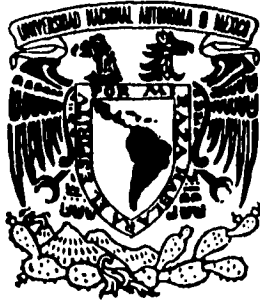


527
28



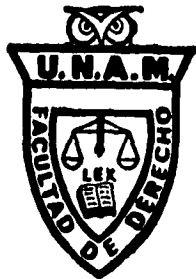
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES CONTRA
CUENTA INEXISTENTE COMO FORMA
DE FRAUDE ESPECIFICO**

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FRANCISCO JAVIER MARTIN
DEL CAMPO QUIJADA

**ASESOR DE TESIS:
LIC. MIGUEL ANGEL GRANADOS ATLACO**



MEXICO, D. F.

1995



**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**

FALLA DE ORIGEN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

Ahora que ha llegado el momento de dedicar este modesto trabajo, con la emoción propia de quien se siente agradecido, lo hago a todas aquellas personas que de una u otra forma influyeron en mi vida, fortaleciéndome el ánimo para proseguir el arduo camino del estudio.

Al encontrarme a poca distancia de lograr el más caro anhelo de mi vida (la culminación de mis estudios y obtener el título de Licenciado en Derecho), no omito expresar que el camino no ha sido fácil, y para salir avante en la lucha tuve que librar un sinnúmero de adversidades; mi ánimo a veces decaído, requirió de ayuda moral para fortalecer la voluntad y continuar la marcha, paso a paso hacia la meta deseada.

Cuando pienso en los años ya idos, reflexiono y digo:

¡Nunca es tarde para lograr nuestros objetivos!

Gratitud eterna siempre la tendré para mis queridos
padres: FRANCISCO MARTIN DEL CAMPO
HERNANDEZ y JOSEFINA QUIJADA ALVAREZ, por
sus esfuerzos y estímulos desinteresados, por
confiar en mí.

Con todo cariño, a mis hermanos, como grato
recuerdo de nuestra niñez, esos años que
convivimos juntos.

Con gran estimación y cariño, a mis familiares.

Con profundo cariño a mi esposa, hijos y nietos,
que han sido un aliciente de superación en mi
vida, como padre de familia.

Con sincero afecto a mis amigos
y compañeros de trabajo.

Con admiración y respeto para el LIC. MIGUEL ANGEL GRANADOS ATLACO,
quien ha tenido la gentileza de dirigir el presente trabajo.

Por último, vaya mi agradecimiento a los señores Licenciados
JOSE ANTONIO GRANADOS ATLACO y VICTOR HUGO
PEREZ HERNANDEZ, por sus consejos y amables atenciones.

"Honor a quien honor merece", elegante y certera frase del ilustre cubano
JOSE MARTI, sintetizando admirablemente el significado de lo que es una
dedicatoria.

**EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES CONTRA CUENTA INEXISTENTE
COMO FORMA DE FRAUDE ESPECIFICO**

INTRODUCCION

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS

A) En el mundo	1
1.- Antigüedad	1
2.- Edad Media	4
3.- Renacimiento	9
4.- Epoca moderna	11
5.- Etapa contemporánea	12
B) En México	15
1.- Epoca colonial	15
2.- Etapa Independiente	17

CAPITULO II.- MARCO TEORICO CONCEPTUAL

A) Aspectos mercantiles	23
1.- Título de crédito	23
2.- El cheque	26
3.- Cuenta bancaria	30
B) Aspectos penales	32

1.- Delito	32
2.- Fraude	34
a) Genérico	34
b) Específico	40

**CAPITULO III.- ANALISIS DOGMATICO DE LA FRACCION XXI DEL
ARTICULO 387 EN SU HIPOTESIS DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE
CONTRA CUENTA INEXISTENTE**

A) Presupuestos del delito.	42
B) Conducta y ausencia de conducta.	47
C) Tipicidad y atipicidad.	54
D) Antijuridicidad y causas de justificación.	60
E) Imputabilidad e inimputabilidad.	68
F) Culpabilidad e inculpabilidad	75
G) Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia.	84
H) Punibilidad y excusas absolutorias.	86

CAPITULO IV.- CRITICAS Y PROPUESTAS

A) Críticas a la fracción XXI.	91
B) Propuestas y reformas.	98

CONCLUSIONES	103
FUENTES BIBLIOGRAFICAS	106
LEGISLACION	109

INTRODUCCION

El derecho penal juega un papel de suma importancia en el orden de una colectividad, siendo a su vez todas las figuras típicas tutelares de bienes jurídicos, de gran trascendencia para la pretensión atribuida a esta rama del derecho.

Para quienes sentimos una inclinación hacia la ciencia jurídico-penal, es de especial interés analizar algunas de las hipótesis que el máximo ordenamiento punitivo establece en forma de tipos penales, con el objeto de evitar las transgresiones al orden jurídico.

Una que nos llama la atención de maneras sobresaliente, es la hipótesis que encontramos en LA FRACCION XXI DEL ARTICULO 387 y que se refiere al LIBRAMIENTO DE CHEQUE CONTRA CUENTA INEXISTENTE.

Para el análisis de la hipótesis señalada, consideramos menester agotar en un primer capítulo, lo relativo a los antecedentes históricos, no sólo en el mundo, sino también en México, pasando por las diversas etapas de la historia mundial (Antigüedad, Edad media, Renacimiento, Epoca moderna, Etapa contemporánea.), como las propias de nuestro país (Epoca colonial, Etapa independiente).

Una segunda sección de la tesis la sustentamos en la necesidad de precisar algunos conceptos básicos para el entendimiento y manejo del tema propuesto, nos referimos al marco teórico conceptual. En dicho capítulo se habrán de analizar aspectos insoslayables para este modesto estudio como: aspectos mercantiles (Título de crédito, el cheque y su naturaleza jurídica, características; cuenta bancaria, etc.)

En lo que respecta a la parte jurídico penal, se tiene previsto también el estudio acucioso de los puntos relativos al delito, concretamente, al tipo penal de fraude, tanto genérico, como específico.

En la tercera sección, habremos de avocarnos a la parte medular de la presente tesis, es decir, al análisis dogmático de la fracción XXI del artículo 387 en su hipótesis de libramiento de cheque contra cuenta inexistente. Este capítulo constituye el objetivo primordial de nuestro trabajo recepcional, proponiendo elaborar dicho análisis haciendo uso de los principios integradores de la dogmática jurídico-penal, aclarando que se toma en cuenta la corriente atomizadora heptatómica del delito. De tal manera que hablaremos de siete elementos con sus respectivos aspectos negativos: conducta y su ausencia; tipicidad y atipicidad; antijuridicidad y causas de justificación; imputabilidad e inimputabilidad; culpabilidad e inculpabilidad; condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia; y, por último, la punibilidad y las excusas absolutorias.

