la verdad y de la buena fe en el tráfico comercial.

En conclusión se puede observar que en todas estas denominaciones se tiene el engaño como elemento común y esencial, y que ahora, también, en nuestro tiempo es el elemento fundamental para poder tipificar el delito de fraude.

Razón por la cual los juristas, para poder dar un concepto

---

(4) Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Pág. 187.

(5) Solanes Oviedo, Op. Cit. Pág. 22

del delito en estudio, toman como base el engaño, y así, coinciden en señalar que el fraude es, conforme a su dogmática penal, un delito que ataca el patrimonio de las personas, ya que mediante engaños, artificios, maquinaciones o falacias el sujeto activo del delito obtiene un injusto patrimonial en perjuicio ajeno. Lo que representa en la actualidad un verdadero peligro para los bienes patrimoniales, en virtud de que cada vez es más difícil su previsión y represión, como consecuencia de la astucia desplegada por el defraudador hacia la víctima. Por ello, es que este delito adopta las características de la sociedad en que se desarrolla; persigue un aprovechamiento rápido y desproporcionado. Lo que ha motivado que la intervención del Estado sea cada vez más necesaria para evitar fraudes.

## **2.- Evolución del Fraude en la Legislación Mexicana**

En nuestro país han existido tres Códigos Penales: el de 1871 de Martínez de Castro, de inspiración española; el de 1929, de corriente positivista, y que tuvo una vigencia efímera; y el de 1931, que es el vigente, el cual ha sido reformado en múltiples ocasiones.

El Código de 1871 establecía en su artículo 413 un concepto general del fraude contra la propiedad, considerando que: - hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél. Se -

puede observar que esta redacción es restrictiva, toda vez de - que al emplear la frase "con perjuicio de aquél" en su parte final, de lo que resultaba que el que tenía que resentir el perjuicio necesariamente tenía que ser el engañado; olvidando preveer que el perjuicio podría ser para otra persona distinta al engañado.

Además, en su artículo 414 definía un delito similar a la escroquerie francesa, ya que a pesar de haberse inspirado en el Código Español de 1870, este artículo tiene su origen en el Código Francés; siendo redactado en los siguientes términos: el fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se le entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad. Redacción que también es limitativa, afirma el maestro Francisco González de la Vega, ya que no comprendía a los bienes inmuebles.

Para los efectos de la penalidad el Código de 1871 establecía en su artículo 415 que, el estafador sufriría la misma pena del robo sin violencia. Además, en el artículo 432, también, disponía una pena para aquellos fraudes que no se encontraban especificados dentro del capítulo correspondiente al fraude y el siguiente, castigándose con una multa igual al veinticinco -

por ciento de los daños y perjuicios que se causen; pero sin - que la multa excediera de mil pesos.

Por último, en sus artículos del 416 al 431 tipificaba una serie de fraudes específicos, los cuales eran sancionados con la pena de robo simple.

El Código Penal de 1929 ya no empleó el término fraude, y agrupó bajo el rubro llamado "De la Estafa" las disposiciones que el Código de 1871 había nombrado bien fraude, bien estafa. Establecía en su artículo 1151 que: hay estafa: I.- Siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquél; II.- Cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o billete de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entregue por medio de maquinaciones o artificios.

Observándose que su principal reforma fue de simple nomenclatura, ya que al delito genérico lo llamó estafa, olvidando el legislador lo impropio de designar el género por la especie. Asimismo conservó, en términos generales, la casuística minuciosa de la anterior legislación.

Con esta redacción el Código de 1929 destruyó la diferencia que pudiera existir entre las fracciones I y II de su artículo

culo 1151, puesto que, según la fracción I, se estafa engañando, y de acuerdo con la fracción II, se estafa por medio de maquinaciones o engaños o artificios. (6)

Para la aplicación de la pena este Código establecía en su artículo 1153 que, al estafador se le impondría la pena del robo simple, pudiéndose aumentar ésta hasta en una tercera parte. Y en el artículo 1169 establecía la pena para aquellas estafas que no se encontraran previstas en el capítulo de la estafa, y que eran sancionadas con una multa igual al doble de la cantidad que resultaba estafada.

Posteriormente el Código Penal de 1931 siguió un sistema diferente a los anteriores, ya que no definió el delito genérico de fraude, sino simplemente en su artículo 386 establecía, en su redacción original, casos concretos de fraude provistos de penalidades especiales, al igual que en sus artículos 387 y 389; además, desterró el término estafa de su contenido.

Actualmente, después de las múltiples reformas que ha sufrido el vigente artículo 386, quedó establecido el delito de fraude genérico, realizado mediante engaño o el aprovechamiento del error; asimismo señala las sanciones tanto para el fraude genérico como de los específicos tipificados en el artículo 387 reformado.

---

(6) Zamora Pierce, Jesús. El Fraude en el Derecho Positivo Mexicano, en la Jurisprudencia y en la Doctrina, Tesis. Pág. 28.

### 3.- Fraude Civil y Fraude Penal

Una de las cuestiones más debatida entre los estudiosos del Derecho ha sido, desde siempre, la de si existe verdaderamente una diferencia esencial entre el fraude civil y el fraude penal, o si simplemente se trata de un sofisma. Lo que ha motivado el origen de dos corrientes; por una parte, la de los tratadistas que afirman que sí existen diferencias esenciales entre el fraude civil y el fraude penal, que han elaborado infinidad de tesis; y por la otra, la de los que opinan que no existe diferencia alguna.

El problema surge de la realidad fáctica que engendra la propia existencia del delito de fraude, en ocasión de una sutil relación jurídica de naturaleza obligacional, ora en su mo tivación, ora en su nacimiento, ora en su ejercicio, ora en su ejecución. Enmarcado de esta forma el problema, brota de inmediato esta interrogante que tanto inquietó a los penalistas antiguos: ¿Qué condiciones, requisitos o matices ha de re vestir la conducta engañosa para que pueda constituir un delito de fraude? (7)

En el Derecho Romano se requería para la existencia de la criminalidad de un engaño con gran intensidad, y los prácticos

---

(7) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, Pág. 129.

de común acuerdo exigieron que el engaño por su naturaleza pudiera embaucar y burlar a un prudente padre de familia. Haciendo una interpretación de lo anterior se podría establecer que era una especie de gradación en el fraude, suponiendo que cuando éste alcanzaba ciertas proporciones de inmoralidad o gravedad surgía ya la acción criminal, quedando para el fraude civil solamente vencibles por un sujeto medianamente atento a sus propios intereses.

Este sistema en el Derecho Romano, tenía una razón de ser porque la acción por estelionato no nació como acción penal, sino que fue el resultado de una serie de pronunciamientos referidos a situaciones no específicamente previstas, en los cuales la particular situación de las cosas exigiera una protección concedida al arbitrio del magistrado.

Sin embargo, el derecho penal no acepta la construcción de figuras indefinidas, de manera que como muy acertadamente manifiesta Sebastián Soler- "la diferenciación no puede buscarse sobre la base de suponer una gradación insensible que pase del fraude civil al fraude criminal". Por otra parte, esa supuesta gradación resulta inexacta, pues la primera condición exigida por la ley civil para reconocer eficacia al dolo (fraude) es la de que haya sido grave, y, por otra parte, el concepto de dolo civil, en este sentido, también se define como "aser-

ción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación". (8)

Para fundar esa pretendida diferencia se han enunciado diversas teorías cuyo fracaso viene a ser reconocida por algunos de sus propios autores.

Chauveau y Hélie -escribe Solanes Oviedo- (9) admiten la existencia de dos especies de dolo: uno civil y otro criminal, de acuerdo a la acción a que uno y otro pueden dar lugar. Expresan dichos autores, que el dolo civil comprende generalmente, todas las astucias y todos los artificios que -reprochables, sin duda- son empleados menos en vista de dañar a otro que con el designio de servir los intereses del que los pone en práctica. Entienden que forman esta categoría los actos simplemente mentidos, la simulación de los contratos, la exageración del precio o de las cualidades de la cosa vendida. De semejante dolo, a juicio de los mismos autores, es fácil ponerse a salvo; y por ello, y además, porque toda tentativa de represión atentaría contra la seguridad de las convenciones, la ley penal no lo considera. El dolo criminal en cambio, no se manifiesta solamente por la simulación y la astucia; emplea maniobras culpables, tiende redes o trampas, procura circunvenir, engañar; no tiene sino un solo objeto, el de dañar los intereses del otro.

---

(8) Solanes Oviedo, Op. Cit. Pág. 34

(9) Ibidem, pp. 38-39

Es manifiesta la inexactitud de la afirmación hecha en el sentido de que el defraudador, con sus actividades, no responde a otro fin que el de dañar los intereses de la víctima. Lo que el defraudador persigue, de manera exclusiva o primordial, por lo menos, es obtener un provecho, es decir, un lucro o enriquecimiento ilegítimo.

Numerosos autores, también afirman que existe un dolo al que corresponden sanciones establecidas por el derecho civil, en razón de ser distinto del dolo que integra al fraude.

El dolo no es penalmente reprimible, dicen, cuando el engaño que forma su esencia, aunque produzca una lesión patrimonial, carece, en el caso concreto y en relación al estado de la víctima, de la aptitud necesaria para producir el error y éste es evitable con el ordinario grado de prudencia de que la víctima puede hacer uso.

Carrara sostiene que no existe un criterio que asegure la distinción entre el dolo lícito y el fraude criminoso, ya que a pesar de que, se aceptara la fórmula de la grosería y de la sutileza del engaño, esta misma, al fin de cuentas, no sería más que una fórmula vaga y elástica, pues cuando con el engaño se ha logrado estafar a la víctima elocuentemente se evidencia su delictuosidad, ya que entre las malas artes del culpable está precisamente incluida la de elegir como víctima a un individuo tan crédulo e idiota que aun la más grosera impostura podía hacer brecha en su ánimo.

Impallomeni sostuvo que, para establecer la diferencia entre el dolo civil y el dolo criminal, debía tenerse en cuenta el objeto sobre el cual recae el error motivado por el engaño. Si la víctima es engañada en cuanto a la existencia o a la identidad de un objeto, el dolo reviste carácter criminal. Es de carácter civil cuando el engaño incide sobre cualidades accesorias de un objeto.

Más tarde esta teoría fue rectificada por su propio autor, quien con encomiable sinceridad expresó que había pretendido sostener una teoría objetiva, sin conseguirlo, puesto que la suya era puramente formalista; y, para demostrarlo, dijo: "la verdad es que la objetividad de un delito consiste en la lesión del derecho, y el derecho patrimonial resulta lesionado siempre que se ha sufrido un daño".(10) Y considera arbitrarias y vanas todas las teorías que pretenden trazar una línea de distinción entre el fraude civil y el fraude criminal; pero persiste en la opinión de que, cuando el fraude se produce en las relaciones contractuales, no sea admisible la acción penal si no puede proponerse la acción civil por rescisión del contrato, juzga, así, que es necesario que se trate de dolo principal, y no de dolo incidental, que da lugar, solamente, a una acción por resarcimiento de daños. Y esto porque el dolo incidental no invalida el contrato; justamente porque no invali

---

(10) Solanes Oviedo, Op. Cit. Pág. 39.

da el consentimiento sobre el objeto del contrato mismo; y ya se ha visto cómo el fraude, al igual que los demás delitos patrimoniales, se funda en la exclusión del consentimiento del damnificado.

Garraud afirma que los dominios del derecho civil y del derecho penal están claramente trazados, si se deja al primero la materia de las convenciones y considera delito a todo atentado contra la propiedad cometido por sustracción, por engaño, por deslealtad. Teoría que es calificada como de magistral por el maestro González de la Vega . (11)

Sin embargo, como muy acertadamente estima el maestro Jiménez Huerta, quien dice que esta distinción no encierra en realidad mas que vacuas palabras, pues olvida, en primer término, que el delito de fraude se perpetra casi siempre al abrigo de una convención propia del tráfico comercial; y en segundo lugar, que el llamado fraude civil de naturaleza causal, también el engaño sirve de medio antijurídico para obtener la cosa ajena. (12)

Es importante mencionar para este tema la opinión de Manzini, quien sostiene que esas teorías de la zona gris, inducen fácilmente al error de creer que, no obstante la concurrencia en un determinado hecho de todos los requisitos esen-

---

(11) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano-pp. 242-243.

(12) Ibidem, Pág. 132

ciales del delito de estafa, ese hecho puede ser considerado, a base de las innumerables teorías escogidas a este respecto como mero fraude civil. (13)

Ninguna doctrina, opinión o costumbre, sigue diciendo Manzini, puede contraponerse a la voluntad de la ley. Y mientras no se demuestre que una determinada norma jurídica considera, - en algún caso, el hecho constitutivo esencialmente del delito - de fraude, como un ilícito meramente civil, todos los argumentos que se aduzcan para apoyar la combatida distinción, no pueden tener, de iure conditio, sino el carácter de vanas palabras. (14)

Por lo que inútil sería el examen de otras teorías emitidas para señalar las supuestas diferencias entre el fraude civil y el fraude penal. Ya que como muy acertadamente nos dice Sebastián Soler, que al considerarse a la defraudación como figura genérica y supletoria, en forma semejante a la idea civilista del contrato inominado ha llevado a la necesidad de plantearse una serie de falsos problemas, de los cuales es característico el distinguir el dolo civil del dolo penal o el fraude civil del fraude penal.

Asimismo numerosos civilistas niegan, también, la posibilidad de distinguir entre el dolo civil y el dolo criminal. Bau-

---

(13) Solanes Oviedo, Op. Cit. Pág. 36

(14) Solanes Oviedo, Op. Cit. Pág. 43

dry-Lacantinerie, por ejemplo, dice que esta distinción no tiene razón de ser. En realidad no hay más que una especie de dolo. Solamente el fin perseguido por sus autores no cae siempre bajo la sanción de la ley penal. En muchos casos, el dolo puede, simplemente, motivar la anulación del contrato. Pero - su naturaleza es siempre la misma. Que se le califique de dolo civil o de dolo criminal, el supone que su autor ha obrado intencionalmente, y por tanto, le es imputable en todos los casos. Además, que sirva o no para perseguir un resultado previsto por la ley penal, el tiene por objeto circunvenir a alguno. Y no se diga que el autor del dolo criminal obra únicamente, en mira de dañar a otro. ¿No busca el estafador obtener un provecho del delito que comete? Es oportuno recordar la opinión de Planiol, citada por Baudry-Lacantinerie: "Es al derecho civil, únicamente, que corresponde preocuparse del dolo y fijar los efectos de la obligación que él hace nacer. El dolo criminal no existe, si por dolo criminal se quiere entender el dolo sancionado con una pena por sí mismo. El dolo no es delito sino cuando sirve para apoderarse del bien ajeno; y cuando el Código Penal hace sentir su rigor contra el autor de un dolo, es porque se ha apropiado de lo que no le pertenecía, como lo hubiese hecho un ladrón". (15)

Y como dijera Maggiore, se debe concluir que entre el fraude civil y el fraude penal no hay ninguna diferencia cualitati

---

(15) Solanes Oviado, Op. Cit. pp. 44-45.

va, solo existe una diferencia cuantitativa en el sentido de - que la ley penal sólo interviene para reprimir el fraude cuando este se presenta con aquella intensidad especial que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos. Cuando - existe este elemento, establecido por la ley positiva para - acriminar el fraude, este delito se convierte en estafa. Pero en esta transferencia, que hace que el hecho caiga bajo sanciones penales, mas bien que civiles, el fraude no cambia de naturaleza. (16)

Es preciso señalar, entonces, que la identidad entre el dolo civil y el dolo penal en nuestro Derecho es de toda evidencia. Considerándose, aquí, al dolo civil principal, es decir, a aquel que puede ser causa de la nulidad de un acto. Para demostrar la existencia de la identidad señalada basta comparar el artículo 386 del Código Penal con los artículos 1815 y 1816 del Código Civil. Del contenido de estos preceptos legales, se desprende que, entre el delito de fraude, que reprime el primero, y la acción dolosa, que definen los segundos, - no existe sino esta diferencia que, por cierto, no atañe a lo esencial. E incluso, dice el maestro Jiménez Huerta, si se exigiera una mayor precisión en estas afirmaciones, se podría agregar que quizá son mas intensos los elementos integradores - que según el artículo 1815 del Código Civil se exigen en el fraude contractual que los constitutivos del delito de fraude

---

(16) Pavón Vasconcelos, Op. Cit. pp. 191-192.

descrito en el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal. Pues en tanto que en este último basta el simple engaño, se necesita en aquél, alternativamente con la sugestión engañosa, el artificio; y mientras en el primero se requiere el mantenimiento del error, esto es, una actividad agresiva, en el segundo es suficiente el simple aprovechamiento del error, o sea, una actividad astuta. El delito de fraude constituye con temporáneamente un fraude civil. Y cuando en un hecho concurren los elementos propios de dicho delito, ningún interés o valor tienen las diversas teorías, plenas de doctrinarismo escolástico, elaboradas para dividir, metafísica y artificiosamente, en regiones diversas, el ámbito de lo ilícito. (17)

#### 4.- Objetividad Jurídica Tutelada y Ratio Legis del Delito

La objetividad jurídica protegida en el delito de fraude es el patrimonio, pues existe entre los miembros de la sociedad el interés jurídico de que las actividades en el tráfico comercial se realicen sin embustes, que en un momento determinado induzcan a error, y que esos errores en que pudieran encontrarse determinadas personas no sean utilizados por otras con fines ilícitos.

Ya desde el siglo pasado se hacía referencia a la ratio legis de este delito: el gran desarrollo comercial, los pro-

---

(17) Ibidem, Pág. 133

gresos de la industria, las invenciones, las vías de comunicación; han ocasionado otras modalidades delictivas, ya que el ataque a las fortunas que antiguamente se manifestaban por actos violentos, en nuestra era moderna, el delincuente tiene que valerse de medios astutos y el fraude cometido en formas jamás pensadas, se reviste de mil tonalidades y se acomoda hábilmente a los cambios de la sociedad. Como lo afirma acertadamente Von Henting, es el delito contra la propiedad del mundo moderno. El procedimiento de empujar la voluntad humana por falsa vía y determinarla a hacer algo que parece provechoso, cuando en realidad es perjudicial, se ha acreditado como más lucrativo y de menores riesgos, que los métodos ya superados de la violencia o la habilidad manual. (18)

#### 5.- El Fraude en el Código Penal Vigente

El artículo 386 de nuestro Código Penal vigente, en su párrafo primero define el delito de fraude en los siguientes términos: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido". Asimismo establece que este delito se castigará con las penas siguientes: - I.- Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad; II.- Con prisión de seis meses a -

---

(18) Jiménez Huerta, Op. Cit. Pág. 134

a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez, pero no de quinientas veces el salario, y III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

Texto que se encuentra en vigor desde su última reforma del 26 de diciembre de 1981, y que fue publicado en el Diario Oficial el 19 del mismo mes y año; y en el que, como se puede observar, se establece el delito de fraude genérico, que consiste en la intención que tiene el agente de lucrarse patrimonialmente por medio del engaño o aprovechamiento del error en que se encuentra la víctima.

Asimismo puede apreciarse que desaparece de su redacción el llamado delito de estafa o fraude calificado, el cual se encontraba inserto en su último párrafo en los términos siguientes: "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa cosa se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años". Lo que ha merecido la crítica de varios juristas, quienes opinan que fue un desacierto del legislador el haber excluido esta agravante de su contenido; sin embargo, como acertadamente lo señala el maestro Jiménez-Huerta, que no se puede afirmar que después de la desaparición de este tipo de fraude el mismo deviene atípico, sino que se

puede intuir que queda abarcado por la frase "... el que engañando a uno...". empleada en el párrafo primero del citado artículo. (19)

Y para efectos de la punibilidad nuestro Código Penal implantó un sistema objetivo, esto es, atendiendo, para graduar la pena, al importe de lo defraudado, tomando como base el salario, con el propósito de no estarlo reformando con cada variación de nuestra moneda.

