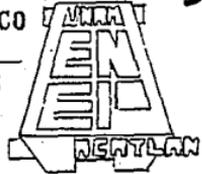


208
263



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"



EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO
DE 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 :
EMMA NEGRETE FRAGOSO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



MÉXICO, D. F.

1994



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.

DEDICO ESTA TESIS:

A DIOS

QUIEN ME HA DADO LA FORTALEZA
PARA CONTINUAR CUANDO ESTABA
A PUNTO DE DECLINAR, Y POR
QUE EL, MAS QUE NADIE SABE
DEL ESFUERZO, DEDICACION,
PREOCUPACIONES, ALEGRIA Y
ESFUERZO QUE HE PUESTO PARA
LA ELABORACION Y TERMINACION
DEL PRESENTE TRABAJO DE
TESIS, COMO UNA DE MIS METAS.

"EL FIN ES EL COMIENZO"

"ADELANTE"

A MI MADRE

MARIA SOLEDAD

POR LO QUE SINCERAMENTE ME HA DADO
Y QUE SOLO UNA MADRE PUEDE DAR:
VIDA, CONSUELO, ALEGRIA, FELICIDAD,
Y POR SU APOYO INCONDICIONAL
PARA LA REALIZACION DE MIS ESTUDIOS
POR TODO ESO Y MAS, MIL GRACIAS
MAMA.

A MI PADRE

RICARDO

POR QUE EN SU CORAZON SE
ESCONDE UN GRAN AMOR,
CARIÑO Y COMPRENSION QUE
SOLO UN PADRE PUEDE DAR.

A TODOS Y CADA UNO DE MIS HERMANOS
POR SER Y ESTAR CUANDO LOS HE
NECESITADO, Y QUIENES ESPERO
VALOREN MI ESFUERZO:
JUDITH, LUCIA ORELIA, ALEJANDRO,
OCTAVIO, LEONARDO, IVONNE, EDGARDO,
SAÚL, MIREYA Y JOSÉ RICARDO.

A MI AMIGA
YOLANDA ROSAS GONZALEZ
CON QUIEN COMPARTO UNA GRAN AMISTAD,
Y QUIEN HA ESTADO CONMIGO EN LOS
MOMENTOS MAS IMPORTANTES DE MI VIDA
DESDE QUE NOS CONOCEMOS, COMO EL
QUE COMPARTO HOY.

A MIS AMIGOS
Y TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE
DE UNA U OTRA MANERA ME HAN
BRINDADO SU APOYO Y ALIENTO
PARA LLEGAR A ESTE MOMENTO.

A LA U.N.A.M. Y E.N.E.P. ACATLAN
ASI COMO A TODOS Y CADA UNO DE
MIS PROFESORES, A QUIENES DEBO
LA "BASE DE MIS CONOCIMIENTOS Y
LA SATISFACCION DE CULMINAR UNA
DE MIS "METAS

INDICE

INDICE

INTRODUCCION

pág.
6

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGALES DEL CHEQUE

1. Edad Antigua	14
2. Edad Media	15
3. Edad Moderna	19
4. Legislación Mercantil	22
5. Legislación penal	24

CAPITULO II ANALISIS DEL CHEQUE

1. Concepto de cheque	37
2. Elementos constitutivos del cheque	41
3. Requisitos del cheque	42
4. Formas de circulación del cheque	45
5. Pago del cheque	47
6. Acciones derivadas del impago del cheque	58

C A P I T U L O I I I
ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

1. Conducta.	73
2. Tipicidad.	79
3. Antijuridicidad.	80
4. Imputabilidad.	86
5. Culpabilidad.	91
6. Punibilidad.	96

C A P I T U L O I V
ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DESCRITO
EN EL ARTICULO 387, FRACCION XXI
DEL CODIGO PENAL

1. El Acto de librar un cheque contra una cuenta bancaria.	99
2. Que sea rechazado por la Institución o Sociedad Nacional de Crédito correspondiente.	108
3. En los términos de la ley aplicable.	103
4. Tener como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.	122

C A P I T U L O V
ANALISIS DEL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO
DE LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISION
DE FONDOS

1. Derecho Penal y Bien Jurídico.	146
2. El Patrimonio como objeto jurídico de tutela penal.	170
3. La Protección Penal del cheque en México.	179
4. Jurisprudencia en relación al delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos.	186
CONCLUSIONES.	204
APENDICE. ,Ultimas' reformas al código Penal del 10 de enero del presente año.	211
1.- Artículo 7º.	
2.- Artículo 8º.	212
3.- Artículo 9º.	
4.- Artículo 15.	
5.- Artículo 17.	214
6.- Artículo 387,fracción X.	215
BIBLIOGRAFIA.	216

INTRODUCCION

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

El fin último del Derecho y muy específicamente del Derecho Penal es la de mantener la convivencia social, y su base se encuentra en la protección dispensada a los bienes esenciales para el desarrollo de la misma sociedad.

Se ha sostenido que el Derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del Estado, más tal sistematización se justifica con su fin primordial, de carácter mediato; la paz y la seguridad social.

Los intereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela o protección debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, se justifica la necesidad de utilizar al Derecho Penal.

El orden jurídico delimita las esferas de acción de cada uno de los integrantes de la sociedad; cuando hay derecho a obrar, o cuando hay derecho a exigir de los otros algo. Eleva las relaciones de la vida a relaciones jurídicas, los intereses vitales a bienes jurídicos, hace de la situación de la vida una situación de Derecho.

No hay duda de que el Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social.

El criterio de "última ratio" es uno de los principios básicos del Derecho Penal, el cual parece encontrar un gran consenso en la época actual. Sin embargo no es el que ha imperado en nuestro sistema donde se ha exacerbado el intervencionismo penal. Este principio en torno a los bienes jurídicos resulta fundamental, por que estos constituyen la razón sustancial de la intervención penal y en consecuencia, un eje directriz de la política criminal de nuestro país.

El aumento del espacio controlado o intervencionismo penal no corresponde solamente a la mayor complejidad y dimensión de la sociedad (fraudes informáticos, delitos en genética, con el uso de la energía nuclear, entre otros), sino que refleja también una tendencia autoritaria.

Hay otros casos en los que claramente se evidencia un problema social de fondo, como la miseria, el desempleo, la falta de vivienda, problemas de salud y otros que al no ser resueltos, se enfrentarán con un dispositivo penal, es decir, represivamente. Con el advenimiento de los regímenes de la seguridad nacional la multiplicación de las incriminaciones se disparan. Esto nos permite mostrar el fenómeno de deslizamiento del intervencionismo

penal. Intervencionismo que a despecho de un modelo liberal clásico, evidencia que la agudización de la crisis social exige una acentuación del control penal sobre los marginados y además sobre los inconformes. De allí la reclamación de los juristas de asignar al Derecho Penal el rol de "última ratio".

En definitiva la única razón que puede justificar la intervención del estado, a través del Derecho Penal, es la protección de la sociedad; en otras palabras la protección de la convivencia humana de la sociedad. Pero esta función protectora no es una actividad exclusiva del Derecho Penal, sino que corresponde también a otras ramas del ordenamiento jurídico y al propio orden social como tal.

El Derecho Penal debe estar orientado por el principio de intervención mínima, ya que su actuación en la esfera de los derechos de la persona es la más grave que permite el ordenamiento jurídico del país, por consiguiente el Derecho Penal solo debe intervenir en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, y siempre que resulten insuficientes otros medios protectores derivados del orden social y de las demás ramas del ordenamiento jurídico. En el mismo instante en que esas medidas sean bastantes para conseguir la función protectora, debe prescindirse del Derecho Penal, tal es el objetivo del análisis en el presente trabajo.

Evidentemente un bien jurídico tienen su soporte ontológico

en un bien a secas, y un bien es todo aquello que sirve para satisfacer una necesidad humana. Su elevación a la categoría de jurídico supone indicarnos el rango social de ese bien. Por lo tanto estamos en presencia de un bien jurídico penal, cuando ese bien resulta indispensable para una armónica y adecuada convivencia social.

Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico.

Así vemos que la tutela penal del patrimonio adquiere cada vez mayor importancia y alcance a causa del desenvolvimiento de la moderna economía. Y el patrimonio actualmente está formado tanto por créditos, por derechos, como por valores pecuniarios; y así mismo han surgido nuevas formas fraudulentas de enriquecimiento en perjuicio de la actividad patrimonial de los sujetos. Esto ha producido como secuencia lógica la amplitud operada modernamente en el delito de fraude.

Los delitos patrimoniales señalados en el título vigésimo segundo de nuestra ley penal, tutela el mismo bien jurídico, sin embargo los contornos y perfiles de cada uno de estos delitos han sido trazados por las diversas peculiaridades y circunstancias que los caracteriza y conforma su autónoma individualidad.

Considero apropiado que el estudio de un tipo jurídico penal se realice con el análisis del bien jurídico en él protegido. Bien jurídico es un interés particular o colectivo, especialmente valioso para la sociedad y cuya conservación garantiza al Estado. Se trata de un concepto, no necesariamente de un objeto perteneciente al mundo físico, que sintetiza el fin de cada precepto y sirve de base para la clasificación de los delitos. Constituye por tanto, un preciado instrumento para conocer la ley penal y esclarecer su sentido.

En el presente trabajo nos abocamos al estudio del bien jurídico tutelado en el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos con apego a la dogmática jurídica Penal, después de haber realizado un estudio histórico jurídico sobre el cheque, con el objetivo de analizar la necesidad de protección por medio del Derecho Penal, del bien jurídico tutelado en el tipo penal contenido en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal Mexicano, considerando el principio de "última ratio" que rige al Derecho Penal; orientándolo por el principio de intervención mínima en aquellos casos en que otros medios no sean suficientes para proteger un bien jurídico como el patrimonio de las personas.

Toda vez que el cheque es un instrumento mercantil utilizado en las operaciones comerciales, iniciamos nuestro tema con su análisis en base a la legislación mercantil que lo regula, para posteriormente estudiar el delito previsto en la fracción XXI

del artículo 387 y finalmente hacer un análisis del bien jurídico tutelado en este tipo penal.

Lo entregamos al lector, estudiante o crítico que puedan estar o no de acuerdo con los puntos de vista que sustentamos, pero que reconocerán posiblemente la dedicación que hemos puesto al elaborar el presente trabajo de tesis, con la finalidad de contribuir humildemente a la crítica de nuestro sistema jurídico mexicano. Y obviamente con el deseo de obtener el Título de Licenciatura en Derecho.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGALES DEL CHEQUE

En el estudio del aspecto histórico del cheque encontramos que su origen es bastante incierto, se discute el lugar donde apareció por primera vez y la época en que fue empleado, encontrando en algunos casos confusión entre cheque y letra de cambio.

1. EDAD ANTIGUA.

Para algunos autores que hablan sobre la aparición del cheque y su empleo por primera vez, consideran que fue en Grecia donde se encuentra el remoto origen del cheque y concretamente en Atenas con el contrato de cambio llamado *cambium trajectium*, basado en un texto de Isócrates y que se ha definido como el contrato por el cual "yo he de dar o me obligo a dar cierta cantidad de dinero que otros se obligan a entregarme en lugar distinto" (1), es decir, el cambiista se obliga a dar determinada cantidad de dinero en un sitio convenido y el cambiario a entregar al cambiista otra cantidad en lugar distinto de aquel en que se encontraba.

(1) De Pina Vera, Rafael. Teoría y Práctica del cheque. Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1964. p. 38.

De acuerdo con los escritos hechos por Cicerón en la antigüedad era practica extendida el depositar dinero en personas de confianza a quiénes se encomendaba la custodia del dinero y quiénes en sus relaciones comerciales empleaban documentos que se conocían con el nombre de prescriptio o permutatio parecidos al cheque, pero no con las características que tiene actualmente.

Lo anterior son hipótesis rechazadas tanto por Rodríguez como por Desemo.

Siendo costumbre en la antigüedad y en especial en Grecia y Roma, depositar dinero en personas de confianza para cuando el depositante quería prestar o dar dinero a otras personas, solo bastaba dar instrucciones, para que esto se realizara, faltandole a estas instrucciones, según Bouteron, las cláusulas a la orden , palabra esencial en los cheques. (2)

Este es el motivo por el que los autores como Rodríguez y Rodríguez, entre otros, critican y rechazan la aparición del cheque en la Edad Antigua y piensan que solo es un antecedente de la letra de cambio, más no del cheque.

2. EDAD MEDIA.

Otros tratadistas consideran que fue en Italia en los siglos XVI y XVII la cuna del cheque y sostienen que las pólizas o fed-

(2) EX PINA. op. cit. p.270.

di depósito de los bancos de Nápoles, los bigletti o cédulas di cartulario de los bancos de San Jorge, de Génovasan Ambrosio el Milán, así como los Condatidi banco del banco de Veneto, son el origen del cheque. Documentos que se redactaban en forma de orden de pago o mandato que se entregaba directamente al banquero o persona determinada, con quien se tenía cierta cantidad de dinero guardado para hacer un pago, o para favorecer a un tercero, por la suma indicada en el mismo pudiendose de esta manera retirar la cantidad convenida.

De donde vemos que éstos documentos eran títulos que emitían el depositante a cargo del banco, pagadero a la vista y que se transmitían por endoso, redactados en forma de orden de pago y a favor de terceras personas, mediante el cual el banco o depositario permitía el retiro de las sumas depositadas por sus clientes.

Estudiosos del derecho coinciden en que el cheque es de origen inglés y manifiestan que su historia y desarrollo pertenece a Inglaterra, señalándola como precursora del cheque moderno, y explica que hasta la propia etimología es inglesa proviniendo del verbo tocheck, que significa cotejo o examen que hace un banquero para pagar.

El cheque nace en Inglaterra como una orden de pago a la vista girada contra un banco, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XVIII, cuando los bancos comenzaron a entregar a sus clientes los talonarios de cheques.

Otros autores por su parte consideran que la palabra cheque proviene de exchequer, que abreviándose formaba la palabra chequeo chec, y que eran mandatos de pago espedidos por los reyes ingleses a cargo de su tesorería en el siglo XII, llamandose originalmente Bill of exchequer.

También consideran que los títulos denominados Goldsmith Notes, o certificados emitidos por el gremio de los orfebres, entregado a cambio de los depósitos de valores, surgiendo por la inseguridad que existía, ya que en el año de 1640, el rey de Inglaterra Carlos I, confiscó los metales preciosos a favor de la corona en lingotes o acuñados, que se habían depositado en la casa de moneda de Londres y debido a ello los orfebres decidieron ser los que tuvieran en su poder los bienes y el oro que usaban en su propio domicilio, generalizandose la costumbre de ser los orfebres quienes custodiaban los metales preciosos y el dinero, alcanzando el papel de banqueros ya que emitían títulos denominados Goldsmith Notes y eran prácticamente billetes de banco al portador y pagaderos a la vista.

En un principio se dictaron leyes que protegían los depósitos hechos a los orfebres, pero en el año de 1742 se dictó una ley que prohibía la creación de los bancos privados, fundados por los orfebres, terminando así con los Goldsmith Notes y apareciendo en su

lugar los cheques que emitía el banco de Inglaterra (fundado en 1764) quienes en lugar de entregar billetes pagaderos a la vista a sus clientes, por los depósitos efectuados, idearon el recurso de abandonar en sus cuentas el importe de los fondos depositados por la clientela autorizándolos a girar sobre ellos.

Se sostiene que el cheque actual tuvo su origen en Bélgica, punto de vista que los ciudadanos de este país defienden, diciendo que a ellos corresponde la primacia en el uso de este documento y afirman que se usaban en Ambers, bajo el nombre de Bewijs, y que en Inglaterra en época de la Reina Isabel I, se mandaron a Ambers banqueros, para que estudiaran el funcionamiento y mecanismo de los Bewijs, y así poderlos introducirlos a su país.

En Francia, los judíos utilizaron unos documentos redactados concisamente, para recuperar su dinero y los efectos que dejaron estos al ser expulsados de este país durante el reinado de Dagoberto I, (año 640), Felipe Augusto (1182) y Felipe el Largo (año 1316), valores que habían dejado en poder de sus amigos y que por medio de dichos documentos reclamaban la entrega depositada, por lo que se considera que estos títulos pueden tomarse como antecedentes del cheque.

3. EDAD MODERNA.

No es sino hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando el cheque penetra en las distintas legislaciones nacionales.

El primer país que legisla en forma orgánica en materia de cheque es Francia, en la ley de 14 de junio de 1865, imitando la práctica inglesa. Dicha ley fue adicionada y modificada posteriormente por la ley del 19 de febrero de 1874, la del 30 de diciembre de 1911, (que regulo el cheque cruzado), 26 de enero de 1917, 2 de agosto de 1917 (que estableció sanción penal a la emisión de cheques sin provisión) y 12 de agosto de 1926, principalmente.

"La ley del 14 de junio de 1865, fué derogada por el decreto ley del 30 de octubre de 1935, que introdujo en Francia las disposiciones de la ley uniforme en materia de cheque aprobada en Ginebra el 19 de marzo de 1931, posteriormente fué adicionada y modificada por decreto ley del 24 de mayo de 1938 y por las leyes del 14 febrero de 1942, 1 de febrero de 1943, 31 de enero de 1944 y 28 de mayo de 1947. Con especial atención mencionamos las leyes de 28 de febrero de 1941 sobre cheque certificado la ley del 22 de octubre de 1940 que hace obligatorio el pago o cheque o transferencia de determinados créditos"(3).

(3) DE PINA. op. cit. p. 51.

"El 20 de junio de 1873, se promulga en Bélgica la primera ley sobre el cheque modificada y adicionada posteriormente por las del 31 de mayo de 1919 (cheque cruzado), 19 de abril de 1924 y 25 de marzo de 1939."(4).

El Código Federal de las obligaciones creado en Suiza en 1981, regula ya el cheque y por ley de 18 de diciembre de 1936, la legislación Suiza adopto la regulación uniforme de Ginebra.

"El 18 de agosto de 1882, en Inglaterra se dicta el Act to codify the Law relating to Bills of Exchange, cheques and Promissory Notes (Bills of Exchange Act, 1882). Las leyes inglesas de 1855 y de 1858, habían regulado ya aspectos fiscales relacionados con el cheque y, en forma orgánica, lo había hecho la ley de 15 de agosto de 1876." (5).

Posteriormente la Bills of exchange (crossed cheques) acta del 4 de agosto de 1906, la Bills of exchange (time of Noting) acta del 4 de noviembre de 1917, por la Bills exchange act (1882) Ammendment Act 1932, y por la Cheques Act, 1957.

(4) DE PINA. *op. cit.* p. 62.

(5) *Idem.* *op. cit.* p.64.

En Italia, el cheque fué regulado por primera vez el 2 de abril de 1882 en el Código de Comercio. Por decreto real de 21 de diciembre de 1933, adopta como ley interna las disposiciones de la Ley Uniforme de Ginebra sobre el cheque.

En España, el cheque nació a la vida legal con la promulgación del Código de Comercio de 22 de agosto de 1885, y en la Exposición de motivos de dicho Código, se expresa que "los fines económicos que se persiguen con el uso de los cheques en los países en que estos documentos eran desconocidos, son: poner en circulación el numero metálico o fiduciario que pendiente de inversión conservan los particulares improductivo en sus cajas, con ventajas para éstos y para la riqueza general del país, y disminuir el trasiego de moneda metálica o fiduciaria dentro de la misma población o de una plaza a otra, ya haciendo las veces de billete de banco, ya favoreciendo la liquidación de créditos ciertos o efectivos que tengan entre sí varios comerciantes o banqueros compensándose mutuamente los cheques expedidos a favor de uno con los que resulten girados contra el mismo por la mediación de ciertas oficinas o establecimientos creados al efecto". (6)

En México, regularon el cheque, sucesivamente los Códigos de Comercio de 15 de abril de 1884 y de 15 de septiembre de 1889 y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 26 de agosto de 1932 (vigente).

4. LEGISLACION MERCANTIL.

El cheque aparece en México en la segunda mitad del siglo XIX, cuando inician sus operaciones el Banco de Londres, México y Sudamérica (fundado en 1864).

El cheque fué regulado por primera vez en el Código de Comercio de 15 de abril de 1884 en sus artículos del 918 al 929. Posteriormente el Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889, en sus artículos 552 al 563, no hizo sino reproducir las disposiciones del anterior, la cantidad de dinero disponible en poder de un comerciante o de un establecimiento de crédito, puede disponer de ella a favor propio o de un tercero, mediante un mandato de pago llamado cheque". (7)

En esta reglamentación a que nos referimos anteriormente, se dió la influencia de la ley francesa de 14 de junio de 1865 y del Código de Comercio italiano de 1882, este último influye más en cuanto a la adaptación de un sistema mixto en la cantidad del librado: comerciante o banco, en contradicción con el antiguo sistema francés que no imponía calidad al librado y así mismo con el sistema inglés, de acuerdo con el cual solo pueden librarse cheques contra un banco.

(7) GONZALES. op. cit. p. 10.

Los artículos 552 al 563 del Código de Comercio de 1889, se abrogaron por el artículo tercero transitorio de la actual ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 26 de agosto de 1932, la cual regula los distintos aspectos del cheque en sus artículos del 175 al 207.

Los redactores de nuestra ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tomando en cuenta los principios básicos de nuestro sistema jurídico y la realidad mexicana, experimentó la influencia de doctrinas y leyes ajenas, tales como la ley Uniforme sobre el cheque, aprobada en Ginebra el 19 de marzo de 1931, según señalan varios autores.

Así mismo la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, explica su orientación e influencia y dice: "en su formación se ha procurado, evitar en cuanto esto es factible, consagrar conclusiones que no salen aún del ámbito de la dogmática pura y, sin olvidar nuestro sistema jurídico general y nuestras necesidades, se ha aprovechado el caudaloso material acumulado sobre el particular en la legislación comercial extranjera, en numerosos proyectos de revisión de la misma, en la doctrina y en resultados de conferencias internacionales sobre la materia que es, por su propia naturaleza, de las más propicias a la creación de formas comunes, por que sirve el objeto fundamental de facilitar las relaciones económicas, que cada día se ciñen menos a las fronteras nacionales, para volverse, más patentemente, un fenómeno universal". (8)

(8) GONZALES. op. cit. p. 87.

5. LEGISLACION PENAL.

Ya hemos dicho que el empleo del cheque en las transacciones mercantiles y bancarias en nuestro país era casi desconocido, en el curso del siglo pasado por primera vez se le menciona en el Código de Comercio de 1884 que lo define como un mandato de pago que puede girarse a un comerciante o a un establecimiento de crédito por quien tiene provisión de fondos disponibles. A ellos se debe que el Código Penal de 1871, no lo comprenda en el artículo 416, fracción IV, como lo hace con la libranza y con la letra de cambio en el Capítulo que se refiere al fraude contra la propiedad, previene dicha ley que "al que defraude a alguien alguna cantidad de dinero o cualquier otra cosa girando a favor de él, una libranza o una letra de cambio contra una persona suñesta o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarla, sufrirá las penas que corresponden al robo sin violencia". (9)

El Licenciado Don Demetrio Sodi, el más destacado comentarista de nuestra ley penal de 1871, al ocuparse del delito de fraude cometido por medio de la libranza o de la letra de cambio expresa que entre los fraudes enumerados es digno de atención especial el que aparece listado en la fracción IV: "el que se comete girando en favor supuesta o contra otra que el girador sabe que no ha de pagar. La existencia del delito se comprueba demostrandose que alguno recibió del engañado una libranza o una letra de cambio contra una persona

(9) OONALIX. op. cit. p. 36.

una suma de dinero de una sociedad o de un particular, girando a favor de aquella o de éste una letra de cambio sabiendo que no se había de pagar por el girado, por no tener fondos el girador. Como robo se castigará el fraude que se comete girando a favor de otro una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta o contra otra cuando el girador sabe que no ha de pagarlo."(10)

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. No podía el juzgador, sin quebrantar la garantía de exacta aplicación de la ley consagrada en el artículo 14 de la Constitución de 1857, imponer la sanción señalada en la fracción IV del artículo 416 correspondiente al robo simple, a quienes defrauden a alguien una cantidad de dinero tomando como medio el cheque.

Por ello en los trabajos de revisión del código Penal de 1912, José Saavedra advirtió que la ley penal de 1871, solo se refería a la libranza y a las letras de cambio y que era conveniente una reforma para que incluyera al cheque comprendiendo no solamente a quienes girasen el documento, sino también a quienes lo endosaran. "Hay que advertir que en la época en que Antonio Martínez de Castro redactó el

(10) GONZALEZ, op. cit. p. 102.

Código Penal de 1871, el cheque no era un documento conocido en nuestro país ni se empleaba en las operaciones mercantiles." (11)

Los redactores del código penal de 1929, corrigieron en el articulado las lagunas que existían en lo que se refiere al cheque y lo comprendieron entre las estafas especificadas en el artículo 1552, fracción IV, que a la letra dice:

"Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él una libranza, una letra de cambio un cheque contra una 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" y al efecto señalaron para dicho delito la sanción que corresponde al robo sin violencia.

(11) GONZALEZ, *op. cit.* p. 109.

Durante algún tiempo se estuvo aplicando dicha disposición legal a quien defraudaba a alguien empleando el cheque como medio para la comisión del delito ya sea como girador o como endosante y al entrar en vigor el código Penal de 17 de septiembre de 1931 que sustituyó al de 1929, se tipificó el delito en el artículo 386, fracción III en los términos siguientes: "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 pagarlo."

El 15 de septiembre de 1932 entró en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito promulgada por el entonces presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso de la Unión para legislar en las materias de comercio, de Derecho Procesal Mercantil y de Crédito y Moneda, por leyes de 31 de diciembre de 1931 y de 21 de enero de 1932. Dicha ley cambió sustancialmente el concepto que se tenía de 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 solo 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, ha sido autorizada por esta 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 a la vista (artículo 175); que el cheque que siempre será pagadero a la vista y que cualquier inserción en contrario, se tendrá por no puesta y que solo puede ser nominativo o al portador (art. 178 y 179).

Para robustecer la confianza del público en el empleo del cheque, se tipificó el delito de libramiento de cheques sin fondos en el artículo 193 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 20% del valor del cheque. El librador sufrirá, además, la pena del fraude si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado".

A pesar de que el legislador describió un delito especial en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyos elementos constitutivos son diferentes de los que enumera la fracción III del artículo 386 del Código penal, para el Distrito Federal antes de su

reforma, nadie fijó su atención en este nuevo delito y los Tribunales mexicanos por inercia, siguieron considerando al libramiento de cheques sin fondos como un delito de fraude de la competencia de los tribunales del Fuero Común.

Después de que los autores, litigantes y jueces, discutieron acerca de la naturaleza jurídica del artículo 193, concretamente se enfrascaron en si se trataba de un delito que , como especial derogó la fracción III del artículo 386 del Código Penal de 1931 o no, se llegó a la conclusión, por la Suprema Corte de Justicia de que el artículo 193 no derogó tal fracción del citado artículo, ya que en el caso del Código Penal forma parte del tipo el elemento Lucro y no pasa lo mismo con el artículo 193.

Así que, cuando se obtenga un lucro con la expedición del cheque habrá fraude, caso contrario si se trata de una mera orden incondicional de pago (cheque) y no se paga por causa imputable al librador se estará frente al tipo penal previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. (12)

Según decreto de 22 de diciembre de 1983, se derogó el segundo párrafo del artículo 193 de la mencionada ley mercantil y se adicionó la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal en el que se configuran los fraudes específicos, con la

(12) Bazarte Cerdan, Willebaldo. El delito de Librar Cheques sin fondos. Librería Carrillo ,Rnos. e Impresores.

México, 1980.

finalidad de que las conductas que aquí se cometan sean penalmente sancionadas cuando sirven como medio para cometer un fraude.

La exposición de motivos del decreto citado expresó: "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 toma en cuenta el propósito delictuoso del sujeto activo, ni el hecho de que se hubiese pagado ya a quien se ostenta 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 y venganzas." (13)

Así, la fracción XXI del artículo 387 dispone que serán aplicables las penas señaladas para el fraude al que libre un cheque contra una cuenta bancaria que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente en los términos de la ley aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o

(13) GONZALES, op. cit. p. 204.

sociedad respectiva o por carecer este de fondos suficientes para el pago.No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

Este artículo 387 en su fracción XXI es el precepto que nos interesa analizar en el presente trabajo para resolver nuestro planteamiento acerca del Bien Jurídico Tutelado en este tipo penal.

Es importante tener presente desde el nacimiento del cheque como instrumento mercantil, y el por que de su inclusión en la ley penal, ya que de aquí se puede partir para entender la finalidad que el legislador busca al sancionar el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos.