Cualquier estudio en la materia debe perseguir el ideal de la propuesta, sobre la base de una crítica constructiva e imparcial, es por ello que incluimos un último apartado en el que se habrán de puntualizar las críticas correspondientes, así como las propuestas que a nuestro juicio pudieran plantearse con el objeto de depurar esta tutela jurídico-penal.

La inquietud de este estudio, nace del conocimiento que la práctica nos ha proporcionado al respecto y a su vez de la preocupación que nos inquieta al encontrarnos con problemas fácticos.

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS

Para contar con una perspectiva que permita entender cabalmente la evolución del cheque, es menester analizar los antecedentes históricos que ilustran la naturaleza jurídica y el valor que en el mundo de la economía tiene.

A) En el mundo

1.- Antigüedad

Tal vez el derecho más antiguo que podemos conocer y el que por su naturaleza resulta de suma importancia, e incluso es protector de todos los demás principios normativos, es el derecho penal.

Sin duda, a través de todos los siglos la humanidad siempre ha querido una pena para esas conductas delictuosas que infringen los derechos de los individuos en la relación social.

Unos de los códigos más antiguos de los que tenemos conocimiento, es el de Hammurabi, el cual estaba basado en una pena recíproca a la reparación del daño; esto es, que en la misma pena se establecía la reparación del daño ocasionado con la conducta delictuosa, nos referimos al famoso "ojo por ojo y diente por diente".

Esta legislación proviene del Medio Oriente, en donde pueblos como los Acadios y los Sumerios, ya tenían estructuras de derecho basadas en una reparación del daño, no por los medios de la venganza, sino a través de la justa reparación del daño.

Guillermo Floris Margadant, cuando nos habla de este código, ofreciéndonos la siguiente explicación:

Un siglo después cuando Hammurabi dicta su famoso código babilónico, que se conoce con bastante detalle, se observa a menudo, un retroceso respecto a los derechos Sumerios o Acadios de aquellos fragmentos. Así, en el caso de daño, Hammurabi establece como sanción la ley del talión, en tanto que el derecho sumerio anterior a él, estaba basado en el principio de la reparación del daño".¹

En el código de Hammurabi se reglamentaba el préstamo y depósito de mercancía donde se distinguen dos especies de cebada cuya tasa de interés era de 33% anual y la plata variaba entre 20 y el 12%.

En previsión de usura, todos los contratos de préstamo debían ser revisados por funcionarios reales, el creador podría ejercer apremio corporalmente sobre el deudor o sobre su mujer, hijos o esclavos.

Es en la Babilonia antigua en donde se empieza a gestar una civilización muy importante, que va a dar origen al sistema capitalista, nos referimos a la reparación de los grandes comerciantes de aquellas épocas, a través del tiempo lograron acaparar grandes riquezas que les permitieron tener ciertos poderes y por supuesto establecer centros en los que podían recibir depósitos de terceros.

Así podemos observar cómo el desarrollo del individuo va generándose y recibiendo una estructuración que le va a permitir su propia superación y además la posibilidad de acrecentar su patrimonio.

Es en este contexto de cosas, en donde el derecho penal, jugaba un papel

¹ Floris Margadant, Guillermo. Panorama de la Historia del Derecho Universal, p. 41.

de importancia dentro de la civilización en virtud de que era el medio más especial, a través del cual se lograba implantar la justicia entre los hombres.

Así, podemos observar como en la época antigua, se empieza a dar la llamada venganza privada, basada en la ley del talión.

De ésta, nos dice el maestro Fernando Castellanos lo siguiente:

A la etapa de la venganza privada, suele llamársele también venganza de sangre o época bárbara. En el primer período de información de el derecho penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza la *ratio essendi* de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y hace justicia por sí misma, desde luego no se pretende afirmar que esto constituya propiamente una etapa del derecho penal; se habla de la venganza privada como un antecedente en cuya realidad espontánea cunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla..."²

Evidentemente que la población de la época antigua apenas estaba dando sus pasos a lo que es la organización social basada en una seguridad que da el derecho, y el establecimiento de las reglas de trato social.

Podemos observar como el derecho penal otorgaba a las personas la posibilidad de sobrellevar ellos mismos la llamada venganza de sangre o la venganza privada que se identificaba con la idea del código de Hammurabi, en el

² Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal, pp. 31, 32.

principio la ley del talión.

Paralelamente a esto, hemos podido observar como los grandes capitalistas, van surgiendo a base de las concentraciones y evidentemente que en Babilonia, en donde, se empieza ya a dar la posibilidad de un comercio y un establecimiento bancario en el cual, se iban a concentrar considerables recursos que hacían fructificar al conseguir diversos préstamos y créditos al comercio.

2.- Edad Media

Con el desarrollo lógico y natural de la civilización, se empiezan ya a sentar las bases no solamente del comercio, sino también de lo que es el derecho penal.

Podemos citar las palabras del maestro Roberto Mantilla Molina, que nos habla del surgimiento de la comercialidad, y cómo ésta empieza a requerir de una protección que le iba a remitir inmediatamente ante el derecho penal.

Dicho maestro nos dice:

Tan pronto como la economía cerrada o natural, en la cual cada grupo satisface íntegramente sus necesidades por sí mismo, resulta inadecuada a la compleja organización de una sociedad, surge un fenómeno, el trueque, que tal vez en sí mismo no puede ser calificado de mercantil, pero que tiene como necesaria consecuencia, el comercio. En efecto si el trueque supone que cada unidad económica produce en exceso determinado satisfactores, y carece de otros que son producidos por distintas células económicas, es por que se ha manifestado ya aún cuando sea sólo de manera embrionaria.

La división de trabajo; y consecuencia necesaria de ésta es

que la tarea de realizar cambios entre las distintas unidades económicas, la asuma, de manera especializada, una persona, o un grupo determinado de personas, cuya actividad económica consista, justamente, en efectuar trueques no con el propósito de consumir los objetos adquiridos, sino con el de destinarlos con nuevos trueques, que llevarán el satisfactor de quienes lo producen a quienes lo ha menester para su consumo. Surge así el comercio, el cambio, y junto a la figura del labrador, del herrero, del carpintero, etc, aparece la del comerciante, el hombre que se dedica a interponerse, para facilitarlo, en el cambio de satisfactores.³

Sin lugar a dudas, se empieza ya a conformar la posibilidad de una relación comercial, que va a generar nuevos tipos de operaciones, la necesidad de que dichas operaciones, puedan realizarse en una forma muy dinámica.

De tal forma, se empiezan a dar varias ideas, especialmente, se tiene la posibilidad en primera instancia, de ejercer el comercio, ya sea a base del famoso llamado trueque, o el cambio a través de la moneda.

De ahí, que el mismo comercio y su fluctuación, así como el acaparamiento de riquezas, tendría que exigir necesariamente, la posibilidad de contar con la seguridad jurídica que dicho ambiente requiera.