#### 6.- Elementos Constitutivos

De la definición del delito de fraude contenida en el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal se desprenden sus elementos integradores que son: a) el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, y b) se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

En estos términos el delito de fraude es un delito material o de resultado, ya que su integración conceptual presupone el desplazamiento o la disminución patrimonial que implica el acto de disposición. Este nexos causal, como se infiere de la propia estructura típica del artículo 386, se puede fraccionar o desdoblar en dos momentos diversos: el primero consiste en la conexión psicológica existente entre la conducta -

---

(19) Ibidem, pp. 136-137

engañosa y la causación del error; y el segundo, en la conexión material que debe existir entre el error causado y el acto de disposición patrimonial que la víctima realiza. En el término "engañando" a que hace referencia el ya mencionado párrafo primero del artículo 386, se hace concreta alusión al primer momento. La frase "se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido", que se lee en el mismo párrafo, alude al segundo momento. Por lo tanto, la consumación material del delito de fraude queda integrada cuando las dos fases concurren.

Además, de esta redacción se desprende que tanto las cosas muebles e inmuebles, como los derechos patrimoniales, pueden ser objeto del delito de fraude.

El engaño como medio comisivo del delito, supone necesariamente actividad del agente; en tal caso es un delito de acción. El aprovechamiento del error, como medio comisivo, por lo común implica también actividad, comprendiendo ésta todos los actos realizados por el sujeto para reforzar el estado subjetivo en que se encuentra la víctima, mas igualmente puede consistir en una inactividad para llegar a la obtención de la cosa o del lucro indebido.

Ahora bien, de lo expuesto es fácil intuir que para la realización del delito de fraude es preciso: A) una conducta falaz; B) un resultado, y C) una relación de causalidad entre ambos elementos. Enseguida se estudiará cada uno de estos elementos para tener una mejor comprensión del delito de fraude.

### 6. 1 Conducta Falaz

Por su propia estructura, ya que requiere el despliegue de una actividad tendiente a producir error, o bien el aprovechamiento del mismo, el fraude es un delito intencional o de dolo. Dice Maggiore, que el dolo debe ser anterior a la ejecución de los artificios y trampas por parte del agente, y a la entrega viciada de engaño que el paciente efectúa. Soler opina, que la actividad engañosa debe ser desplegada intencionalmente, debe consistir en una maniobra subjetivamente dirigida al fin de engañar. (20)

La intención del sujeto debe estar orientada a realizar no sólo las maniobras engañosas o al aprovechamiento del error ajeno, lo que integraría únicamente el elemento objetivo del delito, sino además a obtener la entrega ilícita de la cosa o el lucro indebido, lo cual equivale a decir que el elemento subjetivo (dolo) constituye ese especial ánimo de lucro requisito, que comenta Puig Peña, genérico y aplicable a todos los delitos contra la propiedad de este tipo, caracterizados por la apropiación de una cosa ajena a través de distintos medios. (21)

Por consiguiente, una conducta falaz es el punto de parti

---

(20) Pavón Vasconcelos, Op. Cit. Pág. 219

(21) Ibidem.

da del proceso ejecutivo en el delito de fraude. Dicha conducta está presidida por un elemento de naturaleza predominantemente psíquica, pues, en esencia, consiste en determinar a otro, - mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente. La conducta falaz puede revestir una rica variedad de modalidades, clasificables, empero, en tres diversos grupos, según su antijurídica intensidad fraudulenta. Antiguamente se consideraba que sólo integraban el delito en estudio aquellas conductas en que, para sumergir en error al sujeto pasivo se ponían en juego maquinaciones o artificios; posteriormente se admitió que el simple engaño, aunque no fuere acompañado de aquel aparato externo y corpóreo, bastaba para inducir en error; en la actualidad también se admite en algunos códigos, como en el de México, que el aprovechamiento del error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo, es ya suficiente para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude. (22)

En resumen, hay dolo en el fraude cuando el agente representa el resultado (hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido); tiene conciencia de su ilicitud y actúa en forma voluntaria para llegar a aquél. Integrando así tanto el elemento físico y psíquico de la conducta.

A continuación se analizará cada una de estas modalidades de la conducta falaz.

---

(22) Jiménez Huerta, Ob. Cit. Pág. 137.

### 6. 1. 1 Maquinaciones y Artificios.

Etimológicamente maquinación deriva del latín machinatio, onem, que según el Diccionario de la Lengua, es el proyecto o asechanza artificiosa y oculta, dirigida regularmente a un mal fin y de acuerdo a esta definición todo fraude está acompañado de maquinaciones. Artificio también deriva del latín ars, artis, arte y facere, hacer; conforme al Diccionario es, en sentido figurado, disimulo, astucia, cautela; elementos que están siempre presentes en el delito de fraude. En un sentido material, artificio es el aparato o mecanismo para lograr un fin - con mayor facilidad o perfección que por los medios ordinarios. (23)

La forma más densa de manifestarse la conducta ejecutiva del delito de fraude es aquella que se exterioriza en una falsa apariencia externa simuladora o disimuladora de la realidad, en una "mise en scene" destinada a corroborar los hechos falsamente afirmados. Al amparo de esta corporeidad material se ha sostenido que el fraude es un delito constructivo, queriendo indicar con esto, que el delito surge cuando las afirmaciones falsas y mendaces aparecen arquitecturadas en hechos externos y corpóreos que les prestan una aparente realidad, ilusoriamente visual y tangible.

Por lo tanto, las maquinaciones o artificios empleados pa

---

(23) Zamora Pierce, Op. Cit. Pág. 28

ra obtener la entrega de la cosa han de tener la suficiente corporeidad, visualidad o tangibilidad para impresionar la mente y los sentidos e ilusoriamente hacer aparecer la mentira como una constatada realidad, o de otra manera dicho, para engendrar en la mente del sujeto pasivo de la conducta una alteración de la verdad que devenga en presupuesto erróneo de la determinación de su voluntad o en motivación viciada de la misma. Sin embargo, no existe maquinación o artificio en las simples palabras por fascinantes o sugestivas que fueran; preciso es que vayan acompañadas previa, simultánea o sucesivamente por algún hecho-material y corpóreo que dé apariencia de realidad a la mendaz afirmación. Ya Carrara expresó "que para que exista artificio no basta el solo discurso aunque elocuente, meditado y persuasivo, necesitase, además que se ejecute algo que compruebe las afirmaciones falsas". La conducta fraudulenta artificioosamente maquinada exige conceptualmente la puesta en juego de trucos o tinglados de evidente percepción corpórea. (24)

Empero, la teoría de la mise en scene ha caído en notorio-desprestigio, pues fácilmente puede ser demostrado que, en múltiples casos, el engaño desprovisto de la aparatosidad que ella exige puede engendrar el error determinante de la prestación que el estafador persigue.

Por lo tanto, esta exigencia de "mise en scene" nunca fue

---

(24) Jiménez Huerta, Op. cit. Pág. 138

aplicable en nuestro país; pues, aunque el párrafo final del artículo 386 del Código Penal, hasta antes de su última reforma, establecía que las maquinaciones o artificios (mise en scene) son una causa de agravación de la penalidad, ya que para aplicar la pena normal del fraude no es necesaria la presencia de dichas maquinaciones o artificios. Es decir, el fraude es punible aun cuando el delincuente no lleve a cabo una "mise en scene"; además, de que este delito es poco frecuente que se realice por medio de simples palabras.

Por ello es que, como afirma Zamora Pierce, era inadecuado el establecimiento de dicha agravación de la penalidad, que se presentaba en la inmensa mayoría de los casos, dejando en calidad de excepción a la penalidad que debiera ser la regla. Siendo cierto que la peligrosidad mayor o menor del delincuente, evidenciada por los medios que emplea, debe tener relación con la pena aplicable, pero para alcanzar ese fin bastan las normas de individualización de la pena, fijadas por los artículos 51 y 52 del Código Penal. (25)

También se puede observar que el delito de estafa que se comenta queda encuadrado dentro del fraude de engaño o aprovechamiento del error descrito, como ya se dijo, en el primer párrafo del citado artículo 386; en virtud de que las maquinaciones o artificios son manifestaciones dolosas, en todo momento,

---

(25) Ibidem, Pág. 29

del engaño, salvo que elaboradas objetivamente y que dan por resultado obtener lo ajeno. La estafa es, pues, una especie del fraude limitada a la recepción de cosas por medio de actitudes engañosas, no simples, sino acompañadas de hechos exteriores - que las hacen fácilmente creíbles. Entre el primer párrafo del artículo 386 y la estafa existe una relación de género a especie: el fraude de engaño o aprovechamiento de error es la regla general y se aplica para la defensa de toda suerte de engaños; la estafa es un caso especial limitado a la protección de los bienes contra las falacias preparadas objetivamente, es decir, maquinadas o artificiosas. (26)

#### 6. 1. 2. Engaños.

La segunda forma que puede asumir la conducta ejecutiva - del delito de fraude es, como expresa el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal: "engañando a uno", se proyecta esta frase sobre todo comportamiento positivo en el que se falsea la verdad en lo que se hace, se dice o promete, y que encierra una concreta y adecuada potencialidad psicocausal para sumergir a otro en error despertándole una creencia ilusoria.

Por engañar a una persona debe entenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción; el engaño su-

---

(26) González de la Vega, Op. Cit. Pág. 253

pone la realización de cierta actividad más o menos externa en el autor del delito; el engaño es, por consiguiente, una acción falaz positiva. (27)

El engaño es una mentira dolosa cuya finalidad es crear en la víctima una falsa representación de la verdad, y debe ser la causa de error en el pasivo.

Se diferencia del artificio porque es siempre positivo, o sea, por constituir en una acción.

Es el elemento típico del fraude y que es lo que también lo diferencia de las demás formas de apropiación ilícitas.

El engaño, como ardid, constituye la acción típica del defraudador, en tanto que, como error, es el medio empleado por él para lograr del sujeto pasivo la disposición patrimonial favorable a los intereses delictuosos. (28)

La palabra "engañando" contiene, por lo tanto, en su concepto los casos en que el error nace íntegramente a consecuencia de la conducta, como aquellos otros en que el agente refuerza y aviva el error ya surgido y activamente impide que en la mente del errante se haga luz. En uno y otro caso el comportamiento del sujeto activo produce o refuerza el error y.

(27) Ibidem, pp. 251-252

(28) Zamora Pierce, Op. Cit. Pág. 35

desde el punto de vista causal, ambos antecedentes devienen - idóneos para calificar la conducta de engañosa, aunque, como - es lógico revistan diversa intensidad desde la atalaya valorativa. (29)

### 6. 1. 3. Aprovechamiento del error.

La tercera forma que puede tomar la conducta falaz en el fraude, es como también lo establece el párrafo primero del artículo 386, a saber: "aprovechándose del error", esto es, que el agente aproveche el error en que se encuentra el sujeto pasivo del delito.

Códigos antiguos como el de Alemania de 1871, ya consideraban como medio idóneo fraudulento el mantener en error al su je to, encerrando en esa actitud un comportamiento engañoso, ya que el sujeto activo hace despliegue sobre el sujeto pasivo de una actividad positiva de naturaleza capciosa y falaz para reforzar el error en que éste se encuentra y así impedir que sal ga de esa situación irreal. (30)

"El error" es la ignorancia o falso conocimiento de una - situación de hecho. Se requiere la existencia de un nexo causal entre el error y el engaño. Pero no es preciso que el -

---

(29) Jiménez Huerta, Op. Cit. Pág. 155

(30) Solanes Oviedo, Op. Cit. Pág. 93

error se deba a alguna iniciativa del culpable, el cual puede servirse del error del paciente.

El aprovechamiento de este error, reviste una menor intensidad causal y antijurídica que el engaño, no obstante lo cual el Código Penal parifica a ambos en cuanto a la pena. Esta forma de realizarse la conducta fraudulenta se manifiesta en múltiples ocasiones en el silencio que asume el sujeto activo y con el cual asiste al error en que la víctima ya se encontraba inmersa. Siendo en estos casos el fraude un delito de comisión por omisión, pues se está en una acción negativa, o mejor dicho, de abstención por parte del protagonista del delito; supone que la víctima de antemano tiene un concepto equivocado, erróneo, falso, de las circunstancias que recaen en los hechos o cosas objeto del delito; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa. (31)

Sin embargo, habrá ocasiones en que el aprovechamiento del error se manifieste a través de palabras de doble sentido y que sean capaces de envolver a la víctima con el objeto de confirmar y asistir la equivocación en que de antemano ésta se

---

(31) González de la Vega, Op. Cit. Pág. 251

hallaba. En este caso el aprovechamiento del error, si bien - el agente no simula la realidad para sumergir en error a su - víctima, disimula dicha realidad e impide con su actitud que - el afectado salga del error en que por su mentalidad, distracción o torpeza se encontraba sumida. (32)

Son casos en los que el agente, para reforzar el estado - subjetivo del error que con anterioridad privaba en la mente - del pasivo, realiza actos tendientes a tal fin, para obtener, - de ese modo, el lucro ilícito o la entrega de la cosa.

A diferencia del engaño, que constituye el medio comisivo para provocar el error, en el aprovechamiento tal error existe con anterioridad, por lo que el agente sólo se vale de esa situación para llegar al fin que de antemano se propuso.

El efecto de la inducción a error tiene que ser el provecho obtenido por el culpable en utilidad propia o de otros y - ese provecho es preciso sea injusto.

Tal engaño induciendo en error, decide al que lo sufre, a efectuar una prestación voluntaria de naturaleza patrimonial, - en beneficio del autor del engaño o de un tercero.

## 6. 2 Resultado

Para algunos autores el resultado es el efecto natural de

---

(32) Jiménez Huerta, Op. Cit. Pág. 176

la conducta humana, es un concepto material cuya explicación - se ha de buscar en la física, en la fisiología y en la psicología.

Otros manifiestan que el resultado, desde el punto de vista jurídico, es la ofensa o lesión del interés penalmente protegido.

Carrara expresa que: "el resultado, el evento en el cual reside la consumación del maleficio, es la entrega de la cosa que se obtuvo a merced al fraude del propietario engañado, es el haber engañado, no el haber usado el engaño. (33)

Porte Petit, citado por Pavón Vasconcelos, prefiere, al referirse a este elemento general de todo delito, hablar de conducta o hecho, puesto que no siempre la actividad desplegada por el agente reporta en un nexo material de causalidad, una mutación en el mundo externo, un resultado material. Sigue diciendo que, no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, agregando que el hecho está compuesto por la conducta, el resultado y la relación causal que vienen a constituir, por tanto, partes de ese hecho: elemento objetivo del delito, de carácter general y material. (34)

---

(33) Pavón Vasconcelos, Op. Cit. Pág. 203

(34) Ibidem, pp. 194-195.

Por consiguiente, el fraude genérico simple requiere, necesariamente, un resultado material que el artículo 386 precisa en los siguiente términos: hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido.

Así que, el fraude tiene como elemento objetivo un hecho y liga el resultado material (acto de disposición) al resultado jurídico que es propio de todo delito.

El hecho se expresa en el fraude, atendiendo a la definición dada por el artículo 386, en todos aquellos actos tendientes a producir, mediante el engaño, un estado subjetivo de error en el paciente del delito o aprovecharse del mismo para hacerse ilícitamente de una cosa o bien obtener un lucro indebido.

El resultado material, es cuando el engañado ha de realizar, a consecuencia de su error, una acción u omisión que cause la disminución del propio patrimonio o del de un tercero.

Y el resultado jurídico de la acción es la lesión o daño del bien jurídico penalmente protegido.

Luego, entonces, el fraude se consuma en el momento en que el sujeto se hace de la cosa o alcanza el lucro indebido.

#### 6. 2. 1. Acto de Disposición.

El acto de disposición señala el paso, afirma Pedrazzi, -

de un fenómeno interno en la psiquis del sujeto pasivo a un efecto externo, cual es el transferimiento patrimonial. (35)

Es así como el acto de disposición es imprescindible para la realización del delito de fraude, que consiste en la determinación de la voluntad que decide al sujeto pasivo de la conducta a un hacer o no hacer, y que puede resentirse en cualquier parte del patrimonio (dinero, bienes muebles e inmuebles y derechos de cualquier clase).

La disposición del bien patrimonial puede llevarse a cabo sin reparar en ello, ya que el engaño de que se vale el agente con frecuencia, consiste en esconder la realidad y así alcanzar una disposición patrimonial que la víctima no hubiere realizado si hubiese conocido la verdad escondida.

La persona engañada -sujeto pasivo de la conducta- es la que ha de hacer la disposición patrimonial, aunque el perjuicio pueda recaer sobre un tercero -sujeto pasivo del delito-. Y no es necesario que el que en virtud del engaño efectúa la disposición patrimonial, esté jurídicamente facultado para realizarla, pues basta que de hecho esté en condiciones de disponer del patrimonio ajeno. (36)

---

(35) Jiménez Huerta, Op. Cit. Pág. 181

(36) Jiménez Huerta, Op. Cit. Pág. 183

Esta situación la establece el párrafo primero del artículo 386 con la frase "...se hace ilícitamente de alguna cosa..." Siendo que el sujeto pasivo del engaño hace entrega voluntaria de la cosa objeto del delito al defraudador.

#### 6. 2. 2. Daño y Lucro Patrimonial.

El fraude es un delito de intereses patrimoniales, La - disposición que hace el engañado presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y, correlativamente, - una antijurídica ventaja patrimonial para el defraudador. (37)

Este daño o perjuicio patrimonial consiste, según Frank, - en una disminución apreciable en dinero del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona, cuya disminución puede encarnar en una merma de activo o en un aumento del pasivo. (38)

El daño patrimonial, esto es, "el valor de lo defraudado", dicho con la frase contenida en las fracciones I, II y III del artículo 386, consiste, según Schöke, en la diferencia existente entre el valor pecuniario total del patrimonio después del fraude y el valor que tendría sin la intervención punible. Trátase, pues, de un valor económico determinable objetivamente, - aunque tomándose en consideración la situación patrimonial in-

---

(37) Jiménez Huerta, Op. Cit. pp. 188-189

(38) Ibidem.

dividual del engañado. Empero, este punto de partida estrictamente económico debe ser integrado y completado por la concepción jurídica, pues aun cuando desde un punto de vista estrictamente económico no resultare un perjuicio, puede existir éste y consistir en la pérdida injusta de un derecho. (39)

La meta que debe tener la conducta engañosa que determinó la disposición patrimonial es la de obtener alguna cosa o alcanzar un lucro indebido. El daño patrimonial que sufre la víctima como consecuencia del engaño, debe corresponder al enriquecimiento indebido del defraudador. Cuando el agente obtiene el enriquecimiento y el sujeto pasivo resiente el perjuicio, el delito queda consumado.

Ahora bien, por lo que se refiere a la segunda hipótesis establecida en el párrafo primero del artículo 386, es decir, cuando alude a la frase "...o alcance un lucro indebido". Lo cual significa que el delito de fraude se consuma, también, cuando el sujeto activo obtiene una ganancia o un beneficio que disminuye en su conjunto el patrimonio del sujeto pasivo, en virtud del engaño de que fue objeto por parte de aquél.