Adelantandonos a una mejor conclusión, vemos que el cheque es un instrumento mercantil que en México es utilizado en la práctica comercial como instrumento de pago, más al hacer práctica reiterada su uso se ve a su vez que existe la necesidad de proteger su credibilidad y la confianza del público en el uso del cheque como medio de pago, mediante una ley que lo regule. México, como en otras ocasiones, ha recibido la influencia de leyes extranjeras y en este caso así sucedió pues al regular el cheque en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito experimento la influencia de

doctrinas y leyes ajenas como la ley de Ginebra o ley Uniforme del cheque que a continuación analizamos.

El autor Beaumarchais, citado por Mario Bauche Garciadiego (14), al comentar el decreto ley del 30 de octubre de 1935 que unificó el derecho en materia del cheque en Francia, nos dice que antes que nada es interesante anotar la amplitud de ese decreto-ley en relación con la ley de 14 de junio de 1865 que vino a remplazar.

La ley de 1865 con todos los retoques que sufrió posteriormente, contaba solo con 15 artículos. El decreto-ley de 1935 fue promulgado con 67 artículos. Esta diferencia se explica señalando que "la razón de esta diferencia es que el legislador de 1865 no había resuelto un Código de Comercio sobre la letra de cambio deberían de ser aplicadas en materia de cheques en aquellos puntos que no eran objeto de una reglamentación particular". Por ejemplo, el artículo 4 de la ley de 1865 establecida que las disposiciones del Código de Comercio relativas a la garantía solidaria del girador y de los endosantes, en protección y para el ejercicio de la acción de la garantía, en materia de letras de cambio, eran aplicables a los cheques.

Por lo contrario, el decreto-ley de 1935 resuelve el conjunto de problemas que conciernen a los cheques, reproduciendo las disposiciones aplicables a la letra de cambio y asegurando así la legislación sobre el cheque de una autonomía absoluta.

(14) Operaciones Bancarias, pág. 97.

El mismo autor, Beaumarchais (15) dice, que a su parecer, existe otra razón que el solo cambio de método. En 1865 el legislador francés estaba muy influido por el sistema, inglés, que ve en el cheque una variedad de la letra de cambio: una letra de cambio pagadera a la vista y contra un banquero. Es verdad que el legislador no había admitido que el cheque podía ser librado contra no importa quien: pero habían quedado en el cheque rasgos y referencias a la letra de cambio en caso de silencio de la ley.

Esa asimilación de fondo entre la letra de cambio y el cheque, que es la base del derecho inglés en tal materia, ha sido rechazada cada vez más por Francia. Una razón es de carácter netamente fiscal, que no viene al caso mencionar. La otra es de carácter doctrinal, poniendo en relieve la naturaleza jurídica entre la letra de cambio y el cheque: la letra es un título de crédito y el cheque un medio de pago. En las conferencias internacionales sobre la unificación del derecho en materia de letra de cambio, de pagarés y del cheque, siempre se han tratado aparte de esas dos clases de títulos: si bien que, en los países del continente europeo cada uno ha desarrollado su estatuto autónomo. Inglaterra y los Estados Unidos Norteamérica permanecen fieles a su concepción y continúan viendo en el cheque una modalidad de la letra de cambio y así aumenta cada vez más el abismo entre estos dos últimos y los del continente europeo.

(15) BAUCHE. op. cit. pág. 99.

Beaumarchais, indica que, racionalmente, el cheque debe ser diferenciado de la letra de cambio y acercado al billete de cambio, y se pregunta: ¿qué es en el fondo un billete de banco, sino un cheque contra sí mismo al cual el Estado le concede ya sea el curso legal o el curso forzoso?; cheques y billetes constituyen medios de pago, mientras que la letra de cambio es un medio de crédito. (16)

Agrega, que la génesis del decreto ley del 30 de octubre de 1935 se pone manifestado en su propio título: "Decreto que unifica el derecho en materia de cheque". Es decir, que el decreto-ley es el resultado de todas las tentativas que, después de una cincuentena de años, se han hecho tendientes a la unificación del derecho en materia de letras de cambio, de pagarés y de cheques.

Se puede concebir fácilmente que la diversidad de legislaciones en materia de cheques puede traer dificultades, por que el cheque no conoce fronteras: circula de país en país lo mismo que en un país cualquiera. Se presentaban dos métodos para quitar esas dificultades: uno radical, que consistía en hacer una ley uniforme; el otro, menos eficaz, que consistía en organizar un buen sistema de conflicto de leyes.

(16) BAUCHE. *op.cit.* p. 38.

La solución más ambiciosa, la de hacer una ley uniforme, ha sido la preferencia por los juristas y economistas. Para llegar a ello, había un procedimiento bastante simple y que tenía sus ventajas: el de que todos los países adoptasen el sistema inglés. El cheque tuvo sus pruebas en Inglaterra y en todos lo que de él dependían, así como en los Estados Unidos. Tal como es, el cheque ha dado plena satisfacción a los usuarios. Si esta solución hubiera sido la mejor, ¿por qué no se logro imponer en los demás países?; por diversas razones: nacionalismo excesivo de los gobiernos y diversidad de mentalidades en las comarcas. (17)

Era evidente que ni Inglaterra ni en los Estados Unidos consentirían en modificar su legislación, por lo cual se pensó en una solución menos amplia: la unificación del derecho del cheque entre los países del continente europeo. Se obtendría un gran progreso: en lugar de una variedad casi infinita de sistemas, no habría más que dos: el sistema, a angloamericano y el sistema continental europeo.

Desde ese punto de vista se lograron progresos apreciables poco a poco, y, finalmente, se concluyó en Ginebra en 1931 un proyecto de ley uniforme que fue firmado por 25 estados y sometido a su ratificación.

(17) *Idem. op. cit. p. 99.*

Como Inglaterra y otros países permanecieron al margen de la convención y otros países manifestaron sus reservas, la cuestión de conflictos de leyes tomó una importancia extrema. Fue por ello que en Ginebra se firmó también una Convención sobre tales conflictos de leyes.

El decreto ley de 30 de octubre, en Francia, está inspirado en la ley Uniforme de Ginebra de 1931 y algunos de sus artículos son fiel transcripción de aquélla, aún cuando Francia lo adoptó a sus propias necesidades. En efecto la ley Uniforme sobre cheques de Ginebra contiene 57 artículos y el decreto-ley francés contiene 67 artículos, pero en general siguió sus lineamientos.

México fue uno de los firmantes de la Convención que contiene la ley Uniforme sobre Cheques de Ginebra, en 1931, y en consecuencia, nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el diario oficial de 27 de agosto de 1932, que entró en vigor el 15 de septiembre del mismo año, en su capítulo IV, dedicado al cheque, trató de adaptarse (con reservas) a la Ley Uniforme. Así vemos que concuerdan en lo relativo al contenido del cheque, a que debe ser girado a cargo de un banquero, que debe existir la previa provisión de fondos, que el cheque es pagadero a la vista entre otras cosas que más adelante veremos al señalar los artículos relacionados con la regulación del cheque, en el siguiente capítulo.

CAPITULO II

ANALISIS DEL CHEQUE

1. CONCEPTO DE CHEQUE.

Podemos decir que el cheque es un documento considerado título de crédito, nominativo o al portador, expedido a cargo de la institución de crédito que contiene una orden de pago a la vista.

Hay autores como es el caso de Agustín Vicente y Galla que señalan que "El cheque es un documento que bajo la forma de un mandato de pago permite retirar al librador, en su provecho ó en el de un tercero la totalidad o parte de los fondos disponibles en el lugar de su cuenta con el librado". (1)

Por su parte, el autor De Pina Vara, señala que el cheque "es un título de crédito, nominativo o al portador, que contiene la orden incondicional de pagar a la vista una suma de dinero, expedido a cargo de una institución de crédito, (S.N.C.), por quien tiene en ella fondos de los que se puede disponer en esa forma". (2)

La importancia y trascendencia de las funciones económicas del cheque derivan de su consideración de medio o instrumento de pago.

(1) De Pina Vara, Rafael. Teoría y Práctica del cheque. Tercera edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. p. 16.

(2) Idem. p. 15.

El empleo del Cheque en los pagos implica importantes ventajas en los aspectos particular y general, ya que fundamentalmente sustituye económicamente al pago en dinero (monedas metálicas o billetes de banco).

La ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no da definición alguna sobre el cheque ni no que se concreta a señalar sus requisitos y presupuestos.

Así, el art. 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice que el cheque sólo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito; también expresa que la autorización para librar cheques, se entenderá concedida por el solo hecho de que la institución de crédito proporcione al librador, esqueletos especiales para la expedición de los mismos.

El autor Cervantes Ahumada nos señala una definición sobre el cheque. Al referirse a éste, habla del contrato de cuenta de cheques diciendo que, en consecuencia de éste, el banco se obliga a recibir dinero de su cuentahabientes, 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, y que los bancos al recibir dinero de sus clientes, utilizan los cheques.

Por su parte, La Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando menciona al cheque lo concibe como:

El cheque es una orden que da el depositante (librador), para pagar una cantidad determinada a otra persona (tenedor o beneficiario). El libramiento de un cheque no tienen más finalidad que un pago, el cual es ajeno a la idea de circulación, aunque en algunos puede entrar en circulación, y el sistema de la Ley es manifiesto en el sentido de no establecer relación legal alguna entre el beneficiario y el librado, pues todas las sanciones y el conjunto de derechos y obligaciones que emanan de la expedición de un cheque solo tiene valor entre el tenedor y el librador (artículos 183, 184 y 186 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Aún que en algunas disposiciones sobre la letra de cambio son aplicables al cheque, no puede equipararse este instrumento de pago a aquel título de crédito, por las condiciones mismas de su emisión, de su destino, que están perfectamente señalados por la ley. El cheque, como la letra de cambio, debe protestarse, pero solo con el objeto de hacer derechos contra el librador en caso de no pago y para que el portador pueda exigir el pago de su importe, al mismo librador conforme a la ley.

El artículo 190 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito hace aplicable al cheque algunas disposiciones relativas a la letra de cambio, en cuanto al pago y a las acciones que dan lugar

entre las cuales se encuentra la de los artículos 150 fracción I y III, y 151 al 156, que establecen la acción cambiaria directa y de regreso de la citada ley mercantil.

Por otra parte, aún que el artículo 186 de la ley citada impone al librado la obligación de pagar el cheque mientras tenga fondos suficientes para hacerlo, aun que no haya sido protestado en tiempo, de esta disposición no puede deducirse que esa obligación de pagar pueda ser exigida por el tenedor del cheque en la vía ejecutiva mercantil por que toda vez que el librador que ha sido autorizado por una institución bancaria para girar a su cargo, celebra un contrato de depósito cuyo objeto son los fondos que constituyen la provisión. La ley fija claramente la obligación directa entre el librador y el librado, en los términos del artículo 184. El librador celebra una obligación con el tomador, por el cual se compromete a que éste reciba el valor del cheque, y si el documento no es cubierto el tenedor puede exigir al girador el cumplimiento de la obligación; pero entre el banco librado y el tenedor no existe vínculo jurídico, entre tanto aquél no tenga a la vista el cheque aceptará o rehusará pagarlo, por las causas que deberán especificarse en el documento.

Por último aunque es aplicable al cheque el artículo 167 de la mencionada ley de Títulos que concede acción cambiaria ejecutiva contra cualquiera de los signatarios del documento, debe decirse que

como el banco librado no puede considerarse signatario del cheque, contra el mismo no concede la ley acción ejecutiva para el cobro del documento por lo que si declara que tenía en su poder fondos del librador pero no disponibles para exigirse el pago de éste en la vía ejecutiva, pues sólo procedería demandarle en la vía ordinaria la indemnización por daños y perjuicios derivada de la falta de cumplimiento del artículo 186 del ordenamiento citado.(3)

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CHEQUE.

En términos generales, señalamos a continuación los elementos constitutivos del cheque; es un documento con las características de Título de Crédito, puede ser nominativo o al portador, negociable o no negociable, quien lo suscribe es el librador, quien debe hacer el pago recibe el nombre de librado y de acuerdo con nuestra legislación mercantil, siempre deberá ser una institución de Crédito, contiene una orden de pago incondicional, el pago que haga el librado deberá ser hecho con dinero, el pago siempre deberá ser a la vista y toda mención en contrario se tendrá por no puesta, para su correcta expedición deben existir fondos y autorización del libramiento por parte de la Institución de Crédito librada.

(3) Tellez Ulica, Marco Antonio. *Jurisprudencia Mercantil Mexicana*. Tomo II, núm. 1468, Sonora, 1983. p. 749.

3. REQUISITOS DEL CHEQUE.

Mencionaremos ahora los requisitos que debe contener un cheque conforme a nuestra legislación mercantil, que están contenidos en el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que son:

I.- "*La mención de ser cheque, inserta en el texto del documento*": Debemos entender que todos los formatos o esqueletos que imprimen las instituciones bancarias para entregar a sus clientes deben decir claramente que son cheques. Además que la expresión "*inserta en el texto del documento*", se refiere específicamente, en forma clara la palabra *cheque* no puede ir fuera del texto del documento y de ser así consideramos que no estaríamos frente al título de crédito llamado cheque, sino frente a otra clase diferente de documento.

II.- "*El lugar y la fecha en que se expide*": en cuanto a la fecha podemos decir de acuerdo al artículo 15 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que podrá ser satisfecha por la persona que debió hacerlo hasta antes de su presentación para ser cobrado, y en lo que se refiere al lugar en que se expide, el artículo 177 de la misma ley indica que si no se hubiera señalado el lugar de expedición, el cheque se entenderá expedido en el domicilio del librador.

Respecto a lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis número 1991, sobre Títulos de Crédito en blanco, señala que: "Si un título de crédito no contiene todos los requisitos que establece la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los que hayan sido omitidos podrán ser satisfechos por quien en su oportunidad debió llenarlos, hasta antes de su presentación para su aceptación o para su pago, y una vez satisfechos tiene su eficacia jurídica como perfecto título de Crédito..." (Tercera Sala, Informe 1955,p.49).

III.- "La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero"; este requisito es de suma importancia, en virtud de ser la cantidad de dinero que el cheque cubre y la cual el librado deberá pagar a su presentación al beneficiario o tenedor.

IV.- "El nombre del librado": (Banco), es el nombre de la Institución de Crédito en contra de la cual se libra el cheque y tiene obligación de pagarlo al momento de su presentación.

El librado es la Institución de Crédito designada en el cheque para efectuar su pago, es el destinatario de la orden de pago contenida en el cheque.

La falta de designación del librado produce la ineficacia del documento como cheque. Este, considerado como una orden incondicional de pago requiere inevitablemente, la existencia y determinación de la persona que haya de cumplirla.

La designación del librado deberá hacerse mediante exacta referencia a su denominación social, esto es, en forma tal que se permita su individualización personal. (4)

V.- "El lugar y la época de pago"; al respecto el artículo 180 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que: "el cheque debe ser presentado para su pago en la dirección en él indicada y a falta de esa indicación debe ser en el principal establecimiento que el librado tenga en el lugar del pago".

Tampoco la omisión de éste requisito produce la invalidez del cheque, ya que el artículo 1777 de la multicitada ley, también lo suple mediante presunciones. En efecto, dispone el artículo mencionado que a falta de indicación especial, se reputará como lugar de pago el señalado junto al nombre del librado. Si se indican varios lugares se entenderá el designado en primer término y los demás se tendrán por no puestos. A falta absoluta de indicación de lugar, el cheque se reputará pagadero en el domicilio del librado..

VI.- "La firma del librador"; sin duda alguna, es éste el requisito más importante, dado que sin esta firma no hay propiamente cheque.

El librador es la persona, física o moral, autor de 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, por que lo promete.

La firma debe ser de mano propia del librador, es decir, autógrafa, manuscrita por el librador. No es indispensable que la firma sea legible.

Además, la firma debe ser la correspondiente a la depositada en poder del librado, es decir, a la que aparece en los registros del banco, ya que es al mismo tiempo voluntad de obligarse cambiariamente y medio de identificación.

Si se trata de cheques emitidos por personas morales, la firma corresponde a sus representantes y, constará de la denominación o razón social respectiva, de la indicación del carácter de tales representantes y de la firma autógrafa de éstos.

De acuerdo con nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el requisito de la firma autógrafa del librador no puede ser suplido en forma alguna, por un sello o por un signo por ejemplo.

4. FORMAS DE CIRCULACION DEL CHEQUE.

El cheque por ser un título de crédito esta destinado a la circulación, aunque en forma más restringida que la letra de cambio.

El artículo 179 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que el cheque puede ser nominativo o al portador, esta regla es la aplicación del principio general, contenido en el artículo 21 de la citada ley, según el cual los títulos de crédito podrán ser, según la forma de su circulación, nominativos o al portador.

Así pues, el cheque según la forma de circulación, podrá ser: a) cheque no negociable; b) cheque a la orden; c) cheque al portador.

a) *Cheque no negociable*: Es el cheque expedido a favor de una persona determinada cuyo nombre se consigna 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. Y puede tener la calidad de no negociable por voluntad del librador o por disposición expresa de la ley (art. 21 de la L.G.T.O.C.).

b) *Cheque a la orden*: Es el expedido a la orden de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento y que puede transmitirse por endoso y entrega material del título (artículos 23, 25, 26 y 179 L.G.T.O.C.).

Un cheque en el que el tomador se encuentra designado en forma nominativa se entenderá siempre extendido "a la orden", salvo inserción en su texto de las cláusulas "no a la orden" o "no negociable" (art. 25 de la L.G.T.O.C.).

c) *Cheque al portador*: Son títulos al portador, los que señala el artículo 69 de la L.G.T.O.C., que son los que no están expedidos a

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

Ahora bien, tratándose del cheque se considerará expedido al portador cuando: a) no se indique a favor de persona determinada y, además, b) cuando se expide a favor de persona determinada y contiene la cláusula "al portador", c) cuando no se indique a favor de quien se expide, ni contenga la cláusula "al portador" (art. 69 y 179 de la L.G.T.O.C.).

El cheque al portador se transmite por simple entrega, esto es, por la entrega material del título (art. 70 L.G.T.O.C.).

5. PAGO DEL CHEQUE.

El pago ordinario del cheque consiste en la entrega de una suma determinada de dinero que constituye su importe, realizada por el librado al tenedor en cumplimiento de la orden contenida en el documento.

El pago ordinario del cheque, esto es, el realizado por el librado en el momento de la presentación, extingue las obligaciones cambiarias del librador, de los endosantes y de sus avalistas, en virtud de que la promesa contenida en el mismo a quedado satisfecha.

Al propio 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 cheque celebrado entre ellos.

Así el pago ordinario del cheque, significa el fin de la vida del título y la extinción de las relaciones jurídicas establecidas entre los sujetos del mismo. El pago significa ejecución, jurídica y económica, de la función característica del cheque, medio de pago.

El pago del cheque requiere su presentación al librado para ese efecto (art. 181 de la L.G.T.O.C.); sin su presentación no es posible el pago.

El cheque, por otra parte, deberá ser pagado precisamente en el momento de su presentación al librado, es decir, el cheque es siempre pagadero a la vista (art. 178 L.G.T.O.C.).

Es incompatible con la esencia del cheque la idea de un plazo para su pago. El cheque, repetimos, es instrumento de pago y no de crédito.

Por esa razón el art. 178 de la citada ley, establece que cualquier inserción en contra del pago a la vista se tendrá por no puesta.

Así el tenedor podrá exigir el pago a la vista aún en el caso de que en el texto del documento se haya señalado otra forma de vencimiento, o aún cuando lleve como fecha de expedición una

posterior a la real (cheque postdatado). La calidad de medio de pago propia del cheque y la exigencia legal que establece como requisito de su regular emisión la previa provisión de fondos, explica la disposición legal que comentamos.

El tenedor, como hemos dicho, tiene el derecho de exigir a la vista el pago del cheque. Pero, al propio tiempo, tiene el deber de realizar la presentación para el pago dentro de los plazos establecidos legalmente, bajo la pena, en el caso de faltar a dicha obligación, de quedar sujeto a determinadas consecuencias jurídicas, que posteriormente serán examinadas.

Las razones que explican la exigencia de la presentación del cheque para su pago dentro de los plazos breves que legalmente se señalan, se desprenden de la circunstancia de que el cheque no es un documento destinado a la circulación sino a su pago inmediato. Además sería injusto obligar al librador a mantener la provisión indefinidamente en poder del librado y a disposición del tenedor, con las responsabilidades y riesgos consiguientes.

En los términos del artículo 181 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los cheques deberán presentarse para su pago:

a) Dentro de los 15 días naturales que sigan al de su fecha, si fueran pagaderos en el mismo lugar de su expedición;

b) Dentro un mes, si fueran expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional.

c) Dentro de tres meses, si fueran expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional, o si fueran expedidos en éste y pagaderos en el extranjero, siempre que en éste último caso no fijen otro plazo las leyes del lugar de su presentación.

Los plazos establecidos por el artículo 181 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se cuentan a partir del día siguiente de la fecha de su expedición.

En cuanto al lugar y sujetos de la presentación ; el cheque debe ser presentado para su pago, según establece el artículo 180 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en la dirección indicada en el mismo a falta de tal indicación debe serlo en el principal establecimiento que el librado tenga en el lugar de pago para la determinación de este último lugar, en el caso de que no estuviera expresamente indicado en el cheque, deberán aplicarse las reglas contenidas en el artículo 177 de la ley de Títulos y Operaciones de Crédito ya examinadas.

La presentación debe hacerla el tenedor o su apoderado o su representante legal.

La presentación debe hacerse al librado, pero la presentación de un cheque en cámara de compensación surte los mismos efectos que la hecha directamente al librado (art. 182 L.T.O.C.).

En cuanto a los efectos de la falta de presentación diremos que en el caso que el tenedor no presente el cheque para su pago dentro de los plazos establecidos por el artículo 181 no implica que pierda su derecho para hacerlo efectivo.

El artículo 186 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que aún cuando el cheque no haya sido presentado en tiempo, el librado debe pagarlo mientras tenga fondos suficientes para ello.

Además, si el cheque presentado fuera de los plazos legales, no es pagado, el tenedor conservará la acción cambiaria en contra del librador, salvo en el caso previsto por la fracción III del artículo 191 de la Ley General de Título y Operaciones de Crédito. Es decir, la inobservancia de los plazos de presentación no hace perder, por regla general, la acción cambiaria del tenedor en contra del librador. Sin embargo, en todo caso el ejercicio de dicha acción presupone la presentación, oportuna o inoportuna del cheque para su pago y la negativa del librado.

La presentación inoportuna del cheque para su pago, esto es, fuera de los plazos establecidos por el artículo 181 de la ley de Títulos citada, produce las siguientes consecuencias:

a) El tenedor pierde su acción de regreso en contra de los endosantes y sus avalistas (art. 191, fracción I, de la L.G.T.O.C.).

b) El tenedor perderá también su acción de regreso contra el librador y sus avalistas, si prueban que durante el término de

presentación tuvo aquél fondos suficientes en poder del librado y que el cheque dejó de pagarse por causa ajena al librador sobrevenida con posterioridad a dicho término (por ejemplo quiebra o suspensión de pagos del librado, art. 191, frac. III, L.G.T.O.C.). Esta solución encuentra su fundamento en la circunstancia de que sería injusto que el librador sufriera un daño debido a la negligencia del tenedor.

Garriguez, considera que en este caso el tenedor pierde también la acción causal, "por que al admitir el cheque como medio de satisfacer un crédito lógicamente se supone que habrá de intentar el cobro oportuno del cheque y que sólo ante el fracaso de su intento habría de revivir contra el librador la acción derivada de la obligación primitiva". (6).

c) El librador podrá revocar el cheque, impidiendo en esta forma el pago del librado. En efecto, la revocación del cheque, que no produce efecto mientras no transcurran los plazos legales de presentación, adquiere eficacia con posterioridad a los mismos; (art. 185 L.G.T.O.C.).

d) El tenedor, en caso de negativa de pago del librado, perderá el derecho a reclamar al librador la indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 193 de la L.G.T.O.C.

(6) DE PINA. op. cit. p. 221.

e) El endoso en propiedad posterior al plazo de presentación sufrirá efectos de cesión ordinaria, en tal forma que el obligado podrá oponer al endosante las excepciones personales que hubiera podido oponer en contra del endosante (art. 27 y 37 de la L.G.T.O.C.).

La obligación de pago del librado: El librado no tiene frente al tenedor obligación alguna de pagar el cheque, salvo cuando lo haya certificado. Consecuentemente, el tenedor no podrá ejercitar en contra del librado ninguna acción cambiaria o extracambiaria, para obtener el pago del cheque, ni aún en el caso de que la negativa de pago sea justificada.

Quando el librado no pague el cheque a su presentación, con justa causa o sin ella, el tenedor podrá ejercitar la acción cambiaria de regreso en contra del librador, de los endosantes o de sus avalistas.

Ahora bien, esto no significa que el librado no tiene obligación de pagar el cheque sino simplemente que no la tiene frente al tenedor.

En efecto, el librado está obligado a atender la orden de pago del librador contenida en el cheque, si se dan los presupuestos de emisión correspondientes. El art.184 de la L.G.T.O.C., establece que el que autorice a otro para expedir cheques a su cargo está obligado con él en los términos del convenio relativo, a cubrirlos hasta el

importe de las sumas que tenga a disposición del mismo, a menos que haya disposición legal expresa obligado a pagar el cheque, pero esa obligación la contrae respecto al librador.

La obligación de pago del librador es, como se observa, de naturaleza extracambiaria. No deriva del documento, del cheque, sino del contrato de depósito en cuenta de cheques celebrado entre librado y librador.

El incumplimiento de esa obligación, hace responsable al librado de los daños y perjuicios que se causen al librador. Al respecto establece el párrafo segundo del artículo 184 de la Ley de Títulos, cuando el librado se niega a pagar sin justa causa un cheque, teniendo fondos suficientes el librador, resarcirá a éste los daños y perjuicios que con ello le ocasione. Esta indemnización en ningún caso será inferior al veinte por ciento del valor del cheque. La indemnización mínima establecida legalmente deberá cubrirse en todo evento, sin necesidad de que el librador pruebe haber sufrido los daños o perjuicios ni que éstos sean consecuencia directa e inmediata de la falta de pago del cheque.

Dentro de las causas que impiden el pago del cheque diremos que el librado no debe pagar el cheque que se le presente en los casos siguientes:

a) Cuando el librador no ha constituido en su poder la suficiente provisión de fondos (art. 175 y 184 LTOC). El artículo 17, fracción VIII, de la Ley de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, prohíbe a los bancos de depósito pagar cheques en descubierto, salvo en los casos de apertura de crédito, y la fracción VII del artículo 46 bis 10 de la anterior ley señalada, contiene la misma modificación respecto a las instituciones de banca múltiple.

b) Cuando no ha autorizado, expresa o tácitamente, al librador para expedir cheques a su cargo (art. 175 y 184 LTOC); o cuando el cheque no haya sido expedido en las formas proporcionadas por el librado, cuando así se haya pactado.

c) Cuando el cheque no reúna alguno o algunos de los requisitos formales señalados por el artículo 176 de la LTOC, siempre y cuando no puedan ser suplidos por las presunciones establecidas por la propia ley.

d) Cuando la firma del librador sea notoriamente falsa o no coincida con la que obre en los registros del librado (art. 194 LTOC).

e) Cuando el cheque o alguno de los actos que consten en el mismo se encuentren notoriamente alterados (artículo 194 de la LTOC).

f) Cuando el librador le haya notificado la pérdida o subtracciones del talonario o esqueleto de cheques (art. 194 LTOC).

g) Cuando el tenedor del cheque, de acuerdo con la ley de circulación, no se encuentre legitimado para cobrarlo (art. 38,39,69 y 70 LTOC).

h) Cuando, tratándose de cheques nominativos o a la orden, no se identifica debidamente el último tenedor (art. 39 LTOC).

i) Cuando existe orden judicial en el sentido de suspender el cumplimiento de la prestación a que el cheque da derecho (arts. 45. fr. II, LTOC y 104 de LIC).

j) Cuando el cheque se encuentre prescrito (art.192 Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

k) Cuando el librador revoque el cheque en los términos del artículo 185 de la LTOC).

l) Cuando el librador haya sido declarado judicialmente en estado de quiebra, suspensión de pagos o concurso (art.188 LTOC).

El librado se obliga a atender las ordenes de pago que el librador le da. El cheque es irrevocable durante el plazo legal de presentación y el librado, mientras dicho plazo no transcurra, puede pagar el cheque aunque el librador lo haya revocado. Una vez corrido el plazo de presentación, el librador podrá revocar el cheque y el

librado tiene la obligación de atender la contraorden de pago, siendo responsable del pago si lo hace.