Ahora bien, es indispensable notar que en este ambiente de cosas, el cheque empieza a darse a conocer, en la época antigua en las culturas griegas y romanas, pero, logra su máximo esplendor en la edad media.

De esto Juan José González Bustamente nos ofrece la explicación siguiente:

³ Mantilla Molina, Roberto. Derecho mercantil, p. 3.

Los orígenes del cheque son inciertos, pero natural que en de dicho documento se haga una exposición general del derecho bancario...Es un instrumento de pago de capital importancia nacido en las necesidades modernas pero también sus medias de compensación en las complejas actividades que desarrollan los bancos. Es un instrumento de retiro de fondos. Algunos tratadistas sostiene que el origen del cheque se haya en Atenas apoyándose en un texto de Sócrates. Caillemex entre otros consideran que las que las condiciones esenciales del contrato de cambio designado bajo el nombre de "Cambium Trajectitium" se reúnen en un texto. Se ha definido esta situación como: "ya he de dar o me obligo a dar, cierta suma de dinero en un lugar determinado a cambio de una suma de dinero que otros se obligan a darme en lugar distinto". Tal vez este tipo de cambio sería remoto antecedente del contrato de cambio. En Roma, deduciéndose de escritos hechos por Cicerón, Terencio y Plauto afirman que: "Los argentari" romanos lo emplearon en sus relaciones con clientes bajo el nombre de prescripto o permuyati.⁴

Es indudable que en la actualidad la práctica es incierta, y que exista la posibilidad de depositar dinero con personas de confianza, este tipo de documentos son más de la Edad Media en donde se generalizó su uso. Durante la Edad Media, tuvieron que generar la aceptación de unos documentos que tenían la forma de libranzas o asignaciones del depositante sobre el depositario y que no era sino simples mandatos de pago, pero no es posible deducir que en

⁴ González Bustamante, Juan José. El cheque, pp. 3,4.

realidad tuviesen el carácter que en la actualidad tiene el cheque.

En el siglo XVI en Amsterdam era usual que el comercio confiara a particulares la guarda de capitales y retirar los fondos por medio de signaciones llamadas letras de caja, hasta que se reguló su uso.

Evidentemente que desde la época antigua ya se conocía o se tenía la concepción de un movimiento parecido a lo que fuese actualmente el cheque, pero éste tuvo ya más uso generalizado en la Edad Media, y aún así no tenía las características que en la actualidad tienen este tipo de títulos de crédito.

Sea cual fuere el origen del cheque, y de las instituciones en donde ha de depositarse el capital, lo cierto es que, la sociedad al estar evolucionando, requirió de aquella idea que tenía el derecho penal de una venganza privada, misma que se transformaría ya en una venganza pública esto es, que hacía el llamado " ius puniendi" del Estado, a través del cual, ya no se le permitía al particular vengarse de la ofensa, que en un momento determinado se le hiciera.

Lo anterior, en virtud de que se empezó ya a estructurar la noción del Estado, a través de la configuración de la población asentada en un territorio, y un gobierno que establecía el poder público entre la población.

De lo anterior, se observó que había muchos excesos en relación a la venganza privada, y muchas de las ocasiones, se excedían e iban más allá de lo que la ley del talión les llegaba a permitir.

De tal suerte que con la estructuración del Estado, y la configuración de poder público, pues ya se pudieron establecer autoridades avocadas a la impartición de la justicia penal.

Fernando Castellanos Tena, al hablarnos de esta época, nos explica:

A medida que los estados adquieren una mayor solidez, principia a hacerse las distinciones entre delitos privados y públicos,

según si el hecho lesiona de manera directa los intereses de los particulares o el orden público.

Es entonces cuando aparece la venganza llamada pública o concepción política; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad.

Para la supuesta salvaguarda de ésta, se imponen cada vez penas más crueles e inhumanas. Para este período, por lo regular ya casi nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban a 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 abusaban los juzgadores, no lo pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas, y los tiranos depositarios de la autoridad y del mal.⁵

La evolución de la sociedad, resulta paralela a todo el desarrollo y estructuración de lo que es el derecho, una vez que las instituciones logran consolidarse, al derecho y su codificación también se desarrolla, protegiendo en forma esencial los derechos del individuo, su patrimonio y en general su persona.

Así tenemos como el derecho penal en esta época, empieza ya a tener la configuración que actualmente conocemos, pero seguía el exceso en el sufrimiento de la pena, que se le imponía al delincuente.

⁵ Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pp. 33,34.

3.- Renacimiento

Uno de los grandes momentos que ha vivido la historia del hombre, sin duda ha sido el descubrimiento de América.

Esto trajo consigo, la renovación de múltiples ideas para los europeos, respecto no solamente de su situación geográficamente, sino de la composición del universo. Hay que recordar los europeos antiguos, consideraban que la tierra era plana, mientras que nuestras culturas mexicanas, ya tenían un calendario azteca en donde se establecía la concepción redonda, con el sol centro, y esto trajo consigo que evolucionara la civilización europea, dando origen al llamado renacimiento.

En esta época, se empieza a agudizar la posibilidad de estructuración, y se da ya también la idea de la protección del hombre, a través del mismo derecho.

Uno de los grandes tratadistas del derecho penal de esta época, es Beccaria, quien sobre esta época en relación al derecho penal nos explica:

Es imposible prevenir todos los desórdenes en el combate universal de las pasiones humanas, crecen éstas en razón compuesta de la población y la trabazón de los intereses particulares, de tal suerte, que no pueden dirigirse geométricamente a la pública utilidad... Vuélvanse los ojos sobre la historia, y se verán crecer los desórdenes en los confines de los imperios, menoscabándose en la misma proporción la máxima nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos, conforme al interés que cada uno toma en los mismos desórdenes: Así la necesidad de agravar las penas se debilita cada vez más por este motivo.

Aquella fuerza semejante a un cuerpo grave, que oprime a nuestro bienestar no se detiene sino a medida de los estorbos que le son opuestos. Los efectos de esta fuerza son la confusa serie de las acciones humanas. Si éstas se encuentran y recíprocamente se ofenden, las penas que yo llamaré estorbos políticos, impiden el mal sin destruir la causa imperante que es la sensibilidad misma inseparable del hombre y el legislador hace como el hábil arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad, y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio.

El fin pues de la pena no es otro que impedir al reo causar nuevos daños en sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas, aquellas penas y aquel método mas de imponerlas, que guardada la proporción hagan una más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.⁶

Ya para estas épocas, se empiezan a gestar múltiples normas a través de las cuales se va estableciendo no solamente la posibilidad de una estructuración de seguridad jurídica que brinda el derecho penal, sino también, la protección al individuo de su patrimonio y el comercio con el que puede alcanzar mayores dividendos.