En otras palabras: el lucro existe tan pronto como el agente obtiene la entrega de la cosa mueble o inmueble o la firma del crédito que obliga al sujeto pasivo o del documento-

---

(39) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 189

que contiene su renuncia a un derecho. Y en los casos en que el daño patrimonial consiste en la privación injusta de un derecho, en el momento en que logra el servicio -viajar sin cubrir el importe del boleto- o beneficio -entrar al espectáculo sin pagar boleto- que se propuso alcanzar. (40)

Por consiguiente, los lucros indebidos a que en segundo lugar se refiere la disyuntiva, son aquellos ilícitos beneficios, utilidades o ganancias económicos que se obtienen explotando el error de la víctima. Consisten en esencia en la usurpación fraudulenta de bienes incorpóreos (diferentes a las cosas), tales como la apropiación de derechos patrimoniales ajenos. (41)

### 6. 3. Relación de Causalidad

El tercer elemento constitutivo del delito de fraude es la relación de causalidad, que debe existir entre la conducta falaz del sujeto activo y el resultado que ésta produjo; esto es, que el engaño causado o el error aprovechado deben ser la causa del enriquecimiento ilegítimo del delincuente. La obtención de la cosa o del lucro debe ser el resultado del engaño -empleado por el defraudador, o, por lo menos del aprovechamiento del error del sujeto pasivo.

---

(40) Ibidem, Pág. 192

(41) González de la Vega, Op. Cit. Pág. 252

La relación de causalidad es aquella que media entre la conducta y su resultado material y que hace posible la atribución de éste a aquélla como a su causa. (42)

El concepto de nexo causal, de origen filosófico, es empleado por las ciencias de la naturaleza y de ellas lo toma el Derecho Penal.

El problema del nexo causal en este delito, comenta Pavón Vasconcelos, encuentra solución aplicando la teoría generalizadora de la equivalencia de las condiciones (conditio sine qua non), creada por Von Buri, que resuelve satisfactoriamente todos los casos que se presentan, ya que suprimida mentalmente, en forma hipotética, la actividad o inactividad del agente, el resultado desaparece, lo que demuestra el carácter condicional de la conducta observada por el sujeto activo del delito en la producción del resultado. (43)

#### 7.- Tipos de Fraude en la Legislación Positiva Mexicana

Es preciso señalar que nuestra Legislación Penal regula - dos tipos de fraude: el genérico, que consiste en la firme intención que tiene el agente de lucrarse patrimonialmente por medio del engaño o aprovechamiento del error en que se encuentra la víctima, el cual ya ha sido analizado en el presente ca

---

(42) Zamora Pierce, Op. Cit. Pág. 45

(43) Ibidem, Pág. 198

pítulo; y el específico, mismo que encontramos previsto en cada una de las fracciones que integran el artículo 387 del Código Penal, las cuales establecen diversas formas en que puede aparecer el delito de fraude, y que, por lo tanto, son sancionadas con las mismas penas del fraude genérico.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **II. EL FRAUDE EN DERECHO COMPARADO**

## CAPITULO SEGUNDO

### II. EL FRAUDE EN DERECHO COMPARADO

#### 1.- Derecho Español

El Derecho Español nombra estafa al delito que se estudia, lo define de manera genérica en el artículo 528 del Código Penal, en los términos siguientes: "Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero".

De esta definición se desprenden los elementos: engaño, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio y ánimo de lucro y el nexo causal. Mismos que han sido analizados en el capítulo que antecede, por lo que, para evitar redundar en ellos, pido se remitan al citado capítulo. Aquí únicamente se hará un estudio de estos elementos en función a la hipótesis que establece el Código Español.

a) En relación al engaño se puede observar que esta ley limita los engaños típicos a aquellos que son bastante para producir error y que inducen a realizar un acto de disposición patrimonial, es decir, que no toda mentira puede constituir el engaño del delito de estafa.

La exigencia por parte del artículo 528 de que el engaño-

sea bastante para inducir a error, como entendió siempre doctrina y jurisprudencia, y a la vez inductor del acto de disposición, pone de relieve la necesidad de que la simple mentira vaya acompañada de una maquinación o maniobra fraudulenta que reúna estas características de susceptibilidad de producir dichos resultados (error y acto de disposición). Se está exigiendo, pues, en esta ley algo parecido a lo que se exige en la doctrina y en la legislación francesa cuando se requiere una puesta en escena (mise en scene) equivalente a lo que Bacigalupo, siguiendo la doctrina alemana llama acción concluyente. (1)

En este sentido el engaño se mide de modo objetivo exigiendo que la maniobra defraudatoria revista apariencia de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia. Así que el engaño ha de tener entidad suficiente para que en la convivencia social sea normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial. Esto es, el engaño no puede ser fútil o absurdo o inane dentro del normal actual social, sino idóneo, relevante y adecuado para inducir a error. (2)

b) Por lo que respecta al error, el artículo 528 del Código Penal exige que éste debe ser consecuencia de un engaño -

---

(1) Bajo Fernández, Miguel. Manual de Derecho Penal (Parte Especial). pp. 168-169.

(2) Ibidem.

bastante y, por otro lado, ha de ser el motivo por el cual el engañado realiza el acto de disposición patrimonial.

No hay delito de estafa cuando el error procede de la ignorancia absoluta del sujeto pasivo o de creencias previas - adoptadas por el mismo.

c) Referente al acto de disposición patrimonial, éste debe ser consecuencia del engaño y del error, y tiene que aparecer como causa del perjuicio.

La relación con el engaño, exigida en la Ley, pone de relieve la identidad del sujeto engañado y del disponente, identidad que no tiene porqué darse necesariamente con el perjudicado.

d) En cuanto al perjuicio, el artículo 528 establece que éste puede ser propio o de tercero. Es decir, que no es necesario que engañado y perjudicado sean la misma persona. Son, sin embargo, la misma persona el sujeto pasivo del delito y el perjudicado. El engañado aparece exclusivamente como sujeto pasivo de la acción, pero no necesariamente como sujeto pasivo del delito con las implicaciones que ello supone a nivel procesal.

e) El ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo - del tipo de injusto exigido expresamente por la Ley en el artí

culo 528, que elimina la punición a título de imprudencia. Por ánimo de lucro debe entenderse aquél que persigue la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor-económico o de tráfico. (3)

La jurisprudencia advierte que el ánimo de lucro ha de concurrir exclusivamente como una tendencia subjetiva del agente y que, por tanto, no es necesario que el beneficio o provecho se logre.

Asimismo el lucro puede ser tanto propio como ajeno.

f) El nexu causal ha sido uno de los elementos que desde siempre la doctrina y la jurisprudencia exigen en el delito de estafa, de modo que el error sea consecuencia del engaño, el acto de disposición consecuencia del error y el perjuicio consecuencia del acto de disposición. Resultando evidente esta tesis en la propia Ley, ya que el artículo 528 expresamente define el engaño como aquél que es bastante para producir error, y como aquél que induce a realizar un acto de disposición patrimonial.

g) La existencia en el tipo de injusto del delito de estafa de un elemento subjetivo (ánimo de lucro) excluye el castigo por imprudencia. La estafa imprudente es impune en el Derecho Español.

---

(3) Bajo Fernández, Op. Cit. Pág. 175

El dolo debe ser coetáneo al propio engaño de modo que el dolo subsiguiente no convierte la maniobra defraudatoria en delito de estafa.

Para efectos de la penalidad el mismo artículo 528 en sus párrafos segundo y tercero expresamente establecen: "El reo de estafa será castigado con la pena de arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de 30,000 pesetas. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o muy cualificada, la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias la 6ª con la 8ª, la pena será de prisión mayor". Por último, "si concurre solo alguna de las circunstancias del artículo siguiente, la pena se impondrá en su grado máximo".

El artículo 529 del Código Penal Español establece que: "Son circunstancias que agravan el delito, a los efectos del artículo anterior:

- 1o. Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
- 2o. Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo.
- 3o. Cuando se realice con abuso de firma en blanco.
- 4o. Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa

propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero.

- 5o. Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.
- 6o. Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios público, sin perjuicio de la acción de calumnia - que a éstos corresponda.
- 7o. Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación.
- 8o. Cuando afecte a múltiples perjudicados"

Por último, el Código Penal Español en sus artículos 531 y 532 establece modalidades de estafas específicas que son castigadas con las mismas penas de la estafa genérica.

## 2.- Derecho Italiano

El Derecho Italiano también llama estafa (*truffa*) al delito que nuestro derecho nombra fraude, definiendo el tipo genérico en el artículo 640 del Código Penal, a saber: "El delito de estafa consiste en el hecho de quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno".

De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

- a) Inducción a error, mediante artificios o engaño; y
- b) El obtener, para sí o para otros, un provecho injusto, con perjuicio ajeno.

De lo anterior se puede observar que el sujeto activo de este delito es cualquier persona. Pero no debe confundirse al agente autor de la inducción a error o a engaño, con el que se beneficia con el provecho injusto. Ordinariamente ambas calidades se encuentran juntas, aunque también pueden estar separadas, como esta misma ley lo establece con la expresión "obtie-ne para sí o para otros"; de manera que uno puede ser el esta-fador y otro el que resulta beneficiado.

De la misma forma el sujeto pasivo puede ser cualquier - persona. Sin embargo, aquí también habrá que diferenciar entre el paciente del error y del engaño y el paciente del daño, es decir, entre el estafado y el perjudicado. Asimismo, estas dos cualidades pueden coincidir, pero también estar separadas, si el sujeto pasivo del engaño es persona distinta del perjudicado; al primero le compete técnicamente la calificación de paciente.

Con relación al primer elemento, Maggiore dice que: el - "artificio" y el "engaño" reflejan la maquinación del Derecho-Romano, empleada para engañar, embaucar y defraudar. En el -

fondo expresan la misma cosa: el engaño, figurado con distinta gradación de intensidad. (4)

La inducción a error del paciente debe ser la consecuencia de los artificios y engaños usados por el agente del delito.

Además, se requiere la existencia de un nexo causal entre el error y el artificio. Pero no es preciso que el error se deba a alguna iniciativa del culpable, el cual puede servirse del error del paciente (como acaece siempre que el estafado va él mismo en busca del estafador para pedir su ayuda). Muy bien dice Manzini que induce a error, tanto el que crea el error mismo, como el que lo aumenta, lo consolida o de otra manera lo hace más fuerte y más invencible. (5)

Del mismo principio de causalidad antes mencionado se desprende que la inducción a error debe ser anterior a la entrega de la cosa, de parte del paciente. (6)

Referente al segundo elemento, es preciso señalar que la consecuencia de la inducción a error tiene que ser el provecho injusto obtenido por el culpable en beneficio propio o de otros.

---

(4) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, v. V, Pág. 125

(5) Maggiore, Op. Cit. Pág. 128

(6) Ibidem, Pág. 129

Se requiere, además, el daño del paciente (ajeno) en virtud de que la estafa es un delito de daño y no de mero peligro.

El daño debe ser patrimonial y económico, debe consistir en alguna disminución del patrimonio, tiene que ser efectivo y cierto.

El delito de estafa se consuma en el momento en que coinciden la consecución del provecho injusto y la producción del perjuicio ajeno.

La antijuridicidad de la estafa es inherente a la naturaleza de la acción (fraudulenta) y del resultado (ilícito). La Ley se refiere expresamente a esto al requerir que el provecho obtenido por el agente sea injusto. (7)

La imputabilidad supone dolo (genérico), o sea la conciencia y la voluntad de obtener para sí mismo o para otros un provecho injusto, en perjuicio ajeno.

El dolo debe ser anterior a la ejecución de los artificios y trampas por parte del agente, y a la entrega viciada de engaño que el paciente efectúa.

Para efectos de la penalidad el Código Penal Italiano establece la reclusión de seis meses a tres años y multa de qui-

---

(7) Ibidem, Pág. 135

nientas a diez mil liras para el que cometa estafa. La multa se duplica y se aumenta hasta el triple, en vista de las condiciones económicas del reo. (8)

Por último, Maggiore nos dice que son agravantes y que implican la pena de reclusión de uno a cinco años y multa de tres mil a cinco mil liras, con los aumentos antes indicados, las siguientes: (9)

- 1) Que el hecho se cometa en perjuicio del Estado o de otra entidad pública;
- 2) Que se cometa con el pretexto de hacer que alguno que de exonerado del servicio militar, cualquiera que sea la causa de la exoneración; y
- 3) Que se cometa infundiendo en el sujeto pasivo el temor de un peligro imaginario o el convencimiento erróneo de que debe ejecutar una orden de las autoridades.

### 3.- Derecho Anglosajón

En este régimen legislativo el delito de estafa es denominado como false pretenses (falsa pretención o representación) y lo une estrechamente al de hurto. El delito de obtener algu

---

(8) Maggiore, Op. Cit. pp. 135-136

(9) Ibidem.

na cosa a través de false pretenses fue creado por ley en Inglaterra en tiempos de Enrique VIII con el fin de comprender infracciones que no eran indictable en el common law, como la defraudación (cheating), que exigían el empleo de marcas o medidas falsas.

Dice Theresa Berlin Stuchiner que el delito de estafa llega al vacío dejado por la ley en el hurto cuando exige que la cosa sea tomada sin consentimiento del dueño. Afirma que cuando el dueño cede la posesión y la propiedad a consecuencia del engaño o fraude del tomador de la cosa, la infracción constituye obtención de la cosa mediante estafa. Menciona que en algunos Estados (Estados Unidos) tienen leyes que, en términos generales, consideran delito la obtención de dinero o cosa mediante estafa. Otros disponen de leyes especiales, como las que consideran delito librar un cheque a sabiendas de que el librador carece de fondos bastantes. Sólo en pocos Estados el delito de estafa se incluye en la descripción legal del delito de hurto y se designa con este nombre. (10)

Para que exista el delito de estafa debe concurrir una falsa representación de algo pasado o darse un hecho realizado por el acusado, o por una persona instigada por él, con propósito de engañar, cuya ficción haga confiar al dueño de la cosa.

---

(10) Stuchiner, Theresa Berlin. Delitos y Penas en Estados Unidos. Pág. 106

Debe haber también un perjuicio efectivo o la obtención de alguna cosa de valor apreciable, sin contraprestación para el - acusado, para que pueda darse este delito. (11)

Ordinariamente se considera como esencial el propósito de engañar. El propósito exigido aquí no es el de adquirir o derivar beneficios o ventaja económica de la cosa, sino la intención de engañar o defraudar a otro.

La falsa pretensión o representación debe aludir a un - evento pasado o a un hecho presente, pero no a lo que ha de - ocurrir en el futuro. Una simple promesa sin simulación de un hecho real es insuficiente. Sin embargo, algunas leyes estiman que hay delito en determinados casos en que se obtiene la cosa mediante falsas promesas (false promises). Son ejemplos de actuación engañosa (false representation) que se consideran bastantes para atraer la sanción penal: el uso de nombre fingido, simulación de la edad, la falsa alegación de pérdida de la cosa, falsa reclamación por perjuicios personales, aparentar el dominio de la cosa.

Son amplios los términos en que se expresan casi todas - las leyes relativas a la estafa. Por ejemplo, un statute emplea los siguientes términos: "La obtención de una cosa mediante cualquier false pretense es ilegítima". El criterio de

---

(11) Ibidem.

los tribunales no se basa tanto en si la manifestación o alegación falsa es susceptible de engañar a un hombre ordinario, si no en si engañó efectivamete a la persona de que se trata. - Por este camino la justicia protege la credulidad y la necesidad. (12)

El delito de estafa se comete siempre que el dueño de la cosa se desprenda de ella por haber creído en la ficticia alegación. Si él mismo investiga por su cuenta o analiza y actúa por su propia voluntad, entonces el tomador de la cosa no será culpable de la estafa. Ni existe tampoco el delito cuando el sujeto pasivo tiene conocimiento de que la pretensión es falsa o cree que es falsa. Mucho menos hay delito cuando la ficción es posterior a la entrega de la cosa.

La simulación puede consistir en hechos o palabras. Puede ser verbal o escrita. (Algunos statutes exigen que sea por escrito). En algunos Estados (Estados Unidos) la omisión de un hecho verdadero por quien está obligado a exponerlo se considera estafa; en otros no.

Desde la denominación en inglés de false pretenses, apariencia falsa, ficción, falsa representación, pone de manifiesto el elemento característico del engaño (cheat) en esta figura delictiva. La distinción que se hace con la simple promesa

---

(12) Stuchiner, Op. Cit. Pág. 107

falsa, indica claramente que también en el Derecho Estadounidense el engaño ha de tener una cierta consistencia y alguna base real para que haya delito.

Asimismo el librar un cheque sin provisión de fondos ordinariamente se considera como estafa y punible como tal. Aunque, en varios Estados tienen leyes especiales que regulan esta hipótesis especial. Incluso en algunos Estados la amortización posterior de un cheque perjudicado no priva el acto de su carácter delictivo. En otros, en cambio, el librador tiene un determinado plazo para depositar fondos, una vez que se le hace saber, para rehabilitar el cheque.

Algunas leyes limitan el delito de estafa a la obtención de ciertas clases de cosas; otras definen el delito para incluir generalmente en él la obtención de cosas tales como dinero, efectos, valores, géneros y títulos de crédito por medio de false pretenses, añadiendo, en algunos casos, la cláusula general, "otras cosas o bienes de valor pecuniario", a fin de completar la enumeración de bienes protegidos. (13)

#### 4.- Derecho Argentino

El Derecho Argentino, al igual que las legislaciones anteriormente analizadas, llama, también, estafa al delito de fraud

---

(13) Stuchiner, Op. Cit. Pág. 110

de; define el tipo genérico en el artículo 172 de su Código Penal en los términos siguientes: "Será reprimido con prisión - de seis meses a ocho años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño".

En sus términos más simples, el artículo 172 puede quedar reducido a lo siguiente: "El que defraudare a otro mediante - cualquier ardid o engaño". (14)

El verbo defraudar empleado en el sentido propio y común de - los delitos patrimoniales, hace referencia a un perjuicio de - naturaleza patrimonial logrado por medios fraudulentos, especialmente, por medios que actúen sobre la voluntad de un sujeto, determinando una resolución tomada libremente, pero encontrándose aquél en error acerca del significado de lo que decide. (15)

Por consiguiente, el concepto de estafa se estructura con un ataque a la propiedad, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por - el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo, -

---

(14) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. T.IV. Pág. 302.

(15) Ibidem.

que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para un tercero.

Para los elementos ardid o engaño, error, acto de disposición patrimonial, beneficio indebido y perjuicio son válidos los comentarios hechos con anterioridad.

Pero, además, aquí el ardid requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto es el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante. Es decir, que la simple mentira no configura ardid o engaño y, por lo tanto, no es delictiva, pues sin requerir una mise en scene (puesta en escena), sí se exige la realización de un hecho exterior y esto lo viene a confirmar la propia ley argentina al ejemplificar en el artículo 172 varios casos de ardid como: nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, y especialmente con la exigencia de aparentar bienes, crédito, comisión, empresa o negociación.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **III. ANALISIS DOGMATICO-JURIDICO DEL CHEQUE**

## CAPITULO TERCERO

### III. ANALISIS DOGMATICO-JURIDICO DEL CHEQUE

#### 1.- Breves Antecedentes Históricos

El cheque moderno nace como producto de la imaginación - que han debido desplegar los comerciantes para solucionar sus necesidades cotidianas. (1) La historia del cheque, según algunos autores, remonta hasta la antigua Roma, e incluso a los fenicios, independientemente de que esto sea o no cierto, lo importante es avocarnos a los antecedentes que tenemos como ve rídicos del cheque moderno.