Al examinar los distintos requisitos formales del cheque, indicábamos que la orden de pago contenida en el mismo debía referirse necesariamente a una suma determinada de dinero.

El librado cumple su obligación de pago entregando al tenedor la suma determinada de dinero, importe del cheque.

El cheque debe ser pagado en moneda de la misma especie de la en que se constituyó la provisión (art.267 LTOC).

En el caso de que no se indique en el texto del cheque la clase de moneda en que deba pagarse, se considerará que el importe del mismo hace referencia a la unidad monetaria del lugar del pago.

6. LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CHEQUE.

La función normal del cheque queda cumplida cuando es pagado por el librado. Ahora bien, puede suceder que el librado, con o sin justa causa, rehuse total o parcialmente, el pago del cheque.

El tenedor en este caso, salvo cuando el cheque es certificado, no tiene acción en contra del librado. Este por regla general, no se encuentra obligado frente al tenedor. Su relación de pagar el cheque existe en relación con el librador, en virtud del contrato que con el mismo ha celebrado (art. 184 LTOC).

Sin embargo como hemos visto el librador, en los términos del artículo 183 de la LTOC, es responsable del pago del cheque, sin que pueda declinar esa responsabilidad en ningún caso. Además los endosantes responden también del pago del cheque, en forma solidaria a menos que se hayan librado de tal responsabilidad mediante la inserción de la cláusula "sin mi responsabilidad" o alguna equivalente (art. 34 y 90 LTOC).

En esta forma cuando el librado se niege a pagar total o parcialmente el importe del cheque, el tenedor podrá dirigirse en contra del librador, de los endosantes o de sus avalistas, esto es podrá ejercitar la acción cambiaria correspondiente.

Además, la ley permite al tenedor del cheque obtener su pago mediante otro tipo de acciones: la acción causal y la acción de enriquecimiento.

La falta total o parcial de pago del cheque por el librado debe comprobarse mediante el protesto o los actos que legalmente lo sustituyen. Así, en los términos del artículo 190 de LTOC, el cheque presentado en tiempo y no pagado por el librado debe protestarse a más tardar el segundo día hábil que siga al día de su presentación. En el caso de pago parcial el protesto se levantará por la parte no pagada.

El protesto es el acto público y solemne 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 (arts. 140 y 196 de la ley de Títulos y operaciones de Crédito).

El protesto debe levantarse en el lugar y dirección señalados en el cheque como lugar de pago. Cuando no se indica dirección deberá levantarse en el domicilio del librado y en el caso de que se desconozca el domicilio o residencia del librado, podrá practicarse el protesto en la dirección que elija el notario, corredor o autoridad política que lo levante (art. 126, 143 y 196 LTOC).

El protesto debe hacerse constar en el mismo cheque o en hoja adherida al mismo (art. 148 y 196 LTOC). No surtirá efecto de protesto el que se haga en documento separado.

Las acciones derivadas del cheque son acciones cambiarias de regreso, inclusive la que se tiene en contra del librador. Solamente existe acción directa en el caso de cheque certificado, en contra del librado.

Nuestra ley de títulos y operaciones de crédito, en la fracción III del artículo 191, califica también de acción directa a la que se ejercita en contra del librador. La acción en contra del librador puede caducar (art. 191. fr. III LTOC), lo cual es característico de las acciones de regreso. En efecto, en tanto que por no hacerse presentado o protestado el cheque en la forma y plazos previstos por la ley de Títulos y Operaciones de crédito, caducan las acciones de regreso del último tenedor en contra de los endosantes y de sus avalistas (y las acciones de regreso de los endosantes y de los avalistas entre sí), la acción cambiaria en contra del librador y sus avalistas no caduca, por regla general aún cuando el cheque no sea presentado dentro de los plazos legalmente establecidos (art. 191 LTOC). Es decir, la acción en contra del librador no se pierde por el hecho de que el cheque no se presente oportunamente para su pago ni se levante en tiempo el protesto correspondiente.

Así, el artículo 191, fr. III, de la ley en comento, dispone que la acción contra el librador y sus avalistas caduca por no haberse presentado o protestado el cheque en la forma y plazos previstos por la propia ley, cuando aquellos prueben que durante todo el término de presentación tuvo el librador fondos suficientes en poder del librado y que el cheque dejó de pagarse por causa ajena al librador

sobrevenida con posterioridad a dicho término (por ejemplo quiebra o suspensión de pagos del librado). Solamente en dicho supuesto el tenedor pierde por caducidad la acción cambiaria de regreso en contra del librador y sus avalistas.

El tenedor de la acción cambiaria derivada del cheque está delimitado por los artículos 152 y 153 de la LTOC, aplicables en lo conducente al cheque por remisión expresa del artículo 196.

El tenedor, mediante la acción cambiaria de regreso, puede reclamar al librador, a los endosantes o a sus avalistas, el pago: a) Del importe del cheque; b) De intereses moratorios al tipo legal, desde el día en que el cheque fue presentado para su pago; c) De los gastos del protesto; d) De los demás gastos legítimos; e) Del premio de cambio entre la plaza 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 el día del protesto o del pago, en la plaza donde éste se hizo o debió hacerse (art. 153, 158 y 196 LTOC).

Además, en el caso de que la acción se ejercite en contra del librador, podrá exigirse la indemnización de los daños y perjuicios con un importe mínimo del 20% del valor del cheque, si se dan los supuestos previstos por el artículo 193 de la LTOC, que son : a) Que el cheque haya sido presentado en tiempo; b) Que no haya sido pagado por causa imputable al librador.

El tenedor, en el caso de que el librado se niegue a pagar el cheque, tendrá acción para reclamar su importe al librador, endosante y avalistas mediante el ejercicio de la acción cambiaria que procede en los casos siguientes:

a) En caso de falta de pago o pago parcial; b) Cuando el librado fuera declarado en estado de quiebra (o de suspensión de pagos) (arts. 150, fr. II y III y 196 LTOC). En éste último caso la declaración del estado de quiebra o suspensión de pagos debe suceder antes del transcurso de los plazos legales de presentación, ya que si ello ocurre con posterioridad a dichos plazos, y el tenedor dentro de ellos no ha presentado el cheque y levantado el protesto correspondiente, puede verse privado de la acción cambiaria en contra del librador, en los términos de la fracción III del artículo 191 de la ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

La acción cambiaria es una acción ejecutiva. El artículo 167 de la LTOC (aplicable al cheque en lo conducente) establece que la acción cambiaria es ejecutiva por el importe del cheque y gastos accesorios, sin necesidad de que se reconozca previamente la firma del demandado. Por su parte, la fracción IV del artículo 1391 del Código de Comercio; dispone asimismo la ejecutividad del mismo.

Contra las acciones cambiarias derivadas de un cheque solamente pueden oponerse las excepciones y defensas enumeradas por el artículo 82 de la LTOC (art. 167 LTOC).

En relación con la Acción Causal señalaremos lo siguiente; generalmente, la obligación cambiaria surge en virtud de una relación civil o mercantil, que motiva la emisión o la transmisión del cheque. Es decir, la emisión o transmisión del cheque, suponen la existencia de una relación jurídica previa entre el librador y el tomador, o entre el endosante y el endosatario. "Esta relación recibe el nombre de relación causal o subyacente". (7)

El artículo 168 de LTOC (aplicable al cheque en lo conducente por remisión expresa del artículo 196), dispone que si de la relación que dió origen a la emisión o a la transmisión de cheques se deriva una acción, ésta subsistirá a pedar de aquéllas a menos que se pruebe que hubo novación. Así, es acción causal la que deriva del negocio de emisión o de transmisión del cheque.

La entrega de un cheque, como hemos visto, no produce por sí sola los efectos jurídicos de negocio. El artículo 7o de la LTOC, establece el principio general de que los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición "salvo buen cobro". Esto es, el pago mediante cheque no extingue la deuda sino hasta que el librado lo hace efectivo.

(7) DE PINA. *op. cit.* p. 270.

El cheque, no obstante su función de instrumento de pago, no se entiende dado a título de extinción definitiva de la deuda (pro soluto), sino solamente como medio de obtener el pago de parte del librado.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 163 de LTOC, la entrega de un cheque en pago no produce, salvo pacto en contrario, la novación del negocio causal o subyacente. Es decir, la obligación cambiaria derivada de la emisión o de la transmisión de un cheque no substituye jurídicamente a la obligación causal derivada de la relación que originó aquéllos actos.

Así, pues, como regla general, en caso de negativa total o parcial de pago por parte del librado, corresponderá al tenedor men contra de la persona de la cual recibió el cheque una acción causal, independientemente de las cambiarias que tenga en su contra de todos los demás obligados cambiarios.

El ejercicio de la acción causal presupone que del negocio origen de la emisión o transmisión del cheque se derive alguna acción (art. 168 LTOC). Pero puede suceder que en un caso determinado no exista acción causal. Esto último ocurre "cuando se da un cheque en pago de una obligación natural o para la realización de cualquier acto ilícito o como retribución para la ejecución del mismo".(8)

(8) Rodríguez Rodríguez. *Derecho Bancario*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. p. 254.

El cheque podrá ser cobrado; pero en defecto de pago por el banco, el tenedor nunca podrá efectuar una acción causal, puesto que la relación subyacente, como obligación natural, no concede acción.

Además, si el cheque se da con motivo de cualquier negocio jurídico que con posterioridad es declarado nulo o inexistente, o es revocable a voluntad del girador y no es pagado, no podrán invocarse acciones causales de una relación subyacente que ya no tiene eficacia jurídica.

Se requiere también que la acción derivada de la relación que dio origen a la emisión o transmisión subsista a pesar de tales actos. Es decir, es necesario que la emisión o transmisión del cheque no haya subsistido a la obligación causal o subyacente. En una palabra, que no haya sido novación.

El principio general afirma que "la novación nunca se presume, debe constar expresamente" (art. 2215 Código Civil), y que el que la invoca debe probarla (art. 168 LTOC). Por tanto, salvo prueba en contrario la acción causal persiste a pesar de la entrega del cheque.

La acción causal, en los términos del artículo 168 de la Ley de Títulos y operaciones de Crédito, debe intentarse restituyendo el cheque al demandado, y no procede sino después de que hubiere sido presentado inútilmente para su pago.

La restitución del cheque se explica en virtud del principio de que establece que el pago de un título de crédito debe hacerse contra su entrega y, además, por que el demandado que lo paga en virtud de la acción causal ejercida en su contra pueden corresponderle en contra de otro obligado en el título mismo acciones cambiarias o, también acciones de carácter causal.

La procedencia de la acción causal exige, además, que el cheque haya sido presentado inútilmente para su pago. Esto es, que el cheque haya sido presentado para su pago y que el librado lo haya negado. En este supuesto, en los términos del citado artículo 168 de la LTOC, la presentación y la negativa de pago podrán comprobarse mediante el protesto o los actos que legalmente lo substituyen (declaración del librado o certificación de la cámara de compensación) o por cualquier otro medio de prueba.

En relación con la acción causal se plantea el problema de determinar si puede ejercitarse o no cuando la acción cambiaria ha caducado. Es decir, si la caducidad de la acción cambiaria produce la pérdida de la acción causal. En iguales términos debe determinarse si la prescripción de la acción cambiaria produce el mismo efecto.

En relación con este problema el artículo 168, último párrafo, de la LTOC, dispone que si la acción cambiaria se hubiere extinguido por caducidad o prescripción, el tenedor sólo podrá ejercitar la acción causal, en caso de que haya ejercitado los actos necesarios

para que el demandado conserve las acciones que en virtud del cheque pudieren corresponderle.

La acción de enriquecimiento, es "el extremo remedio posible en el caso de falta de pago del cheque por parte del librado". (9)

Así, el artículo 169 de la ley de títulos y operaciones de crédito (en lo conducente al cheque por remisión expresa del artículo 196), establece que extinguida la acción de regreso contra el librador, el tenedor del cheque que carezca de acción causal contra este, y de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios puede exigir del librador la suma de que se haya enriquecido en su daño.

La acción de enriquecimiento ha sido definida como "la acción que compete al tenedor contra el girador, para que este no se enriquezca a su costa, cuando ya no le quede ningún otro medio legal para impedirlo". (10)

El ejercicio de la acción de enriquecimiento corresponde en forma exclusiva al tenedor del cheque y solamente puede intentarse en contra de librador (art. 169 y 196 de LTOC).

(9) Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Porrúa, S.A. México, 1985. p.235.

(10) Rodríguez Rodríguez. *Curso de Derecho Mercantil*. Porrúa, S.A. México, 1964. p. 156.

Son presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción de enriquecimiento: a) la imposibilidad del tenedor de lograr el pago del cheque mediante el ejercicio de otra acción (cambiaria o causal): b) La existencia de un enriquecimiento ilegítimo.

En este punto deben tenerse presentes en cuanto a la aplicación del artículo 169 de la LTOC al cheque, dos cuestiones: a) que la acción cambiaria contra el librador puede no caducar : y en este caso solamente podrá perderse o extinguirse por prescripción: b) que la acción cambiaria en contra del librador prescribe a los seis meses desde que concluya el plazo de presentación (art. 191, fr. III y 192, fr. I, LTOC), en tanto que la acción de enriquecimiento prescribe en un año, contado desde el día en que caduco la acción cambiaria (art. 169 LTOC). Consecuentemente en materia de cheque debe entenderse que su ejercicio procede cuando extinguida por caducidad o por prescripción la acción de regreso contra el librador, el tenedor carece además de la acción causal contra él, y que, el término de prescripción de esta acción de enriquecimiento es de un año contado a partir del día en que caducó o prescribió la acción cambiaria.

Se requiere además , que el librador se haya enriquecido en daño del tenedor (art. 169 LTOC). Debe considerarse que el librador se ha enriquecido cuando a pesar de no tener fondos disponibles (provisión) para cubrir el cheque, mediante su emisión se ha liberado de una obligación. Debe estimarse que el enriquecimiento ha sido en daño del tenedor cuando exista pérdida de acción cambiaria y carezca

de acción causal, "sin que se requiera una efectiva salida de valores del patrimonio del tenedor del cheque.

Exista en materia de enriquecimiento una diferencia importante entre los principios admitidos por la ley cambiaria y los del derecho común. De acuerdo con éstos, la acción de enriquecimiento ilegítimo supone la existencia de una relación directa entre la persona que se enriquece y el empobrecido, en tal forma que la procedencia de la acción correspondiente requiere que un valor económico determinado pase sin justa causa del patrimonio del segundo al del primero. Por el contrario en materia cambiaria "no es necesaria la inmediatez de la relación de transmisión, pudiéndose accionar contra quienes se hayan enriquecido no del actor directamente, sino de otros que hayan recibido la prestación que haya producido el enriquecimiento". (11) Es decir, el tenedor del cheque podrá ejercitar la acción de enriquecimiento aunque la prestación que enriqueció al librador no haya sido realizada por él sino por cualquiera de sus precedentes jurídicos en la tenencia.

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 el caso de pago parcial.

(11) *Idem. op. cit. p. 317*

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 girador se haya enriquecido en su daño (cantidad indeterminada), que puede ser inferior a dicho importe. "Nunca superior por que en lo más que pudo haberse enriquecido el girador, es en el valor nominal del cheque". (12)

"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 girador en daño del tenedor". (13)

Con estas acciones: cambiaria, causal y de enriquecimiento el Derecho privado garantiza y protege a los sujetos en su patrimonio en los casos que reciban un cheque en pago, que no es cubierto al momento de su presentación para su cobro ante la Institución bancaria correspondiente.

(12) DE PINA. op. cit. p. 264

(13) Ibidem. p. 321.

CAPITULO III

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

En este capítulo corresponde realizar un breve análisis de los elementos del delito en general, conforme a la dogmática jurídica que prevalece en nuestro derecho penal, para posteriormente analizar concretamente los elementos del tipo penal señalado por el artículo 387, fracción XXI que regula el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos.

No podríamos comenzar sin antes referirnos al concepto de delito en nuestro sistema jurídico penal. Se han dado diversos planteamientos entre los más destacados autores penalistas, en cuanto a la definición absoluta del delito, sin considerar el tiempo y el lugar ya que el delito tiene sus raíces en las realidades sociales y humanas que cambian según los pueblos y las épocas, con su respectiva moral y sistema jurídico político de cada país.

"Lo que podría decirse del delito así considerado es que consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico (Fessina) y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien, "que se puede decir que es la acción punible, lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera (Mezger)." (1)

(1) Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte general. Decimo sexta edición. Porrúa, S.A. México, 1988. p220.

Así, algunos estudiosos del derecho han formulado sus correspondientes definiciones, considerando al delito como: "la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); es un ente jurídico -señala Carrara- ,constituido por una relación de contradicciones entre un hecho y la ley; es una disonancia armónica, es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos,resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso; es la violación de un derecho o un deber (Tarde); "es no solamente la oposición o la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, sino la oposición al deber (Wundt Wulffen); es, "desde el ángulo histórico, toda acción que la consciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico; un orden ético y que exige una expiación consistente en la pena"(José Maggioro). (2)

Sin embargo generalmente la mayoría de los autores consideran al delito, ante todo, como una conducta humana, antijurídica, culpable, reprochable y sancionada con una pena. Por su parte nuestra ley penal define al delito en su artículo 7º como "la acción u omisión que sancionan las leyes penales".

Ahora bien, después de las anteriores definiciones dadas, podemos decir que por nuestra parte definimos al delito como una conducta violatoria de una norma jurídica penal. Podemos ver que nuestra definición se apega en mucho al concepto dado por nuestra ley

(2) CARRANCA, op. cit. p. 221.

penal y nuestro concepto se basa en el sentido de que mientras no exista una norma jurídica que considere a una conducta como delictiva esta dejará de ser delito. Es decir, si la ley penal no contiene una norma que diga que el aborto o la violación son un delito y por ello no tenga una sanción debemos entender entonces que el aborto y la violación no son delitos. Por otra parte si la ley penal contiene un precepto que señale que el que prive de la vida a otro comete un homicidio y es merecedor de una pena entonces se habla de un delito.

Queremos decir con esto que mientras en la ley penal no se defina a una conducta como delito esta no será delito. Esto lo podemos entender si pensamos en que el aborto en algunas leyes extranjeras no se considera como un delito mientras que en otras si lo es además de que aun en nuestra propia ley penal han existido conductas que se han considerado como delictivas en una época anterior y que ahora ya no son consideradas como delito por nuestra ley penal y a si mismo las conductas que anteriormente la ley penal no las incluía en sus normas jurídicas por no considerarlas delitos ahora las integra a nuestra reglamentación penal para sancionarlas por considerarlas ahora como delito.

1. CONDUCTA.

La conducta es considerada como elemento del delito, es "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito." (3)

(3) Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Vigésimoquinta edición. Porrúa, S.A. México, 1988. p. 149.

Lo primero para que exista el delito es que se produzca una conducta humana que consiste en "un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el Hombre." (4)

Al decir que es positivo, es por que consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior físico o psíquico. El negativo, consiste en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado que también causará un resultado.

La conducta, según lo señalado anteriormente, en sus aspectos positivo y negativo, la acción y la omisión son los únicos modos que se dan en la conducta inculpada (art. 7º del Código Penal).

La acción en el aspecto positivo o estricto sensu es denominada por el Código Penal como "acto" (de actus, hecho ejecutado u obrado); Castellanos Tena por su parte señala que, "que es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación." (5)

Según Cuello Calón, la acción (en sentido estricto) "es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca." (6)

(4) CARRANCA, op. cit. p. 275.

(5) CASTELLANOS, op. cit. p. 152.

(6) *Ibidem*, p. 153.

La omisión en cambio, es el aspecto negativo de la acción, consiste en un abstenerse de obrar, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. Para Cuello Calón, "la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado." (7)

La acción lato sensu se entiende para los afectos penales como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto (acto) o de una omisión.

"En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los delitos de omisión, se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una ley dispositiva". (8)

Esto es, en el acto se lleva acabo una actividad positiva, violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una condusta negativa, se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone el deber de hacer, se deja de hacer lo que se debe ejecutar.

Dentro de la omisión algunos autores distinguen la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia.

(7) *Idem.* op. cit. p. 153

(8) CARRANCA. OP. cit. P. 276.

En los delitos de simple omisión el tipo se completa con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión), es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante dejar de hacer lo que el derecho ordena.

Generalmente son considerados como elementos de la acción: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad. Por su parte Cuollo Calón señala que los elementos de la acción son: un acto de voluntad y una actividad corporal. Jiménez de Asúa considera que son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad; Mezger dice que hay un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre querer y el hacer.

Podemos ver que existe un uso de una terminología variada al señalar los elementos de la acción pero en sí se coincide en considerar generalmente que hay tres elementos en la acción: una manifestación voluntaria, un cambio en el mundo exterior y una relación entre los primeros.

Así como en la acción, en la omisión existe también una manifestación de voluntad que es traducida en un no actuar; es decir los elementos de la omisión son: a) voluntad; b) Inactividad.

La voluntad es encaminada a no efectuar la acción ordenada por la ley.

"La inactividad está íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado". (9)

En cuanto a la relación de causalidad de la acción se dice que, entre la conducta y el resultado de esa conducta ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Esto solo se entiende en los delitos que el tipo exige una mutación en el mundo exterior.

Debido al problema de determinar cuales actividades humanas deben ser consideradas como causas del resultado se han elaborado numerosas teorías en base a dos corrientes: una generalizadora y otra individualizadora, debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad". (10)

Por otra parte, se plantea que la acción es causa de un resultado, que es la "modificación del mundo exterior, el cambio sensible o perceptible por los sentidos, en los hombres o en las cosas; los delitos de resultado externo, de lesión o daño, cambio tangible y material (por ejemplo lesiones), o en la simple actividad, cambio sólo psíquico; también es resultado el peligro de cambio en los delitos de peligro, por ejemplo en abandono de personas. (11)

(9) CARRARA, op. cit. p. 267.

(10) CASTELLANOS, op. cit. p. 159.

(11) CARRARA, op. cit. p. 276.

Esto es, el resultado comprende tanto las modificaciones de orden físico como las de orden jurídico y ético, tanto las cosas materiales como los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad; es "no sólo cambio en el mundo material sino también mutación en el mundo psíquico y aun el riesgo o peligro, según Jiménez de Asúa". (12)

Entre la acción y el resultado debe hacer una relación de causa a efecto; y es causa tanto la actividad que produce inmediatamente el resultado como la que lo origina mediante, o sea por elementos penalmente inoperantes, pero cuya eficacia dañosa es aprovechada.

Tanto la acción stricto sensu (acto) como la omisión se integran por estos elementos; pero en el acto la manifestación de voluntad es siempre un movimiento muscular, mientras que en la omisión es inactividad; el resultado es en el acto cambio sensible a los sentidos y en la omisión puede serlo, pero también en la omisión la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado, precisa la existencia del deber jurídico de obrar, según Von Liszt.(13)

Hasta aquí hemos expuesto lo referente a la conducta como elemento del delito para enseguida señalar lo conducente a la tipicidad como otro elemento de este.

(12) *Ibidem.* p. 145.

(13) CASTELLANOS *op. cit.* p. 156.

2.TIPICIDAD

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito. Para que exista el delito se requiere una conducta o hecho humano; sin embargo, no toda conducta o hechos son delictuosos, es necesario que también sean típicos, antijurídicos y culpables.

En el principio de legalidad y cuando se dice "nulla poena sine lege" debe entenderse que es la ley creadora de los delitos, pues lo que ella hace es reconocer su existencia y fijar su correlativa sanción. Es incuestionable que toca sólo a la ley fijar los tipos delictivos y las sanciones.

Nuestro sistema penal adopta el principio de legalidad por tanto no esta permitido aplicar la analogía en caso de no existir pena aplicable al delito que se trate; por lo tanto no hay pena sin una ley previa.

La conducta humana debe encajar dentro de la figura del delito creada por la norma penal.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad; el tipo es la creación de la actividad legislativa del Estado, es la descripción que hace el legislador de una conducta posiblemente delictiva en una norma penal.

La "tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto" (12)

(12) CASTELLANOS. op. cit. p. 167.

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

Es entonces la adecuación de una conducta humana a la norma penal por el legislador, y como dice Fernando Castellanos, "es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley, la conciencia del comportamiento con el descrito por el legislador".

Según Mezger, "el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto". (14)

Es decir, para Mezger toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de una justificación) por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos que rigen en la vida comunitaria.

Al decir que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, se le atribuye entonces un carácter de delimitador y con importancia trascendental en el Derecho liberal, por no haber delito sin tipo penal (*nullum crimen sine lege*).

3. ANTIJURIDICIDAD

La antijuricidad es también un elemento del delito por lo que entonces una conducta para considerarse un delito debe ser típica, antijurídica, culpable y punible.

(14) JÜRGENS. *OP. cit.* P. 285.

"Es antijurídico lo que lesiona un bien tutelado y, al propio tiempo, ofende las aspiraciones de la comunidad estatal. Lesión y ofensa, es pues, el binomio que integra la esencia de lo antijurídico". (15)

Dentro de las leyes encontramos normas de cultura que son los principios esenciales de la convivencia social, regulados por el derecho como expresión de cultura, y son obligatorias por exigencia de la vida en sociedad. Mezger expresa que, "las leyes, emanación positiva del derecho, sólo son posibles con arreglo a determinados presupuestos que constituyen el total complejo de la cultura".(16)

Entendemos que la antijuricidad es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado, en la ley, o sea, aquellas órdenes y prohibiciones por las que la sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses, y la oposición a ellas constituye lo antijurídico; que en suma se entiende como "la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado". (17)

(15) Jiménez Huerta, Mariano. *La antijuricidad*. Imprenta Universitaria. México, 1952. p. 71

(16) CARRANCA. *op. cit.* p. 353.

(17) *Ibidem.* p. 353.

Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el orden jurídico, se hace posible la antijuricidad, o sea, la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico la ley el delito,

Para sancionar una conducta se le somete a un juicio de valor, a una valoración, o sea, al juicio que se propone definir si es antijurídica. Para ser inculparable la acción ha de ser antijurídica. Normativamente considerado el delito es la conducta antijurídica por cuando contradice una norma o ley cultural establecida para regular la vida en la comunidad.

"La lesión del orden objetiva de las normas jurídicas de valoración, lesión del orden objetivo del derecho, perturbación de la manifestación de voluntad reconocida y aprobada por el derecho mismo, es lo que da antijuricidad a la acción, y por que una acción es opuesta a la norma cultural, es antijurídica, sólo es antijurídica la acción que lesiona normas de cultura, reconocidas por el Estado".(18)

Este último concepto puede ampliarse; la lesión o riesgo de un bien solo será materialmente contrario al derecho cuando esté en contradicción con los fines de orden jurídico que regulan la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente legítimo, a pesar de ir dirigido contra intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico, y por

(18) Masque, Eduardo. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid, 1935.p. 342.

consiguiente a la misma convivencia humana (Von Liszt). De aquí la profunda distinción entre lo legítimo y lo legal, así como la justificación en algunos casos de acciones típicamente penales (por ejemplo legítima defensa),

Se suma a esta posición Jiménez de Asúa, cuando expresa que "lo contrario al derecho no puede ser entendido como lo contrario a la ley; detrás de la ley penal, de la sanción punitiva, más que un precepto escuetamente jurídico, reside un concepto social; aun que este criterio no se acepte por los que creen que en derecho solo tiene relevancia lo jurídico, es indubitable por ser el único que soluciona los problemas de la justificación. Como consecuencia, modernamente se trata de dar las causas de justificación mayor campo, entendiéndose que solo hay delito (antijuricidad de la acción) cuando se obra opuestamente a los fines de la convivencia humana". (19)

En nuestro derecho la estricta legalidad consagrada por el artículo 14, párrafo tercero Constitucional mira a la interpretación del precepto positivo y a su consecuencia en la aplicación de las sanciones; pero por ello mismo hacen necesario examinar la antijuridicidad de la acción como elemento del delito y presupuesto de la pena.

Por otra parte se dice lo ilícito penal, a diferencia de lo ilícito civil, engendra una pena.

La antijuricidad penal se distingue de la civil en su resultado y en su fin. "Intrinsecamente considerado acto ilícito civil para lesionar de modo principal los intereses del individuo de los grupos sobre el cual recae el acto; se dice que de modo principal, ya que las sanciones desde el punto de vista civil tiene por objeto no sólo proteger al individuo en el caso concreto, sino también defender la integridad del ordenamiento jurídico total, por lo que el acto ilícito civil puede llamarse privado, pero solamente en un sentido relativo. Por el contrario desde un punto de vista intrínseco, el acto ilícito penal representa por modo principal un daño o peligro más vasto y más intenso que el del acto ilícito civil", (20)

Es decir, el daño civil afecta intereses privados y el penal intereses sociales.