Por lo anterior, tenemos como se empiezan a dar ya, los más grandes avances que darán a nuestro momento los elementos fundamentales de su origen.

⁶ Bonesana, César, Marqués de Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, pp. 26, 27.

4.- Epoca moderna

A finales del siglo pasado, la estructuración de la banca, del comercio e incluso del derecho penal, tenían ya una amplia cobertura.

Por ejemplo, en lo que se refiere al cheque y la banca, el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, nos comenta:

Los autores discuten si el cheque se empleó por primera vez en Italia, Bélgica u Holanda, o tal vez en España tal como lo define las ordenanzas de Bilbao, la libranza no es más que un cheque imperfecto, pensamos que tuvo su cuna en Inglaterra y que este término se ha empleado desde 1640 logrando su desenvolvimiento en los bancos de depósito y en los "clearings", para retirar fondos depositados en instituciones bancarias, perfeccionándose en el transcurso de los años porque en Inglaterra misma que tuvo un rápido desarrollo y al principio se vio con reservas... El desarrollo de las operaciones realizadas por los bancos ingleses, fue de gran significación para fortalecer el crédito, en el curso del siglo XIX, el uso del cheque fue acrecentándose día con día hasta adquirir la importancia y división que tiene en la actualidad en la mayor parte de los países del mundo.⁷

Ya en la época moderna, tanto el cheque, como el banco así como el derecho penal, van a tener sus elementos básicos.

Tenemos como el cheque y el banco, ya cuentan con una estructuración

⁷ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Bancario, p. 5.

en esta época, y en virtud de ésta el derecho penal va a requerir agilizarse, para lograr la protección que debe darle a todo el desarrollo de las relaciones intersociales.

Ahora bien, cuando veamos la parte de México, observaremos como en nuestro país, llega la idea de un delito especial previsto en una legislación que no era el Código Penal pero, de todos modos no olvidaba los principios básicos en los que estaba cimentado el derecho penal como es el darle la seguridad jurídica a las personas para que éstas puedan desenvolverse confiadamente en sus relaciones con los demás ante la sociedad.

5.- Etapa contemporánea

Dos son los elementos que debemos de manejar en esta época contemporánea y están basados en un estado de derecho; uno es el fin directo del derecho penal; y el otro, la estructuración de la seguridad jurídica.

Raúl Carrancá y Trujillo cuando nos habla de los fines del derecho, nos dice:

El fin del derecho en general es la protección de los intereses de la persona, o sea de los bienes jurídicos. Pero no corresponde al derecho penal tutelarlos todos sino aquellos intereses especialmente merecedores y necesitados de protección, dada su jerarquía, la que se otorga por medio de la amenaza y la ejecución de la pena; es decir, aquellos intereses que requieren de una protección mas enérgica. De ahí arranca una distinción entre dos campos. El civil y el penal, correspondiendo el primero a la reparación de las violaciones por medios que no son

penales, medios pecuniarios, indemnizantes, y al segundo el empleo de la pena, conforme al límite del poder correctivo del estado y mirando ese empleo a la defensa social frente a un daño no sólo individual, sino también social; y a la reparación de una ofensa de característica valoración y especial jerarquía (la vida, la integridad corporal el honor, la libertad sexual, el patrimonio etc.) lo que no puede obtenerse por lo medios que el civil adopta y que tampoco puede lograrse por el mismo ofendido sin mengua de orden público.⁸

Todo este desarrollo que se inicia con la llamada etapa de la venganza privada, llega hasta nuestra época contemporánea como un sistema legislativo, que está apoyado por una intimidación de pena corporal; esto es como decía Beccaria, en el Renacimiento se establecía un "estorbo político", basado en la descripción de un tipo que el legislador hacía, de una conducta que se consideraba como delito, y para perfeccionar la norma, se establecía una pena corporal a través de la cual, significaba un estorbo para aquel que iba a cumplir dicho tipo de norma considerada como delito.

Ahora bien, otra de las ideas que llegan a cimentarse en la época contemporánea, es la idea de la seguridad jurídica, de la cual el maestro Rafael Preciado Hernández, afirma:

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 éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad protección y reparación. En otros términos, esta en

⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, p. 26.

seguridad aquel que tiene la garantía que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y, por consecuencias regulares, legítimos y conforme a la ley.⁹

La seguridad jurídica presupone el Estado de Derecho, el cual enfocado al ámbito del derecho penal, en relación al libramiento de cheques sin fondos o contra una cuenta inexistentes, podemos definir lo siguiente: en principio, existe la norma penal que intenta protegernos, ésta en la actualidad, está tipificada en el Código Penal, cuestión que vamos a analizar en el capítulo 3o.

Ahora bien, esta norma intenta protegernos de una confiabilidad que el cheque debe tener para su recepción, esto es que se nos asegure a través de la ley que si el cheque se extiende es porque el librador tiene cuenta en el banco, esta conducta para el derecho está contemplada como un delito que tiene una pena corporal.

En tal forma tiene un efecto de estorbo previsor en contra de esa conducta; por otro lado, cuando dicha conducta se da en el mundo exterior, o sea se concretiza, la de la posibilidad a lo que es el ofendido, para recurrir ante el órgano administrativo llamado agente del Ministerio Público, quien es el legitimado para actuar, para el fin y efecto de que éste persiga el delito, y ejercite la acción penal correspondiente, y excite al juez penal para administrar justicia.

Claro está que la misma seguridad jurídica también presupone esa necesidad de que el que libra el cheque sin tener cuenta, pues antes de que su situación jurídica sea cambiada, sea oído y vencido en juicio y de esa manera se pueda ejecutar la pena corporal prevista en la ley, y se le obligue a la reparación del daño.

⁹ Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho, p. 233.

Así, notamos como el desenvolvimiento de todos y cada uno de los antecedentes que hemos podido observar, nos conducen directamente a un estado de derecho que presupone y protege como bien jurídico tutelado de la norma, la seguridad con la que el comercio puede recibir un cheque.

B) En México

1.- Epoca colonial

En nuestro país, en la época colonial, la economía inicial estuvo basada en la encomienda, que era el sistema a través del cual se podía abastecer de alimentos a todos los españoles que llegaron a conquistar nuestras tierras.

Así, se inició una generación de comercio que de alguna manera tuvo que estar también protegido por el derecho, el cual estaba basado en Cédulas Reales provenientes de la Nueva España, y toda la administración de justicia estaba en manos de la Corona.