En la Edad Media aparece el antecedente más claro del moderno cheque, ya que en las ferias de comercio se apostaban - cambistas, cuya función, en un principio, era la de cambiar mo nedas de otros lugares por las que eran aceptadas en esa feria. Posteriormente estos personajes fueron conocidos como banque-- ros (ya que estaban concentrados y sentados en mesas y bancos- paralelos a las calles de la entrada, dispuestos a manera de - oferta hacia el público). Con el tiempo estas personas, además de cambiar dinero, se ocuparon de custodiarlo, en virtud de - que su guardia personal les permitía contar con alto índice de seguridad; y aquel dinero confiado a los cambistas podía ser - utilizado con la simple expedición de documentos a favor de un tercero. Aunque estos documentos no eran cheques propiamente-

---

(1) Dávalos Mejía, L. Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Pág. 156.

dichos, la mecánica de utilización era igual a la que se observó en el primer servicio de chequera que se conoce. (2)

En Amsterdam, Holanda, a fines del siglo XVI aparecieron los cajeros públicos a quienes confiaban la custodia de sus capitales los comerciantes, quienes podían disponer de ellos mediante la emisión de órdenes de pago a favor de terceros y a cargo de dichos cajeros. Estos documentos recibieron el nombre de "Letras de Cajero" (Kassiersbreisje) y fueron regulados posteriormente por la ordenanza del 30 de enero de 1776 en la que se inspiró la moderna legislación holandesa sobre el cheque. (3)

Con la creación del Banco de Inglaterra en 1694 se inicia la modalidad de protección de proporcionar a los depositantes-talonarios expresamente diseñados para el retiro de fondos a favor de ciertas personas.

Francia promulga en 1882 su ley sobre el cheque, que fue la primera ley escrita sobre la materia; pero que tuvo como antecedente la ley consuetudinaria inglesa. Inglaterra publica en 1883 su "Bill of Exchange", y el cheque se universaliza con rapidez.

En México el cheque fue organizado primeramente por la -

---

(2) Dávalos, Op. Cit. Pág. 157

(3) Pina Vara, Rafael de. Teoría y Práctica del Cheque, Pág. 53.

práctica bancaria y después por la ley. El Código de Comercio de 1884 fue el primero en organizar el cheque como título bancario y recogió en su texto los principios básicos que se observan en los medios bancarios de la época, el Código de 1889 se limita a reproducir los dispositivos del Código anterior (1884). Finalmente el movimiento internacional de unificación del Derecho sobre el cheque culminó con la Ley Uniforme de Ginebra Sobre el Cheque, del 19 de marzo de 1931, cuyas disposiciones, en el fondo, han sido adoptadas por nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente. El cheque es entonces el título, que hasta nuestros días, consigue solucionar el problema del depósito de dinero por seguridad y orden, y la posibilidad de poder utilizarlo sin necesidad de tener que acudir al lugar del depósito para ello.

## 2.- Concepto

De los presupuestos, requisitos y caracteres que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece para el cheque se puede derivar el siguiente concepto: el cheque es un título de crédito, nominativo (a la orden) o al portador, que contiene la orden incondicional de pagar a la vista una suma determinada de dinero, expedido a cargo de una institución de crédito por quien tiene en ella fondos disponibles en esa forma. (4)

---

(4) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 15

Existen en la doctrina infinidad de conceptos sobre el cheque, pero el que más se apega a la naturaleza misma de este título valor, y que coincide con el que se ha anotado anteriormente es el que elaboró De Semo, quien en forma exhaustiva, lo definió como "un título cambiario, a la orden o al portador, literal, formal, autónomo y abstracto, que contiene la 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". (5)

### 3.- Naturaleza Mercantil del Cheque

El artículo 1º de la LGTOC establece expresamente que los títulos de crédito son cosas mercantiles, por consiguiente se encuentran sometidos a la legislación mercantil. Además este mismo artículo dispone que la emisión, expedición, endoso, aval y las demás operaciones que en ellos se consignent, son actos de comercio.

Tena afirma que son actos de comercio absolutamente mercantiles, esto es, que lo son en todo caso y para toda clase de personas, todos los derechos y obligaciones que nacen de un título de crédito. (6)

---

(5) Ibidem, Pág. 17

(6) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 27

La Exposición de Motivos del Código de Comercio Español - vigente, declara expresamente que aunque no se libren entre comerciantes ni provengan de operaciones mercantiles, los cheques extendidos con todos los requisitos exigidos legalmente - constituyen siempre actos de comercio, quedando en todo caso sometidos a la legislación mercantil. (7)

#### 4.- Naturaleza Jurídica del Cheque

Para descubrir la naturaleza jurídica del cheque se han - elaborado diversas teorías, mediante las cuales sus autores - tratan de encuadrar al cheque en figuras o instituciones jurídicas propias del derecho común (mandato, cesión, delegación, etc.), y así tratar de explicar los efectos de su emisión, -- transmisión y pago. Pero lo único que lograron con esto es - conducirnos a una confusión de conceptos ostensiblemente contradictorios, ya que cada autor pretende explicar su naturaleza a su modo, olvidando lo importante que es el interés creciente que en el mundo de los negocios tiene el uso del cheque. Por lo que resultan vanos los esfuerzos para poder llegar a - conclusiones definitivas al extremo de que en la elaboración - de la Ley Uniforme de Ginebra Sobre el Cheque, se prescindió de toda postura doctrinal.

El maestro Rafael de Pina Vara, (8) realiza un análisis -

---

(7) Ibidem, Pág. 29

(8) Ibidem, pp. 104-106

minucioso de cada una de estas teorías, y a manera de resumen-manifiesta que: las diversas teorías mas que examinar y fijar la naturaleza del cheque: el contenido jurídico del cheque, - analizan y tratan de determinar la naturaleza de las relaciones que existen entre sus distintos sujetos: de la relación - entre librador y librado, y de la relación entre librador y tomador. E inclusive se ha pretendido establecer un vínculo - obligatorio entre librado y tomador, que en forma alguna puede ser admitido.

Sigue diciendo el mismo autor que, la determinación de la naturaleza jurídica del cheque puede lograrse únicamente atendiendo a la obligación contenida en el documento mismo, obligación del librador frente al tomador y posteriores tenedores, y no por la explicación de la causa de esa obligación.

El cheque contiene una orden de pago dirigida por el librador al librado, y, al propio tiempo, una promesa de pago hecha por el librador al tomador y a los posteriores tenedores.

Asimismo manifiesta que, la emisión de un cheque presupone una relación jurídica existente entre el librador y el librado (relación de provisión). El cheque, dice el artículo-175 de la LGTOC, solamente puede ser expedido por quien está - autorizado por una institución de crédito (librado) para librar cheques a su cargo. Esa relación jurídica previa deriva precisamente de un contrato de depósito de dinero a la vista -

en cuenta de cheques, definido por el artículo 269 de la citada ley. Esta relación constituye el fundamento de la orden de pago contenida en el cheque, es la causa de la obligación del librado frente al librador, de cubrir los cheques expedidos a su cargo. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la relación que vincula al librado con el librador, no sirve para determinar el contenido básico del cheque. "El elemento de la provisión de fondos como requisito conceptual del cheque ha desorientado a la doctrina induciéndola a trasladar el problema de la naturaleza jurídica del cheque desde el documento a la causa del documento. Pero una cosa es calificar jurídicamente el contenido de un documento y otra muy distinta averiguar cuál es la causa por la que se emite la orden de pago incorporada en el título y cuál es el fundamento de la obligación de atender esa orden", según opina Garrigues.

Además, la emisión de un cheque, en cuanto medio o forma de pago, presupone también una relación jurídica existente entre el librador y el tomador (relación de valor; relación subyacente o fundamental). En efecto, la emisión de un cheque supone que el librador es deudor del tomador y que el mismo se entrega para pagar esa deuda. Esta relación constituye el fundamento de la promesa de pago contenida en el cheque, es la causa de la obligación del librador frente al tomador. Pero la naturaleza jurídica de tal relación no tiene influencia tam poco sobre la naturaleza jurídica del cheque.

La naturaleza jurídica del cheque se desprende de su calidad de título de crédito. El cheque, como título de crédito - cambiario incorpora un derecho literal y autónomo. La orden de pago y la promesa de pago contenidas en el cheque están concebidas en forma abstracta. No hacen referencia a alguna causa.

Esto es, el cheque tiene la misma naturaleza jurídica del negocio cambiario: negocio "cartular" autónomo de carácter - unilateral y abstracto. Es imposible, por tanto, explicar, de finir y calificar jurídicamente al cheque haciendo referencia a la relación subyacente o fundamental (relación librador tomador) o a la relación de provisión (relación librador-librado) "De ello se desprende -dice Gay de Montella-, que el concepto-jurídico, de documento autónomo del cheque como institución - cambiaria sui generis, independiente y dotada de rasgos propios tenga hoy la aceptación de la mayoría de los tratadistas".

Por lo tanto, el cheque contiene una promesa cambiaria, - que resulta de un negocio jurídico unilateral abstracto, que - da vida a un derecho literal y autónomo, semejante a cualquier otro derecho derivado de un título de crédito. El librador - queda vinculado por la única manifestación de su voluntad, sin que sea necesaria la concurrencia de otra voluntad. El cheque es un título de crédito. Esa es su naturaleza jurídica y sus caracteres jurídicos los propios de esos documentos, que explican los efectos de su emisión, transmisión y pago.

### 5.- Presupuestos para la Emisión del Cheque

De la lectura del artículo 175 de la LGTOC, se desprenden los tres presupuestos que deben cumplirse para la emisión del cheque, a saber:

- A) Que el librado sea una institución de crédito autorizada; exclusivamente;
- B) Que el librador tenga establecida con el librado una cuenta corriente de depósito de cheques; y
- C) Que el librador tenga fondos suficientes depositados en dicha cuenta.

Cabe hacer mención que la falta de esos presupuestos de emisión produce efectos distintos. El primero (calidad bancaria en el librado) influye sobre la validez del cheque como tal; en tanto que los otros dos (provisión y autorización), afectan solamente a la regularidad del título. Esto es, un documento librado, a cargo de una persona que no tenga el carácter de banquero no valdrá como título de crédito ni producirá efectos de tal; en cambio, un cheque librado sin provisión o sin autorización será irregular, pero será cheque, producirá los efectos propios del cheque, aunque el librador quede sujeto a las consecuencias civiles y penales previstas por la ley.

(9)

---

(9) Pina Vara, Op. Cit. pp. 107-108.

A) Respecto al primer presupuesto, el mismo artículo 175 en su primer párrafo establece que el cheque sólo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito, y si se libra a cargo de cualquier otra persona, éste no producirá efectos de título de crédito. Es decir, la orden de pago contenida en el cheque debe dirigirse necesariamente a un banco. Exigiendo de esta manera, nuestra ley, la calidad bancaria en el librado.

Es importante hacer notar que el legislador estableció - particularmente, en el artículo 269 de la LGTOC, la regla general de que los depósitos de dinero constituidos a la vista en instituciones de crédito se entenderán entregados en cuenta de cheques salvo convenio en contrario; el depósito de dinero que se realiza en cuenta de cheques constituye una operación pasiva (para el banco), y se conoce como depósito a la vista, esto implica que un cheque librado contra determinada cuenta de cheques de un banco deberá ser pagadero a la vista, o sea, que no tiene fecha de vencimiento, sino que es a la vista (basta conponerlo a la vista del cajero de ventanilla o de la cámara de compensación para que sea pagado). (10)

Por consiguiente, desde el punto de vista económico, al - exigirse legalmente que todo cheque sea librado necesariamente a cargo de un banco o institución de crédito, se logra que el

---

(10) Dávalos Mejía, Op. Cit. pp. 161-162.

cheque cumpla eficazmente su función de medio o instrumento de pago, con las ventajas que ello representa. Por otra parte, - es indudable que la presencia e intervención de una institución de crédito en el cheque -que produce la calificación bancaria de este documento-, crea confianza en el público y origina su mejor aceptación y difusión.

Es preciso mencionar, también, las instituciones, que de acuerdo con nuestro derecho, están autorizadas para recibir al público depósitos a la vista, a saber:

- a.- Los bancos de depósito;
- b.- Las sociedades financieras;
- c.- Las instituciones de crédito, cuyas leyes orgánicas les autorizan a recibir depósitos a la vista del público en general, en los casos limitativamente enunciados por cada ley, y que por su clara especificación no conviene tratarlos de manera exegética, como es el Banco de México, Nacional Financiera, Banco Nacional de Obras y Servicios, etc.; y
- d.- Las bancas múltiples.

B) En cuanto al segundo presupuesto, el mismo artículo - 175 en su segundo párrafo establece que el cheque solamente puede ser expedido por quien sea autorizado por una institución de crédito para librar cheques a su cargo. Por su parte,

la Ley Uniforme de Ginebra Sobre el Cheque, en su artículo 3º dispone que el cheque debe ser librado de acuerdo con una convención tácita o expresa, según la cual el librador tiene derecho a disponer de la provisión mediante cheque.

Es decir, que el librador debe estar autorizado por un banco para librar a su cargo, mediante el contrato de cuenta corriente de cheques, proporcionándole para tal efecto los esqueletos especiales de los cheques que está autorizado a librar el cuentahabiente (chequera). (11)

La emisión del cheque presupone, pues, la existencia de 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. (12)

El maestro Rafael de Pina Vara, nos dice que esta exigencia está plenamente justificada. En primer término, la disponibilidad mediante cheques no es característica de toda relación de provisión; en segundo lugar, la realización de pagos sobre títulos circulantes -como lo es el cheque- implican para el que lo hace una mayor responsabilidad en sus deberes de gestión y suponen mayores riesgos que los que derivan de cualquier

---

(11) Dávalos Mejía, Op.Cit. Pág. 162

(12) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 124

ra otra forma de pago. De ahí la necesidad del consentimiento de quien ha de realizar el pago en esa forma. (13)

En gran parte la doctrina considera que esa autorización para librar cheques, esa convención o relación previa, constituye una figura jurídica especial, específica, a la que denominan "contrato de cheque".

Por el contrato de cheque el banco 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. A la cuenta de cheques se le denomina en la práctica bancaria "cuenta corriente de cheques", porque el cuentahabiente hace entregas de dinero que se le abonan y libra cheques que se le cargan al ser pagados; por lo que la cuenta tiene una secuencia indefinida. (14)

C) Por lo que hace al tercer y último presupuesto, contenido también en el artículo 175 que se viene comentando, pecuniariamente es el más importante, ya que la misma ley obliga al librador de un cheque a tener fondos suficientes disponibles (provisión) en el banco librado, a efecto de que pueda hacer el pago del cheque a la persona que lo presente (tenedor). El incumplimiento de este requisito da lugar a dos acciones -

---

(13) Ibidem, pp. 124-125

(14) Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. pp. 107-108

distintas: una de carácter penal, ya que esta conducta encuadra dentro del delito de libramiento de cheques al descubierto (sin fondos), equiparable al delito de fraude; y otra, de carácter mercantil que sería el ejercicio de las acciones cambiarias (directa o de regreso) a través de un juicio ejecutivo mercantil; acciones (penal y mercantil) que se estudiarán en los capítulos siguientes.

Este presupuesto legalmente establecido deriva de la naturaleza de medio o instrumento de pago propia del cheque. Se explica tanto porque el cheque ha debido emitirse contando con dicha provisión previa, cuanto porque el título no está llamado a recoger una promesa de pago futuro, sino a producir un pago en el acto de la presentación. (15)

Por provisión debe entenderse el derecho de crédito por una suma de dinero, que tiene el librador en contra del librado, independientemente del origen de dicho crédito (depósito irregular de dinero, apertura de crédito, etc.) (16)

El maestro Cervantes Ahumada, afirma que, no debe confundirse un fondo disponible con un fondo o crédito líquido y exigible. Que un fondo sea disponible quiere decir que, además, de ser líquido y a la vista, el deudor tiene la obligación de mantener el fondo a disposición del acreedor, y que éste puede

---

(15) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 117

(16) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 118

determinar el momento del retiro, por un requerimiento que depende de su voluntad. En esta situación, el deudor no puede obligar a su acreedor a recibir ni puede liberarse haciendo la correspondiente consignación. El fondo disponible no está sujeto a prescripción, porque la obligación del deudor es la de mantener en disponibilidad, y consecuentemente, no es un crédito exigible porque no es de plazo vencido, sino que vence a voluntad del acreedor, a la vista, o sea a la presentación de la orden de disposición que éste libre. (17)

Por lo que es importante, que la existencia de provisión en poder del librado debe ser previa a la emisión del cheque, para que éste pueda hacer el pago del mismo.

El cheque es, como se ha dicho, un instrumento de pago: un medio de realizar un pago; es, por esto, un documento de vencimiento a la vista: vence en el acto de su presentación. Consecuentemente, es lógico y natural, que la expedición del cheque tenga como base la previa existencia en poder del librado (de quien ha de pagarlo) de los fondos con los que será cubierto. (18)

#### 6.- Requisitos Formales del Cheque

La ley, en cuanto a títulos de crédito, exige que deben -

---

(17) Cervantes Ahumada, Op. Cit. pp. 108-109

(18) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 122

reunir una serie de requisitos de carácter formal, cuya ausencia provocaría que el título perdiera eficacia como tal; y otros, que no son indispensables, y que en caso de su ausencia la ley los presume, o sea que existe presunción legal que los colme. Tales requisitos son seis y se encuentran contenidos en el artículo 176 de la LGTOC, y son:

A) La mención de ser cheque, inserta en el texto del documento. Este requisito es indispensable ya que no existe presunción en la ley que lo colme, y su omisión acarrea la ineficacia del título.

Cervantes Ahumada, manifiesta que este requisito equivale a la cláusula cambiaria de la letra de cambio, por medio de la cual se ve claramente la intención del librador de crear, precisamente, un documento de naturaleza cambiaria. (19)

Esta disposición debe interpretarse rigurosamente, como fórmula sacramental, por estricta que en doctrina pueda parecer tal afirmación. No es admisible el empleo de expresiones equivalentes que sustituyan a la mención de "cheque". (20)

B) El lugar y la fecha en que se expide. La ley establece la presunción de que en caso de no existir indicación expresa del lugar de expedición se entenderá como tal el indicado -

(19) Ibidem, pp. 58 y 109

(20) Pina Vara, Op. Cit. pp. 138-139.

junto al nombre del librador o del librado y de no existir, se entenderá expedido en el domicilio del librador. Si se indican varios lugares, se entenderá designado el escrito en primer término. Si el librador tiene varios establecimientos, se reputará expedido en el principal de ellos.

La designación del lugar de expedición, dice el maestro De Pina Vara, tiene importancia: 1) En cuanto que los plazos de presentación para el pago varían según se trate de cheques-pagaderos en el mismo lugar de expedición o en lugar diverso;- 2) Consecuentemente, influye en el cómputo de los plazos de revocación y de prescripción; puede determinar la aplicación de leyes extranjeras, respecto a los títulos expedidos fuera de la República. (21)

Por otro lado, si es la fecha de expedición la que se ha omitido, acarrea la ineficacia del título ya que ésta es necesaria para poder computar los plazos de presentación del cheque, según disposición del artículo 181 de la LGTOC.

La indicación de la fecha tiene, por consiguiente, trascendencia en cuanto: a) Sirve para determinar si el librador era capaz en el momento de la expedición; b) Señala el comienzo de presentación para el pago; c) Determina, consecuentemente, los plazos de revocación y de prescripción; y d) Influye en la calificación penal de la expedición sin fondos. (22)

---

(21) Ibidem, pp. 166-167

(22) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 141

La fecha de expedición debe ser real, esto es, debe corresponder efectivamente a aquélla en la que el cheque ha sido emitido. Sin embargo, en la práctica son posibles los supuestos de una fecha de expedición falsa, irreal. Ello sucede en los casos de antedatación y postdatación. (23)

Un cheque antedatado es aquél en cuyo texto aparece como fecha de expedición una anterior a aquélla en que realmente se emitió el título de crédito. Es decir, el cheque que contiene una fecha de expedición anterior a la real.

El efecto que produce la antedatación en un cheque es que reduce el plazo de presentación para su pago, y el librador lo emplea normalmente para evitar la inmovilización de la provisión por todo el plazo legalmente impuesto.