En resumen, puede entenderse que las sanciones de derecho penal se aplican con el fin de tutelar con la máxima nota coactiva de que puede disponer el Estado, ciertos bienes y derechos que se estiman esenciales para la persona, el Estado y la sociedad y para cuya tutela resulta insuficientes las sanciones de derecho privado a las de cualquiera otras ramas del derecho; y así mismo, dado el fin la reeducación del delincuente para procurar su readaptación con el fin de alcanzar un progreso individual y social.

(20) CARRANCA. op. cit. p. 421.

La acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva, es decir, la acción debe encuadrar dentro de la figura del delito creado por la norma penal positiva ya que si no hay tipicidad penal, tal acción no constituirá delito. Pero puede existir la tipicidad penal sin que exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación con las que hay tipicidad pero no antijuridicidad; por lo que el delito no tiene una sanción aplicable, por no considerarse contraria al derecho tal conducta. Por esto puede decirse así mismo que la antijuridicidad es elemento constitutivo del tipo,

Debido a la magnitud de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, si su aplicación dependiera tan sólo de la cualidad antijurídica de la acción, todas las normas del derecho en general se encontrarían protegidas por la excepcional tutela penal, con lo que otra vez la pena volvería a ser la necesaria consecuencia de todo acto ilícito.

Tal protección hace necesario que el Derecho Penal se limite así mismo mediante los tipos legales de los delitos descritos en la ley Penal.

4. IMPUTABILIDAD.

Para que la acción sea incriminable, además de antijurídica y típica ha de ser culpable. Ahora bien, para que un sujeto sea culpable debe ser imputable. "Para que un individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad". (21)

Para Meyer, la imputabilidad "es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo comportamiento del deber existente".(22)

Según Carrancá y Trujillo, será imputable "todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminable, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (23)

Se afirma comúnmente que la imputabilidad esta determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente

(21) CASTELLANOS. *op. cit.* p. 217.

(22) *Idem.* p. 218.

(23) CARRANCA. *op. cit.* p. 420.

en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales, generalmente el desarrollo mental se relaciona con la edad.

Sólo aquél que, siendo imputable en general, deba responder en concreto del hecho penal determinado que se le atribuya, es culpable. Mientras la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate.

Imputabilidad y culpabilidad concurren a integrar la responsabilidad penal; que es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado, es un juicio valorativo de reproche.

Son imputables quiénes tienen un desarrollo mental y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al momento de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado; pero solo son responsables quiénes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

Se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder concretamente del hecho ejecutado ante los tribunales. Con esto se entiende que se da la sujeción a un proceso en donde puede resultar

condenado o absuelto, según se demuestre la concurrencia o exclusión de antijuricidad o de culpabilidad en su conducta.

Por otra parte, "se Usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente, así, los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva". (24)

La responsabilidad resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

Se sostuvo durante largo tiempo como fundamento de la imputabilidad los principios del libre albedrío y de la responsabilidad moral que, era base en la Escuela Clásica al mantener que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de tal suerte que ésta no puede existir sin aquella.

La revolución positivista y filosófica, intentó cambiar en forma radical el fundamento de la responsabilidad; en primer lugar, negó el libre arbitrio y afirmó, en segundo, el determinismo de la conducta humana. La responsabilidad ya no es moral sino social. El hombre es responsable por el hecho de vivir en sociedad.

(24) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Tercera edición. Porrúa, S.A. México, 1975. p. 205

Por otra parte diremos que la imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito.

A tales acciones se les llama "libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto". "Tal es el caso de quien decide cometer un homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí, sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (desición de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad, dice Cuello Calón, el sujeto era imputable". (25)

Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, se encuentra el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquél en el que el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

(25) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Quinta edición. Bosh. Barcelona, 1940. p. 236.

Según nuestra Suprema Corte de Justicia, aun cuando se pruebe que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconsciencia de sus actos, voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad.

Ya se dijo que la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y salud mentales; la imputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. Ante todo debemos de advertir como en otros casos, tratándose de la inimputabilidad son admisibles las excluyentes legales.

Esas fórmulas legales sobre los estados de inconsciencia, se encuentran ubicadas en el artículo 15 del Código Penal, relativo a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, cuya fracción II establece: "Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencial".

En resumen un sujeto que comete una conducta típica, antijurídica, y culpable, será sujeto a una sanción penal siempre y cuando sea imputable.

5. CULPABILIDAD.

La imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para querer y entender en el campo penal; ahora corresponde, delimitado el ámbito respectivo, externar una noción sobre culpabilidad.

Siguiendo un proceso lógico de referencia, una conducta será delictuosa, no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Será considerada culpable la conducta, según Cuello Calón, "cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada". (26)

Jiménez de Asúa dice que "al llegar a la culpabilidad es donde el intérprete ha de externar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró; en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (27)

Por su parte, Forte Petit define la culpabilidad como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su

(26) CUELLO. *op. cit.* p. 230

(27) CASTELLANOS. *op. cit.* p. 234.

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 eventual, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado". (28)

Por ello, consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Para Ignacio Villalobos, "la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propio deseos, en la culpa". (29)

La culpabilidad o reprochabilidad está siempre referida a un hecho externo, a una conducta; solamente puede referirse a una conducta determinada y singular del hombre, pues no es un estado o condición más o menos permanente del individuo, sino una nota que

(28) *Idem.* p. 235

(29) DERECHO PENAL MEXICANO. Tercera edición. Porrúa. México, 1975. p. 283

recae sobre una actuación concreta; únicamente puede hablarse de culpabilidad en el sentido pena cuando se trata de hechos típicos y antijurídicos, nunca de conducta permitida por la ley.

Dos teorías ocupan el campo polémico sobre la naturaleza de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo.

Para la teoría psicologista, la culpabilidad se considera como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso. En esta teoría la culpabilidad se agota en el hecho psicológico.

Por su parte la teoría Normativa de la culpabilidad sostiene que "para que exista ésta no basta dicha relación de causalidad psíquica entre el autor y el resultado, sino que es preciso que ella de lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que traduzca en un reproche, por no haberse producido la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor". (30)

Esto es, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una

(30) CARRANCA. *op. cit.* p. 429

conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir, el deber ser jurídico.

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

Por otra parte, tanto psicólogos como normativistas, coinciden en que el delito no sólo el acto (objetivamente considerado) ha de ser contrario a derecho y por supuesto a los valores que las leyes tutelan, sino que es menester la oposición subjetiva, es decir, que el autor se encuentre también en pugna con el orden jurídico.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según 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 exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa)". (31)

Ahora, en el Código Penal (art. 8º, fr. III) se incluye la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobre pasa a la intención del sujeto.

El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

La culpa consiste en no proveer el cuidado posible y adecuado para no lesionar o en su caso evitar la lesión del bien jurídico, lesión que era previsible y previsiblemente la haya o no previsto el sujeto en el caso concreto. La idea de la culpa el sujeto no quiere y acepta la realización del hecho típico pero actúa por falta de cuidado. Por tanto podemos decir que los elementos de culpa son: a) falta de cuidado posible y adecuado, b) previsibilidad, c) previsibilidad.

Nuestro Código Penal en su artículo 8 divide a los delitos en intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales y el artículo 9 define cada una de estas tres especies: "obra intencionalmente el que conociendo las

(31) CASTELLANOS. op. cit. p. 338.

circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley"; "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen"; Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Pero al hablar de inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad. La imputabilidad y la culpabilidad deben ser parte del delito al igual que la antijuridicidad y de la tipicidad, o sea son elementos integrantes del delito.

6. PUNIBILIDAD.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la relación de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la comisión legal de aplicación de esa sanción.

Castellanos Tena, señala que "es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del *ius punendi*)". (32)

En nuestro derecho se señala al acto o a la omisión para ser delictuosos, el estar sancionados por las leyes penales (art. 7 Código Penal), lo que hace que según nuestra ley positiva por el concepto de delito se integre con el elemento "acción" como presupuesto del elemento punibilidad", que es su predicado, es decir, exige explícitamente la pena legal.

El requisito de la amenaza penal como elemento constitutivo del concepto de delito ha sido criticado por decirse que está contenido en el tipo de acción punible, antijurídica y culpable; o bien, "por que si la pena es consecuencia del delito, no puede constituir elemento integrante de él, pues todo lo que se hace es dar al delito un sello externo y distintivo de las demás acciones". (33)

El autor Ignacio Villalobos señala que la pena "es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria;

(32) CASTELLANOS. *op. cit.* p. 276.

(33) *Ibidem.* p. 277.

esto es acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad.

Por su parte Fernando Castellanos señala, "que un acto es punible por que es delito; pero no es delito por ser punible. En cambio, si es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuridicidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos, para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar es la característica, necesidad de consignar otras en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso o temible."
(34)

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

CAPITULO IV
ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO
DESCRITO EN EL ARTICULO
387 FRACCION XXI DEL CODIGO PENAL.

1. EL ACTO DE LIBRAR UN CHEQUE CONTRA UNA CUENTA BANCARIA.

Es menester referirnos a la conducta que le caracteriza a este delito, y que conforme a los elementos del delito en general la conducta es el primero que se señala en este tipo penal.

Considero importante transcribir aquí el texto legal del tipo que analizamos, contenido en el artículo 387 fracción XXI del Código Penal vigente, relativo al delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos:

"Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate.

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

Las instituciones, sociedades nacionales y organizaciones auxiliares de crédito, las de fianzas y de seguros, así como los organismos oficiales y descentralizados, autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción XIX".

Sabemos que los delitos se pueden cometer, en orden a la conducta, haciendo lo que la ley prohíbe u omitiendo lo que ella manda. Este es el concepto del artículo 7º del Código Penal al señalar que el delito "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". (1)

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

La forma omisiva es imposible y por tanto, siempre tendrá que haber el acto material del ejercicio de la acción de "librar". Por el momento diremos que la conducta de librar un cheque que es devuelto por falta de fondos suficientes para su pago no siempre encuadra con el delito descrito en el tipo, solo ocurre esto cuando el libramiento haya tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

(1) Código Penal para el Distrito Federal. Porrúa, S.A. México, 1993.

En estas condiciones la conducta (el acto de librar un cheque) es necesariamente dolosa, por que tiene que estar impregnada por la finalidad que consigna la ley. La figura de libramiento queda así integrada por el acto mismo, de sentido positivo, por el que se realiza la materialidad del librar, más la razón que genera tal comportamiento, es de contenido eminentemente doloso, e implicando el perfecto conocimiento de que esta actuando conforme al derecho.

En lo relativo a la conducta tenemos que ocuparnos también del resultado. Es sabido que en materia delictuosa, el resultado puede presentarse en dos formas destinadas en lo básico. Una de tales formas es la que se produce cuando se altera el bien jurídicamente protegido por causas de la conducta realizada; casos de esta naturaleza pueden ser el homicidio que destruye la vida previa y el daño en propiedad ajena, que modifica estructuralmente el patrimonio. El segundo caso se da cuando el bien jurídico que se pretende proteger queda expuesto a un peligro de daño que la ley trata de evitar.

En estos casos. como ocurre en el abandono de personas o el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, hay una desprotección, sin modificación del bien jurídico.

Ahora bien existen coeficientes físicos y psíquicos en la conducta, al referirnos al elemento objetivo del delito debemos tener presente que este se conforma con la conducta humana, su

resultado y el nexo de causalidad entre aquella y el resultado. Según expresa Jiménez Huerta, "la conducta consiste en la manifestación de la voluntad dirigida hacia un fin".(2) Por su parte González Bustamante estima que la conducta consiste en "en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria".(3) Tal concepto ha sido formado tomando en consideración tanto el aspecto físico del actuar del hombre, que se exterioriza en una acción o en una omisión, como el factor psíquico denominado voluntad que interviene en la expresión material de la actividad o inactividad humana. Por eso se dice que la conducta se integra con un factor físico y otro psíquico, factores a los cuales se les ha denominado también coeficientes de la conducta o de la acción, estimando este término comprensivo de las formas activa o pasiva, positiva o negativa del actuar humano.

Anteriormente manifestamos que la conducta, o sea el actuar del hombre, se encuentra dentro del tipo penal del artículo 387, fracción XXI, en el verbo librar, pues la norma se refiere al librador de un cheque y esta conducta de librar se integra con una acción; librar equivale a expedir. Expide un cheque quien en forma material firma un documento que reúna las características exigidas en el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y lo entregue a otra persona nominada o innominada. Ahora bien dicho artículo expresa que el cheque debe contener lo siguiente para ser considerado como tal:

(2) JIMÉNEZ, op. cit.

(3): op. cit. p. 34.

- I.- La mención de ser cheque inserta en el texto del documento,
- II.-El lugar y fecha en que se expide,
- III.-La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero,
- IV.-El nombre del librado,
- V.- El lugar de pago, y
- VI.-La firma del librador.

De lo anterior decimos que el librar un cheque equivale a expedir, firmando dicho documento que reúne los requisitos formales aquí señalados.

Cuando el tipo penal se refiere al cheque es indudable que da por supuesto que el documento girado reúne las características como tal, aun que de hecho el librador haya querido, de acuerdo con el tomador, quitarle la naturaleza de orden de pago. Indudablemente el artículo 387, fracción XXI, considera como cheque al documento que reúna las cualidades formales que le atribuye la propia ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, independientemente de la voluntad de las partes que intervienen en la relación mercantil (a veces sucede que girador y tomador han convenido en desvirtuar la naturaleza del cheque como orden incondicional de pago, convirtiéndolo en un simple título de crédito expedido para garantizar un adeudo, en cuyo caso el cheque será considerado como un documento crediticio según el criterio de la Procuraduría, puesto que existe un precepto legal que señala los elementos del cheque y se considera un instrumento de pago no de crédito), En este sentido consideramos que debe atenderse a la literalidad del documento y elementos.

Concretando el elemento o coeficiente físico de la conducta regulada en el tipo de la fracción XXI del artículo 387, en estudio, consiste en los simples movimientos corporales que integran la acción de librar un cheque sin provisión de fondos, el elemento psíquico es la voluntad que acompaña al movimiento corpóreo del agente, puesto que ausente aquella voluntad no podría hablarse con propiedad de conducta; la acción o la omisión involuntarias no constituyen una conducta delictiva para el derecho. Por ello la conducta en el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos, no es más que el girar el documento firmandolo voluntariamente, la voluntad no encuentra otra limitación que la propia actividad o inactividad, la acción o la omisión pues no puede rebasar el ámbito de lo puramente objetivo. No se debe decir que la voluntad en la conducta está encaminada, además de la actividad física adoptada por el sujeto, a la producción del resultado material del delito, pues sería dar a tal elemento psicológico un contenido del que carece; ya que la voluntad de causación del resultado material del delito, pues sería dar a tal elemento psicológico un contenido del que carece; ya que la causación del resultado es el elemento integrante de la culpabilidad; entendiendo a esta como el juicio de reproche a una motivación del sujeto, que analizaremos en el apartado cuatro de este capítulo, relativo al elemento subjetivo del delito.

Retomando el elemento de la conducta en el libramiento de cheques sin fondos, hemos dicho que no es otra cosa que el girar el documento voluntariamente; que no rebasa el ámbito objetivo

integrado según diversos tratadistas, por la conducta (activa en este caso), el resultado y el nexo de causalidad entre ambos.

*Existe nexo de causalidad entre la conducta y el resultado cuando la primera constituye una condición causal en la producción del evento; esta afirmación que admite la validez de la teoría de la equivalencia de las condiciones o "conditio sine qua non", llevada al delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos resuelve el problema cuando se dice habrá nexo de causalidad entre el libramiento del cheque y el impago, cuando la acción de librar ha sido condición causal en el impago del cheque.

Se podrá decir que en muchas ocasiones a pesar de existir un acto de libramiento el impago del cheque será imputable no al librador, sino al librado, o bien que la culpabilidad del agente no se debe por haber incurrido con la acción un error de hecho, pero ello no hace desaparecer la relación de causalidad entre el libramiento y el impago no se hubiera producido, lo cual demuestra que la acción un error de hecho, pero ello no hace desaparecer la relación de causalidad entre el libramiento y el impago del cheque.

Entendemos que la problemática del nexo causal encuentra necesaria solución dentro del elemento objetivo del delito y no debe plantearse fuera de él, pues cuestión bien diferente es establecer la culpabilidad del agente, con esto aceptamos la posición, sobre este particular, por el jurista Porte Petit. (4)

(4) *op. cit.* p.270.

En relación al tipo, Jiménez de Asúa afirma que es "la abstracción concreta que se ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". (5) Este concepto de tipo alude, como el propio autor lo hace notar, a "la pura descripción legal desprovista de carácter valorativo"; otorgando al tipo el carácter de una descripción de la conducta del hombre o bien de un hecho concreto recogido por el precepto legal. No obstante, el mismo autor se encarga de aclarar que hay auténticos tipos de descripción puramente objetiva, pero al mismo tiempo otros en los que se dan determinadas modalidades de la conducta o incluyen elementos normativos o susceptibles de ser referidos al injusto.

Antolissei, sosteniendo opinión diversa, considera que la figura del delito no solamente está formada por aquellos elementos de carácter material incluidos en el precepto o norma penal, sino, además por una serie de notas tanto de naturaleza objetiva como subjetiva necesarias para configurar un determinado hecho delictuoso, debiéndose recordar que los italianos prefieren usar el término figura del delito a la de tipo penal. (6)

Nosotros no podemos negar lo evidente, pues existen tipos en los cuales se incluyen no solo elementos objetivos sino otros que implican valoración externa (por ejemplo que no tenga mala fama o

(5) Citado por Castellanos Tena en LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 25ª edición. Porrúa, S.A. México, 1988. p. 36.

(6) op. cit. p. 32.

que haya ocultado su embarazo, en el tipo de infanticidio) o bien hacer referencia a la tendencia del sujeto (al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia); en tales casos estos tipos llamados anormales resultan formados tanto de elementos objetivos como también subjetivos..

Porte Petit considera que el tipo abarca todos los elementos del delito (conducta, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad), la función del tipo no deja de ser puramente descriptiva con independencia de la naturaleza de los elementos que la integren.

En México el principio de exigencia de legalidad en la aplicación de la ley y la justicia, principio por otra parte recogido por los distintos derechos de estructura liberal, esta consignado en el artículo 14 constitucional, que plasma aquel principio de "nullum crimen nulla poena sine lege".

La descripción del tipo de libramiento de cheques sin provisión de fondos es un tipo anormal, de acuerdo con las definiciones dadas, y se distingue a los tipos normales de los anormales en virtud de que los primeros no contienen elementos subjetivos mientras que los anormales si, el tipo que estudiamos se conforma entonces, con elementos descriptivos y subjetivos.

Porte Petit señala que, todos los tipos son anormales por que aun que entre sus elementos no se incluyen elementos subjetivos, dogmáticamente se desprenden de ellos elementos de esa naturaleza, ya que en todos los tipos vive siempre el elemento culpabilidad.

2. QUE SEA RECHAZADO POR LA INSTITUCION O SOCIEDAD NACIONAL DE CREDITO CORRESPONDIENTE, POR CARECER DE FONDOS SUFICIENTES.

Una vez que se ha librado un cheque, es necesario, para que se integre el delito que admás sea rechazado por la institución o sociedad nacional de Crédito correspondiente.

Es sabido que solo esta clase de entidades, llamadas sociedades nacionales de crédito en general y por excepción instituciones de crédito, con función bancaria pueden manejar tales cuentas de cheques, y expedir los talonarias de cheques con las condiciones formales para que signifiquen que se trata precisamente de cheques.

Así el artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que "el cheque solo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito", y en su segundo párrafo señala "que cheque solo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, sea autorizado por este para librar cheques a su cargo" y en su tercer párrafo menciona que "la autorización se entenderá concedida por el hecho de que la institución de crédito proporcione al librador esqueletos especiales

para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la vista".

La institución o sociedad librada, que maneja la cuenta contra la que se expide el cheque, puede rechazar el pago únicamente por dos razones, para que se piense en la integración de dicho delito a estudio; ellas son:

- a) Que sea rechazado por no tener cuenta el librador, y
- b) Rechazado del pago por carecer de fondos suficientes para su pago.

Cualquier causa de rechazo distinta a las señaladas carecerá de relevancia para los efectos del artículo 387, fracción XXI, ya ue el tipo excluye toda otra posibilidad de acuerdo a su redacción.

Por vía de ejemplo puede citarse varios casos, como si el rechazo es debido a que la firma no corresponde con la registrada como la del librador, si hay orden de suspender el pago de cheques librados contra la cuenta existente y que tiene fondos, si el librador ha dispuesto de los fondos, que eran suficientes al librar el cheque y muchos otros, no habrá integración del tipo señalado en el artículo 387, fracción XXI por que éste sólo sanciona las dos causas de rechazo que se han citado en los incisos a y b.

Ahora bien, tal precepto señala que el acto de rechazo tiene que ser realizado en los términos de la legislación aplicable; esto equivale a la creación de un tipo que el juez tiene que completar, acudiendo a las disposiciones contenidas en la ley aplicable, lo cual

creo problemas de interpretación ya que uno se pregunta cual es esa ley aplicable a la que se trató de referir el legislador, y que analizaremos posteriormente.

En cuanto al rechazo la propia ley en la fracción XXI del citado artículo, se refiere a la certificación de la insuficiencia de fondos, éste no debe entenderse en forma drástica y con jerarquía de prueba plena, primero por que si se acepta el máximo alcance que el texto legal sugiere, "el personal específicamente autorizado" para certificar habría resuelto cuestiones que son propias y exclusivas de la autoridad judicial y, por otra parte, que la propia ley dice que el acto de rechazo tiene que ser realizado en los términos de la ley aplicable.

Es cierto que por lo general son los gerentes bancarios quienes tienen poder para representar a los bancos pero eso no impide que se pueda establecer mediante la manifestación del contador la insuficiencia de fondos para el pago de un cheque y la fecha de presentación del mismo, pues de lo que se trata jurídicamente es de acreditar un hecho y en ninguna forma se está en presencia de un acto de representación con todas las características que éste tiene.

La práctica nos enseña que las instituciones bancarias excepcionalmente hacen constar, en el propio documento, el impago al ser presentado en ventanilla, limitándose, la más de las veces a expedir un simple volante, sin firma alguna, en la cual se asienta la razón del rechazo del cheque. A pesar de esta situación, legalmente es fácil precisar la fecha en que el cheque fué presentado para su

cobro y rechazado, así como las razones por las cuales no se cubrió su importe. El artículo 190 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que "el cheque presentado en tiempo y no pagado por el librador, 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"; el mismo artículo señala que "si el cheque se presenta en Cámara de Compensación y el librado rehusa total o parcialmente su pago, la Cámara certificará en el cheque dicha circunstancia y que el documento fué presentado en tiempo", "esa anotación hará las veces de protesto"; tales dispositivos resuelven el problema de la prueba puesto que al protestarse el cheque o al ser certificado por la Cámara de compensación queda constancia de valor provatorio indudable, sobre la fecha de presentación y rechazo del cheque.

El protesto, señala Felipe Tena, "es la certificación auténtica expedida por un depositario de fé publica, on la que éste hace constar el hecho de haberse presentado oportunamente el documento o cheque para su aceptación o para su pago a las personas llamadas a aceptarlo o pagarlo". (7)

El protesto puede ser hecho por medio de notario o corredor público. o en su defecto, por la primera autoridad política del lugar, señala el artículo 142 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

(7) DERECHO MERCANTIL. Porrúa, S.A. Mexico, 1989.

A su vez el artículo 140 de la misma ley menciona que "el protesto establece en forma auténtica que una letra (en este caso el cheque) fue presentada en tiempo y que el obligado dejó total o parcialmente de aceptarla o pagarla, salvo disposición legal expresa, ningún otro acto puede suplir el protesto".

De lo anterior vemos entonces que es aplicable al cheque ya que el artículo 190 de la ley de Título, que ya señalamos, nos menciona que el protesto debe hacerse en la misma forma que la letra de cambio a la vista; y que ningún otro acto puede suplir el protesto, salvo disposición legal expresa, y así, vemos que en el artículo 387, fracción XXI el legislador nos dice que el rechazo se dá en términos de la ley aplicable. En la parte que señala dicho precepto que "la certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto, por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate"; dicha certificación viene a ser, en este orden de ideas, un medio para probar el acto, lo que es distinto obviamente al hecho en sí mismo, esto quiere decir, que en realidad la certificación a que se ha hecho referencia no integra el acto o conducta descrita por la ley, que en esencia se reduce al rechazo por las causas citadas del pago del cheque librado. En tal caso, concretamente lo que se está haciendo por el legislador, es señalar una forma precisa y categórica para comprobar. Consideramos que la acción de rechazo no forma parte de la conducta del agente, ya que dijimos que esta consiste en el acto de librar voluntariamente un cheque sabiendo que no tiene fondos en

la institución a cargo del pago. Y que tal conducta consiste en los movimientos musculares hechos por el agente en forma voluntaria mediante los cuales libra el cheque sin fondos, y que es parte del elemento objetivo del delito.

Es evidente que para la prueba perfecta de cualquiera de las dos causas de rechazo con contenido penal, es menester hacer la certificación por personal específicamente autorizado de que el motivo del rechazo fué por insuficiencia de fondos para el pago o inexistencia de la cuenta, de acuerdo a lo señalado en dicha ley penal.

Nos parece inadecuado haber incluido en un tipo aspectos ajenos a él y que han de complicar las interpretaciones de éste. De momento nos limita mos a decir que el párrafo referente a la certificación del rechazo por el banco, es extraño a los elementos del tipo, según la dogmática jurídica, y solo tiene el alcance de medio de probar el hecho o acto, sin que implique exclusión de otros medios de prueba diferentes, reconsideremos que la ley penal está para proteger las instituciones del derecho privado no para contrariarlo en su deterioro. En concreto consideramos que no ha sido afortunada esta redacción por los planteamientos que se pueden presentar con su interpretación. Además en tal caso el precepto nos remite a la aplicación de otra ley. Esto último equivale. como ya mencionamos, a la creación de un tipo que el juez tienen que completar acudiendo a otras disposiciones aplicables.

Ahora bien, si admitimos que desde un punto de vista objetivo el tipo penal del delito a estudio, recoge un acto integrado por el libramiento del cheque (conducta activa), el impago (resultado de la conducta de librar) y el nexo de causalidad entre la conducta y el evento, habremos de decir que existe nexo causal entre la conducta y el resultado cuando aquella constituye una condición causal en la producción del evento. Esta afirmación, que admite la validez de la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, llevada al delito de libramiento de cheques, resuelve el problema cuando dice que habrá nexo de causalidad entre el libramiento y el impago, cuando la acción de librar ha sido condición causal en el resultado de no pago del cheque.

Se podrá objetar que, en muchas ocasiones, a pesar de existir un acto de libramiento, el impago del cheque será imputable no al librador sino al librado, o bien que la culpabilidad del agente no exista por haber concurrido con la acción un error de hecho, esencial e invencible o una no exigibilidad de otra conducta, pero ello no hace desaparecer la relación de causalidad entre el libramiento y el impago puesto que suprimido in mente el acto de librar, el resultado no se hubiera producido, lo cual demuestra que la acción ha sido condición causal en el impago del cheque. Entendemos que la problemática del nexo causal encuentra necesaria solución dentro del elemento objetivo del delito y no debe plantearse fuera de él, pues cuestión bien diferente es establecer la culpabilidad del agente. La no producción del resultado, es decir, la no realización de aquel cambio del mundo exterior, del agente, exigido por el tipo penal,

impide la integración del hecho como elemento material del delito. Si el resultado del tipo en estudio, lo constituye el impago del cheque, evidentemente el pago del documento impide el nacimiento del elemento material del delito, pues habiéndose realizado el pago resulta intrascendente el acto de librar. Creemos que solo se puede hablar de integración del elemento fáctico del delito cuando no hay pago del documento, osea cuando la institución de crédito librada lo rechaza por las causas que se señalan en la ley penal. Vale también la consideración relativa al momento consumativo del delito por las conocidas implicaciones que este tiene para distintos aspectos; pensamos que el momento consumativo es el del rechazo del pago por la falta de fondos suficientes, citada en el tipo y que no tiene relevancia al momento mismo del libramiento. Tomamos como argumento esencial para apoyar este criterio la consideración de que la relevancia penal del acto sobreviene al producirse el rechazo, osea que es el momento en que el tipo queda integrado con su elemento objetivo que es la conducta y el resultado con un nexa causal entre estos.

Existe diferencia notoria entre el resultado material de la acción y el concepto de daño. "El primero (resultado) es el efecto naturalístico del movimiento corporal o inacción del sujeto, mientras el daño es una valoración que desde el punto de vista del interés se realiza sobre ese resultado o efecto natural de la acción. De lo anterior se deduce que de ninguna manera podemos considerar al daño como formando parte del elemento objetivo del delito, sino dentro de la antijuridicidad del delito."