El maestro Agustín Cue Canovas, cuando nos hace una exposición general de lo que fue el comercio en la industria y la situación mercantil en la colonia, así como también respecto de la legislación colonial, nos hace una explicación al respecto diciendo:

A mediados del siglo XVIII, Carlos III representante máximo del despotismo ilustrado en España, ascendió al trono de su país. Este gran monarca se propuso reformar el sistema comercial establecido que había producido escasez continuas, y considerable devolución de precios de mercancías por los diversos obstáculos que encontraba. Los consumidores se

quejaban de que tenían que cubrir altos precios a fin de pagar gastos de transporte y enriquecer a los monopolios peninsulares y de la colonia los cuales, junto con el clero habían ya establecido montes y casas de cambio, en las que no solamente se podía depositar dinero, sino también mantener el crédito a altas tasas de interés.¹⁰

Por lo que se refiere a lo que es la legislación en la Colonia, dicho autor comenta:

Las leyes dictadas durante los tres siglos coloniales para América y Nueva España se singularizan por ciertas características que es necesario mencionar; en primer lugar no obedecían a un plan previo, por conductos y suministros del Consejo de las Indias, más tarde de la Secretaría del despacho de Indias, los monarcas españoles fueron dictando las llamadas Leyes de Indias, según las necesidades que se iban presentando en las colonias.

En segundo lugar, dichas leyes fueron expedidas principalmente con un carácter administrativo y reglamentario.

En tercer término, muchas de las leyes expedidas se obedecían pero no se cumplían. En la legislación indiana se consagró en general el principio en cuando se daba una ley completa sin conocimiento de causa o error fundamental, podía no cumplirse, esta inobservancia, particularmente al respecto de las leyes dirigidas a proteger a la población indígena, fue además del cheque de las ambiciones de interés, el espíritu individualista y

¹⁰ Cue Canovas, Agustín. Historia Social y Económica de México, p. 99 y sig.

rebelde de muchos españoles...¹¹

Evidentemente, que la estructura principal de explotación de tierras, tendría que ser el esclavismo, y con base en estas situaciones, vamos a observar como el derecho penal tendría que quedar en manos de la Corona; esto provocó el desaliento de los mismos criollos y acomodados en la Colonia, los que excitaron al pueblo mexicano a levantarse en contra de la opresión y por tales razones, la Corona tuvo la necesidad inmediata de darle al pueblo mexicano la posibilidad de un derecho que satisficiera sus intereses, esto lo hizo a través de la constitución de Cádiz de 1812, pero ya el brote de revolución de independencia había iniciado desde 1810, con lo que terminaba ya el imperio jurisdiccional de España sobre nuestro país.

2.- Etapa independiente

Una vez que en nuestro país se convierte en independiente, empiezan a surgir las luchas por el poder, las que están protagonizadas por el partido conservador apoyado por los capitalistas, los religiosos o el clero, y por otro lado el partido liberal, apoyado por el proletariado y los libres pensadores.

Así, se empieza a generar a partir de 1821, hasta 1857, una lucha que no iba a terminar, sino hasta 1857 en que logran la verdadera independencia al partido liberal, y se propicia una guerra abierta llamada de los 3 años, y luego la intervención francesa, hasta 1867 fecha en que termina la intervención y el presidente Benito Juárez logra establecer la paz general en nuestro país.

Es en esta época, en donde ya se empiezan a dar las nuevas legislaciones.

¹¹ Ibidem, p. 168,169.

Así tenemos como surge nuestro primer Código Penal, respecto del cual los maestros Carrancá nos comentan lo siguiente:

En la historia de la legislación penal codificada para el Distrito Federal y territorios, se encuentran tres códigos; el promulgado el 17 de diciembre de 1871, en vigencia desde el primero de abril de 1872, conocido como el código Martínez de Castro por el nombre del ilustre presidente de su comisión redactora y autor de la exposición de motivos; el del 30 de diciembre de 1929, en vigencia desde el 15 de diciembre de 1929 expedido por el presidente Emilio Portes Gil conocido por el código de Alvarez, y el de 1931, hasta ahora vigente con sus reformas.¹²

Por lo anterior notamos que ya para lo que es 1871, tenemos cómo se empieza a estructurar suficientemente la posibilidad de una protección directa a los bienes jurídicos merecedores de dicha tutela.

Ahora bien, para ese tiempo, el cheque en nuestro país empieza a darse con mayor consistencia. El maestro Juan José González Bustamante, nos habla de esto diciendo:

En España, el cheque era desconocido hasta antes de la vigencia del Código de Comercio de 1875, y en México, el primer banco que le puso en circulación y que ha acrecentado los depósitos bancarios de esta índole, fue el Banco de Londres Y México, fundado en 1864 pero fue hasta las postrimerías del siglo XIX

¹² Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal anotado, p. 12

cuando empezó a tener relevancia y se le mencionó en la ley.¹³

De lo anterior, observamos cómo era la visión que se tenía del cheque en nuestro país a finales del siglo pasado, pues no iba a ser del todo amplia y positiva, ya que se acababan de terminar varias guerras por el poder, y nuestra sociedad apenas se estaba conformando.

Demetrio Sodi, cuando nos habla al respecto de la historia del cheque y su legislación en nuestro país, nos dice lo siguiente:

Por primera vez se le menciona en el Código de Comercio de 1884 y lo define como un mandato de pago que puede girarse a un comerciante o a un establecimiento de crédito porque tiene provisión de fondos disponibles. A ello 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 alguno una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él, una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta o contra otra que el legislador declare que no a de pagarse, sufrirá las penas que le correspondan al robo sin violencia; los redactores del código penal de 1929, afinaron el artículo establecido en el 416 IV del código penal de 1871, estableciendo ya en el numeral 1552 fracción VI y diciendo lo siguiente: al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de una

¹³ Op. cit., p. 7.

libranza, de una letra de cambio o un cheque contra persona supuesta o que el girador sabe que no ha de pagarla, 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 los legisladores, que para dicho delito la sanción que le correspondería sería la del robo sin violencia.¹⁴

Una vez que se establecían los diversos códigos penales que hemos citado, podemos observar en esto que realmente el cheque iba a estar protegido desde un punto de vista penal; esto nace de lo que es el Código Penal, no del Código de Comercio.

Claro está, que en el Código de Comercio de 1884 ya se mencionaba, pero no se establecía la protección que los códigos penales ya citados mencionaban.

Así tenemos cómo estas situaciones van a ir evolucionando, para que el 15 de septiembre de 1932, fecha en que entra en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con ello se hace una extracción respecto del delito previsto en el código penal, para transformarlo en un delito especial, previéndolo una legislación especial que no es la del Código Penal, y además volviéndolo a una competencia federal.

Juan José González Bustamante al respecto nos dice:

Para robustecer la confianza del público en el empleo del cheque, se tipificó el delito del libramiento del cheque sin fondos señalado en el artículo 193 en los términos siguientes: "El librador de un cheque presentado en tiempo no pagado por causa

¹⁴ Sodi, Demetrio. Nuestra ley penal, p. 50.

imputable al librador, resarcirá el tenedor los daños y perjuicios que ello le ocasionen. 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 exhibirlo, o por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes que transcurra el plazo de prestación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo de librador.