Otras de las finalidades que se plantean es la de evitar que el cheque se considere como librado al descubierto, pues, la fecha inserta en el texto del cheque los fondos existían o la de hacer remontar la fecha del libramiento a un momento en que el librador, después de declarado en suspensión de pagos o quiebra, no se encontraba todavía en alguno de estos estados, para de este modo tratar de rehuir las responsabilidades propias del llamado período sospechoso.

---

(23) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 142

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

Cuando la antedatación se realiza con intención dolosa, - el librador quedará sujeto a la sanción penal correspondiente.

Por otro lado, el cheque posdatado o postfechado es aquél en el que se indica como fecha de expedición una posterior a - aquélla en que realmente es entregado al tomador. Es decir, - el cheque que contiene una fecha de expedición posterior a la real.

La posdatación de un cheque produce el efecto de ampliar el plazo de presentación para su pago, y tiene como finalidad:

a) La de permitir al librador la constitución, con posterioridad a la fecha real de expedición, de la provisión total o parcialmente inexistente en dicho documento; b) Dar tiempo a que el tomador realice la contraprestación pactada; c) Imponer un plazo para el pago del cheque. En todos estos casos, se desvía al título de su única y esencial función de servir a la - ejecución y no a la dilación de los pagos, y se le transforma de simple sustitutivo del dinero en eficaz instrumento de crédito. Esto es, el cheque posdatado contradice su función económica esencial de medio de pago, convirtiéndose en instrumento de crédito. (24)

C) La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, la ley no suple esta omisión, por lo que es un re-

---

(24) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 144

quisito indispensable; y, por lo tanto, de no insertarse, el título perderá eficacia. Respecto a la incondicionalidad de la orden de pago no es necesario que se inserte textualmente la palabra "incondicional", sino que basta que en el propio título no se ponga texto alguno condicionando dicha orden. Cabe distinguir que a diferencia de la letra de cambio y del pagaré, el cheque puede ser librado a la orden o al portador, y en caso de que no se mencione a favor de quien se libra se entenderá que es al portador (art. 179 de la LGTOC).

La orden de pago contenida en el cheque debe ser incondicional, lo cual quiere decir que, debe ser absoluta, sin restricción ni requisito alguno. Debe ser una orden pura y simple de pago, sin condición. (25)

Asimismo el importe del cheque debe estar constituido por una suma determinada de dinero. Es decir, debe expresarse con toda precisión el importe del cheque, en tal forma que represente una cantidad líquida. (26)

D) El nombre del librado, la ley no contiene presunción alguna al respecto, por lo que convierte a este requisito en indispensable, so pena de su ineficacia.

Es necesario que en el cheque esté expresamente identifi-

---

(25) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 148

(26) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 151

cado el banco que está obligado a efectuar su pago, esta cláusula cumple con un principio elemental de identificación, indispensable para el ejercicio del derecho de cobro que asiste al beneficiario.

Por consiguiente, el librado es el destinatario de la orden de pago contenida en el cheque.

La designación del librado deberá hacerse mediante exacta referencia a su denominación social, esto es, en forma tal que se permita su individualización personal. (27)

E) El lugar de pago. Para el caso de omisión de este requisito la ley lo suple, al establecer la presunción de que si no se expresa en el cheque el lugar de pago, se entenderá como tal el indicado junto al nombre del librado; en su defecto se entenderá pagadero en su principal establecimiento (art. 177 - de la LGTOC). La práctica mexicana establece que los cheques contengan en su texto la indicación de la plaza en la que se encuentra la sucursal en que el cuentahabiente celebró el contrato de cuenta de cheques, a fin de que sea en función de esa ciudad en la que pueda dirigirse al cobro en ventanilla o en compensación, y puedan determinarse los plazos de presentación.

F) La firma del librador. Su omisión acarrea la ineficacia del título de crédito, no existe presunción legal que la colme, y, por lo tanto, es indispensable.

---

(27) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 155

El librador es la persona, física o moral, que da la orden de pago incondicional contenida en el cheque. Es el creador del cheque y, consecuentemente, contrae frente al tomador y a los sucesivos tenedores, la responsabilidad de su pago, porque lo promete. "El librador, dice el artículo 183 de la LGTOC, es responsable del pago del cheque; cualquier estipulación en contrario se tendrá por no hecha". Es decir, el librador no podrá liberarse de su responsabilidad cambiaria. Por esto, la ley exige que el cheque sea firmado por el librador, autor y responsable de la orden de pago contenida en el mismo. (28).

#### 7.- Circulación del Cheque

El cheque como todos los demás títulos de crédito es un documento esencialmente destinado a la circulación. Y para tal efecto el artículo 179 de la LGTOC establece que el cheque puede ser nominativo o al portador. Precepto que aplica el principio general, establecido en el artículo 21 de la propia ley, según el cual los títulos de crédito podrán ser, de acuerdo a la forma de su circulación, nominativos o al portador.

Pero de la lectura del artículo 25 de la ley antes citada se desprende que, según la forma de su circulación, el cheque-

---

(28) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 157

podrá ser: A) No negociable; B) A la orden; o C) Al portador. Pues, establece que los títulos nominativos se entenderán siempre extendidos a la orden, salvo inserción en su texto, o en el de un endoso, de la cláusula "no a la orden" o "no negociable".

A) El cheque no negociable es aquél que se expide en favor de una persona determinada cuyo nombre se anota en el texto mismo del documento y que no puede ser transmitido por endoso sino sólo en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

El cheque puede tener la calidad de no negociable por voluntad del librador o por disposición expresa de la ley.

La inserción en un cheque de las cláusulas "no negociable" y "para abono en cuenta", persigue una finalidad de protección contra los peligros de su robo o pérdida. (29)

B) El cheque a la orden es el que se expide en favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento y que puede transmitirse por endoso y entrega material del título.

C) El cheque al portador es aquél que no está expedido a

---

(29) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 177

favor de persona determinada, conteniendo o no la cláusula "al portador".

El cheque al portador se trasmite por simple tradición, - es decir, por la entrega material del título.

#### 8.- El Pago Ordinario del Cheque

El pago ordinario del cheque acontece cuando el librado - en cumplimiento a la orden contenida en el documento cubre el importe de éste al tenedor.

Con el pago ordinario del cheque se extinguen las obligaciones cambiarias del librador y de los endosantes, en virtud de que la promesa de pago contenida en el mismo ha quedado satisfecha. Y al mismo tiempo el librado, al pagar el cheque, - cumple su obligación frente al librador, consistente en atender la orden de pago contenida en el mismo, en ejecución del - contrato de depósito en cuenta de cheques celebrado entre - ellos. (30)

Y para ello se requiere que el tenedor presente el cheque ante el librado, es decir, debe ser pagado al momento de su - presentación, ya que este título de crédito es siempre pagadero a la vista, por lo que es contrario a su esencia el señalar

---

(30) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 214

le un plazo para su pago. Por consiguiente, el tenedor del cheque tiene el derecho de exigir el pago a la vista. Pero, al mismo tiempo, tiene la obligación de presentar el documento dentro de los plazos expresamente establecidos por la ley, so pena de sufrir determinadas consecuencias jurídicas, tales como: perder sus acciones de regreso en contra de los endosantes y sus avalistas, y el librador y sus avalistas; que el librador pueda revocar el cheque, impidiendo en esa forma el pago del librado; perder el derecho de reclamar al librador la indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 193 de la LGTOC; no podrá configurarse el delito de fraude; y cuando se realice el endoso en propiedad posterior al plazo de presentación surtirá efectos de cesión ordinaria, en tal forma que el obligado podrá oponer al endosatario las excepciones personales que hubiere podido oponer en contra del endosante.

Los plazos para la presentación del cheque para su pago los establece el artículo 181 de la LGTOC, a saber: A) Dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición; B) Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional; y C) Dentro de tres meses, si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional, o si fueren expedidos dentro de éste y pagaderos en el extranjero, siempre que en este último caso no fijen otro plazo las leyes del lugar de su presentación.

## **CAPITULO CUARTO**

### **IV. LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CHEQUE**

## CAPITULO CUARTO

### IV. LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CHEQUE

#### 1.- El Pago Extraordinario del Cheque

Cuando el librado hace el pago del cheque, la función normal de éste queda cumplida. Pero, la práctica ha demostrado que en infinidad de ocasiones el librado, con o sin justa razón, niega, total o parcialmente, el pago del cheque. En estos casos, el tenedor, excepto cuando se trata de un cheque certificado, no tiene acción en contra del librado, pues, como se ha visto en el capítulo anterior, éste no se encuentra obligado frente al tenedor; sino que la obligación la tiene frente al librador, en virtud del contrato que con él celebró, para poder hacer el pago del cheque.

Ahora bien, en términos del artículo 183 de la LGTOC, el librador es el responsable del pago del cheque, sin que pueda rehusar esa responsabilidad en ningún caso. Además, los endosantes responden también del pago del cheque, en forma solidaria, salvo cuando se hayan liberado de tal responsabilidad mediante la inserción de la cláusula "sin mi responsabilidad" o alguna equivalente (art. 34 y 90 de la LGTOC).

En estos casos, cuando el librado se rehuse a pagar total o parcialmente el importe del cheque, el tenedor podrá dirigirse en contra del librador o sus avalistas, de los endosantes o

sus avalistas. Es decir, podrá ejercitar en su contra la acción cambiaria correspondiente.

También la ley permite al tenedor del cheque obtener su pago por medio de otro tipo de acciones: la acción causal y la acción de enriquecimiento. (1)

## 2.- El Protesto

El protesto es un acto de naturaleza formal, que sirve para demostrar de manera auténtica, que el cheque fue presentado oportunamente. (2)

El protesto o los actos que de acuerdo a la ley lo substituyen son el medio por el cual se comprueba la falta de pago, total o parcial, del cheque por el librado.

El artículo 190 de la LGTOC establece que: 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.

Por ello se dice que el protesto es el acto público y so-

---

(1) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 256.

(2) Cervantes Ahumada, Op. Cit. Pág. 75

lemne por el cual se establece en forma auténtica que el cheque fue presentado en tiempo y que el librado dejó de pagarlo, total o parcialmente. (3)

El protesto puede ser hecho por medio de notario público o de corredor público titulado y, a falta de ellos, por la primera autoridad política del lugar (arts. 142 y 196 de la LGTOC).

El protesto deberá realizarse en el lugar y dirección señalados en el cheque como lugar de pago, en caso de no indicarse la dirección se practicará en el domicilio del librado y si se desconoce el domicilio o residencia de éste, el protesto se llevará a cabo en la dirección que elija el notario, corredor o autoridad política que lo realice (arts. 126, 143 y 196 de la LGTOC).

El protesto debe levantarse contra el librado, y hacerse constar en el mismo cheque o en hoja adherida al mismo.

El notario, corredor o autoridad política que practiquen el protesto levantará acta del mismo, en la que se hará constar: A) La reproducción literal del cheque con sus endosos, avales y cuanto en él aparezca; B) El requerimiento al librado para pagar el cheque; C) Los motivos de la negativa de pago; D) La firma de la persona con quien se entienda la diligencia o la expresión de su imposibilidad o resistencia a fir-

---

(3) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 257

mar, si la hubiere; E) La expresión del lugar, fecha y hora en que se practique el protesto; F) La firma de quien autoriza la diligencia (arts. 148 y 196 de la LGTOC).

El protesto deberá notificarse a todos los signatarios del cheque, para ello el notario, corredor o autoridad política que autorice el protesto, deberá remitir a los signatarios que residan en el mismo lugar en que se despachó la diligencia los instructivos correspondientes, al día siguiente de haberse practicado el protesto. A los signatarios que residan fuera del lugar en que se levantó el protesto les será enviado el instructivo por el correo más próximo, bajo certificado y las direcciones indicadas por ellos en el cheque (arts. 155 y 196 de la LGTOC). Todo esto se hará constar en el acta del protesto.

La infracción a estas obligaciones sujeta al responsable a resarcir los daños y perjuicios que la omisión o retardo del aviso causen a los obligados en vía de regreso, siempre que és tos hayan tenido el cuidado de anotar sus direcciones en el do cumento. Como se observa la falta de la notificación del protesto no es requisito para el ejercicio de las acciones de regreso, ya que su omisión o inoportunidad solamente producen el efecto de sujetar al responsable a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se causen por dichos motivos a las personas que debía haber sido notificado. (4)

---

(4) Pina Vara, Op. Cit. pp. 258-259.

El que haya levantado el protesto, retendrá el cheque en su poder todo el día en que la diligencia se practicó y el siguiente, teniendo el librado durante ese tiempo el derecho de presentarse a satisfacer su importe más los gastos de la diligencia e intereses moratorios.

El librador y los endosantes de un cheque protestado, podrán exigir, una vez que tengan conocimiento del protesto, que el tenedor reciba el importe del cheque con los gastos legítimos y a que se les entregue el documento y la cuenta de gastos respectiva. En este caso, cuando concurrieren a hacer el pago el librador y endosantes, será preferido el librador, y concurriendo sólo endosantes, el de fecha anterior (arts. 156 y 196 de la LGTOC). Es decir, se prefiere el pago de la persona que con dicho acto libera a mayor número de obligados en el cheque. (5)

Sin embargo, la ley misma establece dos excepciones, en cuanto al levantamiento del protesto por falta de pago, total o parcial, del cheque; mismas que son las que en realidad se llevan a la práctica, sin necesidad de recorrer el anterior mecanismo; pues, es suficiente: 1) La certificación que haga la cámara de compensación de que el cheque fue presentado oportunamente y que el librado rehusó su pago, total o parcialmente; y 2) La anotación que el librado ponga en el título mismo,

---

(5) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 259

de que fue presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente (art. 190, párrafos tercero, cuarto y quinto de la LGTOC).

En estos dos casos, es obligación del tenedor del título dar aviso de la falta de pago a todos los signatarios del documento.

Así, el protesto en el cheque es mucho más sencillo, ya que no es necesaria la intervención de un fedatario público para su levantamiento, sino que basta con la certificación que haga el cajero del banco librado en el cheque, en el sentido de que no se pagó por determinada circunstancia; o bien, la anotación de la devolución que realice la cámara de compensación, certificando en el cheque la circunstancia por la cual fue devuelto.

### 3.- Las Acciones Cambiarias

Se le llama acción cambiaria a la acción ejecutiva derivada de un título de crédito.

Podrá ejercerla el tenedor en contra del librador o avalistas, endosantes o avalistas, cuando el librado se niegue a pagar el cheque.

La acción cambiaria procede sólo en los siguientes casos:

A) Por falta de pago o pago parcial; y B) Cuando el librado-

fuere declarado en estado de quiebra o de suspensión de pagos- (arts. 150, fracciones II y III y 196 de la LGTOC). En cuanto al segundo caso, la declaración del estado de quiebra o suspensión de pagos debe suceder antes del transcurso de los plazos- legales de presentación del cheque, ya que si esto sucede con- posterioridad a dichos plazos, y el tenedor dentro de ellos no presentó el cheque ni levantó el protesto correspondiente, su acción cambiaria caducará en contra del librador, en los térmi- nos de la fracción III del artículo 191 de la LGTOC.

Es así como la acción cambiaria es ejecutiva por el impor- te del cheque y gastos accesorios, sin necesidad de que el de- mandado reconozca previamente su firma (art. 167 de la LGTOC).

Contra las acciones cambiarias derivadas de un cheque so- lamente pueden oponerse las excepciones y defensas estableci- das en el artículo 8º de la LGTOC.

Por lo que respecta a este punto existen algunas divergen- cias entre los juristas, ya que algunos opinan que la acción - cambiaria que se intenta en contra del librador es una acción - directa; otros, en cambio, sostienen que se trata de una acción de regreso. Sin embargo, cualquiera que sea la acción que in- tente el tenedor del cheque contra el librador, lo importante, aquí, es dejar bien establecido que, el tenedor tiene la obli- gación de presentar el documento dentro de los plazos legales- para su cobro y levantar el protesto en los términos ya descri

tos, cuando el librado niegue el pago del título, y así evitar la caducidad o prescripción de la acción que se pretenda intentar.

Mediante la acción cambiaria el tenedor puede reclamar al librador el pago: 1) Del importe del cheque; 2) De intereses moratorios al tipo legal, desde el día en que el cheque fue presentado al librado para su pago; 3) De los gastos del protesto; 4) De los demás gastos legítimos; y 5) Del premio de cambio entre la plaza en que debería haberse pagado el cheque y la plaza en que se haga efectivo, más los gastos de situación, calculado tomando por base los tipos corrientes al día del protesto o del pago, en la plaza donde éste se hizo o debió hacerse (arts. 152, 158 y 196 de la LGTOC). Además, podrá exigirle al librador la indemnización de los daños y perjuicios con un importe mínimo del veinte por ciento del valor del cheque, si ocurren los supuestos previstos por el artículo 193 de la LGTOC, a saber: a) Que el cheque haya sido presentado en tiempo; b) Que no haya sido pagado por causa imputable al librador.

Independientemente de que en este sentido la conducta del librador se puede encuadrar al tipo penal del delito de libramiento de cheques sin fondos, cuando con dicha conducta obtiene ilícitamente alguna cosa o un lucro indebido, el cual se encuentra regulado en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal; y, por lo tanto, al tenedor del cheque le asiste el

derecho de ejercitar o no la acción penal en contra del librador. Cuestión que se estudiará en el capítulo siguiente.

#### 4.- La Acción Causal

El que prescriba o caduque la acción cambiaria no significa liberar del pago al librador, sino simplemente el tenedor - ha perdido la posibilidad de cobrar el cheque por la vía ejecutiva, por haberse extinguido esta posibilidad.

La obligación primitiva que da origen a un cheque, no que da novada en virtud del cheque, si tal novación no se hizo - constar expresamente. En caso de que no exista novación expresa, el tenedor del cheque, una vez que ha intentado inútilmente cobrarla, puede ejercitar la acción causal, es decir, la acción derivada del acto que dio origen a la creación o transmisión del cheque. (6)

Generalmente, en caso de que el librado se rehuse a pagar total o parcialmente el cheque, corresponderá al tenedor en - contra de la persona de la cual recibió el cheque una acción - causal, independientemente de las cambiarias que tenga en su - contra y en contra de todos los demás obligados cambiarios.(7)

---

(6) Cervantes Ahumada, Op. Cit. Pág. 82

(7) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 271

Para poder ejercitar la acción causal se requiere: A) Que el tenedor restituya el cheque al demandado, lo que pone fin a las posibilidades de cobro ejecutivo; B) Deben cumplirse en tiempo las formalidades de presentación del cheque para su pago, como ha quedado señalado anteriormente, ya que si no se cumple por negligencia del que intente la acción causal se perderán las acciones cambiarias o, también, acciones de carácter causal, que pudieran corresponder a quien se exige el pago, es decir, en perjuicio de aquél a quien se pretende cobrar por medio de la acción cambiaria; y C) Debe tener como base el acto que fue a su vez origen de la emisión o transmisión del cheque, salvo que haya habido novación del negocio ordinario (art. 168 de la LGTOC).

Por consiguiente, la acción causal sólo podrá ejercitarse por el tenedor siempre y cuando haya ejecutado los actos necesarios para que el demandado conserve las acciones que en virtud del cheque pudieran corresponderle, en el supuesto de que sus acciones cambiarias se hayan extinguido por prescripción o caducidad.

##### 5.- La Acción de Enriquecimiento

La acción de enriquecimiento es aquella que ejercita el tenedor del cheque en contra del librador, para que éste no se enriquezca a expensas de aquél, cuando ya no tenga ningún otro medio legal para impedirlo.

Esta acción sólo podrá ejercitarse cuando al tenedor se le hayan extinguido las acciones cambiarias en contra del librador, o carezca de acción causal contra éste, para exigirle la suma de que se haya enriquecido en su perjuicio.