3. EN LOS TERMINOS DE LA LEY APLICABLE.

Ahora corresponde el análisis del tipo en lo referente a la mención que dice "en términos de la ley aplicable y para no perder la secuencia transcribiremos nuevamente esta parte de la fracción XXI, del artículo 387 que señala: "Al que libere un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente en términos de la legislación aplicable..."

Ahora bien, desde nuestro punto de vista son aplicables las normas que regulan el cheque contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que se vinculan; con la naturaleza del cheque, capacidad para librarlo, condiciones para pagarlo y obligaciones temporales.

Veamos separadamente estos aspectos, en su orden:

Para que un título o documento sea considerado legalmente como cheque y de ahí surjan las consecuencias del caso, debe contener todos y cada uno de los requisitos que señala el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; en efecto, si la figura que analizamos se refiere al "cheque" y la ley penal es de aplicación estricta, es evidente que para que haya comprobación del delito en su corporidad, se requiere, en primer lugar, que exista un cheque. Solamente la citada ley da la precisión sobre lo que es, legalmente referido, un cheque.

Los cheques solamente deben ser librados por quienes tengan autorización legal para ello. En este sentido, resulta aplicable el párrafo segundo del artículo 175 de la L.G.T. y O.C. que señala, como imperativo, que los cheques deben ser librados por los autorizados para ello, y poseyendo fondos suficientes. La redacción del artículo 387, fr. XXI, no señala como hipótesis típica la correspondiente a los casos en que el librador del cheque carece de autorización para el libramiento esto significa que no se dará el caso del fraude específico de la fracción XXI en el supuesto de que el hecho ocurra en tal forma, pero podría haber fraude genérico o el específico de la fracción III del art. 387.

Por su propia naturaleza el cheque debe ser pagado a la vista y a su simple presentación, de esto se ocupa el art. 178 al establecer que en la cuenta contra la cual se libra el cheque debe haber disponibilidad de fondos para cubrir el cheque librado para que éste pueda ser pagado a la vista.

El concepto de pago que debe ser hecho a la vista está perfectamente identificado por los usos bancarios y consiste en que sea cual fuera el momento en que el cheque se presente para ser pagado, si hay fondos, la institución o sociedad nacional de crédito librada, debe proceder al pago en forma inmediata.

Con esta idea, pueden y deben pagarse cheques que hayan sido expedidos estampando una fecha posterior a la real del libramiento, o inclusive sin fecha. Insistimos en que habiendo fondos suficientes,

el cheque debe ser pagado a su simple presentación, y esto quiere decir que es pagadero a la vista.

A pesar de lo antes dicho y para los efectos penales, el tiempo de presentación tiene una elevada significación, ya que el librador del cheque no tiene la obligación de mantener la cuenta contra la que se hizo el acto del libramiento provista de los fondos suficientes.

La obligación en cuestión está sometida a las temporalidades que marcan los artículos 181 y 192 de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, (mismos que ya analizamos en el capítulo II del presente trabajo) que señalan: "Los cheques deberán presentarse para su pago: I.- Dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueran pagaderos en el mismo lugar de su expedición; II. Dentro de un mes, si fueran expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional; III.- Dentro de tres meses, si fueran expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional; y IV.- Dentro de tres meses, si fueran expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

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

En la parte contenida en tal fracción XXI del citado precepto penal, al referirse a la "certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago." vemos que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito también puede ser aplicable en su artículo 190, como se mencionó en el apartado anterior, ya que en este se señala lo relativo al protesto del cheque y que a su vez nos remite a los artículos del 140 al 149 de la misma ley de Títulos en los casos de protesto en la misma forma que la letra de cambio a la vista.

Ahora bien en lo referente a las instituciones Bancarias o Sociedades Nacionales de Crédito existe una ley que las regula y que es la Ley de Banca y Crédito la cual señala en sus artículos 2º, 3º, 9º las facultades y funciones de estas instituciones, ya señaladas.

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

Basta pensar, para percatarnos de la gravedad que el caso representa, que sucedería si cambian las normas aplicables que hemos mencionado y se substituyen por otras, de mayor o menor contenido, pero desde luego diferentes; cabe preguntarse entonces cuál sería el

verdadero contenido del artículo 387, fr. XXI? Todo caso en el que se sigue una técnica legislativa de tipificación abierta y elástica, es altamente preocupante.

El artículo 387, fr. XXI señala:

"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".

Consideramos que esta parte que hemos transcrito, no integra en forma alguna el tipo de que se trata. Del análisis que hemos realizado, se desprenden los elementos integrantes del delito, en cuanto a la conducta, la descripción legal del hecho. Esto quiere decir que, en realidad, la certificación a la que se ha hecho referencia no completa ni integra el hecho descrito por la ley, que en esencia, se reduce al rechazo por cualquiera de las causas citadas, del pago del cheque librado. La tal certificación no viene a ser en este orden de ideas, sino un medio para probar el hecho, lo que es distinto obviamente al hecho en sí mismo.

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

Nos parece inadecuado haber incluido en el tipo aspectos ajenos a él y que tanto habrán de complicar las futuras interpretaciones. Nos limitamos a decir que este párrafo transcrito, es extraño al tipo y tiene sólo el alcance de medio para probar el hecho, sin que esto implique, según nosotros, exclusión de otros medios de prueba diferentes, es decir, no considero que haya sido favorable esta redacción. Además en tal caso el precepto nos remite a la aplicación de otra ley.

4. TENER COMO FIN EL PROCURARSE ILICITAMENTE UNA COSA U OBTENER UN LUCRO INDEBIDO.

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

En el tipo penal relativo al delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos, si el tipo nos dice que "al que libre un cheque" con satisfacción del resto de los elementos y condiciones, se le impondrán las penas del fraude, es obvio que la conducta del agente consiste, en esencia, en el acto de librar un cheque y reduciendo esto al verbo, es el librar lo que se sanciona. Tal comportamiento de librar un cheque, solamente puede ser realizado en forma activa, por la naturaleza misma de la conducta descrita en el tipo, y que se analizó en el primer apartado del presente capítulo.

Dentro de este tipo penal, en condiciones que requieren un especial destacamiento, hay que referirnos al contenido que en cuanto a la culpabilidad ha de tener el acto de libramiento por que aquí es donde se ubica la más importante y trascendente modificación a la punibilidad del cheque. Nos referimos a que el acto de librar un cheque que es devuelto por alguna de las causas señaladas en el tipo no siempre satisface la conducta punible; esto sólo ocurre cuando el

libramiento haya tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

En estas condiciones la conducta (el acto de librar un cheque) es necesariamente doloso, por que tiene que estar impregnada por la finalidad que consigna la ley. La figura del libramiento queda así integrada por el acto mismo, en sentido positivo, por el que se realiza la materialidad de librar, más la razón que genera tal comportamiento, que es de contenido eminentemente doloso e implicando el perfecto conocimiento de que está actuando contra el derecho.

En lo relativo a la conducta tenemos también que ocuparnos del resultado, y es sabido que en materia delictuosa, el resultado puede presentarse en dos formas distintas en lo básico; una de tales formas es la que se produce cuando se destruye o deteriora el bien jurídicamente protegido por causas de la conducta realizada (por ejemplo el homicidio destruye la vida), el segundo caso se da cuando el bien jurídico que se pretende proteger queda expuesto a un peligro que la ley trata de evitar (en estos casos, como ocurre en el abandono de personas o el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, hay una desprotección, sin modificación del bien jurídico).

Consideramos que en el tipo de la fracción XXI del artículo 387, no se afecta a alguien en su patrimonio para quedar integrado en cuanto al resultado. Sino que se da un resultado eminentemente jurídico, e inmaterial.

Pensamos que aún cuando se trata de proteger a las personas en su patrimonio, no parece que sea requisito para la integración del tipo que se produzca un resultado material, consistente en la disminución del patrimonio de la víctima, que lo es el beneficiario del cheque, como consecuencia del acto del libramiento.

Este criterio se sostiene en base a lo transcrito en el párrafo segundo de este tipo, que lo que hace punible el acto de libramiento del cheque rechazado es el fin perseguido al librar el cheque, no se señala en el texto legal que el fin perseguido se alcance, para que el tipo se integre. No se dice que sea necesario que el agente obtenga el lucro o se haga de la cosa, la punibilidad quedó encasillada en la motivación del libramiento. Si se alcanza o no el fin perseguido es cuestión ajena al tipo actual, si lo analizamos exhaustivamente. Sin embargo el tipo penal señala que la conducta del agente consiste en librar un cheque sin fondos y que da como resultado el rechazo para su pago por la institución bancaria correspondiente.

No es anormal esta clase de ideas, en el fraude por simulación (art.387, fracc. X), se imponen las penas del fraude por pretender obtener cualquier beneficio indebido, independientemente que se logre la pretensión. Así mismo en el genocidio (art. 149 bis) se sanciona a el que con el propósito de destruir, a uno o más grupos étnicos, perpetrare por cualquier medio delitos contra la vida, o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo, más no se señala que dicho fin se alcance.

Además en la exposición de motivos de la reforma al artículo 387 fracción XXI, de 1984 se señaló que:

"La reforma al artículo 387 en su fracción XXI, determinó a las Comisiones a que propusieran explícitamente la derogación del párrafo segundo del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con el objeto de evitar dificultades de interpretación."

REFORMA A LOS DELITOS PATRIMONIALES: "Capítulo en el que se introducen novedades muy significativas en cuanto a nuevos tipos delictivos, persecución por querrela o de oficio, calificativas necesarias y modificación en las tipificaciones actuales que dan lugar a injusticias y abusos....., y se aclara la tipificación del delito de libramiento de cheques sin fondos, cuando el propósito del agente es la comisión de un fraude. La iniciativa plantea así, un mecanismo entre otros, para acceder a la sociedad más igualitaria y democrática en la que el derecho es un contribuyente, también entre muchos mecanismos más, reconociendo que las leyes represivas son el último recurso del control social, recursos que ha de sustentarse en el ideal de una sociedad en que las desviaciones de sus miembros se entiendan como conductas excepcionales en el quehacer constructivo."

Por su parte el entonces Procurador General de la República, Sergio García Ramírez, emitió la circular número 3/84 sobre delitos con motivo del libramiento de cheques (publicada en el diario oficial de la Federación el día 14 de mayo de 1984), en la cual señaló:

"El propósito de esta importante reforma acerca del debatido problema del llamado "cheques sin fondos" fue retirar del derecho penal federal mexicano, como resultaba debido y preciso hacerlo, la figura de un delito puramente formal, en el que no se tomaba en cuenta ni la intención del agente ni los usos y circunstancias relativos al manejo de cheques. La permanencia de este delito formal en nuestro orden normativo dio lugar a injusticias y excesos sobradamente conocidos.

Rectificando esa situación, la reforma reconoce que el denominado "libramiento de cheques sin fondos" solo es punible cuando de esta manera se configura verdaderamente un fraude, esto es cuando el sujeto activo de esta conducta la realice con el fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido. Por ello, el libramiento de un cheque en tales condiciones pasa a ser medio para la comisión del fraude. Así, se sanciona penalmente sólo las conductas que ameritan este tratamiento.

Es obvio, por otra parte, que la desaparición del antiguo tipo de delito formal no implica, en modo alguno, la impunidad de comportamientos fraudulentos, que en todo caso será posible sancionar a título de fraude genérico, incluso bajo los ordenamientos que aún no incorporan un texto igual al de la nueva fracción XXI del artículo 387 del Código Penal Federal. Según nuestro criterio para la interpretación del delito de libramiento de cheques sin fondos; se tendrá por realizado, este delito, sólo cuando al momento de presentar el cheque los fondos no sean bastantes para cubrir la cantidad anotada en el documento. En los supuestos anteriores, cuando el cheque sea pagado por el librado, por causas ajenas a la voluntad del librador, se configura la tentativa (art. 387, fracción XXI y 12 del C.P.)."

Con lo anterior queremos señalar que el criterio del legislador en su reforma de 1984 parece haber sido el que aquí estamos exponiendo, ya que de haberle querido dar al tipo una significación y alcance diferentes podía haber omitido el párrafo segundo que comentamos, o haberle agregado "si tal fin es alcanzado" o si se obtiene un lucro, o algo parecido, como en la Fracción III del artículo 387, que señala "al que obtenga un lucro...." que aquí si señala como resultado para que la conducta sea delictiva que se "obtenga un lucro" y no sólo que se tenga la intención de obtenerlo, como en la fracción XXI. No dudamos en que este criterio pueda ser

rebatido y que se haga una interpretación distinta. Esta situación es clara si la basamos en la interpretación gramatical del precepto y en la exposición de motivos del legislador al crear dicho tipo penal, en el que se subraya que se ha de considerar la intención del agente para configurar el delito, es decir esto es el elemento subjetivo del tipo penal y no el resultado de la conducta del agente.

Ahora bien recordemos que el elemento objetivo del delito se encuentra integrado por una conducta, el resultado y un nexo causal entre la primera y la segunda. Luego entonces lo que hace punible a este delito es la culpabilidad del agente señalada en el segundo párrafo de la fracción XXI del art. 387.

De acuerdo a nuestro punto de vista el librar un cheque es la conducta voluntaria del agente, encaminada al resultado del rechazo del documento, y el rechazo del documento por parte de la institución bancaria o sociedad nacional de crédito trae como consecuencia el impago del documento causando un peligro de daño en el patrimonio del tomador y un consecuente beneficio al librador , pero rocalcamos que esto es causa del impago del documento, que es ajeno directamente a la conducta del agente, es decir los movimientos físicos voluntarios del agente consisten en librar (firmar) un cheque que dio como resultado el impago, pero a su vez el impago no lo realiza el agente sino la institución bancaria correspondiente. Es decir, existe una relación de causalidad entre la conducta de librar del agente y el impago del cheque. La causa debe ser necesaria y suficiente para la producción del resultado. El resultado material es la consecuencia necesaria de la conducta exigida en el tipo penal.

Por otra parte Arturo Rocco ha precisado un concepto de daño, analizando previamente al bien, utilidad, e interés. Para este autor bien es todo "lo que ,existiendo como realidad ante la consideración de la conciencia humana, es apto para satisfacer una necesidad humana", utilidad es la aptitud de cualquier cosa para satisfacer una necesidad humana, y por último interés es el juicio emitido por quien está sujeto a una necesidad sobre la utilidad, sobre el valor de un objeto (bien), como medio para satisfacer la propia necesidad de la aptitud de un objeto (el bien) para satisfacción de la misma." (9)

Después de expresar tales conceptos dicho autor define el daño en sentido general diciendo que "es todo lo que produce la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés ajeno garantizado por una norma jurídica, sea objetivamente respecto al sujeto (interés o bien jurídico), sea subjetivamente, en la forma de un derecho subjetivo concedido mediante el reconocimiento jurídico de la voluntad individual que aquel interés persigue". (10)

Carnelutti define al daño como una lesión de intereses, en virtud de que éste no se refiere al bien sino a la situación en que se encuentra la persona respecto a dicho bien. Precisamente la diferencia que existe entre el bien e interés, esta autor estima que este último consiste en una relación entre el hombre y el bien, o sea una posición respecto al bien, siendo éste una porción del mundo exterior. (11)

Ahora bien, es necesario precisar los conceptos utilizados por el legislador en este último párrafo que analizamos referente al "fin de lucro y lo ilícito" cuando se menciona en la fracción XXI, del artículo 387 en estudio, que no se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

El autor García Maynez, ha indicado que las conductas con la calidad de ilícito son: la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos, mientras que las conductas susceptibles de calificación de licitud son: la ejecución de los actos no prohibidos y la ejecución u omisión de los actos potestativos. (12)

Kelsen por su parte afirma que la sanción son la reacción contra actos u omisiones determinados por el orden jurídico. Tradicionalmente se dice que un acto está sancionado por que es ilícito mientras el profesor alemán sostiene lo contrario; es ilícito por que está sancionado. Afirma Kelsen el relativismo axiológico y, en consecuencia, señala que lo que es bueno o malo, justo o injusto para un sistema moral, puede ser lo contrario para otro. La concepción tradicional de lo ilícito implica al igual que sus sinónimos (antijuricidad, injusto), lo que es contrario a derecho. Asegura que esta posición es equivocada pues la ilicitud es castigada según las normas que el propio derecho establece, lo que significa que es castigada conforme a derecho. Concluye diciendo que, en

(12) Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa, S.A. México, 1990, p.121.

realidad la ilicitud es una de las condiciones de la sanción, por que la licitud es la conducta que no la provoca.

El código Civil indica que "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", artículo 1830; otro precepto del mismo ordenamiento dice: "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo" (artículo 1910).

En realidad, cuando el artículo 1830 menciona a las buenas costumbres está introduciendo un concepto equívoco que deja al arbitrio del juzgador interpretar, es decir, el juzgador puede determinar lo que es buena costumbre según la concepción que tenga en determinado momento.

En cuanto al lucro se entiende como la ganancia o utilidad obtenida en la celebración de ciertos actos jurídicos, que el ordenamiento legal certifica de lícita o ilícita, según su exceso o proporción, para atribuirle determinada consecuencia de derecho.

El concepto de lucro es un término utilizado principalmente en las relaciones comerciales o en los actos que tienen tales características o fines comerciales.

El concepto de lucro comprende al de especulación comercial y al de interés, lo que explica la confusión que a veces se da entre estos conceptos.

La intención o propósito de lucro es utilizado por el legislador para determinar como comerciales ciertos actos o ciertas empresas que persigan o tengan dicho fin, que tengan una finalidad especulativa propiamente dicha. El consumidor realizará actos civiles puesto que no persigue obtener utilidades con la adquisición de los productos o servicios, sino satisfacer necesidades de índole personal (art. 3 de la Ley de Protección al consumidor) el comerciante en cambio, realizará un acto de comercio (arts. 3 y 75 del Código de Comercio) puesto que compra o vende mercancías o presta servicios, con el exclusivo propósito de obtener ganancias, por lo que su actividad estará regulada por las leyes mercantiles. El artículo 4º del Código de Comercio asimismo señala que; "Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aun que no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo sujeta por ella a las leyes mercantiles".

La intención o propósito de lucro, cuando no se desprende de la ley, es estimado por la autoridad judicial (art. 75 fr. XXIV Código de comercio). Así la fracción XIX del artículo 75 del Código de Comercio señala que: la ley reputa actos de comercio ; los cheques letras de cambio, o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas. Debemos entonces entender que el girar un cheque es un acto de comercio y por lo tanto tiene un fin de lucro, luego

entonces si la ley penal sanciona los casos en que se persigue obtener un lucro se puede pensar que hay una contradicción; sin embargo la ley penal señala que sanciona los casos en que el agente tenga la intención de obtener un lucro indebido, y por este se entiende toda ganancia o especulación que no este permitida por la ley.

Además, en la ley civil se señala que cuando en un acto jurídico el lucro obtenido por el acreedor es excesivo, se estará en presencia de actos ilícitos por lo que el deudor podrá ejercitar las acciones civiles correspondientes: art. 2395 Cód. Civ. reducción del intorés, artículo 2396, nulidad relativa, invalidación del contrato por lesión, artículos 17 y 2228 Código civil; y 2233 y 2234.

El concepto jurídico de lucro coincide con el gramatical: ganancia o provecho que se saca de algo; por lo tanto el lucro es, tanto la ganancia obtenida como resultado de una actividad, como el ahorro que se logra en ella.

El concepto de lucro es tan antiguo como el de mercaderías, comerciante y comercio y es imposible determinar una fecha exacta de su aparición. Por otro lado, los términos de lucro, interés, especulación, en la antigüedad y sobre todo en la edad media, fueron considerados como sinónimo de usura y, por lo tanto poscritos. "La Iglesia logró, a partir del siglo IX, que quedara prohibido, así mismo a los laicos, y reservó el castigo de este delito a la jurisdicción de sus tribunales. Además, el comercio en general no era menos reprobable que el de dinero. También decían que era peligroso

para el alma, pues la aparta de sus fines prosteros, existía la incompatibilidad de la moral eclesiástica con el afán de lucro, es decir con el espíritu mercantil.

Paulatinamente se fué abandonando dicho criterio aun que si bien ha existido el delito de usura en nuestra ley o el de fraude genérico, para aquel que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de éstas ventajas usurarias o de lucro por medio de contratos o convenios en los cuales estipulen rárditos o intereses superiores a los usuales en el mercado, y la prohibición del pacto de anatocismo (art. 2396 Código civil, 363 Código de Comercio y 23 ley de Protección al consumidor), el lucro, el interés y la especulación comercial, lejos de ser considerados como sinónimos, de "abovivable usura", son estimados como elementos básicos y fundamentales del desarrollo comercial e industrial, aunque existen normas jurídicas concretas que determinan su tasa (art. 362 Cód. Comercio, 32 de la Ley Orgánica del Banco de México y 2395 del Código Civil).

Así tenemos que entonces que el artículo 75 del Código de Comercio en su fracción XIX señala que la ley reputa actos de comercio: "Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas" a su vez el artículo 1º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que: "Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio. Los derechos y obligaciones

derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con estos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2º, cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.

Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio.

Art.2º.- Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior se rigen:

- I. Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes especiales relativas; en su defecto,
- II. Por la legislación mercantil general; en su defecto:
- III. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la república, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.

Ahora bien retomando el párrafo del precepto en estudio que señala que: "No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido". Debemos entender que tal precepto se refiere a la situación en que el agente se hace ilícitamente de una cosa, es decir, se señala que se procederá contra el agente cuando utilice al cheque en contra de la ley o las buenas costumbres, como medio para hacerse de una cosa. El sujeto que gire un cheque a sabiendas que conforme a la ley esta prohibido (el art. 175 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que solo puede ser

expedido un cheque, por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito sea autorizado por ésta para librar cheques a su cargo), esta actuando ilícitamente (contra el derecho y las buenas costumbres) y si además tiene la intención de hacerse de una cosa o alcanzar un lucro indebido estará en la hipótesis señalada en el artículo 387 fracción XXI. Con esto entendemos que el legislador ha querido sancionar solo aquellos casos en que el agente tiene la intención (elemento subjetivo del delito) de hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido (es decir una ganancia que no es permitida por la ley).

Ahora bien recordemos que esta parte del precepto es considerada como elemento de la culpabilidad del agente, entendida esta como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (9). Es decir, al agente se le reprocha el pretender hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido. En orden a la culpabilidad sabemos que se integra por dos elementos dolo o culpa, en este tipo que nos ocupa, no podemos excluir la culpa en tal hipótesis, el que libra un cheque en las condiciones que establece la fracción XXI, 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 puede ser es que el sujeto activo pueda librar un cheque contra una institución bancaria

(9) JIGONES DE. op. cit. p. 326

de crédito en la que no tiene cuenta, pues aquí no es concebible la imprudencia y la conducta aparece claramente dolosa. Ahora bien, la fracción XXI del artículo en estudio, excluye la culpa y sólo mantiene el dolo al establecer que "No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido". En este supuesto el sujeto que libra un cheque a sabiendas de que no tiene cuenta en la institución bancaria es obvio que su conducta esta encaminada a procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido, ya que no es posible ignorar que no se tiene cuenta en la institución bancaria, y girar un cheque, por lo que es evidente que se actua con dolo. Pero esta fracción excluye la culpa; por que 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.

Ahora bien, recordemos que según los presupuestos y caracteres legalmente atribuidos al cheque, es posible derivar el siguiente concepto: El cheque es un título de crédito, nominativo (a la orden) 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 esta forma (art. 52, 23, 25, 175, 176, 178 y 179 L.T.O.C.).

Así mismo el cheque participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de todos los títulos de crédito. Se dice que el derecho está incorporado en el título de crédito, sin la existencia del título no existe tampoco el derecho, ni por lo tanto la posibilidad de su transmisión o de su ejercicio. Los títulos de crédito otorgan a su tenedor el derecho de exigir las prestaciones en ellas consignadas. La posesión y la presentación del título de crédito legitima a su tenedor: esto es lo que faculta para ejercitar el derecho y exigir la prestación, la primera función que cumple el título de crédito es la de servir como medio exclusivo de legitimación para el ejercicio del derecho en él consignado. De la nota de literalidad se desprende que el derecho incorporado en el título de crédito y las obligaciones que de él derivan, están determinadas estrictamente, exclusivamente, por el texto del documento; es decir, los límites y el fundamento del derecho y de la obligación cartular están dados por el texto del título. O más claramente, el derecho es tal y como resulta del título, según lo que en él aparece consignado, o lo que es expresamente invocado por el mismo y, por tanto, cognoscible a través de él, por eso el artículo 59 de la L.T.O.C. hace referencia a "derecho literal". El cheque, en la relación librador-librado, se presenta como una orden de pago; pero a la vez, en la relación librador tomador, contiene una promesa de pago. El librador ordena al librado el pago del cheque; pero al propio tiempo, se obliga frente al tomador a que el cheque será pagado, le promete su pago. Así dice el artículo 183 de L.T.O.C., que el librador es responsable del pago

del cheque y que ninguna estipulación es válida para liberarlo de tal responsabilidad.

Con lo anterior queremos acentar que cuando un cheque librado por el agente, es rechazado por la institución bancaria correspondiente, este no pierde su literalidad ni el derecho consagrado en él, y a su vez el librador no se libera de la obligación consignada en el propio documento, por lo que consideramos que el Derecho estipulado en el cheque sigue vigente y que tal derecho puede considerarse que forma parte del patrimonio del beneficiario o tomador del documento.

El patrimonio es considerado como el conjunto de bienes o cosas que causan felicidad o satisfacción a una persona.

Con esto entendemos que el patrimonio del tomador del documento que ha sido rechazado para su pago, por la institución bancaria o de crédito librada, no sufre un daño sino que se pone en peligro de sufrirlo. Ahora bien, hemos dicho que el rechazo del documento no es una conducta propia del agente sino que más bien es un acto realizado por la institución librada y que es este hecho el que pone en peligro al patrimonio del tomador del documento, o bien que el librador se haga de una cosa u obtenga un lucro indebido en perjuicio del tomador del documento. Así vemos por ejemplo que en la practica se han dado casos en que la institución bancaria rechaza un cheque para su pago por considerar que la firma del librador no coincide con la que ellos tienen registrada, siendo que la firma contenida en el cheque si fue escrita por el titular de la cuenta, y con ello se produce

que el librador se haga de una cosa u obtenga un lucro (sin que exista la intención por parte del librador). Por ello señalamos que conforme al precepto penal, debe existir el fin o la intención del agente (dolo) de hacerse ilícitamente de una cosa u obtener tal lucro indebido. Aun que pensamos que la realización en el mundo fáctico, de ese fin, no es indispensable, sino la intención del agente (ya que es aquí donde se encuadra la culpabilidad como elemento del delito).

Por otra parte sabemos que la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, se encuentra dentro de los tipos de fraude específico, y que los elementos del fraude genérico que regula el artículo 386, de dicho ordenamiento son: "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".

Cabe señalar que el anterior artículo 193 de la L.G.T.O.C. prevenía la aplicación de las penas señaladas al fraude, con lo que hubo problemas de interpretación en el sentido de considerarlo o no como fraude. Posteriormente en 1884 se reformó el último párrafo de dicho artículo relativo a la aplicación de la pena de fraude a quien giraba un cheque sin fondos, y se creo la fracción XXI, del artículo 387 del Código penal, con lo que dejaba de ser un delito formal, y ahora se tomaba en cuenta la finalidad de la emisión del cheque. Crearon pues con este precepto penal un tipo autónomo, en cuanto a los demás delitos contenidos en el artículo 387.

Podríamos pensar que no integra un delito patrimonial, puesto que si el delito previsto en dicha fracción XXI, fuera en realidad un delito patrimonial no habría sido necesario crear esta figura delictiva, ya que los casos en que el libramiento sirve de medio para la obtención de un lucro se encuentra ya previsto dentro de la fracción III del artículo 387 del citado ordenamiento penal. Así mismo en la fracción V y VI se sancionan las conductas en que el agente se hace ilícitamente de una cosa ofreciendo pagar al contado. Y se podría pensar que de igual manera, las conductas con las cuales se obtiene un lucro o se hace alguien, ilícitamente de una cosa son tipificadas en el fraude genérico del artículo 386 del Código Penal.