A pesar que el legislador describió un delito especial en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyos elementos constitutivos son diferentes a los que enumera la fracción III del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal antes de su reforma, nadie fijó su atención en este nuevo delito ni los tribunales mexicanos por inercia, siguieron considerando al libramiento de cheque sin fondos un delito de fraude de la competencia de los tribunales del fuero común. Cada vez que los señores jueces que entonces integrábamos las cortes penales rechazaban (sic) la competencia suscitada con los jueces del Distrito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaraba que en su conocimiento era del tribunal del orden común, es un delito de fraude.¹⁵

Evidentemente, que todo ese contexto de seguridad jurídica que pudimos establecer respecto de los antecedentes del derecho penal, y del cheque, van a reflejarse en la legislación mexicana, la cual a partir de 1932, ya sustrae a esta figura en lo que es al ámbito penal, para llevarlo a un delito especial, el cual,

¹⁵ González Bustamante, Juan José. op. cil., p. 52, 53.

como dice Juan José González Bustamante, en sus inicios, da la posibilidad de que exista una controversia en cuanto a la competencia. Esta situación que se fue resolviendo con el uso tradicional, y del constante ejercicio de la acción la cual tuvieron en sus manos los jueces del Distrito y que en la actualidad, gracias a la reforma de 1991, pasa ahora a ser el fuero común.

Así tenemos en una forma general los antecedentes históricos del derecho penal, y su relación con el cheque, lo que nos permite decir en términos generales que consideramos que realmente, debe existir esa protección penal para un título de crédito de alta confiabilidad como es el cheque.

Y por tales razones, debemos de darle mayor seguridad jurídica, ya que en la actualidad se está utilizando el cheque para lograr grandes ganancias rápidamente, e incluso para lograr fraudes a través de éstos títulos de crédito.

Razón por la cual, hemos abierto este estudio, el cual seguiremos analizando en el transcurso de los siguientes capítulos.

CAPITULO II.- MARCO TEORICO CONCEPTUAL

Previo análisis de la parte histórica relativa a los títulos de crédito, nos corresponde en este capítulo abordar lo concerniente al marco teórico conceptual a efecto de estar en aptitud de comprender el alcance jurídico de las instituciones que competen al presente trabajo

A) Aspectos mercantiles

1.- Título de crédito.

Tal y como su propio nombre lo indica, el título de crédito es un documento a través del cual se deposita una credibilidad en algún sujeto, por medio del título se garantiza el pago de la obligación contraída.

El maestro Miguel Martínez Flores señala respecto del título de crédito, atendiendo a la definición que nos da la ley mercantil en la materia (documento necesario para ejercitar el derecho literal que en él se consigna), lo siguiente:

Fue en la doctrina italiana donde nació el término de título de crédito, el cual ha sido duramente criticado por autores influenciados por la doctrina germana al señalar acertadamente que no en todos los títulos de crédito predomina como elemento fundamental, el derecho de crédito, por lo que han propuesto sustituir el término de títulos de crédito por el de títulos de valor.

Sin embargo, nosotros influenciados más por la costumbre que por lo acertado del término, y considerando que la ley que lo rige lleva el mismo nombre de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y teniendo que la tradición mexicana siempre ha hablado

de títulos de crédito, de efectos de crédito y documentos de crédito, abrazamos el criterio tradicional de títulos de crédito sin desconocer en efecto, que no todos representan un derecho de crédito, y sí llevan incorporado un valor, por lo que resultaría más acertado denominarlos como títulos valor, como lo señala la doctrina alemana y como lo acepta ya en varios conceptos; como por ejemplo la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.¹⁶

Los elementos característicos de todo título de crédito son los siguientes:

- a.- Integración
- b.- Incorporación
- c.- Legitimación
- d.- Literalidad
- e.- Autonomía
- f.- Abstracción
- g.- Sustancialidad

a.- Integración:

Consiste en el hecho de que en el cuerpo del título de crédito debe constar textualmente cualquier acto cambiario.

b.- Incorporación:

La misma se desprende del artículo 5 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el sentido de que el derecho es consustancial al documento y está indisolublemente unido a él desde el momento en que se cumplen los requisitos legales, lo que eleva al simple papel al rango de título

¹⁶ Martínez y Flores, Miguel. Derecho Mercantil Mexicano, Pax, México, 1980, p. 73.

de crédito.

c.- Legitimación:

Otra característica del título de crédito es la posibilidad de circulación, la facultad del poseedor para exigir al suscriptor o endosante, en su caso, el pago de la prestación consignada en el título y autorizar al obligado a solventar válidamente su deuda en favor del tenedor; ante el incumplimiento queda en favor del poseedor expedida la forma coactiva.

d.- Literalidad:

Es el derecho consignado en los títulos de crédito de manera gramatical.

e.- Autonomía:

El título de crédito endosado, destinado a circular y puesto ya en circulación, es independiente y autónomo respecto del negocio que le dio origen y lo que vale y obliga es únicamente lo que está inserto en el mismo.

f.- Abstracción:

Consiste en la imposibilidad de excepciones y defensas derivadas del negocio que dio pauta a la creación del título de crédito; el derecho consagrado es autónomo de su causa, ello con el fin de proteger a acreedores posteriores contra excepciones derivadas del negocio original.

g.- Sustancialidad:

Se entiende en un doble sentido, existe independencia entre cada uno de los actos integrados en el título; por otra parte, el título de crédito tiene vida jurídica plena, por lo que no deben integrarse a algún otro documento.

2.- El cheque

Propiamente dicho, el cheque constituye más que un crédito, una forma de cumplimiento de una obligación. A diferencia de la letra de cambio y del pagaré, no se está considerando un crédito, sino que se trata de un forma de pago; es un título valor que debe ser pagado a su exhibición por la institución bancaria que ha otorgado una cuenta a una persona, siempre que existan fondos suficientes para ello.

a) Naturaleza jurídica

Sin duda, el cheque tiene en la actualidad una gran importancia, no solamente porque puede significar una forma de garantía un pago futuro, sino porque más que nada da la posibilidad de pagar dinero, sin exhibir la cantidad.

Así tenemos cómo grandes sumas pueden estamparse literalmente al documento, sin necesidad de traerlas en la bolsa, y tenerlas más seguras (supuestamente) en un banco.

Aunque es necesario decir, que en virtud de la continua y mala utilización actual del cheque, éste se presta ya a situaciones fraudulentas de las que hablaremos a partir del capítulo 3o.

Así, nos ocupa en este momento hablar de lo que es la naturaleza del cheque, y sobre de esto el maestro Rafael de Pina Vara nos comenta:

La importancia y trascendencia de las funciones económicas de un cheque, derivan de su consideración del medio o instrumento de pago. El empleo del cheque en los pagos implica importantes ventajas en los aspectos particular y general. Fundamentalmente,

el cheque es un instrumento, medio de pago, que sustituye económicamente al pago en dinero.