Es decir, en otros términos, cuando el tenedor del cheque no pagado por el librado, carezca de acción cambiaria en contra del librador, endosantes o avalistas, y no tenga tampoco - contra los mismos acción causal, podrá ejercitar una acción de enriquecimiento en contra del librador para exigirle la suma de que se haya enriquecido en su perjuicio. (8)

Se trata de una acción típica de enriquecimiento injusto, que se da sólo contra el librador, porque normalmente es el único que puede enriquecerse en virtud del cheque, por ser su creador. (9)

Así que, el ejercicio de la acción de enriquecimiento corresponde en forma exclusiva al tenedor del cheque y solamente puede intentarse en contra del librador.

Para lo cual es necesario: A) Que el tenedor esté imposibilitado para lograr el pago del cheque a través del ejercicio de otra acción (cambiaria o causal); y B) Que exista un enriquecimiento ilegítimo.

---

(8) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 275

(9) Cervantes Ahumada, Op. Cit. pp. 82-83

Esta acción prescribe al año, contado a partir del día en que caducó o prescribió la acción cambiaria.

Además, debe determinarse, también, la relación que existe entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, es decir, - que haya empobrecimiento patrimonial del tenedor y enriquecimiento patrimonial del librador; que exista una relación de - causa efecto entre ambos; y que, no exista ninguna causa jurídica que justifique ese desplazamiento patrimonial. De lo que resulta que el enriquecimiento y el empobrecimiento se entiende que debe ser de carácter patrimonial, no se comprende a beneficios extrapatrimoniales. (10)

La acción de enriquecimiento, a diferencia de la cambiaria, tiene un contenido indeterminado. En efecto, el contenido de la acción cambiaria está determinado por el importe del cheque, es decir, por la suma determinada de dinero indicada - en el mismo, o la parte no satisfecha, en caso de pago parcial. Por el contrario, mediante el ejercicio de la acción de enriquecimiento, el tenedor puede exigir no el importe del cheque - (cantidad determinada) sino la suma en que el librador se haya enriquecido en su daño (cantidad indeterminada), que puede ser inferior a dicho importe. Nunca superior, porque en lo más - que puede haberse enriquecido el librador, es en el valor nominal del cheque.

---

(10) Pina Vara, Op. Cit. Pág. 277

Tena -escribe De Pina Vara- (11), opina que la acción de enriquecimiento tiene por objeto un crédito incierto, indeterminado, que puede ser inferior a la suma cambiaria, como que - tendrá por medida el valor del enriquecimiento injustamente obtenido por el librador en daño del tenedor.

Por último, el maestro Cervantes Ahumada señala que la acción de enriquecimiento está sujeta a prueba, en sus dos elementos: 1) La existencia del enriquecimiento injusto; y 2) - El monto del enriquecimiento. Y sigue diciendo el mismo autor que, esta acción como la causal, no son acciones cambiarias, - sino de la naturaleza derivada de la respectiva causa de la acción. (12)

#### 6.- El Juicio Ejecutivo Mercantil

Una vez que han sido identificadas y examinadas las acciones que derivan del cheque, cuando éste no es pagado o pagado-parcialmente por el librado, las cuales pueden ejercitarse por el tenedor del documento; ahora bien, es preciso señalar y analizar el medio por el cual éste puede llevarlas a la práctica, cuestión que enseguida se verá.

Por su propia naturaleza los títulos de crédito son documentos ejecutivos, pues en ellos se constituye la prueba pre-

---

(11) Ibidem, Pág. 277

(12) Ibidem, Pág. 83

constituida de la existencia de una deuda. Por consiguiente, la ejecución de dicha prueba confesional debe ser mediante un juicio igualmente ejecutivo. Y siendo que los títulos de crédito son cosas mercantiles (art. 1º de la LGTOC), y representan una confesión por adelantado que los convierte en ejecutivos, la instrumentación procesal, además de ser ejecutiva, debe ser mercantil. (13)

Es decir, el tenedor de un cheque que ha sido deshonrado e incumplido puede iniciar un procedimiento por la vía ejecutiva mercantil, y la acción que debe ejercitar es precisamente la cambiaria, ya sea directa (contra el librador) o en vía de regreso (contra endosantes o avalistas).

Pero para poder seguir adelante debe establecerse en qué consiste el juicio ejecutivo. Así, el maestro Arellano García lo define diciendo que: "es aquel proceso jurisdiccional planteado por el acreedor, ante el juez, para obtener de éste, sin audiencia del deudor demandado, el despacho de una orden de embargo, el despacho de una orden de embargo de bienes suficientes a garantizar la cantidad presuntamente adeudada y hecho el embargo el juzgador emplazará al demandado para oponerse a la ejecución en caso de que tuviere derecho a oponerse a la ejecución, siempre que el acreedor cuente con un título que traiga aparejada ejecución. El juicio concluirá con sentencia en la

---

(13) Dávalos Mejía, Op. Cit. pp. 498-499

que se determinará si se procede o no al remate de los bienes-embargados para el pago al acreedor. (14)

Mientras que, los juristas Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara -escribe Arellano García-, sostienen que juicio ejecutivo singular "es aquél fundado en un documento (título ejecutivo)- que contiene por sí solo prueba eficaz de la existencia del - derecho al crédito reclamado, permite al juez satisfacer la - pretensión en forma sumaria, procediendo al embargo y (posterior) remate de bienes bastantes para cubrir el monto de lo - que se pide con los gastos y costas que se ocasionen" (15)

En nuestro Derecho encontramos regulado el juicio ejecutivo mercantil en el Código de Comercio, en sus artículos del - 1391 al 1414.

Estableciendo dicho ordenamiento legal que el procedimiento ejecutivo sólo tiene lugar cuando se funda en un documento- que trae aparejada ejecución, de entre los cuales encontramos- al cheque (art. 1391, fracción IV), que es el título que interesa para el desarrollo del presente trabajo.

Pero, para que este título traiga aparejada ejecución, el

---

(14) Arellano García, Carlos. Procedimientos Civiles Especiales. Pág. 31

(15) Ibidem, Pág. 32

crédito en él consignado debe reunir la triple característica de ser cierto, líquido y exigible. (16)

Requisitos que exige nuestra jurisprudencia, sosteniendo que el juicio ejecutivo es un procedimiento sumario de excepción y que únicamente tiene acceso a él, aquél cuyo crédito consta en un título de tal fuerza que constituye vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea desde luego atendido.

Zamora Pierce afirma que, crédito cierto es aquél que reviste alguna de las formas enumeradas por la ley como ejecutivas. En otras palabras: únicamente puede ser título ejecutivo aquél al que la ley otorga expresamente tal carácter. Los títulos ejecutivos, por su proceso de creación y por la forma que revisten, constituyen una prueba preconstituida de la acción, y sólo este carácter explica que basten para que el juez, sin audiencia de la parte contraria, expida en su contra un requerimiento de pago u una orden de embargo, sin esperar a que el actor presente otras pruebas, pues el título ejecutivo es, por sí, suficiente. (17)

Continúa diciendo el mismo autor que, el crédito es líquido si su quantum ha sido determinado en una cifra numérica de

---

(16) Zamora Pierce, Jesús. Derecho Procesal Mercantil. pp. - 153-154.

(17) Ibidem.

moneda. El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2189 define a la deuda líquida como "aquella cuantía que se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días". El Código de Procedimientos Civiles dispone que la ejecución no puede despacharse sino por cantidad líquida. - (18)

La última característica del crédito, afirma Zamora Pierce, es que debe ser exigible, por no estar sujeto a plazo o condición. Por eso dice el Código de Procedimientos Civiles, en su artículo 448 que las obligaciones sujetas a condición suspensiva o a plazo no serán ejecutivas sino cuando aquélla o éste se hayan cumplido, salvo lo dispuesto en los artículos 1945 y 1959 del Código Civil. Por su parte, el Código Civil llama exigible a aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme a derecho (art. 2190). (19)

Una vez que el actor presentó su demanda junto con el título ejecutivo, el juez, de oficio y sin audiencia del demandado, deberá proceder a examinar el título, con el objeto de determinar si reúne las características de certeza, liquidez y exigibilidad; además, debe dictar auto de ejecución o exequendo, - con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes sufi-

---

(18) Ibidem, Pág. 155

(19) Ibidem, Pág. 156

cientes para cubrir la deuda y costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste.

La diligencia de embargo debe llevarse hasta su conclusión, sin que pueda suspenderse por ningún motivo, dejando a salvo - los derechos del demandado para que los haga valer durante el juicio o fuera de él.

El orden que debe seguirse en el embargo de los bienes es el que la propia ley establece. Y una vez que el actuario haya descrito e inventariado los bienes embargados, deberá declarar solemnemente que hizo y trabó formal embargo sobre éstos.- Sin esta declaración formal los bienes no quedan sujetos a embargo.

En la misma diligencia de embargo se emplazará al demandado para que comparezca ante el juzgado a hacer paga llana de - la cantidad demandada y las costas, o a oponerse a la ejecución si tuviere alguna excepción para ello.

Tratándose del cheque, las excepciones que el demandado - puede oponer son las que establece el artículo 8º de la LGTOC.

En el caso de que el demandado no haga el pago de las prestaciones reclamadas ni opone excepciones dentro del plazo legal, el juzgador, a instancia del actor y previa citación de - las partes, debe dictar sentencia de remate, mandando proceder

a la venta de los bienes embargados y que de su producto se haga el pago al acreedor. Pero si, por el contrario, el demandado opone alguna de las excepciones que la ley le señala y que requiere prueba, el juez concederá un plazo no mayor de quince días para que ésta se practique; concluido este plazo, el juzgador debe mandar hacer publicación de probanzas y conceder plazos individuales para que las partes aleguen, primero el actor y después el demandado.

En la práctica procesal, la publicación de probanzas se reduce al auto en que el juez, a instancia de parte, la ordena y a la relación, hecha, por el secretario de acuerdos, de las pruebas ofrecidas, admitidas o rechazadas, y practicadas en el juicio. (20)

Al concluir el plazo para los alegatos, el juez, previa citación de las partes, debe pronunciar sentencia, y de oficio es tablecer si procede la vía ejecutiva, decidiendo sobre los derechos controvertidos y determinar si procede hacer trance y remate de los bienes embargados.

Si la sentencia se decide que no procede el juicio ejecutivo, se debe reservar al actor sus derechos para que los reclame a través del juicio ordinario mercantil.

---

(20) Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. Pág. 346

Pero, si en la sentencia se declara procedente la vía -- ejecutiva, entonces, el juez se ocupará del fondo del asunto y podrá pronunciar una de las dos posibles resoluciones: A) Declarar que alguna de las excepciones opuestas por el demandado resultó probada y absolver a éste, o bien; B) Declarar probada la pretensión del actor. Siendo esta última la llamada sentencia de remate, que ordena la venta de los bienes embargados y que de su producto se haga el pago al acreedor. Sentencia que al causar ejecutoria, tiene la fuerza de cosa juzgada.

#### 7.- El Caso de Insolvencia

En ocasiones suele suceder que al practicarse la diligencia de embargo, el deudor no tiene bienes suficientes, o simplemente no tiene, para garantizar su deuda; quedando demostrado de esta manera la incapacidad económica de éste y consiguientemente incumple con sus obligaciones; situación que ocurre con frecuencia en la práctica mercantil.

Ahora bien, cuando la persona que resulte insolvente para cubrir la deuda cambiaria contraída por motivo de un título de crédito, si es comerciante, el perjudicado podrá intentar la iniciativa de quiebra, o; si no es comerciante, y se le declara insolvente, entonces, se concursa. Es decir, la insolvencia es una situación en la que se pueden ver involucrados tanto los comerciantes como los no comerciantes, la

consecuencia en aquéllos es la quiebra, y en éstos es el concurso civil.

De lo que se puede concluir que este estado sólo ocurre cuando las deudas superan el activo del quebrado o concursado, y que dicho estado debe ser declarado mediante sentencia judicial.

#### 8.- Sanciones

En el caso de que haya sido declarada procedente la vía ejecutiva mercantil a través de sentencia, es decir, que la pretensión del actor se declare probada, en este supuesto dicha resolución ordenará la venta de los bienes que se le embargaron al deudor, para que con su producto se le haga el pago de la suerte principal y sus accesorios al actor o acreedor, así como también se le condenará al pago de gastos y costas que se ocasionaron con motivo del juicio.

En caso contrario, si el deudor probó alguna de sus excepciones, entonces el juez deberá absolverlo, y quien tendrá que hacer el pago de gastos y costas será el actor, en virtud de no haber obtenido una sentencia favorable.

## **CAPITULO QUINTO**

### **V. LA PROTECCION PENAL DEL CHEQUE**

## CAPITULO QUINTO

### V. LA PROTECCION PENAL DEL CHEQUE

La protección penal del cheque es una cuestión que ha me recido, desde siempre, una atención muy especial por los estu diosos del derecho, en virtud a la problemática que engendró la entrada en vigor de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su artículo 193 establecía la figura del libramiento de cheques en descubierto o sin provisión, y, que sin ser propiamente un delito de fraude, remitía para su sanción a la penalidad establecida para tal delito. Lo que - motivó la reacción de los juristas, quienes pugnaron porque - dicha figura desapareciera del ámbito penal, argumentando que este artículo lo que establecía era simplemente un delito for mal o de peligro, es decir, que en él sólo se requería el sim ple libramiento del cheque en descubierto, para encuadrar la figura típica al fraude, sin exigir que el librador obtuviera algún lucro o provecho patrimonial injusto en perjuicio de al guna persona.

Sin embargo, todas esas críticas quedaron atrás, y que - sirvieron para que el legislador estableciera específicamente el delito de libramiento de cheques sin fondos en el Código - Penal, ya que a su artículo 387 le adicionó la fracción XXI,- en la cual se describe esta figura delictiva con los elemen-- tos propios que la constituyen.

## 1.- Justificación

Considerando lo ventajoso que resulta el empleo del cheque, como medio de pago y, por consiguiente, la utilidad de su emisión en las transacciones comerciales; es el título de crédito que más ha llamado la atención de los tratadistas mexicanos y del que existe una abundante literatura técnica; pero el aspecto que más ha interesado a foros, academias y judicaturas es precisamente el de su libramiento al descubierto o sin fondos, y que antaño se regulaba por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 193, que ya fue derogado por la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal vigente.

Por lo que el legislador dotó de sanción penal el caso en que el cheque sea librado sin provisión, con provisión insuficiente o sin contar con la autorización del librado, situaciones que originan que no se haga el pago del título, y que con dicha conducta el librador se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido. Sorprendiendo así la buena fe de las personas que los aceptan como pago, originando una total desconfianza en cuanto a su aceptación en los actos de comercio.

Por ello el maestro González de la Vega sostiene que: "las razones que demandan enérgica seguridad para la circulación de los títulos de crédito cobran mayor fuerza tratándose

de los cheques, porque estos instrumentos están destinados - preferentemente a servir como medio de pago al contado de las deudas vencidas; al substituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero, no es posible lograr su aceptación universal en el comercio si los tomadores del documento no gozan de garantías jurídicas suficientes, tuteladoras de buena fe en la emisión, en la rápida circulación y en el exacto pago del documento. (1)

Por otra parte, el maestro Eugenio Cuello Calón, después de recordar que el cheque es un instrumento de pago que en la actualidad llega a asumir "el rango de moneda", y que por ello ha alcanzado una considerable difusión, apunta que "para que llene satisfactoriamente su función es menester que infunda confianza, que su tomador tenga la misma seguridad que la moneda", porque si esa confianza en el cheque se quebranta, disminuye su circulación y cesan, por consecuencia, las considerables ventajas económicas que origina. Agrega el mismo autor que ni las sanciones penales ni los preceptos generales del derecho común, se han considerado suficientes para mantener y reforzar la seguridad del cheque, por lo que se ha estimado necesario crear disposiciones penales especiales. (2)

---

(1) Ibidem, Pág. 262

(2) Cuello Calón, Eugenio. La Protección Penal del Cheque. -  
Página 8.

Razones estas y otras semejantes, motivaron al legislador mexicano a establecer una norma penal para proteger la circulación del cheque, considerando las ventajas que para la economía general del país supone la aceptación y la difusión del uso de este documento de pago.

En cambio, algunos autores, entre ellos Cervantes Ahumada, opinan que el delito de expedición o libramiento de cheques sin fondos no amerita sanción penal.

Así, en el proyecto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal referente al fraude específico mediante el libramiento de cheques sin provisión, los legisladores consideraron la necesidad de que esta figura quedara inserta en la legislación penal; ya que pocos tipos penales han ocasionado tan numerosos, frecuentes e injustos procesos, de los que a veces se vale el supuesto ofendido para consumir fraudes o extorsiones, como el denominado libramiento de cheques sin fondos. Sin desconocer la necesidad de proteger la confianza en la circulación de estos títulos, lo cierto es que al amparo del aludido delito formal, que no tomaba en cuenta el propósito delictuoso del sujeto activo, ni el hecho de que se hubiese pagado ya que a quien se ostentaba como víctima la cantidad que se le adeudaba, ni las condiciones en que hoy día se manejan los cheques, se han consumado constantes injusticias y se ha utilizado al Ministerio Público y a las autoridades judiciales como instrumentos para ejercer presiones o venganzas.

zas. Por eso el proyecto propuso una adición al artículo 387, en el que figuran los fraudes específicos, con la finalidad de que las conductas que aquí se cometan sean penalmente sancionadas cuando sirven como medio para cometer un fraude.

Reformas que fueron aprobadas en diciembre de 1983 y publicadas en el Diario Oficial de la Federación en enero de 1984.

## 2.- Breves Antecedentes Históricos en México

En nuestro país la utilización del cheque en las transacciones mercantiles y bancarias, era casi desconocido durante el siglo pasado. Y fue hasta el Código de Comercio de 1884 cuando se le menciona por vez primera, definiéndolo como un mandato de pago que puede girarse a un comerciante o a un establecimiento de crédito por quien tiene provisión de fondos disponibles. Por esta razón el Código Penal de 1871 no lo comprendía en su artículo 416, fracción IV, como lo hizo con la libranza y con la letra de cambio en el capítulo relativo al fraude contra la propiedad. Dicha disposición establecía que: "Al que defraudare a alguno una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él, una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarla", sufrirá las penas que corresponden al robo sin violencia. (3)

---

(3) González Bustamante, Juan José. El Cheque. Pág. 49

Pero como el cheque no puede confundirse con las letras de cambio ni con las libranzas, no se podía aplicar la sanción penal antes señalada, en virtud de que las leyes penales no deben aplicarse por analogía o por mayoría de razón. Por lo que, la expedición de un cheque contra una persona supuesta o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarlo, se castigaba como fraude genérico, aplicándose el artículo 432 del Código Penal (una multa igual al veinticinco por ciento de los daños y perjuicios que se causen, pero sin que la multa exceda de mil pesos), pero de ninguna manera como un robo simple. (4)

Así los tribunales mexicanos clasificaron el acto consistente en girar o endosar un cheque defraudando a alguien, como fraude e imponían a su autor la pena pecuniaria señalada en el artículo 432 del Código Penal de 1871. El juzgador no podía, sin contravenir la garantía de exacta aplicación de la ley establecida en el artículo 14 de la Constitución General de la República de 1857, imponer la penalidad señalada en la fracción IV del artículo 416 correspondiente al robo simple, a quien defraudare a alguien una cantidad de dinero tomando como medio el cheque. (5)

Por ello en los Trabajos de Revisión del Código Penal de 1912 hubo la necesidad de proponer una reforma para que se in

---

(4) González Bustamante, Op. Cit. Pág. 50

(5) González Bustamante, Op. Cit. Pág. 50

cluyera al cheque, comprendiendo no sólo a quienes girasen el documento, sino también a quienes lo endosasen.

Siendo hasta el Código Penal de 1929, en donde el cheque es considerado entre las estafas específicas en el artículo - 1552, fracción IV, que a la letra decía: "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", imponiendo para dicho delito la pena del robo simple.