Consideramos que el tipo de la fracción XXI, crea un delito de resultado consistente en una mutación inmaterial o de naturaleza estrictamente jurídica. Hemos visto que el solo actuar del agente no agota la figura delictiva de referencia, puesto que no basta librar el cheque para que se tenga por consumado el delito sino que sea además rechazado al momento de su presentación para su pago ante la institución correspondiente y que el agente haya tenido como fin el hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido

Pensamos que tratándose de obligaciones pecuniarias, el perjuicio que sufre el tomador o el tenedor "consiste cuando menos en el interés legal de la suma de dinero debida y no pagada". Si la falta de pago del documento no extingue la obligación (o deuda) y deja subsistentes las consecuencias legales del adeudo y viva la acción cambiaria derivada de la naturaleza crediticia del cheque impagado, como puede

decirse que dicha falta de pago lesiona el patrimonio del tomador; si de conformidad con el artículo 7º de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, todos los títulos de Crédito que se dan en pago se presumen recibidos bajo la condición de SALVO BUEN COBRO es indudable que el impago del documento, por sí mismo, no trae ninguna consecuencia lesiva al patrimonio, máxime que el librador siempre es responsable del pago.

De este razonamiento es que surge la inquietud de considerar si el bien jurídico tutelado en el delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos es un bien que deba ser tutelado por el derecho penal, es decir, pensamos que el derecho privado regula al cheque en cuanto a su emisión, circulación o las acciones que se pueden intentar en caso de impago del documento, y si tenemos en cuenta que el derecho penal es de última ratio, se está protegiendo de una manera muy estricta al patrimonio y que consiste en una suma determinada de dinero consignada en el texto del documento.

CAPITULO V

ANALISIS DEL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISION DE FONDOS.

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

Los bienes que el Derecho Penal protege son precisamente aquellos a los cuales la sociedad otorga la más elevada significación, por lo que es indispensable, en cada caso, saber cuál es el bien protegido, por que ello habrá de simplificar los criterios de interpretación que permitan encontrar

respuestas congruentes y uniformes a los casos concretos de iguales características. El método teleológico de interpretación significa un esfuerzo para orientar la atención hacia el bien jurídico tutelado por la norma y por tanto, hacia un fin concreto.

Lo que el tipo actual de la fracción XXI del artículo 387 pretende proteger es el patrimonio de las personas. Para plantear este criterio partimos de la base que nos proporciona la ubicación del tipo dentro del Código Penal como una de las formas específicas de defraudación, ya que dicho delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos está dentro del Título correspondiente a los delitos que se cometen contra las personas en su patrimonio (Título Vigésimo segundo, Libro Segundo del Código Penal).

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

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

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

Ideológicamente por otro lado se ha querido hacer una distinción esencial al quitar al delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos lo formal que era bajo el tipo del 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para llevarlo al campo de los que deben afectar al patrimonio para ser punibles. Esto es claro si se piensa en que el párrafo segundo del art. 387 fr. XXI hace énfasis en el aspecto patrimonial que involucra el acto del libramiento.

Aquellos casos en los que el cheque se daba para garantizar un adeudo, postfechado o antedatado, los otros en que era medio para probar la existencia de una obligación, o

los extremos en que el cheque se expedía como broma, ya no son delictuosos, por que el fin perseguido al librarlo no es el de obtener un lucro indebido o hacerse ilícitamente de algo. Por el contenido integro del tipo actual y su ubicación en el Código Penal, en una interpretación teleológica, el bien jurídico protegido lo es el patrimonio de las personas entendido en su concepción amplia.

1.DERECHO PENAL Y BIEN JURIDICO.

Sabemos que se han dado diversas definiciones sobre el concepto de Derecho Penal, sino mencionar algunas de ellas para tomarla como base para nuestro análisis, y entender el concepto.

Raúl Carranca y Trujillo cita a varios autores señalando que "se ha definido el Derecho Penal objetivamente como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente (Cuello Calón); o como el conjunto de principios relativos al castigo del delito (Pessina), o como el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia (Liszt), o como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica (Mezger), o como el conjunto de normas que regulan el derecho punitivo (Rennazzi), o como el conjunto de aquellas condiciones libres para que el derecho que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó (Silvela)." (1)

"Sociológicamente considerado el Derecho Penal, señala Manzini, esto es como fenómeno social, representa aquel conjunto de reglas de conducta sancionadas con el medio específico de la pena, que son el producto de la necesidad propia del Estado, de dar a la población una

(1) Carranca y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990. p.124.

disciplina coactiva y una eficaz tutela, así como de asegurar la observancia del mínimo absoluto de moralidad considerado como indispensable y suficiente para la segura y civil convivencia en un determinado momento histórico".(2)

Para Carrancá, el Derecho Penal objetivamente considerado es "el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación."(3)

Otra definición acertada es la que nos da el destacado autor Jiménez de Asúa, al señalar su concepto que "es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora." (4)

Varios penalistas consideran que el derecho Penal tiene un fin y que en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea de los bienes jurídicos de estos. "Pero no corresponde al Derecho Penal tutelar todos los bienes sino solo aquellos intereses especialmente merecedores y necesitados de protección, dada

(2) Citado por CARRANCA. *op. cit.* p. 134.

(3) *Ibidem.* p. 213.

(4) Jiménez de Asua, Luis. *Tratado de Derecho Penal. T.III. Hechos*, Buenos Aires, 1970. p. 121.

su jerarquía, la que se le otorga por medio de la amenaza y ejecución de la pena, es decir, aquellos intereses que requieren de una defensa enérgica." (5)

El autor alemán Rodolfo Von Ihering, citado por Jiménez de Asúa, al hacer aplicaciones al Derecho Penal nos dice que "el fin de la ley penal no es más que el de toda ley cualquiera; asegurar las condiciones de vida de la sociedad; solamente que para alcanzar este fin, se sirve de un modo particular: la pena. La sociedad recurre a la ley cuando reconoce que tiene necesidad de su ayuda." (6)

El Derecho, puesto que se ocupa de conductas no puede menos de tener un fin, y el Estado, al observar esas conductas y su generalización, y en vista también del fin mismo (del Estado), se ve obligado, si quiere cumplir su misión a recogerlas en un concepto jurídico y referirlas a dicha idea teleológica. Las recoge y conceptúa, por el fin que él tiene que desarrollar, es decir, el legislador recoge esas conductas y las sanciona para proteger algunos bienes, en orden a la idea de fin del Estado (se dice que el Estado tiene que proteger el orden social). Entendemos entonces que es una conversión del bien en bien jurídico, por las repercusiones sociales, transformándolo en un concepto jurídico y en vista de la idea de fin del Estado el legislador construye el Derecho Penal.

Del análisis de lo expuesto anteriormente, en el presente capítulo podemos decir que la coerción penal es el medio empleado por

(5) *Ibidem.* p. 178.

(6) JIMÉNEZ. *op. cit.* p. 329.

el Estado para garantizar la seguridad jurídica, y se pone en práctica, dentro del contexto social, en base a la normatividad legal que conocemos con el nombre de Derecho, al que a su vez definimos como el conjunto de normas jurídicas, que rigen la conducta del hombre en sociedad y el quebrantamiento de las disposiciones, aquellas que conforman la descripción del tipo Penal al que conocemos como delito cuando la conducta se adecúa a este, y que se dice a si mismo que es un fenómeno social que altera la estructura jurídico-social y la moralidad del hombre, implicando ésta conducta el merecimiento de una sanción que equivale a un castigo impuesto por el Estado, "cuya función primordial es la de garantizar el armonioso desarrollo de la sociedad; por eso ha de intervenir cada vez que surjan los fenómenos individuales o colectivos que alteren su estabilidad mediante el empleo de mecanismos legales." (7)

La sanción impuesta a la persona infractora, la conocemos con el nombre de la pena, "así cuando consideramos que se ha turbado solamente el equilibrio económico entre particulares, o se ha lesionado el interés de la colectividad, se busca reponer la alteración causada mediante las normas legales, podríamos entonces definir la pena en sentido jurídico penal como la supresión o coartación de un derecho personal que el estado impone por medio de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido responsable de un hecho punible." (8)

(7) *Reyes, Alfonso. Derecho Penal. editorial Temis. Venezuela, 1989. p. 95.*

(8) *Ibidem. p. 245.*

Al respecto tenemos otra definición que señala que "la pena es la manifestación de la coerción penal, si hablamos de coerción penal, stricto sensu, en lugar cuando hablamos de coerción penal lato sensu, incluyendo todas las consecuencias jurídicas que se hayan previsto en el Código Penal, dejando de lado, su verdadera naturaleza jurídica, abarcaremos en este concepto las medidas de internación de incapaces psíquicos." (9)

La pena es una medida aplicable en base al quebrantamiento de una norma penal, por tanto al referirnos a éste último concepto, lo debemos entender como "aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva, pena o medida de seguridad y en sentido estricto, consta de elementos o parte: a) el precepto, y b) la sanción."(10)

Definiendo éstos términos tenemos que "al precepto se le denomina precepto primario y a la sanción, precepto secundario. El primero contiene la figura delictiva y funciona: a) en forma positiva es decir manda, ordena; o b) en forma negativa conteniendo una prohibición. La sanción por su parte abarca la punibilidad."(11)

Se ha hablado de la coerción penal, entendiéndose por tal el mecanismo empleado por la sociedad, para dar funcionalidad a un régimen de derecho que ha hecho posible el delinear la conducta del

(9) Zaffaroni, Eugenio R. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Cardenas, Mexico, 1990. p. 59.

(10) Forte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho. Porrúa, S.A. México, 1985. p. 109.

(11) Ibidem. p. 110.

hombre a través de un marco de normas jurídicas, encargadas de tutelar y garantizar los derechos naturales e individuales del hombre que se dan en la vida gregaria.

La impartición de justicia antiguamente estaba en manos de los particulares ya que existía la venganza privada, posteriormente el monarca expropia esa potestad de impartir justicia.

Nuestro país ha sufrido cambios a través de los tiempos, tanto en su estructura socioeconómica política y jurídica, y vemos que en muchos de los casos ha adoptado el ejemplo de otras legislaciones de diversos países, para impartir justicia dentro de nuestro territorio.

Al respecto podemos decir que las leyes deben ser propias de cada lugar y de cada época, puesto que son encaminadas a regular la conducta de los pueblos según sus hábitos y costumbres.

Es así que la seguridad jurídica, es un criterio que se relaciona más con el aspecto racional y ético del Derecho, que con su aspecto teocrático, en un sentido más general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación." (12)

(12) Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de filosofía del Derecho*. U.N.A.M., México, 1986. p. 225.

Por lo que podemos decir, que la seguridad jurídica se refiere a que al individuo, dentro del Estado, le será garantizado que su situación no será modificada; en este sentido identificamos la seguridad jurídica a un hecho de organización social.

En suma, "la función de la seguridad jurídica no puede entenderse pues, en otro sentido que el de protección de bienes jurídicos, como forma de asegurar la coexistencia." (13)

Y para lograr esta finalidad "la función de aseguramiento de coexistencia se cumplirá en la medida que se garantice a cada quien la posibilidad de disponer (de usar) lo que considere necesario para su autorealización". (14)

Dejando abierta la posibilidad a todos los integrantes que conforman la sociedad para que sus aspiraciones se cumplan y le permitan realizarse como persona. Cabe señalar que la seguridad jurídica no puede consistir en la mera satisfacción de requerimientos formales, esto es, la elección que cada persona hace de lo que quiere ser y llega a ser, así como la opción de esa realización, esto es la elección de autorealizarse.

Al momento de que se modifica la situación del hombre en sociedad, es en base a procedimientos societarios y por consecuencia regulares, esto es por aquellos plenamente establecidos y reconocidos

(13) Zaffaroni, Raúl E. *Manual de Derecho Penal*. editorial Temis, Colombia. 1965. p. 50.

(14) *Ibidem*. p. 51.

en un órgano jurídico, es decir, nos referimos al apartamiento de las normas establecidas y reconocidas socialmente, encontrando entonces que "lesionará la seguridad jurídica en dos sentidos; como afectación de bienes jurídicos, lesionará su aspecto objetivo y como alarma social lesionará su aspecto subjetivo. La lesión al aspecto subjetivo de la seguridad jurídica es la alarma social."(15)

Continúa señalando Zaffaroni que el aspecto objetivo se refiere a bienes jurídicos tutelados por el derecho, tales como los patrimoniales, los personales, los sociales, entre otros; y al aspecto subjetivo a la inquietud y especulación social que causa la conducta ilícita. Entonces "el derecho Penal no puede tener otra meta que la de proveer de seguridad jurídica, puesto que ese debe ser el objetivo de todo el derecho y anhelo primordial del hombre." (16)

El orden social es el plan general expresado por el legislador vigente en una comunidad, pero no cabe hablar de seguridad jurídica en donde no existe un orden legal teórico y práctico, en consecuencia nos encontraríamos en presencia de un orden legal ineficaz, es decir sería una forma de legislación que no es observada por los particulares y que tampoco se cumple ni se exige el cumplimiento por parte de las autoridades encargadas de su aplicación.

Más esto, sólo significa que en la misma medida que varía la seguridad jurídica, ya que ésta aumentará con la eficacia de un

(15) ZAFFARONI. op. cit. p. 43.

(16) Ibidem. p. 49

derecho positivo y disminuye hasta desaparecer en proporción a su ineficacia.

Entendemos por derecho positivo: "al conjunto de normas imperoatributivas que en una época y en un país determinado, la autoridad política declara obligatorias." (17)

Una definición más amplia es la que nos da el autor Efraim Moto Salazar, que define al Derecho Positivo como "el conjunto de reglas o normas jurídicas en vigor en un lugar y épocas determinados; por ejemplo, el Derecho Positivo mexicano es el conjunto de normas (constitución, leyes, decretos, reglamentos, etc.) vigentes actualmente en nuestro país, se les llama conjunto de normas positivas, por que forman un grupo, materia de estudio concreto y cierto, contenido en colecciones llamados códigos." (18)

Así tenemos que a través del tiempo la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos. Los tratadistas distinguen períodos diversos en la evolución histórica del derecho penal tales como: el período de la venganza privada, la venganza divina y la venganza pública y científica.

Como es sabido en el período de la venganza privada la función represiva estaba en manos de los particulares, cada familia, cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo. Como en ocasiones

(17) Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa, S.A. México, 1988. p. 500.

(18) ELEMENTOS DE DERECHO. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983. p. 452.

los particulares que ejercían venganza se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, "hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del talión: ojo por ojo y diente por diente, para significar que el grupo sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido." (19)

Además de la limitación del Talión, surgió más tarde el sistema de composición, según el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza.

En el período de la venganza divina, se estima al delito una de las "causas del descontento de los dioses; por ello los jueces y los tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando en desistimiento de su justa indignación." (20)

"Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocada por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado, y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aún cuando entre una y otra cosas mediara muy corto intervalo." (21)

(19) Soler, Sebastián. Derecho Penal. 55ª edición. Buenos Aires, 1956, p. 56

(20) CASTELLANOS. op. cit. p. 32.

(21) Villalobos. Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 2ª edición. Porrúa, S.A. Mexico, 1960. p. 25.

En esta etapa evolutiva del derecho penal, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal.

En la etapa de la venganza Pública.- "A medida que los Estados adquirieron una mayor solidez, principia a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho que lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Es entonces cuando aparece la etapa llamada venganza Pública o concepción política." (22) Los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Para la supuesta salvaguarda de la sociedad se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas. Cuello Calón afirma que "en este período nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores, no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el Derecho Penal Europeo hasta el siglo XVIII." (23).

No sólo imperó esa concepción en Europa, en que la arbitrariedad era la regla única, sino también en oriente y en América, para conseguir de los súbditos, por medio del terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes.

(22) CASTELLANOS. op. cit. p. 34.

(23) DERECHO PENAL MEXICANO I. 4ª edición. Porrúa, S.A. México, 1955. p. 60.

En este período señala Carrancá y Trujillo, la humanidad aguzó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento, la tortura era cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones." (24).

El período humanitario.- A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales. La tendencia humanitaria, de antecedentes muy remotos, tomó cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVII con César Bonnesana, marqués de Beccaria, aún cuando no debe desconocerse que también propugnaron por este movimiento, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, y muchos más.

En los puntos más importantes del libro de Beccaria, destacan los siguientes: "a) El derecho a castigar se basa en el contrato social por lo tanto la justicia humana y la divinidad son independientes; b) las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas; c) las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles. Nunca deben ser atroces. d) los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley. Para Beccaria: nada hay tan peligroso como el axioma común que proclama la necesidad de consultar el espíritu de la ley; e) el fin de la pena es

(24) CARRANCA. op. cit. p. 55.

el de evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres; f) la pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer por no pertenecerle." (25)

A César Bonnesana, se le considera, por algunos autores como el iniciador de la escuela clásica.

La etapa Científica.- Desde que se empieza a sistematizar en los estudios sobre materia penal, puede hablarse del período científico. Esta etapa, en rigor se inicia con la obra de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara quien, como se dice, es el primer exponente de la escuela clásica del Derecho Penal.

Algunos autores, señalan como principio del período científico, "las doctrinas de los positivistas de fines de la pasada centuria; no obstante, tales estudios no forman propiamente parte del Derecho Penal, los positivistas confeccionaron ciencias causales explicativas de la criminalidad, pero no Derecho normativo por esencia." (26)

En este período se dice que el delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que readaptar a éste a la sociedad

(25) Citado por Castellanos Tena en LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 25ª edición. Porrúa, S.A. México, 1988. p. 36.

(26) CASTELLANOS. op. cit. p. 37.

corrigiendo sus inclinaciones viciosas. Tal corrección es el principio sobre el cual gira este nuevo período. La pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia, dado aquel fin.

"En este nuevo período, al que corresponde el presente y el porvenir, la pena no es un fin en sí sino el medio para un fin: la corrección y readaptación del delincuente o siendo imposible su segregación, para la defensa de la sociedad." (27)

Al respecto dice Von Liszt: "la idea de fin, que engendra la fuerza del derecho, está reconocida en la pena y con este reconocimiento se hace posible utilizar los múltiples efectos de la amenaza penal y de la ejecución de la pena para la protección de los intereses de la vida humana; el legislador, cada vez más separado de la prevención general, se ve obligado a ver el fin de la pena en la adaptación o segregación del delincuente." (28)

Nosotros creemos que se entiende entonces que el Derecho Penal al aplicar la pena debe buscar el sufrimiento del delincuente sino su corrección y debe además buscar la protección de los derechos humanos de los ciudadanos, no el castigo del delincuente. Sin embargo vemos que en la práctica real de la impartición de justicia por los Tribunales no se lleva acabo tal planteamiento. Nuestro sistema Penal esta viciado de corrupción, burocracia e ineptitud por la mayoría de

(27) CARRANCA. op. cit. p. 33.

(28) Citado por Carranca, op. cit. p. 103.

las personas que integran tanto los juzgados como los centros de readaptación social. Sabemos que la pena no cumple con tal fin de readaptación del sujeto, y no sólo sucede en nuestro país sino en la mayoría. Mucho se ha dicho que el delincuente comete un delito por no estar adaptado a la sociedad y se pregunta como podemos obligar a un sujeto a que sea readaptado a la sociedad si nunca lo ha estado. Ahora bien nuestra constitución señala que la pena tendrá dicho fin de readaptar al sujeto en su artículo 17, pero así mismo no señala que dicha readaptación será obligatoria para el delincuente.

Ahora bien se ha dicho que el derecho penal tiene como fin último el de ser la base para la convivencia social, por lo que se encarga de la protección de los bienes esenciales para el desarrollo de la misma.

Evidentemente, un bien jurídico tiene su soporte ontológico en un bien a secas, y un bien es todo aquello que sirve para satisfacer una necesidad humana. Su elevación a la categoría de jurídico supone indicarnos el rango social de ese bien. Por lo tanto estamos en presencia de un bien jurídico penal, cuando ese bien resulta indispensable para una armónica y adecuada convivencia social.

No hay duda de que el derecho penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social.

El patrimonio, el cheque, los derechos civiles, la fé pública, la economía, junto a la vida, la integridad corporal, la libertad, etc. pertenecen a este tipo de bienes. Estos bienes-valores, se incorporan a la categoría de bienes jurídicos penales precisamente debido a su incorporación a la esfera protectora, garantizadora del ordenamiento jurídico-penal. Casi todos los preceptos penales son reconducibles a la protección de uno o de varios bienes jurídicos.

Pero los juicios valorativos, subyacen en las normas jurídico-penales, no vienen referidos exclusivamente a los bienes jurídicos que se desea proteger, sino también a la cualidad de las acciones humanas que, de manera reprobable, desprecian esos bienes jurídicos.

Su protección entra en el derecho penal justamente de la mano de su voluntariedad, en virtud de la cual nos encontramos frente a la decisión de un ser humano que niega o rechaza el "valor que pretende encarnar el bien jurídico", y con ello afecta gravemente la base de la confianza necesaria para la convivencia humana". (29)tdp.

La preeminencia de la protección de bienes jurídicos, como función del derecho penal, es un rasgo característico de una concepción liberal del Estado. Tras ella se encuentra la convicción jurídica de que la protección de los bienes jurídicos se cumple en cuanto se prohíbe y se sanciona las acciones dirigidas a la lesión de ellos.

(29) Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Barcelona, 1981. pp. 9 y ss.

En otras palabras, el Derecho Penal quiere proteger, en primer lugar, determinados bienes vitales de la comunidad que, a su vez, son valores materiales, así: el patrimonio, los derechos, la economía, la libertad, la vida, entre otros. De ello se infiere que lo único que puede justificar la intervención estatal, a través del ordenamiento punitivo, es la protección de la sociedad, o sea, la salvaguarda de la convivencia humana social ante el "abandono de los valores fundamentales del actuar jurídico", es decir, hemos de garantizar el disfrute de esos valores materiales.

Este asunto de un sistema de valores, al igual que todos los otros, puede iniciar propiciamente cuando, en esa interrelación de causas o factores, lleva el acompañamiento favorable de de otra serie de factores, tales como los políticos, los económicos, los técnicos, los religiosos, culturales, entre otros. Con esto se quiere señalar la cuestión relativa al consenso en torno del sistema de valores propio de los derechos humanos, que demanda, una proyección social de esos valores con objetividad, que cuente con fijeza adecuada y, al propio tiempo, con circulación abundante dentro del pluralismo social; en otros términos: que no se trate de "valores que únicamente respondan a deseos o pretenciones particulares, privados, puramente subjetivos, o que sean fantasías figuradas.

Es una referencia fundamental de toda política criminal la de definir los bienes jurídicos que ameritan la protección penal. El criterio de "última ratio" parece encontrar un gran consenso en la época actual. Sin embargo no es el que ha imperado en nuestro sistema

donde se ha exacerbado el intervencionismo penal. El proceso de selección de bienes jurídicos debe corresponder a criterios democráticos, que reconozcan los pluralismos sociales, los derechos de las mayorías y de las minorías. Procesos de creación de la ley abiertos que tengan en cuenta los intereses generales y no solamente los de las élites que monopolizan el poder. Es algo que tiene que ver indudablemente con la instancia política. Y dentro de ella con las políticas sociales.

Este planteamiento en torno a los bienes jurídicos, resulta fundamental, por que ellos constituyen la razón sustancial de la intervención penal y en consecuencia, un eje directriz de la política criminal de nuestro país. Contenidos esos bienes, dentro del Código Penal, contribuyen a precisar la naturaleza del estado de derecho. Es decir, si nos encontramos frente a un Estado democrático de derecho o a un estado burgues o autoritario o de cualquier otra índole. Ya sabemos como en los estado fascistas la exacebación del Estado, se traduce a una reducción a esa entidad de la categoría de bien jurídico total y supremo.

El aumento del espacio controlado o intervencionismo penal no corresponde solamente a la mayor complejidad y dimensión de la sociedad (fraudes informáticos, manipulaciones genéticas, utilización indebida de energía nuclear, et.), sino que refleja también la vieja tendencia autoritaria. Ahora esta tendencia responde a la necesidad de encubrir la incapacidad de las viejas élites dominantes para resolver los principales problemas sociales (miseria, desempleo,

falta de vivienda, salud). Hay otros casos en los que claramente se evidencia un problema social de fondo, que al no ser resuelto, se enfrentara con un dispositivo penal, es decir, represivamente. Con el advenimiento de los regímenes de la seguridad nacional, la multiplicación de las incriminaciones se dispararán. Esto nos permite mostrar el fenómeno de deslizamiento de ese intervencionismo penal. Interencionismo que a despecho de un modelo liberal clásico, evidencia que la agudización de la crisis social exige una acentuación del control penal sobre los marginados y además sobre los inconformes. De allí la reclamación de los juristas de vocación de asignar al derecho penal el rol de "última ratio".

En definitiva, la única razón que puede justificar la intervención del Estado, a través del Derecho Penal, es la protección de la sociedad; en otras palabras, la protección de la convivenciahumna en sociedad, que podríamos entender en sentido lato como bien común. Pero esta función protectora no es una actividad exclusiva del Derecho Penal, sino que corresponde también a otras ramas del ordenamiento jurídico y al propio orden social como tal.

El Derecho Penal debe estar orientado por el "principio de intervención mínima", ya que su actuación en la esfera de los derechos de la persona es la más grave que permite el ordenamiento jurídico del país. Por consiguiente el Derecho Penal sólo debe intervenir en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, y siempre que resulten insuficientes otros medios protectores derivados del orden social y de las demás ramas del

ordenamiento jurídico; como el derecho privado. En el mismo instante en que esas medidas sean bastantes para conseguir la función protectora, debe prescindirse del Derecho Penal.

Vivimos en sociedad, de ahí se deriva que el ciudadano tenga necesidades sociales, las cuales son atendidas a través de las leyes que emanan del poder Legislativo (representante de la voluntad popular). Por lo tanto, hay una enorme cantidad de medidas a tomar antes de incidir en la esfera punitiva, ya que la limitación del poder punitivo del Estado (logrado a través del principio de legalidad) constituye la expresión más adecuada para el aseguramiento de las garantías inherentes a la dignidad y a la libertad del hombre.

Estimo que el patrimonio y el cheque, como bien jurídico colectivo como un derecho del hombre, debe ser canalizado, para su protección, más amplia, hacia el proceso privado, (derecho civil y mercantil) únicamente, y conseguir una protección más justa a dicho bien, evitando los drásticos procesos penales y el ordenamiento jurídico penal pueda actuar, en su caso, con su verdadera función de última ratio.

De acuerdo a nuestro análisis y estudio del cheque vemos que éste se encuentra regulado en la ley mercantil, en cuanto a su emisión a la forma de pago, a su circulación, las acciones en caso de no pago, entre otras circunstancias aplicables; con ello considero que se encuentra protegido el cheque y el derecho en el consignado como instrumento de pago, por lo tanto pensamos que existe una exagerada protección

protección al cheque y patrimonio, regulada en el artículo 387, fracción XXI del Código Penal, para el Distrito Federal. Que se debe tomar en cuenta que el cheque es un instrumento de pago, con el fin de liberarse de alguna deuda, por lo tanto al no ser cubierto su importe como lo señala la ley mercantil, se pueden ejercitar las acciones respectivas contra el librador, y que el derecho consignado en el documento sigue vigente para que lo ejercite el beneficiario o tomador ofendido, que a fin de cuentas es lo que persigue al acudir ante los Tribunales, recuperar el importe del cheque no pagado o la devolución del bien materia de la operación, en casos posibles, es lo que realmente desea el ofendido, en cierta manera con ello puede ser que entonces se restituyan las cosas al estado que guardaban antes. Con ello queremos señalar que el derecho penal debe aplicarse como último recurso para proteger un bien jurídico, sólo será aplicable en los casos de extrema necesidad, como puede ser en la reincidencia de un delito, cuando un sujeto sea altamente peligroso para la sociedad. Estamos a favor de la intervención mínima del derecho Penal, se debe buscar siempre la justicia, entendida ésta como dar a cada quien lo que le corresponde, así pues si un sujeto recibe en pago un cheque que carece de fondos suficientes para su pago lo ideal será que reciba la cantidad que se le adeuda o que se le restituya la cosa materia de la operación, teniendo siempre presente la pretensión de la víctima, y con ello evitar el tedioso y complicado proceso penal, que desanima a muchas personas a denunciar estos delitos y los que lo hacen pocas veces puede importarles poco si meten a la cárcel o no a un sujeto, sino que lo que más les interesa es recuperar su dinero, obtener el pago del documento, o bien que se le restituya la cosa

entregada al delincuente, y no acaso ya existe en el derecho privado, (Código civil y mercantil), diversas acciones que dan solución a tales conflictos, como ya se analizó.

Por otra parte se menciona que la proscripción absoluta de la prisión por deudas se encuentra incluida en muchos textos constitucionales, sin embargo, muchas legislaciones sobre emisión irregular de cheque la han violado en la práctica, sobre todo cuando han criminalizado el giro de cheques en descubierto, con el subsiguiente impago del documento. La mayoría o por lo menos muchas de esas situaciones se producen muy a pesar del girador, quien esperó y obró con finalidad de proveer la cuenta, pero por las razones cambiantes e inciertas de la economía o del mundo de los negocios no lo pudo hacer. Esto en la práctica se ha vuelto más dramático ante interpretaciones basadas en la responsabilidad objetiva. Esto nos hace pensar que la constitucionalización del derecho penal, sustantivo y procesal es cada vez más necesaria.