Sin embargo, el pago mediante el cheque no produce los mismos efectos jurídicos que al realizado en moneda de curso legal. En efecto, el que paga una deuda con un cheque en vez de hacerlo con moneda circular, no se libera frente a su acreedor. El pago con cheque no se prosoluto sino prosolvendo. Esto es, la entrega del cheque no libera jurídicamente al deudor ni, consecuentemente, extingue su débito, sino que esto sucede al momento en que el título es cubierto por el librador.¹⁷

Sin duda, la naturaleza jurídica del cheque es de constituirse en un instrumento de pago; por el cual evidentemente el librador se libera de la deuda, y sigue responsable de la misma frente a su acreedor, hasta que no sea liquidado totalmente el adeudo, en tal forma que en vez de denominarlo como un título de crédito, el cheque bien podría caer en una concepción de ser un título valor, y más que nada un título por medio del cual, se está estableciendo el pago de una cierta cantidad. De ahí que esta forma de pago, también tenga sus propias características, de las que hablaremos a continuación.

b) Características

El cheque debe de llenar los siguientes requisitos:

- 1.- La mención de ser cheque;
- 2.- El lugar y la fecha de su expedición;
- 3.- La orden incondicional de pagar una suma de dinero;

¹⁷ De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, p. 135.

- 4.- Nombre del beneficiario o la expresión de ser al portador.
- 5.- El nombre y domicilio del librador;
- 6.- El lugar de pago
- 7.- La familia del librador.

Pueden omitirse los lugares de expedición del pago, y se entenderán entonces como los domicilios del librador respectivamente pero, en general el cheque va a contener esos elementos, para el fin y el efecto de que tengamos realmente un título valor o instrumento de pago llamado cheque.

Ahora bien, debido a estas características, y en relación a la naturaleza jurídica del pago del cheque, podemos hablar de diferentes formas en las que el cheque puede otorgarse:

- 1.- El cheque cruzado.
- 2.- El cheque para abono en cuenta.
- 3.- Cheque certificado.
- 4.- Cheque no negociable.
- 5.- Cheque de viajero.
- 6.- Cheque de caja.
- 7.- Cheque con provisión garantizada.

Sobre esta tipología del uso del medio o instrumento de pago, el maestro Cervantes Ahumada, nos ofrece las explicaciones siguientes:

El cheque cruzado, originado en la práctica inglesa, es aquel que el librador o el tenedor usan en el anverso con dos líneas paralelas. El cruzamiento tiene por objeto dificultar el cobro del documento a tenedores ilegítimos, pues como consecuencia del cruzamiento, el cheque solo podrá ser cobrado por una institución

de crédito, a que deberán endosarse para los efectos del cobro.

El cheque para abono en cuenta, tiene el objeto de prohibir que el cheque se pague en efectivo, insertando la cláusula "para abono en cuenta" en tal caso, el librador no podrá pagar el cheque sino que tendrá que abonar en una cuenta del tenedor, si este lleva cuenta con el librado, si no la lleva, en la cuenta que al efecto le abra.

Por otro lado, el cheque certificado, hace constar que el librador tiene fondos suficientes para cubrir el cheque. El librador tiene la obligación de certificar el cheque, cuando el librador así lo solicite.

Los cheques no negociables son aquellos que no pueden ser endosados por el tenedor. La no negociabilidad proviene de la ley como en los cheque para abono en cuenta o certificado, o de la inserción en el documento de la cláusula respectiva.

Por lo que se refiere a los cheques de viajero, es un cheque a la orden creado por una institución de crédito, a cargo de todas sus sucursales y corresponsales, sobre cantidades ya disponibles en la institución en el momento de la creación, y pagadero a la vista en cualquiera de dichas dependencias.

Referente al cheque de caja, las instituciones de crédito pueden expedir cheques de caja a cargo de sus propias dependencias. Estos cheques serán nominativos y no negociables. No son propiamente cheques, sino pagos a la vista, por ser librados por una institución a cargo de sí misma.

Los cheques con provisión garantizada, nacen en Inglaterra, en donde los bancos establecieron un ingenioso sistema para dar confianza a los cheque, el banco vacía la declaración que sólo

entregaba talonarios contra depósito; y cada uno de los esqueletos del talonario, el banco anotaba la suma máxima por la que el cheque podía ser librado, por tanto, dentro de estos límites, el tomador podía tener la seguridad de que el cheque sería atendido por el banco.¹⁸

Sin duda, el cheque por su versatilidad, tiene bastante características, tanto esenciales como en la forma que se puede hacer circular este título valor.

Independientemente de ello, es necesario subrayar que éste es un documento en pago, y que cuando veamos el aspecto penal, analizaremos como la conducta delictuosa consiste en engañar a través de un documento de gran confiabilidad, lo que perjudica totalmente a la sociedad del mundo mercantil.

3.- Cuenta bancaria

En lo que es la institución de crédito, llamada banco, pueden existir diversas operaciones tanto de crédito como de depósito.

Así tenemos contratos bursátiles como el reporto, el descuento, las aperturas de crédito, las cartas órdenes de crédito, el crédito documentado, la cuenta corriente, los créditos de avío o refaccionarios, etc.

Para el objeto de nuestro trabajo, consideramos indispensable hablar de lo que es el depósito bancario de dinero y su relación con el cheque.

Así tenemos como en cuestión de especies de depósito regular de dinero, encontramos: el depósito a cuenta de cheque, cuenta de ahorro, en cuenta de ahorro para la vivienda.

¹⁸ Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y operaciones de crédito, pp. 118-122.

Sobre el depósito de cuenta de cheques que es el que no interesa, Raúl Cervantes Ahumada nos dice:

Los depósitos de dinero constituidos a la vista en instituciones de crédito, se entenderán entregados en cuenta de cheques; esto presupone la existencia del contrato del cheque, que consiste, por parte del banco, en la obligación de recibir fondos del cuentahabiente, y en la obligación de pagar los cheques que éste libre contra la cuenta. El contrato no es formal y, como hemos visto, se presupone por el solo hecho de que el banco reciba depósitos a la vista, o entregue al cliente talonario de cheque, o le acredite la suma disponible en depósito a la vista; el negocio es unilateral, porque el cuentahabiente no contrae obligación alguna a su cargo.

En el depósito de cuenta de cheques el cuentahabiente deberá siempre ser acreedor del banco, ya que éste tiene prohibido pagar cheques en descubierto. Este depósito es una operación de crédito en sentido estricto, porque traslada al banco la propiedad de dinero depositado.

Por los saldos a favor del cuentahabiente el banco no paga interés alguno, y se considera que el uso que el banco hace del dinero se compensa con el servicio de caja que el banco presta al cuentahabiente, al pagar por su cuenta los cheque que éste libre.

En la cuenta de cheques está como telón de fondo, el contrato de cheques y las entregas que el cuentahabiente sucesivamente va haciendo y que determina el movimiento de la cuenta, que son actos ejecutivos del mismo contrato. ¹⁹

¹⁹ Ibidem, p. 239.