Sin embargo, no es sino hasta el Código de 1931 en el que se tipificó específicamente el delito que se estudia, en su 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".

Un año después entró en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que cambió esencialmente 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" (artículo 176, -

fracción III), que sólo puede ser expedido contra una institución de crédito, careciendo de efectos jurídicos el documento librado a cargo de otras personas; que el único facultado legalmente para expedir cheques es la persona física o moral - que teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, sea autorizada por ésta para expedir tales documentos a su cargo y que la autorización se entiende concedida por el hecho de que la 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 (artículo 175); que el cheque será pagadero a la vista y que cualquier inserción en contrario, se tendrá por no puesta y que sólo puede ser nominativo o al portador (artículos 178 y 179).

El artículo 193 de la citada ley tipificó el delito de libramiento de cheques sin fondos, con el fin de dar mayor confianza al público en la emisión del cheque, en los siguientes términos: "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. El librador sufrirá, además, la pena del fraude si el cheque no es pagado por no tener éstos fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado".

A pesar de que en esta ley lo que se describía era un delito especial, cuyos elementos que lo constituían eran diferentes a los que establecía la fracción III del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal. En un principio - nadie se ocupó de este nuevo delito y los tribunales que conocían de esta figura eran los del fuero común. Pero poco a poco los tratadistas fueron dándole gran importancia a este delito que durante mucho tiempo ha sido muy debatido, pues se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 193; así como la competencia de los tribunales que debían conocerlo, ya que sostenían que como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito era una ley federal, por lo tanto, los tribunales competentes para conocerlos eran los federales, y no los del fuero común, como en un principio se hacía. Además, de que el artículo 193, el delito que definía no era en sí un delito de fraude específico, propiamente dicho, sino que establecía un delito formal o de peligro, como algunos autores lo llamaron (Rafael de Pina Vara y Francisco González de la Vega, respectivamente), porque dicen que para incurrir en dicha figura delictiva, bastaba con el simple hecho de librar un cheque sin fondos, sin tomar en cuenta el propósito delictivo del agente ni el que ya se haya pagado la cantidad adeudada a la supuesta víctima; y, sobre todo, no consideraba el hecho de que el librador con esa conducta obtuviera algún lucro o provecho patrimonial injusto en perjuicio de alguna persona.

No obstante, que la Suprema Corte de Justicia trató de -  
solucionar estas lagunas de la ley a través de sus ejecu-  
torias, sin embargo, mas que resolver estos problemas lo único  
que logró fue confundir aún más estas cuestiones, por la ju-  
risprudencia tan abundante y contradictoria que emitió en ma-  
teria de cheques sin fondos.

El 13 de enero de 1984 fue publicada en el Diario Ofi-  
cial de la Federación la adición que se le hizo al artículo -  
387 del Código Penal para el Distrito Federal, siendo ésta la  
fracción XXI, en la cual se tipifica específicamente el deli-  
to de fraude cometido mediante el libramiento de cheques sin  
fondos. Reforma que derogó el artículo 193 de la Ley General  
de Títulos y Operaciones de crédito, terminando de esta mane-  
ra con los problemas que trajo consigo la interpretación del  
delito contenido en este artículo. Siendo, desde entonces, -  
la disposición que regula la conducta delictiva del libramien-  
to de cheques al descubierto o sin fondos.

### **3.- Estudio del Delito de Libramiento de Cheques sin Fondos Conforme a la Dogmática Penal. El Elemento Objetivo - del Delito.**

Una vez que ha sido estudiada la naturaleza jurídica y -  
mercantil del cheque, así como las acciones que el tenedor-  
del título puede ejercitar a través de un juicio ejecutivo-  
mercantil cuando el librado rehusa el pago del documento por

causas imputables al librador, siempre y cuando lo haya presentado dentro de los plazos legales para tal efecto. Ahora bien, llegó el momento de hacer un estudio de los elementos - específicos integradores del tipo delictivo contenido en la - fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, a través de - los elementos esenciales genéricos del delito; así, corresponde, en primer término, estudiar el elemento objetivo del mismo.

Este elemento ha recibido diversas denominaciones, tales como acto, acción, hecho. Sin embargo, actualmente algunos - autores prefieren el término conducta, ya que dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el - negativo.

Como se mencionó en el primer capítulo, el maestro Celestino Porte Petit emplea los términos conducta y hecho para denominar al elemento objetivo del delito, manifestando: "no - es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción - del tipo". Y cita en apoyo de su punto de vista las opiniones de Cavallo y Battaglioni; para el primero, el hecho "en - sentido técnico, es el conjunto de los elementos materiales - del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido", y para el segundo, el hecho "en sentido - propio, es solamente el hecho material, que comprende la ac-

ción y el resultado". (6)

Según esta terminología, dice el maestro Fernando Castellanos Tena, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras, hecho, cuando la ley requiere (además de la acción o de la omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Así, pues, el citado profesor Porte Petit distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material. (7)

Por consiguiente, sólo existe nexo causal en los delitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) causan sólo un resultado jurídico.

En cuanto al resultado debe entenderse como el conjunto

---

(6) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 146-147.

(7) Ibidem.

de efectos naturales de la conducta positiva o negativa del - hombre que se encuentran recogidos dentro de la hipótesis le- gislativa. (8)

Además, el elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras que la - acción se integra mediante una actividad (ejecución) volunta- ria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omi- sión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídi- cos, uno de obrar y otro de abstenerse. (9)

En estos términos la conducta es el comportamiento huma- no voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, manifiesta el maestro Castellanos Tena. (10)

Ahora bien, para poder establecer cuál es el elemento ob- jetivo en el delito de libramiento de cheques sin fondo, ha- brá que ver, en primer lugar, el tipo penal que define la - fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, a saber: "Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea recha zado por la institución o sociedad nacional de crédito corres- pondiente, en los términos de la legislación aplicable, por -

---

(8) González Bustamante, Op. Cit. Pág. 98

(9) Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 149

(10) Ibidem.

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".

Además, en su segundo párrafo establece que: "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".

De lo anterior se desprende que el elemento objetivo en el delito de libramiento de cheques sin fondos, consiste en - un hacer positivo del agente, esto es, en la acción de librar el cheque contra una cuenta bancaria. Luego, la conducta, en el delito que se estudia, se encuentra concretizada en el acto mismo del libramiento del cheque, y que por causas que se le imputan al librador y precisadas en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, no es pagado a su presentación - por la institución librada, siempre y cuando el documento haya sido presentado dentro de los plazos legales para su pago; y que con dicha conducta el librador se procure ilícitamente de una cosa u obtenga un lucro indebido.

Asimismo se puede observar que el tipo penal exige, para

la integración de los elementos descriptivos, un resultado material concreto que se puede identificar con una mutación del mundo exterior del agente y que se precisa en la procuración ilícita de una cosa o la obtención de un lucro indebido, como consecuencia del impago del título. Es, entonces, evidente - que el tipo penal aludido es un delito que requiere de un resultado material. De lo cual se puede concluir que entre la actividad del librador y el resultado debe existir un nexo de causalidad.

Por otra parte, algunos autores han sostenido que los elementos engaño o aprovechamiento del error forman parte implícita del delito de libramiento de cheques sin fondos, en virtud de que quien acepta un cheque en pago cree o bien se le hace creer que el librador tiene fondos o autorización del librado para librar a su cargo, por lo que el tomador es víctima de un estado subjetivo de error creado por la actividad del delincuente o ya preexistente en él que es aprovechado para un fin concreto. De lo que se deduce que quien libra un cheque engaña o se aprovecha del error en que se encuentra el tomador, con lo cual le causa un perjuicio patrimonial derivado del impago del documento.

Empero, no en todos los casos de libramiento de cheques sin fondos resulta necesaria la concurrencia de los medios comisivos del fraude (engaño o aprovechamiento del error), como

sucede cuando el tomador o beneficiario tiene pleno conocimiento de la ausencia de provisión o de la insuficiencia de ésta.

Otro de los elementos importantes para integrar el delito que se analiza es que tiene que haber un daño patrimonial, es decir, que el librador alcance con su conducta un lucro in debido en perjuicio del tomador o beneficiario del cheque. Ya que sin este elemento no podrá encuadrarse la conducta del librador al delito de fraude cometido a través del libramiento de cheques sin fondos, porque, precisamente, la intención que tuvo el legislador al incluir el delito de libramiento de cheques sin fondos en el Código Penal, fue la de evitar los injustos procesos de que eran objeto las personas que libraban estos títulos en dichas condiciones, sin importar si había o no menoscabo patrimonial del tomador del cheque en beneficio del librador.

#### 4.- La Tipicidad y su Ausencia

En relación a este elemento del delito, el maestro Castellanos Tena afirma que para la existencia de éste se requiere una conducta o hecho humanos; mas no toda conducta o hecho son delictuosos; precisa, además, que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habi

da cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad (nullum crimen nulla poena sine lege). (11)

Pero no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. (12)

En consecuencia sólo podrá ser delictiva la acción que encaje en el tipo; ninguna acción será, por tanto, delictiva si no está prevista en la ley penal como típica; bajo la sanción penal sólo caerán las conductas ajustadas a los tipos exhaustivamente formulados en la ley, aunque otras acciones pueden ser reprochables éticamente o en vista de las costumbres de un país. (13)

En conclusión no hay delito sin tipicidad. Y sin ésta no será incriminable la acción.

---

(11) Ibidem, Pág. 167

(12) Ibidem.

(13) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Pág. 172.

En estos términos se puede decir que existirá tipicidad en el delito de libramiento de cheques sin fondos, cuando una persona libra un cheque y éste no es pagado por la institución librada, en virtud de que el librador no tiene cuenta en ésta o por carecer de fondos suficientes para el pago, siempre y cuando el tenedor del título lo haya presentado dentro de los plazos legales para tal efecto, y que con esta conducta el librador se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido.

Entendiéndose que el librador no tiene cuenta cuando la canceló o le fue cancelada durante el plazo legal de presentación del cheque y antes de que éste sea exhibido para su pago. También incluyendo los casos de quien tenía su cuenta cancelada al expedir el cheque y de quien nunca ha tenido cuenta en la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate. (14)

Asimismo debe tenerse por realizado este delito sólo cuando al momento de presentar el cheque, que los fondos no sean bastantes para cubrir la cantidad anotada en el documento.

Por lo que respecta a los plazos legales en que debe presentarse el cheque para su pago son los estrictamente señalados por el artículo 181 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, siendo: 1. Dentro de los quince días na-

---

(14) Dávalos Mejía, Op. Cit. Pág. 193

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

De esta manera el tipo penal contiene un elemento de carácter temporal, al establecer la citada fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, que el cheque sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable. Y que la ausencia de este elemento dará lugar a una causa de atipicidad, es decir, a la inexistencia del delito por falta de la concurrencia del mencionado elemento. (15)

Por último, se exige que el librador se haga ilícitamente de una cosa u obtenga un lucro indebido, lo que viene a significar que no se procederá contra éste cuando no exista este elemento. De lo que se desprende que el precepto en cita lo que sanciona, no es el impago del cheque sino la fraudulenta conducta del que lo expide para hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido. (16)

---

(15) González Bustamante, Op. Cit. Pág. 134

(16) Jiménez Huerta, Op. Cit. Pág. 158

Por otra parte, cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. (17)

Dice el maestro Castellanos Tena que, suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; sostiene que, la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. Y que, - en cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada. (18)

Por consiguiente, en toda atipicidad no existe tipo; si un hecho específico no se amolda precisamente en el establecimiento por el precepto legal, respecto de él no existe tipo.

En conclusión, manifiesta el maestro Castellanos Tena, - que las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: 1) Ausencia de calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; 2) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; 3) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; 4)

---

(17) Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 174

(18) Ibidem.

Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; 5) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, y 6) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial. (19)

Y en el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos existirá atipicidad en los siguientes casos:

- a) Cuando el tomador del cheque no lo presente dentro de los plazos legales para su pago; y que se demuestre que dentro de esos plazos el librador tenía fondos suficientes para su pago;
- b) Cuando el tomador del cheque tiene conocimiento de la insuficiencia de fondos, al momento de la expedición del título; y
- c) Cuando la intención del librador no tenga como fin el procurarse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido.

##### **5.- La Antijuridicidad y las Causas de Justificación**

Como se ha podido observar el delito de libramiento de cheques sin fondos es un delito de daño o lesión, en virtud a que el tipo penal exigido por la fracción XXI del artículo -

---

(19) Ibidem, Pág. 175.

387 del Código Penal requiere que el librador se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido, de lo cual se puede establecer que lo que este precepto legal trata de proteger es el patrimonio de las personas.

Ahora bien, siendo la antijuridicidad un elemento esencial para la integración del delito, según el maestro Eugenio Cuello Calón, afirma que ésta presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, - por sólo recaer sobre la acción ejecutada. (20)

Por otra parte, el maestro Castellanos Tena sostiene que: la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Y en apoyo a su punto de vista cita a Reinhart Maurach, quien expresa que los mandatos y prohibiciones de la Ley Penal "rodean, protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico". (21)

El maestro Porte Petit estima que "al realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación.- Con lo cual nos quiere decir que para la existencia de la antijuridicidad se requiere una doble condición: positiva una, violación de una norma penal, y negativa otra, que no esté am

---

(20) Castellanos Tena, Op. Cit. pp. 177-178

(21) ibidem.

parada en una causa de exclusión del injusto. La conducta, - por tanto, será antijurídica si no está protegida por una de las causas que enumera el Código Penal en su propio artículo-15". (22)

En estos términos se puede decir que el libramiento de - un cheque que es presentado en tiempo para su pago y que la - institución librada no lo hace por causas imputables al libra - dor, constituye un hecho antijurídico o ilícito, cuando el li - brador con esta conducta alcanza un lucro indebido, pues el - mismo no se encuentra amparado por una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad.

Algunos autores dividen la antijuridicidad en formal y - en material; sosteniendo que la primera es cuando el hecho - contraviene lo dispuesto por el precepto legal y la segunda - el daño o perjuicio social que causa ese hecho.

Sin embargo, en ocasiones puede ocurrir que la conducta - típica esté en aparente oposición al Derecho, pero que no es antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Siendo así, que las causas de justificación son el elemento negativo de la antijuridicidad.

Y nos dice el maestro Castellanos Tena, que las causas - de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder

---

(22) González Bustamante, Op. Cit. pp. 154-155

de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción - realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. (23)

Nuestro Código Penal en su artículo 15, con el nombre de circunstancias excluyentes de responsabilidad hace un listado de causas de justificación del delito en general, y que son: - a) La legítima defensa; b) El estado de necesidad; c) Cumplimiento de un deber; d) Ejercicio de un derecho; e) Obediencia jerárquica, cuando se equipara al cumplimiento de un deber, y f) Impedimento legítimo.

De las anteriores causas de justificación, es indiscutible que la única operante en el delito de libramiento de cheques sin fondos es la de el estado de necesidad, la cual se - presenta cuando el sujeto activo, para superar una situación de peligro no creada por él en forma intencional o por grave imprudencia, se ve obligado, para salvar bienes jurídicos pro prios o ajenos, a lesionar otros de un tercero igualmente tute lados por el Derecho, aun cuando sean de la misma entidad o - valor salvado. (24)

---

(23) Ibidem, Pág. 183

(24) González Bustamante, Op. Cit. Pág. 155

Para ejemplificar esta causa de justificación en el delito de libramiento de cheques sin fondos, el maestro González Bustamante, dice que: tal sería el caso de quien, para evadir en una negociación de cuantía una declaración de quiebra fortuita, por una baja inesperada, en el mercado, de determinada materia prima, o bien, por una devaluación de la moneda, se viera en la necesidad imperiosa de aceptar un préstamo salvador y garantizarlo, a requerimiento del acreedor, con un cheque que de antemano se sabe no va a ser cubierto por carecerse de provisión, o por no tenerse autorización para girar a cargo del librado. En tal ejemplo, si llegara a probarse que no existió ningún otro medio practicable y menos perjudicial para salvar la situación de peligro no creada intencionalmente ni por grave imprudencia, es evidente que el hecho, objetivamente, no sería antijurídico, por operar en la especie una causa de justificación, como es la del estado necesario recogida en el precepto invocado. (25)

#### 6.- La Culpabilidad y las Causas de Inculpabilidad.

Una conducta típicamente antijurídica no es todavía un delito, sino que, además, se requiere que sea culpable. Por otra parte, Cuello Calón afirma que se considera culpable una conducta, "cuando a causa de las relaciones psíquicas existen

---

(25) Ibidem, pp. 155-156

tes entre ellas y su autor debe serle jurídicamente reprochada". Tal reproche en el campo penal se concreta en la responsabilidad criminal exigida al agente como condición previa para la imposición de la pena. Por tanto, para que un individuo sea penado no basta que su acto sea antijurídico y típico, es preciso, además, que le sea personalmente reprochable. (26)

Para el maestro Porte Petit la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. (27)

Además, la culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según que el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigi

---

(26) Solanes Oviedo, Op. Cit. Pág. 82

(27) Castellanos Tena, Op. Cit. pp. 233-234

das por el Estado para la vida gregaria (culpa). Ahora, el Código Penal reformado, en su artículo 8º, fracción III, incluye la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto. (28)

En estos términos se puede decir que el delito de libramiento de cheques sin fondos es un delito que requiere una conducta dolosa por parte del librador, ya que esto queda comprobado cuando éste libra el cheque a sabiendas de que no va a ser pagado por la institución librada, por no tener en ésta cuenta de cheques o por carecer de fondos suficientes para el pago del documento, es decir, el dolo radica en el simple hecho de que el librador emita el título con conciencia de no tener derecho a ello. Y esto se puede pensar porque el dolo en el delito de libramiento de cheques sin fondos consiste en aquel fenómeno o proceso intelectual mediante el cual el sujeto representa tanto el resultado de no pago, y consecuentemente procurarse un lucro indebido, como su ilicitud, por estar prohibido en una norma penal, además de la voluntad que debe acompañar a la acción proyectada mediante movimientos corporales a producir el evento reseñado. (29)

---

(28) Castellanos Tena, Op. Cit. pp. 237-238

(29) González Bustamante, Op. Cit. Pág. 163

De lo anterior resulta que el delito en estudio excluye su comisión culposa. Y al respecto el maestro Carrancá y Rivas manifiesta que no entiende la razón por la que en la hipótesis del tipo penal excluye la culpa. Afirma el mismo autor que el que libra un cheque en las condiciones que establece la fracción XXI in initium puede incurrir en un acto imprudencial, sobre todo si carece de fondos suficientes para el pago; ya que el librador tiene la obligación de estar atento al estado de su cuenta bancaria, y al no hacerlo comete una imprudencia que configura a su vez una culpa. Lo que no es claro es que el sujeto activo pueda librar un cheque contra una institución bancaria o de crédito en la que no tiene cuenta, -- pues aquí no es concebible la imprudencia y la conducta aparece claramente dolosa. Y Termina diciendo que, al excluir la culpa incurre en un grave error; porque librar un cheque contra una institución bancaria o de crédito, careciendo de fondos suficientes para el pago, como conducta delictiva en sí, reviste dos aspectos: uno culposo y otro doloso, ya que es posible incurrir en tal comportamiento por imprudencia -que es culpa- o por dolo manifiesto, es decir, con el propósito ilícito de procurarse una cosa u obtener un lucro indebido. -

(30)

Por otra parte, el aspecto negativo de la culpabilidad,-

---

(30) Carrancá y Trujillo, Raúl y otro. Código Penal Anotado, pp. 888-889.

nos dice Jiménez de Asúa -escribe Castellanos Tena- que consiste en la absolucíon del sujeto en el juicio de reproche. - (31) Esto porque la culpabilidad supone la presencia de conocimiento y voluntad del delincuente; la falta de cualquiera - de estos elementos impide el nacimiento de la culpabilidad y por ello, el delito no se integra. La ausencia de culpabilidad es llamada por la doctrina inculpabilidad, y sus causas son: el error y la no exigibilidad de otra conducta.