Ahora bien la teoría del Bien Jurídico se vincula al concepto finalista de la ciencia jurídica. Bien Jurídico y norma son los dos polos del eje del Derecho penal, según Jiménez de Asúa. (30)

Von Liszt llama bienes jurídicos a los "intereses por el derecho". "Pero un bien jurídico no es un bien del derecho (supone Binding entre otros autores), sino un bien de los hombres, reconocido y protegido por el derecho" (31)

(30) JIMÉNEZ, op. cit. p. 38.

(31) Ibidem. p. 38

Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico.

La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, entre otros, eran intereses vitales antes de que las constituciones los reconociesen y las leyes penales los sancionaran. Pero los intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y el Estado y viceversa.

De estas relaciones de la vida en sociedad surge el interés que tienen para la actividad de unos, las acciones u omisiones de otros. Para evitar los conflictos y las luchas se necesita un orden de paz, una demarcación de la esfera de acción, proteger unos intereses y rechazar otros. Los intereses de la colectividad, que está por encima de las individuales, se encarga de esta misión, resolviendola en el orden jurídico: en la separación de los intereses autorizados de los no autorizados.

El orden jurídico delimita las esferas de acción de cada uno de los integrantes de la sociedad: cuando hay derecho a obrar, cuando hay derecho a exigir de los otros algo. Eleva las relaciones de la vida a relaciones jurídicas, los intereses vitales a bienes jurídicos, hace de la situación de la vida una situación de Derecho.

Al respecto Von Liszt dice que "si el Derecho tiene como misión principal el amparo de los intereses de la vida humana, el derecho penal tiene, como misión peculiar: la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente." (32)

(32) Citado por Jiménez de Asúa. op. cit. p. 39

2. EL PATRIMONIO COMO OBJETO JURIDICO DE TUTELA PENAL.

Dentro del Título vigésimosegundo del libro segundo del Código Penal tiene por rubro "Delitos en contra de las personas en su patrimonio" con lo que de inmediato podemos advertir de la simple lectura de dicha denominación, que el patrimonio de las personas es el bien jurídico tutelado penalmente en este título de nuestro Código.

Dicho concepto de patrimonio tiene su cuna en el derecho civil al cual se conecta el ordenamiento positivo ya que no define ni contiene concepto general alguno de patrimonio.

En el derecho privado se entiende por patrimonio a "la universalidad de derechos y obligaciones de índole económica y estimación pecuniaria, pertenientes a una persona. El concepto se forma pues, con elementos activos y pasivos; se denomina patrimonio neto lo que resta de activo cuando se ha deducido el pasivo". (1)

Sin embargo, el término patrimonio tienen penalísticamente otro sentido distinto y una mayor amplitud que en el derecho privado. Ya que la tutela penal contenida en los artículos del título denominado *Delitos contra las personas en su patrimonio*, cae sobre las cosas y derechos que integran el activo de la concepción civilista, sin que deje huella en la tutela penal aquel plexo de relaciones jurídicas activas y pasivas que constituye, según el Derecho Privado, la idea de patrimonio". (2)

(1) *Rojina Villegas-Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I, vol. I. Porrúa, S.A. México, 1985. p. 221.*

(2) *Jiménez Nuerta-Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. Quinta edición. Porrúa, S.A. México, 1984. p. 9.*

Una mayor amplitud, pues en tanto que la común doctrina privatista considera que en la noción de patrimonio entran sólo las cosas o derechos susceptibles de ser valorados en dinero, la tutela penal del patrimonio se extiende también a aquellas cosas que no tienen valor económico, o que al menos no son fáciles de valorar en dinero.

El patrimonio, penalísticamente concebido, está pues, constituido por aquel plexo de cosas y derechos destinado a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular. Integran el patrimonio todas aquellas cosas que, según el artículo 747 del Código Civil, pueden ser objeto de apropiación. Cuando esta posibilidad deviene en realidad, se muta la cualidad del objeto, pues las cosas y los derechos se transforman en bienes patrimoniales. (3)

Las cosas y los derechos se transforman en bienes patrimoniales. Las cosas y los derechos que constituyen el patrimonio de las personas, son por tanto, los bienes patrimoniales. Y al interés jurídico sobre estos bienes hace clara referencia el Título vigésimosegundo del libro segundo del Código Penal cuando adopta la denominación "Delitos contra las personas en su patrimonio". En ella, al propio tiempo que se especifica objetivamente el bien tutelado (el patrimonio) se subraya el interés del titular de dicho bien jurídico, esto es, se individualiza el sujeto en cuyo interés el bien jurídico es penalmente tutelado.

(3) JIGONES. op. cit. p. 10.

En los delitos patrimoniales, señala Peco, "no sólo se ataca el derecho de propiedad, en la acepción del Derecho civil o en su significado académico, sino también el derecho de posesión y aun la mera tenencia de la cosa, hasta los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico. Todos los bienes jurídicos que forman parte del patrimonio de una persona son efecto de tutela." (4)

Los bienes patrimoniales tutelados penalmente pueden consistir en cosas, bienes patrimoniales reales, o en derechos a determinadas acciones u omisiones humanas, bienes patrimoniales personales. (5)

Es diverso el sentido y alcance de la tutela penal en los bienes patrimoniales reales y en los bienes patrimoniales personales. Los primeros son tutelados con mayor amplitud que los segundos, los cuales solo excepcionalmente son protegidos, señala Jiménez Huerta. Y así, mientras los bienes patrimoniales reales son de consuno tutelados en los clásicos tipos de robo, abuso de confianza, fraude (art. 386), despojo, y daño contenidos en el Código Penal, los bienes patrimoniales personales sólo son protegidos, por vía de excepción, en algunas especies del delito de fraude (art. 386 y 387) y en el de quiebra. La lesión a un bien patrimonial de naturaleza real está subrayado en los artículos antes mencionados, de un modo taxativo que condice con la cualidad corporal del bien patrimonial tutelado, por

(4) Proyecto de Código Penal, 1942, p. 275, citado por Jiménez Huerta en op. cit. p. 12.

(5) *Ibidem*, p. 13.

(6) *Ibidem*, p. 13.

ejemplo apoderarse de una cosa ajena mueble, en el delito de robo, disponer para sí o para otro de cualquier cosa mueble ajena, en el abuso de confianza; hacerse ilícitamente de alguna cosa en el delito de fraude (art.386), etc. La lesión a un bien patrimonial de naturaleza personal está recogida en abstractas referencias al concepto de lucro indebido (art. 386).

La tutela penal del patrimonio adquiere cada vez mayor importancia y alcance a causa del desenvolvimiento de la moderna economía. Por muchos siglos el patrimonio estuvo formado principalmente por objetos reales: monedas de oro y de plata, joyas, casas y predios, para cuya protección surgieron los delitos clásicos contra el patrimonio (robo, abuso de confianza, daños, despojo, etc.), los que aun existen en nuestra ley penal. Sin embargo, como el patrimonio actualmente, está así mismo formado por créditos y por derechos intelectuales e industriales, han surgido también nuevas formas fraudulentas de enriquecimiento en perjuicio de la actividad patrimonial de los sujetos. Esto ha producido, como secuela lógica, la amplitud operada modernamente en el delito de fraude y el nacimiento de nuevos tipos penales.

El daño patrimonial es nota conceptual que caracteriza todos los delitos patrimoniales. El concepto, sin embargo, no aparece pacífica y suficientemente esclarecido, pues en tanto existen quienes equiparan e identifican los conceptos de daño patrimonial y daño económico; existen otros que concluyen que el concepto de daño patrimonial tiene mayor extensión y no puede siempre identificarse

con el daño económico, cuenta habida de que dentro de aquél entran también lesiones a las cosas desprovistas de valor de cambio, como lo son las que sólo tienen un puro valor de afección o afectivo. (10)

La solución correcta del problema no es susceptible de encerrarse en una fórmula general valedera para todos los delitos patrimoniales, señala Jiménez Huerta; sólo puede encontrarse teniendo en cuenta, en cada particular delito, la cosa o interés patrimonial que concretamente se tutela. Y con lo cual estamos de acuerdo.

"El daño patrimonial puede ser efectivo o potencial y, por ende, configurar delitos patrimoniales de lesión y delitos patrimoniales de peligro." Por lo que a estos últimos se refiere, no puede desconocerse, en primer término, que también las conductas directamente encaminadas a apoderarse o a hacerse de una cosa u obtener algo, aun cuando no causen ningún daño patrimonial efectivo, son punibles a título de tentativa, pues implican un peligro para el bien jurídico tutelado; y en segundo lugar, tampoco puede negarse que en los ordenamientos vigentes existen tipos patrimoniales de peligro, como por ejemplo el fraude de simulación descrito en la fracción X, del art. 387, del código penal. (12)

Los delitos patrimoniales señalados en nuestra ley positiva tutelan todos el mismo bien jurídico, sin embargo los contornos y

(10) Cfr. Petrocelli, *L'Appropriazione indebita*, pp. 83 y 84, citado por Mariano Jiménez Huerta, en *Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, S. A., México, 1984.

(11) JIMÉNEZ, op. cit., p. 14.

(12) *Ibidem*, p. 15.

perfiles de cada uno de estos delitos han sido trazados por las diversas peculiaridades y circunstancias que los caracteriza y conforman su autónoma individualidad.

Se han esforzado los estudiosos del derecho en encuadrar los delitos patrimoniales en una clasificación general. Sin embargo, en las diversas clasificaciones que han sido formuladas no se ha hecho otra cosa que poner de relieve alguna aislada nota o característica de algunos de estos delitos. Así por ejemplo a la fracción XXI del artículo 387, se le agregó el segundo párrafo para señalar la intención del agente de obtener un lucro indebido o hacerse ilícitamente de una cosa, lo cual es nota característica del delito del fraude genérico.

No puede aceptarse que la diversa naturaleza del bien patrimonial tutelado puede servir de fundamento a la clasificación de los delitos patrimoniales, pues si bien es cierto que es característica común de los delitos de robo y abuso de confianza que la cosa objeto de la acción sea de naturaleza mueble, existen otros delitos como los de fraude y daño en propiedad ajena que pueden tener por objeto material tanto cosas muebles como inmuebles. Por otra parte, no es menos exacto que existen otros, como acontece con algunos de fraude y en los de quiebra, que no recaen sobre cosas muebles o inmuebles sino sobre relaciones obligacionales.

Consideramos que tal es el caso del delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos, que por medio de esta conducta

se puede cometer un fraude, pero no podemos negar que en la mayoría de los casos en que se gira un cheque es con el fin de liquidar alguna deuda o cumplir con alguna obligación, ya sea con motivo de una compraventa, la prestación de un servicio, en pago de un crédito entre otras tantas operaciones comerciales de pago; es decir, al momento de girar un cheque el librador tiene una obligación con el tomador, consistente en el pago de la suma de dinero consignada en el texto del documento, y a su vez esta obligación es causa de una obligación o deuda contraída por el primero con el segundo. Sin embargo, no debemos olvidar que el cheque es un instrumento de pago y que siempre será recibido salvo buen cobro, es decir, entendemos que la cantidad de dinero consignada en el texto del documento forma parte del patrimonio pasivo del beneficiario, y que aun y cuando se presente para su cobro el cheque, y éste no es pagado por carecer de fondos suficientes el librador, tal cantidad de dinero a favor del tomador sigue formando la parte del patrimonio pasivo de éste (y no activo) por lo que consideramos que se pone en peligro dicho patrimonio.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que el cheque es una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, es decir, que la fracción XXI del artículo 387, sanciona a quien gire un cheque sin provisión de fondos y que además con tal conducta tenga la intención de hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido, pues bien, queremos subrayar que el patrimonio que se protege en este delito es el relativo a la suma

de dinero consignada en el cheque, y por lo tanto, se trata de un daño económico, el cual puede ser reparado mediante el pago del documento o bien con la restitución de la cosa o lucro obtenido, en los casos que sean posibles, o bien mediante la rescisión del contrato o convenio celebrado con motivo o de la obligación inicial, que ampliamente se encuentran regulados por el derecho civil y mercantil; dejando así al derecho penal su papel de "último recurso" como se ha sostenido anteriormente.

Carrara, clasifica los delitos contra el patrimonio en dos grupos, según los diversos fines del culpable. En el primero incluye todas aquellas ofensas que proceden de avaricia de lucro; en el segundo, aquellas otras que son oriundas del ánimo de venganza. Conforme a esta clasificación, entrarían en el primer grupo todos los delitos patrimoniales, robo, abuso de confianza, despojo, fraude, quiebra, existentes en nuestro ordenamiento positivo, excepto el de daño en propiedad ajena, que sería encuadrado en el segundo. Y aun que esta clasificación trata de fundarse en referencias subjetivas que yacen en las vivencias de los tipos penales, es inoperante en nuestro ordenamiento positivo pues por un lado, nada obstaculiza que un sujeto se apodere de una cosa ajena con el fin de apropiación y con el ánimo de venganza, y por otro, también es posible que se destruya la cosa ajena sin ánimo de venganza; y por otro, también es posible que se destruya la cosa ajena sin ánimo de venganza y con el único fin de obtener un lucro el agente al eliminar una comercial competencia.(15)

(15) CARRARA. op. cit. p. 17

Soler, adopta por base clasificadora la forma en que se produce el desplazamiento del bien jurídico, dice que "una persona puede perder el bien que se encuentra bajo su dominio sólo de dos maneras fundamentales: sin consentimiento y con consentimiento viciado. Cuando el desplazamiento patrimonial se produce sin el consentimiento, la lesión sólo puede resultar del hecho de que el autor despliegue una actividad que importe una material invasión positiva dentro de la esfera de dominio de la víctima, y que concluya cuando sea necesario, en el empleo de violencia o fuerza ante las resistencias eventuales de la víctima. Pero no sólo por ese procedimiento puede producirse un desplazamiento patrimonial injusto. A veces el agente logra su objeto sirviéndose precisamente de la voluntad del propietario mismo, y para ello, en vez de actuar directamente sobre la cosa, actúa sobre la voluntad, de manera que alcanza el fin delictivo por una vía indirecta y torcida".(16)

Pedrazzi, señala que existen otras figuras delictivas que están presididas por el signo de la cooperación entre el sujeto activo y su víctima, pues ésta es quien efectúa el acto decisivo, es decir, el acto de disposición. La ilicitud no surge aquí de una abierta ilegalidad de forma y de resultado, sino de las malas artes usadas por el sujeto activo para obtener la cooperación de la víctima. Hay pues, algunos delitos que se perfeccionan por la sola acción directa del sujeto activo y otros a través del consentimiento del sujeto pasivo. Los primeros son de ejecución

(16) DERECHO PENAL ARGENTINO, citado por Mariano Jiménez Huerta, op. cit. p. 18

unilateral; los segundos de cooperación artificiosa.(17) No obstante los aspectos sugestivos que presenta la anterior distinción, preciso es concluir que carece también de bases dogmáticas en el ordenamiento penal de México.

3. LA PROTECCION PENAL DEL CHEQUE EN MEXICO.

Tomando en consideración las ventajas que derivan del empleo del cheque, como instrumento eficaz de pago y consecuentemente, la convivencia de su mayor difusión, el legislador pretendió dotar de una enérgica protección a la circulación de dicho título y a la buena fe de las personas que lo admiten en sustitución de la moneda, mediante normas de carácter penal. Es decir, el legislador estableció sanción penal para el caso de que el cheque se emita sin provisión, o sin contar con la necesaria autorización del librado, causas todas ellas que producirán el efecto de que se niegue el pago del título. En estos casos la buena fe del tomador será sorprendida por la emisión irregulares del cheque y se originará general desconfianza en cuanto a la aceptación de ese documento en las transacciones. (1)

Las razones que demandan enérgica seguridad para la circulación de los títulos de crédito, escribe González de la Vega, "cobran mayor fuerza tratándose de los cheques, por que 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

(1) V. De Semo, L'emissione, p.254; Greco Corso. p.234; citado por Rafael De Pina V. en Teoría y Práctica del cheque. Porrúa, México, 1984.

tuteladoras de la buena fe en la emisión, en la rápida circulación y en el exacto pago del documento". (2)

Por su parte Cuello Calón, señala que, "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, señala que para que llene satisfactoriamente su función es menester que infunda confianza, que su tomador tenga seguridad completa de que será pagado a su presentación, que tenga la misma seguridad que la moneda, por que si esa confianza en el cheque se quebranta, disminuye su circulación y cesan, por consecuencia, las considerables ventajas económicas que tiene. Añade que, ni las sanciones penales ni los preceptos generales del derecho común, se han considerado suficientes para y reforzar la seguridad del cheque, por lo que se ha estimado necesario crear disposiciones penales especiales".(3)

Cervantes Ahumada por su parte opina que, "no es exacto que la sociedad esté interesada en que los cheques merezcan la confianza a base de sanciones penales, prácticamente se seguirán recibiendo en el comercio los cheques de las personas a quienes el tomador tenga confianza, por conocimiento personal, o aquellos en los que se incorpore responsabilidad del banco librado". (4)

Quintano Ripolles, considera también, que no es necesaria, ni siquiera conveniente, la creación de un delito de cheques en

(2)González de la Vega.Derecho Penal Mexicano.Porrúa,S.A.México,1955.p.255

(3)LA PROTECCION PENAL DEL CHEQUE. Barcelona,1969. p. 7

(4)TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. PORRUAS.A.,México.1988. p. 141

descubierto, ya que son muchos los países de América y Europa los que han adoptado el sistema de la represión sustantiva, aduce que existen otros países no menos respetables y numerosos que siguen fieles al sistema tradicional de incriminación conforme a las normas penales generales; lo más importante en cada caso, señala el citado autor, es decir, si las normas existentes son o no bastantes para garantizar con eficacia el bien o bienes que se tratan de tutelar, que en el caso presente del cheque son de doble naturaleza, el patrimonio material del tenedor y el bien ideal de la seguridad del tráfico mercantil *latu sensu*". (5)

Por otra parte, señala a su vez dicho autor, que el propósito del establecimiento de un delito específico es conseguir una protección al cheque en sí, esto es, que se incrimine la dación en pago con provisión insuficiente, independientemente del resultado económico de la operación.

"El afán inmoderado de criminalizar a todo trance ilicitudes, trae consigo el peligro de embotar arma tan preciosa como sucede con todas las de abusivo empleo. Y erigir en delincuente a quien emite un cheque sin bastante cobertura en un momento dado, es susceptible de entorpecer operaciones de buena fe comercial. Con lo que es claro que la innovación pudiera dificultar el tráfico mercantil en vez de favorecerlo, eso sin contar con que la conminación penal constituiría una preciosa arma para la usura y el chantaje, la protección del acreedor no ha de llegar al extremo de restaurar por tan desviado camino la antigua prisión por deudas, nos señala Millán que: la

(5) En Torno al Cheque sin Provisión, en "Revista de Derecho Privado", Madrid, Febrero, 1960. p. 97.

protección desmedida acordada a favor de la circulación de lo que no está destinado a ella, sería capaz de invalidar la garantía del artículo 17 constitucional, y la prisión por deudas volvería a existir, por obra de un tipo sin dolo, sin enriquecimiento, sin daño...".(6)

El citado autor, añade que "la función de la ley penal no es la de imponer costumbres o instituciones, o consolidar determinadas formas en los negocios; tampoco es la de moralizar, la función de la ley penal, es reprimir aquellos hechos que causan una lesión efectiva o potencial a un derecho, a un bien o, a un conjunto de bienes jurídicos cuya custodia se considera fundamental para la sociedad y de ahí que erija en el delito su violación, aquí no se lesiona ningún derecho, el pago efectuado con un cheque sin respaldo carece de valor y no extingue la obligación, tampoco se lesiona la fe pública". (7)

Por su parte de Pina Vara, señala que "no se justifica la institución de este delito protector de la circulación del cheque, ni aún cuando estuviera establecido con la mayor precisión jurídica, basta a nuestro entender la represión general, el castigo de la defraudación mediante cheques, este delito especial, siempre entrañará el peligro de la prisión por deudas". (8)

Recordemos que vigente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito desde el 15 de septiembre de 1932, sus disposiciones fueron obligada consecuencia de las transformaciones introducidas

(6) EL CHEQUE EN LA LEGISLACION PENAL ,Buenos Aires.1958.citado por Rafael de Pina V. Teoría y Práctica del cheque. p. 304

(7) DE PINA. op. cit. p. 305

(8) Ibidem. p. 326

por la Revolución Mexicana al consagrar en el artículo 28 de la constitución de 1917 la existencia de un Banco único controlado por el Estado, para la emisión de billetes. Organizado el Banco de México por la ley de 25 de agosto de 1925, fue imprescindible legislar en materia de instituciones de Crédito y establecimientos bancarios para regularizar el funcionamiento de dichos organismos y señalar las normas que debían observar bajo el control y vigilancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Con esa finalidad se expidió la ley de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios de 31 de Agosto de 1926. De este modo se cumplía con los postulados que sustentaba el nuevo régimen para lograr la rehabilitación y el fomento del crédito y acomodar el sistema bancario imperante, a los nuevos moldes que demandaba la vida económica del país.

Para ello era imprescindible procurar una mejor y más eficaz movilización de la riqueza en sus diversas formas y poner a prueba, para lograr dicho objetivo, el empleo de los títulos de crédito como la letra de cambio, el pagaré, la libranza, el cheque, entre otros., asegurando las mayores probabilidades en su circulación mediante un sistema de sólida seguridad. El código de Comercio de 1889, ya no respondía a las necesidades de la época; presentaba en su articulado grandes lagunas y deficiencias que era imperioso remediar. Era preciso adoptar un plan de organización económica racional que intensificara una mejor circulación de la riqueza, creando en el público la confianza en el empleo de los títulos de crédito y garantizando las mayores facilidades para su difusión.

En la exposición de motivos de la mencionada ley de títulos, se advierte cuál fue el pensamiento de sus autores para evitar la inmovilización de los capitales "sin tener que aguardar a que se consuman los resultados materiales de operaciones de producción y de distribución de la riqueza". (18)

Concebida la propiedad, según las nuevas orientaciones del Derecho, como una función social, era imprescindible encontrar los medios para lograr que una buena regulación de los títulos de crédito robusteciese el desarrollo económico del país, al término de la lucha armada, con la finalidad de volver racional la producción y el uso de la riqueza condicionada a un buen reparto o aplicación de los beneficios y ventajas que habría de traer consigo la nueva política hacendaria con la posibilidad que se presentaba para utilizar vehículos e instrumentos capaces de lograr la penetración y el servicio del crédito en todas las ocasiones en que fuese necesario por demandarlo así y justificarlo la existencia de una riqueza susceptible de ser aprovechada, por los cauces legales para beneficio de la colectividad. El carácter esencial de la riqueza, según se expresa en la Exposición de Motivos, "estriba en la posibilidad de prestar un servicio social y no en la posesión material y en el mero disfrute individual de los bienes".

(18) González Bustamante, J.J. El cheque. Porrúa, S.A. México, 1964. p.12.

En consonancia con estos propósitos generosos, el cheque dejó de ser un simple mandato de pago como lo consideraban los Códigos de Comercio de 1884 y de 1889, para asumir su verdadera función que la ley le asigna en el Derecho al establecer que es "una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero".

Los autores de la nueva ley de Títulos conocieron, sin duda alguna, el movimiento operado en algunas legislaciones de Europa y América, para tutelar la función que desempeña el cheque, como instrumento de pago.

La naturaleza jurídica del delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos, ha sido abundante. Una considerable mayoría de los juspensalistas mexicanos, sostiene que no se trata de un delito patrimonial lo que se describe en el nuevo delito y las divergencias en cuanto a clasificación carecen de importancia, sea que se le llame delito formal, conforme a la vieja clasificación de Carrara, o delito de peligro, según los tratadistas alemanes.

Ahora bien consideramos que estudiamos el delito de libramiento de cheques sin fondos con estricta sujeción a las normas de la Dogmática Penal, después de haber realizado un estudio histórico jurídico sobre el cheque y lo entregamos al benevolente juicio de los críticos que pueden o no estar conformes con los puntos de vista que sustentamos pero que reconocerán (posiblemente) la dedicación que hemos puesto al redactar este trabajo, sin otra finalidad que contribuir a la crítica de nuestro sistema jurídico mexicano.

4. JURISPRUDENCIA EN RELACION AL DELITO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISION DE FONDOS.

En el presente apartado señalaremos las diversas Tesis Jurisprudenciales sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo referente a la interpretación de la ley en cuanto al delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos.

1).- LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS, DELITO DE FRAUDE ACTUAL

LEGISLACION: El delito de fraude específico previsto en la fracción XXI del Artículo 387 del código penal para el Distrito Federal, de acuerdo a la descripción típica que realiza el código sustantivo al respecto, tiene como elementos normativos: A) que el activo libre un cheque contra una cuenta bancaria; B) que dicho documento sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente; C) que el rechazo se verifique en los términos de la legislación aplicable; D) que el motivo del rechazo sea la falta de cuenta respectiva o la carencia de fondos suficientes para su pago; E) que dicha certificación la realice exclusivamente personal específicamente autorizado para tal efecto por la Institución o sociedad nacional de crédito de que se trate; y F) que el acto de librar el documento tenga como finalidad el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido, de ahí que si no acreditó que el activo, con la expedición del documento se hizo de alguna cosa u obtuvo un lucro, con motivo de la entrega del documento, sino que este lo entregó en garantía; no se da uno de los requisitos esenciales para la configuración del fraude específico

examinado y por ende no se acredita dicha figura delictiva. (PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo Directo 640/90. José Reyes Padilla, 31 de marzo de 1992. Unanimidad de Votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Ma. del Carmen Villanueva Zavala.)

2).-ORDEN DE APREHENSION, ILEGALIDAD DE LA, CUANDO SE EMITE POR EL DELITO DE FRAUDE BASADO EN EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS EXPEDIDO EN GARANTIA DE PAGO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO): Para la integración del ilícito de Fraude previsto en el artículo 317,fracción III del Código Penal, se requiere que el sujeto pasivo tenga la falsa creencia de que el cheque que recibe, le va ha ser cubierto, por consiguiente, la conducta del indiciado resulta atípica si se demuestra que el ofendido tuvo pleno conocimiento de que el que le entregó fué en garantía de pago, lo cual excluye la concurrencia del engaño implícito en el delito de merito; de ahí que la orden de aprehensión sea incorrecta, pues los hechos en que se basa, no encuadran en un tipo que la ley castigue con pena corporal. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO EN MATERIA PENAL,Amparo en revisión 461/88. 22 de Junio de 1988. Ponente José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Lidia López Villa.

3).- INEXISTENCIA DEL DELITO CUANDO SE ENTREGA UN CHEQUE SIN

FONDOS PARA PAGAR ADEUDO ANTERIOR. El primer elemento del delito de fraude por expedición de cheques sin fondos, es que el activo obtenga una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, así si el libramiento del documento se hace en pago de un adeudo anterior, implica que el el librador no obtuvo en ese acto ninguna cantidad de dinero o lucro alguno, en cuyas condiciones, no se acredita el elemento del delito en cita. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 446/91. 19 de febrero de 1992. PONENTE: José Mandujano Gordillo. SECRETARIA: Julieta Ma. Elena Anguas Carrasco.

4).- FRAUDE ESPECIFICO POR LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS O INEXISTENCIA DE CUENTA, CERTIFICACION INDISPENSABLE POR PERSONAL ESPECIFICAMENTE AUTORIZADO PARA SU CONFIGURACION: Tomando en consideración que conforme al texto del artículo 387, fracción XXI del código penal federal, para la integración del cuerpo del delito de fraude específico consistente en la expedición de cheques sin provisión de fondos suficientes para su pago o por la inexistencia de cuenta del librador se requiere A) Que se libere un cheque contra una cuenta bancaria; B) que el documento sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente en términos de la legislación aplicable; C) que tal rechazo obedezca a que el librador no tenga cuenta en la institución o sociedad nacional de crédito o por que se carece de fondos suficientes para su pago, D) que se certifique cualquiera de esas dos circunstancias; y E) que la certificación la realice exclusivamente personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de

crédito de que se trate. debe tenerse que para su comprobación no basta que se acredite mediante cualquier medio que el cheque fué presentado para su cobro y no pagado, ya por inexistencia de la cuenta, ya por falta de fondos suficientes para su pago, sino que de acuerdo con dicho proveído y a fin de que se tenga por configurado el delito citado resulta estrictamente necesario el que la certificación a este respecto la haga personal específicamente autorizado por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo Directo 387/91. 17 de octubre de 1991. PONENTE: José Angel Mandujano Gordillo. SECRETARIO: Pedro A. Rodríguez Díaz.