El error consiste en el conocimiento inexacto o el concepto equivocado que se tiene de la realidad; falta en él la adecuación entre la realidad y lo que el sujeto cree que es - la realidad.

El error se divide a su vez en error de hecho y en error de derecho; el primero, además, se clasifica en esencial y accidental; asimismo el accidental abarca: aberratio ictus, - aberratio in persona y aberratio delicti. (32)

El error de derecho no ha sido plenamente aceptado en - nuestro medio, ya que no produce efectos de eximente, porque el inexacto conocimiento de la ley a nadie aprovecha, en virtud a la presunción de que todos conocen la ley.

Sin embargo, nuestro Código Penal en su artículo 59 bis,

---

(31) Ibidem, Pág. 257

(32) Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 259

en relación al error de derecho, dispone que: "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso". Lo que significa que se establece una modificativa favorable, atenuante de la pena, es decir, no es una excluyente de responsabilidad.

El error de hecho esencial es aquél en el que el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. (33)

Pero, para que el error de hecho esencial produzca una exigente de responsabilidad, se requiere, además, que éste sea invencible, es decir, que el sujeto en razón a las circunstancias que concurren con su acción u omisión, está materialmente imposibilitado de superar el falso concepto que tiene sobre una determinada realidad; por lo que si tal error es vencible dejará subsistente todavía un delito culposo, haciendo imposible el delito doloso.

Por último, el error accidental es aquél que no recae so

---

(33) Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 260

bre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias, - que por ello deja subsistente el delito, y, por tanto, la culpabilidad del agente.

Ahora bien, la práctica ha demostrado que con relativa - frecuencia se actúa bajo un error de hecho, por lo que en estos casos concretos debe tenerse cuidado para determinar, sin duda alguna, si el sujeto es o no culpable, según que el - error reúna los caracteres señalados.

Es evidente, entonces, que tratándose del delito de liberamiento de cheques sin fondos, funciona el error de hecho, esencial e invencible, como una causa de inculpabilidad. Por ejemplo en el caso del que suscribe el cheque creyendo que te nía fondos suficientes, cause con su acción el resultado exigido por el tipo penal, en virtud de que un tercero, habiendo librado previamente un cheque falsificando la firma del titular de la cuenta, que haya sustraído ilegalmente del talonario, haciendo así un retiro fraudulento de fondos, dejando de esta manera la cuenta sin la provisión necesaria para el pago del documento librado. En este ejemplo el librador no habría actuado con dolo, ya que faltaría el elemento interno del mis mo; habría ausencia de representación del hecho y la ilicitud del mismo, a pesar de que existe voluntad de librar, no hay - voluntad de causación del ilícito.

Por lo que se refiere a la otra causa de inculpabilidad,

es decir, a la no exigibilidad de otra conducta que se presenta cuando el sujeto realiza una conducta típicamente antijurídica en condiciones tales que se considera inexistente la posibilidad de optar por otra conducta. Para algunos autores es una causa de inculpabilidad, y para otros la motivación de una excusa, la cual, dejando subsistente el carácter delictivo del acto excluye la pena.

Las especies de no exigibilidad de otra conducta son: la vis compulsiva o violencia moral, el estado de necesidad y la obediencia jerárquico legítima, las cuales encontraremos establecidas en el artículo 15 del Código Penal.

En efecto, el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando el agente no cuente con otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance, en otros términos es una situación en la cual el sujeto obra coaccionado moralmente por un tercero y su voluntad se encamina a la causación de un daño, o bien a la realización de una conducta peligrosa nociva al Derecho.

Es preciso señalar que esta causa de inculpabilidad puede operar en el delito de libramiento de cheques sin fondos, cuando una persona libra un cheque bajo coacción moral, bajo la amenaza de un mal inminente y grave, como lo sería el hecho de apuntarle con una pistola y anticiparle un daño si no

firma el documento, se demuestra en esta hipótesis que se conjugan los elementos intelectual y emocional del dolo, sin embargo, el sujeto no es culpable en razón de que el ordenamiento jurídico no puede exigirle otro proceder distinto.

Por lo que se refiere al estado de necesidad, que opera como causa de justificación cuando el bien lesionado es de la misma entidad al salvado para superar el estado de peligro, - ya que si los bienes son desiguales, sólo cuando el sacrificio sea el de menor entidad, se integrará esta causa de justificación. Sin embargo, algunos autores, el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en razón de la no exigibilidad de otra conducta; pero para otros, debe existir un perdón o una excusa, criterio que comparte el maestro Castellanos Tena, pues el Estado no puede exigir el heroísmo. (34)

Haciendo una correcta interpretación de la fracción IV - del artículo 15 del Código Penal se puede observar que el estado de necesidad funciona igualmente en el delito de libramiento de cheques sin fondos, en virtud de que su redacción - no limita el alcance del ejercicio del derecho, que tiene el sujeto para superar el peligro, a únicamente aquellos casos - en que el bien lesionado es de la misma entidad.

Por último, el librar un cheque en acatamiento de una -

---

(34) Ibidem, pp. 272-273

orden del superior legítimo en el orden jerárquico, funcionará como un caso de error de hecho cuando el sujeto ignora la carencia de fondos y la orden no es notoriamente ilícita, caso regulado en la fracción VII del citado artículo 15 del Código Penal, pero será causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta, cuando el librador, sabiendo la ilicitud de la orden, por tener conocimiento de la falta de provisión y conciencia de la ilicitud del hecho, no haya podido obrar de distinta manera en virtud de carecer de poder de inspección. (35)

#### 7.- La Punibilidad y las Excusas Absolutorias

El maestro Castellanos Tena expresa que la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. Sigue diciendo el citado autor que, también se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores -

---

(35) González Bustamante, Op. Cit. Pág. 171

de ciertas normas jurídicas (ejercicio del jus puniendi); -- igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes. (36)

Ahora bien, para efectos de la penalidad en el delito de libramiento de cheques sin fondos debe atenderse a la establecida para el fraude genérico, en virtud a que el artículo 387 del Código Penal, en el cual como ya se dijo, se encuentra incluido este ilícito, establece que las penas señaladas en el artículo anterior serán aplicadas a los casos que en dicho precepto legal se regulan; siendo que el artículo 386 del ordenamiento legal citado sigue un sistema objetivo que, atiende, para graduar la pena, al importe de lo defraudado. Así dispone que el delito de fraude se castigará con las penas siguientes: I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad; II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez pero no de quinientas veces el salario, y III. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

---

(36) Ibidem, Pág. 275

Sin pretender tomar posición alguna sobre la vieja discusión de si la punibilidad, es o no elemento integral del delito, se puede estimar que las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad, por constituir una remisión legal de la pena.

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden que se aplique la pena. En virtud de razones de política criminal el legislador puede pensar que es más perjudicial para la sociedad penar una conducta que no hacerlo; la más caracterizada de las excusas absolutorias se presenta en los delitos contra el patrimonio, y por tanto el fraude, cuando se comete entre parientes dentro del grado establecido por la ley; la razón de esta causa de impunidad se encuentra en el deseo del Estado de fortalecer los vínculos familiares, que se verían debilitados al instaurarse una causa criminal contra el padre por denuncia del hijo o viceversa.

En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito: Conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, son inalterables; ya que solo excluye la posibilidad de punición. (37)

De la redacción del artículo 299 bis del Código Penal se

---

(37) Castellanos Tena, Op. Cit. pp. 278-279

desprende que en el delito de libramiento de cheques sin fondos sí opera la excusa absolutoria en el caso de que éste se lleve a cabo entre parientes, ya sean consanguíneos o afines, dentro de los grados establecidos por este mismo artículo.

#### **8.- Las Formas de Aparición del Delito**

El delito de libramiento de cheques sin fondos, como todo delito tiene un iter criminis (camino del crimen) es decir, un camino que se inicia con la idea o tentación en la mente, - hasta su terminación.

La fase interna del delito la integran tres etapas o períodos a saber: A) La idea criminosa o ideación; B) Deliberación; C) Resolución.

A) La idea criminosa o ideación es el momento en que surge en la mente humana la idea de delinquir, que puede ser aceptada o rechazada por el sujeto. Si el agente la acoge, - persiste como idea fija en su mente y a partir de esto puede surgir la deliberación.

En el delito de libramiento de cheques sin fondos esta etapa de la fase interna aparece cuando el librador del cheque tiene la idea de suscribir el documento.

B) La deliberación consiste en la meditación sobre la

idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas mortales, religiosas y sociales inhibitorias. (38)

C) La resolución es la etapa a la que pertenece el pro pósito y el consentimiento de delinquir. El agente, una vez que pensó lo que va a hacer, determina llevar a cabo su afán de perpetrar el delito; sin embargo, su voluntad, aunque fija, no ha sido exteriorizada, ya que sólo es una intención en la mente, en otras palabras, es la victoria terminante en la men te del sujeto, de concebir la verificación de la conducta - criminal.

Por lo que se refiere a la fase externa del iter criminis, se dice que es el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. Esta frase comprende: una resolución manifiesta, actos de preparación y un proceso ejecutivo, que como ya se dijo termina en la consumación.

En el delito de libramiento de cheques sin fondos, esta fase se concluye con el puro acto ejecutivo de librar, es de cir, que en tal delito no hay punición de la exteriorizada - resolución de librar y el proceso ejecutivo queda reducido a

---

(38) Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 284

una sola acción del sujeto del delito. (39)

En cuanto a la tentativa, que se dice es un delito imperfecto o la ejecución incompleta de un delito, por faltar en él la consumación, pues al haber quedado imperfecta la acción, o bien siendo esta perfecta no se consiguió el efecto deseado a causa de un impedimento imprevisto, exige, por su naturaleza, un proceso de ejecución, una sucesión de actos ejecutivos del delito.

Entendiéndose, entonces, por tentativa, como la realización integral de todos o de algunos de los actos ejecutivos encaminados a la consumación de un delito, si este no se realiza por causas ajenas a la voluntad del delincuente.

Ahora bien, en el delito de libramiento de cheques sin fondos no puede admitirse la tentativa, en virtud a que en las hipótesis previstas en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal no existe un proceso ejecutivo, pues el sujeto agota su actividad con el acto único de librar aunque éste por sí mismo, no agota la acción en virtud de la necesaria concurrencia del acto complementario del tomador, identificado con la presentación del cheque ante la institución librada, toda vez de que este complemento es el que va a motivar el rechazo del pago por la carencia de fondos, en realidad no se -

---

(39) González Bustamante, Op. Cit. Pág. 183

han verificado actos anteriores, por parte del librador, que sean de naturaleza ejecutiva y que, por su dirección unívoca y su manifiesta idoneidad en la producción del resultado, integran una tentativa punible.

Otra de las formas en que puede aparecer el delito de libramiento de cheques sin fondos es la coparticipación, cuando el tomador del cheque conviene expresamente con el librador - en desvirtuar la naturaleza de orden incondicional de pago de cheque, lo recibe a sabiendas de la carencia de fondos o la inexistencia de cuenta del librador en la institución librada, pues ambos se colocan como coautores del delito, uno en el plano material y el otro en el intelectual.

Asimismo existe autoría intelectual del tomador cuando - instigue, proponga o compela a otro a librar un cheque, a sabiendas sobre la carencia de fondos, pues en todas esas especies de la autoría moral surge con precisión meridiana la voluntad de delinquir que se expresa en el plano material mediante la actuación del librador, quien podrá no ser responsable según la situación concreta que se examina, como el caso de haber sido compelido mediante la violencia de realizar la acción, en cuyo caso lo ampara una causa de inculpabilidad - (coacción moral o bis compulsiva), lo que coloca al autor intelectual como autor mediato. (40)

---

(40) González Bustamante, Op. Cit. pp. 185-186

por último, tenemos el caso del delito continuado, forma que también puede tomar el delito del libramiento de cheques sin fondos, cuando un sujeto libra varios cheques, a cargo de una misma persona, en acciones distintas, los cuales al ser presentados a cobro no son pagados por causa imputable al librador; pues en esta hipótesis existe una pluralidad de acciones y de resultados, con un mismo propósito delictivo e identidad en la lesión jurídica.

## CONCLUSIONES

- 1.- La insolvencia del deudor surge cuando sus obligaciones superan su activo, y, por lo tanto, el actuario está imposibilitado para trabar el embargo en su contra, ya que no encuentra bienes suficientes, o no los encuentra para tal fin.
- 2.- La Ley establece que el estado de insolvencia del deudor debe ser declarado por sentencia judicial. Sin embargo, para efectos de la iniciación de la Averiguación Previa correspondiente debe bastar con el acta circunstanciada que el actuario del juzgado levante en el momento de la traba de embargo.
- 3.- Cuando el tenedor del cheque obtenga sentencia favorable dentro del juicio ejecutivo mercantil, el juez, de oficio, debe ordenar el remate de los bienes embargados y con su producto hacer el pago de la suerte principal y de sus accesorios al acreedor.
- 4.- Siendo el cheque el título de crédito de mayor circulación en nuestro tiempo y dada la utilidad que tiene en la actividad comercial como medio de pago, nuestro Derecho lo dotó de una sanción penal en el caso de que dicho documento sea librado sin provisión, con provisión insuficiente o sin contar con la autorización del librado.

- 5.- El elemento objetivo del delito del libramiento de cheques sin fondos, consiste en un hacer positivo del agente, es decir, en la acción de librar el cheque contra una cuenta bancaria, a sabiendas de que no ha de ser pagado por el librado a su presentación; y que con dicha conducta se procura ilícitamente de una cosa u obtiene un lucro indebido.
- 6.- El delito de libramiento de cheques sin fondos puede aparecer en coparticipación y/o como delito continuado.
- 7.- Antes de iniciar una Averiguación Previa es necesario que el Ministerio Público recomiende al tenedor de un cheque que fue librado sin fondos, que exija su pago judicialmente, es decir, a través de un juicio ejecutivo mercantil.
- 8.- Sería conveniente que el delito de libramiento de cheques sin fondos se persiga por querella de parte agraviada, en virtud de que cuando el librador repare el daño causado, que es lo que más le interesa al beneficiario del cheque en este tipo de delitos, y previo otorgamiento de perdón por parte de éste, el asunto sea sobreseído.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Arellano García, Carlos. Práctica forense mercantil. 5a. ed. México, Ed. Porrúa, 1991, 1001 pp.
- 2.- Arellano García, Carlos. Procedimientos civiles especiales. 1ra. ed., México, Ed. Porrúa, 1987, 459 pp.
- 3.- Arroyo Alba, Francisco. Estudio sociológico-jurídico sobre el delito de fraude. 1ra. ed., México, UNAM, 1962, - 300 pp.
- 4.- Bajo Fernández, Miguel. Manual de derecho penal (parte especial: delitos patrimoniales y económicos). 2a. ed., - Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, 472 pp.
- 5.- Becerra Bautista, José. El cheque sin fondos: su aspecto constitucional, mercantil y penal. 1ra. ed., México, - JUS, 1944, 234 pp.
- 6.- Beteta, Armando F. El delito de expedición de cheques sin fondos. Tesis, México, 1962, 130 pp.
- 7.- Cabrillac, Henry. El cheque y la transferencia. Traduc.- Antonio Reverte, 4a. ed., Madrid, Ed. Reus, 1969, 251 pp.
- 8.- Carrancá y Trujillo, Raúl y otro. Código Penal anotado. - 15a. ed., México, Ed. Porrúa, 1990, 993 pp.
- 9.- Carrancá y Trujillo, Raúl y otro. Derecho Penal Mexicano. 26a. ed., México, Ed. Porrúa, 1988, 986 pp.
- 10.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho penal. 23va. ed., México, Ed. Porrúa, 1986, 359 pp.
- 11.- Cervantes Ahuamda, Raúl. Títulos y operaciones de crédito. 24va. ed., México, Ed. Herrero, 1988, 485 pp.
- 12.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Vol. 2 (parte especial), 24va. ed., Barcelona, Bosch, 1975, 1090 pp.

- 13.- Cuello Calón, Eugenio. La protección penal del cheque: - libramiento de cheques sin provisión. 3ra. ed., Barcelona, Bosch, 1959, 103 pp.
- 14.- Dávalos Mejía, L. Carlos. Títulos y contratos de crédito, quiebras. 3ra. ed., México, Ed. Harla, 1984, (colección - textos jurídicos universitarios), 652 pp.
- 15.- Domínguez del Río, Alfredo. La tutela penal del cheque. - 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1977, 260 pp.
- 16.- Fontañ Balestra, Carlos. Tratado de derecho penal. Tomo - VI (parte especial), 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990. 521 pp.
- 17.- González Bustamante, Juan José. El cheque. 4a. ed., México, Ed. Porrúa. 1983. 203 pp.
- 18.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. - 23va. ed., México, Ed. Porrúa, 1986, 469 pp.
- 19.- González de la Vega, Francisco. El Código Penal comentado 9a. ed., México, Ed. Porrúa, 1989, 539 pp.
- 20.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV, - 6a. ed., México, Ed. Porrúa, 1986, 409 pp.
- 21.- Maggiore, Guisepppe. Derecho Penal. Traduc. José J. Ortega Torres, Vol. V, 4a. ed., Bogotá, Ed. Temis, 1972, 535 pp.
- 22.- Medina Ponce, Tomás. El cheque: algunos aspectos jurídicos. 1ra. ed. México, Ed. Porrúa, 1958. 106 pp.
- 23.- Obregón Heredia, Jorge. Enjuiciamiento mercantil. 1ra. - ed., México, Ed. Obregón y Heredia, 1981, 278 pp.
- 24.- Ovalle Fabela, José. Derecho procesal civil. 2a. ed., México, Ed. Harla, 1985, (colección textos jurídicos universitarios), 413 pp.
- 25.- Palacios, J. Ramón. El cheque sin fondos. 1ra. ed., México, Editores Unidos, 1974, 174 pp.

- 26.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de derecho penal (parte especial: robo, abuso de confianza y fraude). 5a.-ed., México, Ed. Porrúa, 1982, 254 pp.
- 27.- Pérez Gil y S., José. El cheque sin fondos. Tesis, México 1945, 57pp.
- 28.- Pina Vara, Rafael de. Teoría y práctica del cheque. 3ra.-ed., México, Ed. Porrúa, 1984, 474 pp.
- 29.- Solanes Oviedo, Antonio. El fraude en la legislación mexicana. Tesis, México, 1963, 150 pp.
- 30.- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino. Tomo IV, 4a. -ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973, -532 pp.
- 31.- Stuchiner, Theresa Berlin LL. B. Delitos y Penas en los - Estados Unidos. Traduc. Fernando Díaz Palos, Barcelona, - Bosch, 1975, 205 pp.
- 32.- Vela Treviño, Sergio. El tratamiento penal del cheque sin fondos. Revista de Investigaciones Jurídicas, México, Escuela Libre de Derecho, Núm. 8. 1984. año 8. pp. 835-852.
- 33.- Villegas Rico, Oscar. Aspecto civil del cheque sin provisión. Ediciones de la Facultad de Jurisprudencia de la - Universidad de Coahuila, Saltillo, 1972, 82 pp.
- 34.- Zamora Pierce, Jesús. Derecho Procesal Mercantil. 1ra. -ed., México, Ed. Cárdenas, 1977, 263 pp.
- 35.- Zamora Pierce, Jesús. El fraude en el derecho positivo mexicano, en la jurisprudencia y en la doctrina. Tesis, -- 1961, 98 pp.

**Leyes:**

**Código de Comercio**

**Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.**

**Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.**