5.-LA FALTA DE CERTIFICACION POR PERSONAL ESPECIFICAMENTE AUTORIZADO IMPIDE LA CONFIGURACION DEL TIPO PENAL. Cuando la autoridad responsable tiene por acreditado el cuerpo del delito de fraude específico que contempla la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal Federal, con el sólo aviso de devolución añadido al cheque o con el sello de la cámara de compensación, se infringe la garantía de seguridad jurídica tutelada por el artículo 14 Constitucional, ya que para ello se requiere necesariamente que la certificación de ese hecho la haga personal específicamente autorizado por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate habida cuenta de que es la firma del funcionario bancario, autorizada para tal efecto, la que da autenticidad al documento y calidad de certeza al hecho relativo a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago pues es un requisito que contempla el artículo y fracción en cita como necesario para la integración del tipo penal de que se trata. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo Directo 387/91, Manuel Díaz Rodríguez, 17 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretario: Pedro A. Rodríguez Díaz.

6.- CHEQUES, VOLANTES Y SELLOS CON FIRMAS NO AUTORIZADAS QUE HACEN CONSTAR LA INSUFICIENCIA DE FONDOS O CUENTA. Inexistente de los, no son suficientes para tipificar el delito de fraude específico.

Disponiendo el artículo 387, fracción XXI del Código Penal Federal, que la certificación relativa a la devolución de los cheques por insuficiencia de fondos o no tener cuenta el librador en la

institución girada. deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para ese efecto por la institución o Sociedad Nacional de Crédito de que se trate debe tenerse que para la configuración del delito de fraude específico. es indispensable que se satisfaga esta exigencia legal, y no basta que dicha certificación se tenga por hecha, por el sólo aviso de compensación. pues estos, no son. sino usos bancarios o mercantil. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo Directo 387/91. Manuel Díaz Rodríguez. 17 de Octubre de 1991 unanimidad de votos . Ponente José Angel Mandujano Gordillo. Secretario: Pedro A. Rodríguez Díaz.

7.-FRAUDE CASO EN QUE NO SE CONFIGURA EL DELITO POR LA EXPEDICION DE UN CHEQUE SIN FONDOS.(LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). Existen fraudes que por su naturaleza. carecen del engaño o el aprovechamiento del error como elementos materiales --tal es el caso de fraude por usura--. sin embargo. el bien jurídico que todos tutelan es el patrimonio de las personas, por lo que es incuestionable que para su configuración siempre es necesario que el sujeto activo se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido. Así. la expedición de una cheque son fondos es entregado al beneficiario en garantía de pago ó en pago de un adeudo contraído con anterioridad. no constituye el delito de fraude que tipifica la fracción III del artículo 252 del Código Penal de Jalisco. por que el deudor no obtiene el dinero a cambio del documento mercantil. sino con motivo de una obligación anterior de la que no se libera con dicho titulo y por lo tanto. no alcanza lucro alguno. TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión

26/91 Filemón Lara Cortés. 11 de abril de 1991. Unanimidad de votos .
Ponente : Alfonso Nuñez Salas. Secretaria Ana Victoria Cardenas
Muñoz.

8.-FRAUDE. DELITO ESPECIFICO DE. COMETIDO CON CHEQUES ENDOSADOS QUE NO TENIAN FONDOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). Se acredita la figura delictiva. cuando el activo del delito endosa y entrega como pago de mercancía. cheques que le habían sido otorgados tiempo atras a esta operación por su suscriptor y con los que había sido estafado. dado que ello demuestra que al haber puesto en manos del sujeto pasivo dichos documentos a cambio de los artículos recibidos a sabiendas de que carecían de provisión para ser cubiertos. valiendose del engaño obtuvo un lucro indebido en su beneficio. por ser estos actos de los requeridos para la integración del cuerpo del delito de que se trata. conforme a lo dispuesto por el artículo 252. fracción III del Código Penal de Jalisco. TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 7/91. Hugo Perea González . 18 de junio de 1991.Unanimidad de votos
Ponente: Lucio Lira Martínez . Secretario Humberto Castañeda Martínez.

9.- FRAUDE. SE CONFIGURA AUN CUANDO LOS CHEQUES HAYAN SIDO POSFECHADOS. SI SE DEMUESTRA QUE FUERON DADOS EN PAGO Y NO EN GARANTIA Y QUE CARECIAN DE FONDOS AL SER PRESENTADOS PARA SU PAGO EN LA FECHA CONVENIDA (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). Si bien es verdad que el acusado y el ofendido habían realizado. con anterioridad a los hechos justiciables. operaciones comerciales y que

los cheques afectos a la causa se expidieron para ser pagados en una fecha posterior. entregando dichos cheques en garantía, pues la sola circunstancia de que tales documentos se hayan entregado para ser cobrados determinado tiempo después de su expedición, únicamente se demuestra que con los mismos se hizo un pago diferido, más no que se hayan otorgado en garantía, por lo que en esas condiciones y habiendo sido los títulos de crédito el medio por el cual el acusado adquirió la mercancía, es claro que se configura en la especie, el delito previsto por la fracción III. del artículo 252 del Código Penal del Estado de Jalisco. TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo Directo 302/90. Francisco Sandoval Gómez. 12 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. PONENTE: Alfonso Nuñez Salas. SECRETARIO: Francisco J. Ruvalcaba Guerrero. Amparo en Revisión 141/87. Hugo Alatorre Alonso. 4 de septiembre de 1987. Unanimidad de Votos. PONENTE: J. Guadalupe Torres Morales. SECRETARIO: José Montes Quintero.

10.- FRAUDE ESPECIFICO POR EXPEDICION DE CHEQUES SIN FONDOS. Si el quejoso expidió un cheque carente de fondos, su conducta debe encuadrarse en la figura delictiva de fraude específico y no en la de fraude genérico como estima el Juez del conocimiento, en razón de que el medio determinante que utilizó para obtener ilícitamente una cosa, fue librar un título de crédito que a la postre resulto sin fondos, y tal situación es lo que hace la diferencia, entre ambas hipótesis. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 258/89. Rodolfo González Sanmiguel. 17 de enero de 1990. Unanimidad

de votos. Ponente: Ramiro Barajas Plasencio. Secretario: Carlos Hugo de León Rodríguez.

11.- FRAUDE, CASOS EN LOS QUE LA EXPEDICION O LIBRAMIENTO DE UN CHEQUE SIN FONDOS CONFIGURA EL DELITO DE. Si el inculpado libró un documento que sabia no podría ser pagado ya que su cuenta personal de cheques había sido cancelada, aún cuando no haya sido él quien lo endosó, como quiera que sea, con su proceder dio pie para que la denunciante resultara engañada, al recibir de manos del beneficiario o tenedor el citado documento, alcanzando de cualquier manera un lucro indebido para sí o para otro; y tal conducta bien puede encuadrar en el tipo delictivo de fraude. TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en Revisión 34/91 Pablo Rosendo Silva Martínez. 8 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Galvan Rojas. Secretario: Armando Cortés Galvan. Amparo en Revisión 7/88. Carlos Rodríguez Rocha. 2 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo R. Secretario: José Mario Machorro Castillo. Amparo en Revisión 32190. Alejandro Guillermo Robledo Zapata. 21 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galvan R. Secretario: Armando Cortés Galvan.

12.- CHEQUE SIN FONDOS, ORDEN DE APREHENSION CONTRA EL LIBRADOR NEGLIGENTE. Es inconstitucional la orden de aprehensión en contra del librador de un cheque sin fondos, cuando aquél actúa en forma negligente al omitir consultar previamente su estado de cuenta, pues el párrafo segundo de la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal aplicable en materia

Federal, solo sanciona con pena corporal cuando con su conducta el librador pretende hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en Revisión 1/88. Felipe Teja de la Isla y Samuel Camacho de la Teja. 8 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. PONENTE: Armando Najera. SECRETARIO: Guillermo Baez Pérez.

13.- FRAUDE ESPECIFICO DE LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS. EL PAGO O CONVENIO POSTERIOR CON EL OFENDIDO NO LO DESVIRTUAN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). El pago del importe de los cheques efectuado por el librador después de que fueron presentados para su cobro ante la Institución Bancaria o el arreglo que el responsable del delito haga con la persona ofendida, para pagar la cantidad de dinero que obtuvo o bien para restituir los bienes o el lucro obtenido, no hace desaparecer la conducta delictuosa, ya que si concurrieron todos los elementos del delito del fraude específico a que alude el artículo 404 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, el pago o convenio posterior sobre la forma de reparar el daño no desvirtúa la naturaleza jurídica del acto cometido. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en Revisión 121/90. Juan Mario Peña Islas. 4 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. PONENTE: Gustavo Calvillo Rangel. SECRETARIO: José Mario Machorro Castillo.

14.- FRAUDE ESPECIFICO POR EXPEDICION DE CHEQUES SIN FONDOS, DADO EN PAGO DE UNA COMPRAVENTA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Si con motivo de una compraventa, el inculpado libró dos

cheques a la orden de la vendedora, los cuales no fueron pagados por carecer de fondos y por que la cuenta fue cancelada posteriormente, es incuestionable que su conducta encuadra en el artículo 403, fracción III, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, pues al haber recibido la mercancía obtuvo un lucro y no obstante que ofreció pagar su precio con los documentos de crédito, sabía que no iban a ser pagados por las circunstancias mencionadas. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo Directo 387/90. Angel López Jiménez. 19 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. PONENTE: Gustavo Calvillo Rangel. SECRETARIO: José Mario Machorro Castillo.

15.- FRAUDE ESPECIFICO COMETIDO MEDIANTE LA EXPEDICION DE CHEQUES SIN FONDOS, ELEMENTOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Los elementos constitutivos del fraude específico de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40, fracción III, del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, son: A) Obtener a costa de otro, una cantidad de dinero u otro lucro cualquiera; B) que para ello se endose a nombre propio o de otra persona, un documento nominativo, a la orden o al portador; C) contra una persona supuesta o que quien lo otorgue tenga conocimiento de que no ha de pagarse, elementos estos que se dan en el libramiento de cheques sin fondos. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 158/91. Ignacio de la Cruz Hernández. 3 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. PONENTE: Gustavo Calvillo Rangel. SECRETARIO: Humberto Schttino Reyna.

16.- FRAUDE. NO SOLO CONFIGURA EL SIMPLE LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN TENER FONDOS SUFICIENTES. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). Si solo aparece demostrado que se libro un cheque a la orden de determinada persona y por determinada cantidad con motivo de una operación de compraventa, documento que al ser presentado en la Institución bancaria correspondiente para su cobro fue devuelto por insuficiencia de fondos, no se configura el delito de fraude, ya que para ello se requiere que el agente activo mediante el engaño o el aprovechamiento del error en que se encuentra la víctima obtenga alguna cosa total o parcialmente ajena con ánimo de dominio, lucro o uso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 187 del Código Penal del Estado. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO. Amparo en Revisión 681;90. Adolfo Solano Dominguez. 13 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. PONENTE: Elie1 Efitta García. SECRETARIO: Antonio Zuñiga Luna.

17.- FRAUDE ESPECIFICO POR EXPEDICION DE CHEQUES SIN FONDOS, CONFIGURACION DE. Aún cuando el inculpado no intervino directamente en la compraventa de la mercancía que un tercero liquidó con un cheque proveniente de una cuenta cancelada, el delito de fraude específico por el que se le acuso, lo cometió en el preciso momento en que, para lograr la entrega material de dicha mercancía de parte de la ofendida, expedido a favor de esta cheques personales en pago de ella, a sabiendas de que no podían ser cubiertos por el banco librado, atenta la carencia de fondos en la cuenta respectiva. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo en Revisión 388/89. Angel Ríos Rodríguez. 29 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. PONENTE: Salvador E. Castillo Morales. SECRETARIO: José Gutierrez Verduzco. 8ª Epoca.

18.- FRAUDE ESPECIFICO POR EXPEDICION DE CHEQUES SIN FONDOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACAN). Si de los autos que forman el sumario se desprende que los quejosos pactaron con el ofendido diversas operaciones de compraventa de mercancía al contado, la que obtuvieron en la fecha en que se tuvo por pagada con los cheques que obran en autos, que sabía no iban a hacerse efectivos, ante la insuficiencia de fondos en sus cuantas, es obvio que a través de estos documentos y mediante engaño, se obtuvo un lucro indebido, con el consiguiente daño en el patrimonio del ofendido; y tales conductas de los quejosos, hacen probable su responsabilidad penal en el delito de fraude, tipificado y sancionado en los artículos 324 y 325, fracción III, del código Penal del estado de Michoacán. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo en Revisión

282/88. Alfonso González Andrade y coagraviado. 15 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. PONENTE: Salvador Enrique Castillo Morales. SECRETARIO: Pedro Garibay García. 8ª Epoca.

Por último queremos concluir señalando que al hablar del Derecho Penal es necesario señalar los PRINCIPIOS BASICOS que lo rigen, y que son los siguientes:

MANDATO DE CERTEZA: El legislador al redactar los tipos penales deberá ser claro y preciso, eliminando la variedad y ambigüedad en el lenguaje, lo ideal es que los tipos penales sean tipos cerrados (los tipos abiertos a veces remite a otras leyes. Aquellos en que la descripción es tan amplia que da lugar a otro delito y entra cualquier conducta, como por ejemplo en el delito de adulterio. Sabemos que el principio de LEGALIDAD no se puede aplicar la analogía, ni la costumbre, no se puede decir que surge una norma en base a otra que ya estaba prevista.

En el caso del delito descrito en el artículo 387, fracción XXI, vemos que el legislador no es muy claro al redactar este tipo penal puesto que remite a otras leyes para completar el tipo y encuadrar la conducta delictiva, esto precisamente se ve cuando señala que el "rechazo se haga en términos de la ley aplicable.." y además no fija una penalidad en este delito sino que se debe estar a las penas señaladas para los delitos de fraude genérico.

PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD PENAL: La actuación penal de los gobernantes debe estar dada en beneficio y en representación de los gobernados debe ser en beneficio y en representación de los gobernados; debe ser en beneficio de la sociedad en general. Nuestra constitución no reconoce expresamente el principio de legitimidad lo

menciona en su artículo 39 "La soberanía recae sobre el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tienen, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno". Se rigen determinadas conductas por que el Estado protege algunos bienes; al Estado le interesa castigar culpables y a la sociedad es lo que le conviene. Se debe ver, sin embargo, si la ley penal está protegiendo un bien jurídico importante para la conservación del orden social. Lo que guía al legislador al crear la norma es pensar en beneficio de la sociedad.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: Se refiere fundamentalmente a que la punibilidad prevista en la norma penal debe ser proporcional al bien jurídico que se quiere proteger en dicha norma mientras que la fijación de la pena para el sujeto que cometió el delito debe ser proporcional a la culpabilidad de el agente. Las normas penales tienen la característica de estar compuestas por un tipo y la punibilidad; el tipo lo entendemos concretamente como la descripción de la conducta que hace el legislador, y la punibilidad es la amenaza de sanción, que es un intervalo de lo que le puede tocar al delincuente. El tipo se crea para proteger bienes jurídicos, por ejemplo el homicidio protege la vida, en el robo la posesión, y a sí sucesivamente. Luego entonces la punibilidad prevista en la ley debe ser proporcional al bien que se quiere proteger. El legislador no castiga, sino que amenaza, en un margen establecido, por ejemplo entre 5 a 20 años de prisión según el delito claro esta. Pero debe ser proporcional al bien que se quiere proteger; vemos que no siempre se respeta éste principio por ejemplo el robo de auto es de 20 años y en el homicidio la penalidad también

llega a los 20 años, generalmente en los delitos patrimoniales la sanción es más alta. El juez tiene que sancionar, individualizando la pena en proporción a la culpabilidad del sujeto, nuestro código penal a demás de la culpabilidad da cabida a la peligrosidad del agente y la doctrina dice que debe ser en base a la culpabilidad, o sea a lo reprochable que le sea la conducta cometida.

PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD: El Derecho Penal no se ocupa de todas las conductas humanas, sino solamente de aquellas conductas que intencional o imprudencialmente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos más importantes para la sociedad. Las conductas que sancionan deben ser dolosas o culposas por eso decimos que es fragmentario.

PRINCIPIO DE RACIONALIDAD O SUBSIDIARIEDAD: Significa que el Derecho Penal es de "última ratio", debe recurrirse al derecho penal como última instancia cuando ya se han agotado todos los medios de prevención no penal, es el último recurso por ser el más enérgico. Aquí es donde basamos nuestro planteamiento en el presente trabajo de tesis pues consideramos que el derecho mercantil regula y protege ampliamente a las persona en caso de recibir un cheque sin provisión de fondos, ya que la ley general de Títulos y operaciones de crédito señala las acciones posibles para ejercitar en caso de rechazo de pago de un cheque, en perjuicio del tomador tales como la acción cambiaria, acción de enriquecimiento, o la acción causal, a demás el código civil señala y regula los contratos o convenios celebrados entre las personas, así como la nulidad o rescisión de las operaciones en caso

de ser ilícitas. En concreto el derecho privado puede ser aplicado para tutelar el mismo bien jurídico que se protege en la fracción XXI del artículo 387 del código penal mexicano, dejan al Derecho al su función de "última ratio" y su principio de fragmentariedad.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: A nadie se le puede responsabilizar de un delito si no actuó culpablemente, siendo además la culpabilidad la medida de su sanción, se trata de evitar responsabilidades subjetivas. Es decir, el sujeto debe tener una conducta reprochable.

PRINCIPIO DE HUMANIDAD: Se refiere a que la actuación penal del Estado debe ser respetuosa de la integridad y de la dignidad del ser humano, evitando todo tipo de castigos infames, mutilantes o trascendentes.

Cabe señalar que estos principios que se supone son básicos para el Derecho Penal, generalmente no se cumplen, como es el caso del delito que estudiamos, según nuestro análisis.

CONCLUSIONES

I. El cheque surge como consecuencia de la practica reiterada entre los comerciantes, de depositar dinero en personas de confianza, y a quiénes el depositante encargaba la custodia del dinero, quien a su vez empleaban documentos redactados en forma de mandato de pago, cuando quería dar a otras personas alguna cantidad de ese dinero depositado; lo cual debía cumplir el depositario.

Es hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando con el surgimiento de los Bancos Nacionales, se legisla en el Derecho Mercantil y en materia Penal, para regular y proteger la confianza en el empleo del cheque como instrumento de pago, y lograr una mayor difusión y aceptación en la población para utilizarlo en las relaciones comerciales.

II. El cheque se encuentra actualmente regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito respecto a su circulación, su emisión, su forma de pago, y las acciones derivadas de su impago. Y tiene la característica de autonomía y literalidad propias de todos los títulos de crédito. Por lo tanto es considerado un instrumento mercantil y un medio de pago.

III. Una de las características importantes del cheque, es la de recibirse "salvo buen cobro" con lo que se entiende que si un cheque es girado en pago de una obligación, este documento no libera al librador de tal obligación principal en tanto no sea pagada la cantidad consignada en el cheque al momento de su presentación ante la Institución librada. Por lo tanto la obligación principal entre el librador y el tomador del cheque no se extingue con la simple entrega y recepción del documento.

IV. Un cheque que es presentado dentro del término legal, ante la Institución Nacional de Crédito correspondiente y es rechazado para su pago por falta de provisión de fondos, el tomador podrá ejercitar la acción cambiaria en contra del librador, aval o endosantes, según el caso, o la acción causal en caso de no poder ejercitar la acción anterior, o bien la acción de enriquecimiento ilegítimo en caso de no poder ejercitar las anteriores; conforme a lo señalado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con el fin de obtener el pago del cheque. Con lo que consideramos que el la ley mercantil protege ampliamente al tomador de un cheque en caso de impago.

V. Al momento de girar un cheque el librador se obliga con el tomador a pagar una suma determinada de dinero, consignada en el texto mismo del documento, por lo que conforme a la literalidad, autonomía y legitimación del cheque, el tomador

adquiere el derecho de recibir la cantidad de dinero mencionada y solo con la presentación material de ese documento puede ejercer su derecho o las acciones permitidas para obtener su pago, en caso de rechazo por falta de provisión de fondos.

- VI. Considerando al delito como la acción u omisión que sancionan las leyes penales, entendemos que una conducta será violatoria de una norma jurídica penal, cuando exista un precepto que la sancione como tal, dependiendo de la época y del lugar de que se trate. Debemos entender entonces que lo que no esta prohibido esta permitido.
- VII. El artículo 387, fracción XXI del Código Penal es un tipo abierto ya que remite a la aplicación de otra ley para completarlo lo cual va en contra del principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución en lo referente al principio de legalidad. A su vez este precepto no debe contravenir a la ley mercantil en lo relativo al cheque al establecer la forma de certificación del impago de este documento.
- VIII. La fracción XXI contenida en el artículo 387, sanciona la conducta del agente que emplea el cheque como medio para cometer un fraude, es decir, al que engaña al tomador o se aprovecha del error en que éste se halla (pues cree que el cheque que recibe en pago si tiene fondos disponibles en la

cuenta del librador), con el fin de hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido.

- IX. El tipo penal descrito en el precepto citado contiene un elemento objetivo que consiste en la conducta del agente, su resultado y un nexo causal entre ambos; así como un elemento subjetivo que es la culpabilidad del agente, (entendida como la reprochabilidad de su conducta), que se encuentra señalada en el segundo párrafo de dicho precepto penal al indicar 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"; es decir, el legislador considera culpable del delito al agente solo cuando su intención haya sido la de hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido.

La conducta del agente en este delito consiste en el conjunto de movimientos físicos y voluntarios realizados al girar un cheque sin provisión de fondos (estampando su firma en el documento) dando como resultado de tal conducta el rechazo del pago del cheque al ser presentado ante la institución Nacional de Crédito correspondiente, (por carecer de provisión de fondos), con lo que se demuestra el nexo causal entre la conducta del agente y el resultado.

- X. Consideramos que en los casos en que el agente pretende hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro, se está en lo previsto por el artículo 386 del Código Penal,

correspondiente al fraude genérico, así como en la fracción IV y V del artículo 387 del mismo ordenamiento, que señalan las conductas en que alguien se hace ilícitamente de una cosa o un servicio; y en la fracción III y IX se sanciona aquellas conductas en las que se obtenga un lucro indebido.

- XI. El bien jurídico que se pretende proteger en el tipo penal descrito en la fracción XXI del artículo 387, del Código Penal, es el patrimonio de las personas, que específicamente entendemos que consiste en la suma de dinero consignada en el texto del cheque, que es así mismo considerada parte del patrimonio pasivo del tomador del documento girado (sin provisión de fondos). De aquí que se piense que en este delito se produce un resultado inmaterial, que pone en peligro el patrimonio (la suma de dinero que forma parte del pasivo de su patrimonio) del tomador o beneficiario del cheque. Es decir, que el resultado producido no crea un daño sino un peligro de daño, toda vez que el patrimonio del tomador no sufre una disminución o daño, ya que la obligación del girador, consistente en pagar una suma determinada de dinero, no se ha extinguido, y mucho menos la obligación principal, ya que con la simple entrega del cheque no se extingue tal obligación; y el derecho del tomador, de recibir una suma determinada de dinero, sigue vigente.

- XII. El Derecho Penal tienen como fin la conservación de la convivencia armónica de la sociedad, por lo que solo se encarga de tutelar aquellos bienes que ameriten una protección enérgica. De ahí que se considere como el último recurso para sancionar las conductas delictivas; ya que tal conservación de la convivencia social también está encargada a otras ramas del Derecho como es el Derecho Privado.
- XIII. La justificación del Derecho Penal como medio coactivo del Estado para conservar la convivencia humana debe seguir el nuevo criterio de intervención mínima del Derecho Penal. Lo anterior es posible aplicar al delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos de cuyo análisis consideramos que el bien jurídico tutelado por la norma penal es un bien que se encuentra regulado y protegido por el Derecho Privado (en la ley Civil y Mercantil), que resulta menos enérgico y que a su vez permite una mayor oportunidad a reparar el posible daño o bien la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión de la conducta delictiva. Así como garantizar un medio menos drástico de obtener el pago de deudas contraídas con motivo del libramiento de cheques sin provisión de fondos, y una mayor oportunidad de conciliación entre las partes.

Es sabido que no solo debe buscarse un Derecho Penal mejor, sino algo mejor que el Derecho Penal, siempre procurando dar a cada quien lo que le corresponde y

restituir los derechos violados de las personas, es decir, buscar siempre la justicia, respetando todos y cada uno de los Derechos del ser humano, con el fin de lograr una mejor convivencia social.

A P E N D I C E

Toda vez que con fecha 10 de enero de 1994 se dictó un decreto por parte del Ejecutivo, Lic. Carlos Salinas de Gortari, en el que se reforman, adicionan, y derogan diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero Federal, transcribimos en el presente apéndice los artículos que fueron modificados con dicha disposición, a efecto de no crear confusión con el texto del presente trabajo, ya que este se concluyó antes de dichas reformas por lo que se deben tomar en cuenta al momento de leer nuestro trabajo de tesis, para no caer en una posible contradicción con nuestro derecho penal vigente.

Solamente nos referiremos a los artículos utilizados en nuestro texto y que son los que se refieren al concepto de delito, a la culpabilidad, las causas de justificación o exclusión del delito:

ARTICULO 7.-

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía deber de actuar para ello derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

.....

ARTICULO 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

ARTICULO 9.- Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley y,

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo posible o previo confiando en que no se produciría, en virtud a la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

CAPITULO IV. CAUSAS DE EXCLUSION DEL DELITO.

ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III.- se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie

algún vicio o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiera otorgado el mismo.

IV.- Se repele una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentren en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuido, se estará a lo dispuesto por el artículo 69 de éste Código:

VII.-

Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o alcance de la misma, o por que crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de éste código.

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce en caso fortuito.

ARTICULO 17.- Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en

cualquier estado del procedimiento.

ARTICULO 387,FRACCION X.- Se deroga el segundo párrafo.

El anterior decretó se publicó en el Diario Oficial de fecha 10 de enero de 1994; entrando en vigor el primero de febrero del mismo año.

BIBLIOGRAFIA

- BAZARTE CERDAN, Willebaldo. El Delito de Librar Cheques sin Fondos, Librería Carrillo Hnos. e Impresores, S.A. México, 1977.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Anotado. Porrúa, S.A., México, 1988.
- CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Vigésimoquinta edición, Porrúa, S.A. México, 1984.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, Décima edición, Editorial Herrero, S.A., México, 1990.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal I, Cuarta edición, Porrúa, S.A. México, 1959.
- DE PINA VARA, Rafael. Teoría y Práctica del Cheque, Tercera edición, Porrúa, S.A. México, 1984.
- DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo. La Tutela Penal del Cheque, Porrúa, S.A. México, 1974.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. El Cheque, Porrúa, S.A. México, 1984.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito, Editorial Hermes, cuarta edición, 1963.
- Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Lozada, S.A., 2ª edición, Buenos Aires, 1957.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV, 5ª edición, Porrúa, S.A. México, 1990.
- COMENTARIOS DE DERECHO PENAL. Parte Especial, (robo, abuso de confianza y Fraude), 3ª edición, Porrúa, S.A. México, 1984.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.
- MEZGER, Eduardo. Tratado de Derecho Penal. Madrid, 1975.
- MAGGIORE. Derecho Penal I, Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- MOTO SALASAR, Efraín. Elementos de Derecho, Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.
- PORTE PETIT, Celestino. Evolución Legislativa en México, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965.
- REYES, Alfonso. Derecho Penal, Editorial Temis, Venezuela, 1989.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Cheques sin provisión y Cheques sin autorización, Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.
- SOLER, Sebastian. Derecho Penal, 55ª edición, Buenos Aires, 1959.
- TENA. Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.
- VILLORO TORANZO, Manuel. Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.
- ZAFFARONI, Raúl. Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Colombia, 1965.
- DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL., Tomo I y II, Marco Antonio Díaz de León, 2ª edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

LEGISLACION

Código Civil para el Distrito Federal. Colección Porrúa, S.A. México, 1993.

Código de Comercio y Leyes Complementarias. Colección Porrúa, S.A. México, 1993.

Constitución Política de México Colección Porrúa, S.A. México, 1993.

Código Penal para el Distrito Federal. Colección Porrúa, S.A. México, 1993.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Colección Porrúa, S.A. México, 1993.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Colección Porrúa, S.A. México, 1993.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. 1992.

Diario Oficial. 10 de Enero de 1994. Segunda sección. Secretaría de Gobernación. México.