Sin duda, el hecho de que exista una cuenta bancaria en cheque, hace que se establezca una relación que la legislación exige para el libramiento de cheques; nos referimos al librador y al librado. En tal sentido, que el librador, tiene la obligación continua de tener fondos suficientes cuando éste intenta pagar con algún cheque.

Evidentemente, que resulta una situación de tipo doloso, el hecho de que el librador de cheques, teniendo conocimiento de que su cuenta ha sido cancelada continúe expidiendo cheques.

Y otra de las situaciones, que veremos más adelante, es el hecho o la situación, relacionada con el momento en que el mismo banco en forma unilateral, cancela la cuenta y cuáles serán las consecuencias que jurídicamente va a acarrear esta situación unilateral, lo observamos en lo que es el contexto del Capítulo 4o.

B) Aspectos penales

1.- Delito.

La palabra delito tiene su origen en la lengua latina y proviene del verbo delinquere, dicha figura recoge una conducta antisocial que va afectar de manera grave a la colectividad al poner en peligro o dañar un bien jurídico de primera importancia.

Acotaremos algunas definiciones del delito:

Para Carrara el delito resulta ser un ente jurídico que choca con lo establecido por el orden legal estatuido por el Estado con un fin preciso y que se ve quebrantado por un acto humano positivo o negativo por parte de quien es responsable moralmente.

Dentro de la escuela positiva, Rafael Garófalo, define al delito natural

como "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad."²⁰

Franco Sodi dice respecto del tema que nos ocupa que:

...ya sea que se considere al delito como violación de un deber o de un derecho, ya como violación de los sentimientos morales medios, o solamente de los sentimientos de piedad o probidad, ya sea que se le mire como un acto que lesiona las formas fundamentales de coexistencia social, de todas suertes necesita estar previsto en la ley, de donde resulta que, desde una referencia general y abstracta, es siempre un acto (acción u omisión) sancionado por la ley.²¹

Ernest Beling califica al delito como "la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad".²²

El alemán Edmundo Mezger considera que el delito posee tres características esenciales: es siempre una acción; debe ser antijurídica dicha acción; y, ser imputable la acción. Define Mezger al delito como "la acción típicamente jurídica y culpable".²³

Entre nosotros, Olga Islas nos dice del delito que:

...es un hecho y se sitúa en el mundo de la facticidad; por lo tanto su contenido es rigurosamente fáctico. A diferencia de la norma

²⁰ Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 126.

²¹ Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal, pp. 55-56.

²² Ernest Beling, La doctrina del delito tipo, p. 18.

²³ Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, p. 156.

es particular, concreto y temporal. Particular porque es obra de sujeto o determinado; y temporal, por estar limitada su realización a un momento o lapso también determinado.²⁴

Por su parte, el doctor Porte Petit opina que definir al delito es irrelevante e innecesario.

La ley vigente lo define como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. (Artículo 7 del Código Penal)

2.- Fraude

Antes de entrar al manejo concreto de la hipótesis que estudiaremos en el presente trabajo, es menester recurrir a la puntualización semántica de los elementos contenidos en el tipo penal de fraude genérico recogido en el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal, para con base en el conocimiento propuesto, analizar la hipótesis específica de fraude contenida en la fracción XXI del artículo 387, y así precisar el alcance de los conceptos vertidos en la descripción legislativa.

a) Fraude Genérico

i) PROPIEDAD:

Es el poder que ejerce una persona en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho

²⁴ Olga Islas de González Mariscal, Análisis lógico de los delitos vs. la vida, p. 54.

sujeto.²⁵

Es un derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados.²⁶

Es la facultad que corresponde a una persona de obtener directamente una cosa determinada, toda la utilidad jurídica que es susceptible de proporcionar.²⁷

En conclusión, podemos entender por propiedad como un derecho, en favor de una persona, a disponer dentro de las limitantes legales, de un bien.

ii) POSESION:

Poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial, o para su custodia, como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal, o de una situación contraria a derecho.²⁸

Estrictamente, el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por un elemento intencional o *animus* (la creencia y el propósito de tener la cosa como propia) y un elemento físico o *corpus* (la tenencia o disposición efectiva de

²⁵) Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano, t. III.

²⁶) Rafael de Pina, Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. p. 421.

²⁷) Sabino Ventura Silva. Derecho Romano.p. 143

²⁸) Rafael Rojina Villegas. Compendio de derecho civil, t. II.

un bien material).²⁹

Podemos entender por posesión un poder fáctico ejercido sobre un bien material encaminado al aprovechamiento del mismo.

iii) LUCRO:

El lucro indebido denuncia la finalidad o interna tendencia que ha de presidir la conducta desde su inicio hasta que cerrando el círculo ejecutivo, a través del desplazamiento y del perjuicio, se materializa en la ventaja patrimonial.³⁰

Es la ganancia o provecho de económico carácter; un delito de daño patrimonial (el fraude); doloso, en el que es configurable la tentativa de menoscabar el patrimonio del sujeto pasivo del delito.³¹

El lucro se va a considerar como un elemento que consiste en la obtención de una ganancia económica que a su vez implique el ilegítimo menoscabo patrimonial de otra persona.

iv) ERROR (APROVECHAMIENTO):

El aprovechamiento del error reviste una menor intensidad causal y antijurídica que el engaño, no obstante lo cual el Código parifica

²⁹ Guillermo Cabanellas. Diccionario jurídico de Derecho Usual: p. 322.

³⁰ Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. p 209, 210.

³¹ Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado. p. 874.

a ambos en cuanto a la pena. En el aprovechamiento del error, si bien el agente no simula la realidad para sumergir en el error a su víctima, disimula dicha realidad e impide con su actitud que la víctima salga del error en que por su mentalidad, distracción o torpeza se encontraba sumida.³²

El aprovechamiento del error en que se encuentre el pasivo, presupone en el agente el conocimiento de la falsa representación de la verdad que aquél sufre. El dolo del fraude consiste, en el caso, en aprovecharse del error, para obtener la prestación que es objeto material del delito.³³

Actitud negativa constante en que el autor, conociendo el falso concepto en que se encuentra la víctima, se abstiene de hacérselo saber para realizar su finalidad patrimonial desposesoria.³⁴

Como medio comisivo, por lo común implica también actividad, comprendiendo ésta todos los actos realizados por el sujeto para reforzar el estado subjetivo de la víctima,...., puede consistir en una inactividad para llegar a la obtención de la cosa o del lucro indebido.³⁵

El aprovechamiento del error supone que el sujeto activo se valga para

³²) Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. pp. 174, 175.

³³) Raúl Carrancá y Rivas, Raúl Carrancá y Trujillo. Op. cit. p. 784.

³⁴) Francisco González de la Vega. Código Penal Comentado. p. 420.

³⁵) Francisco Pavón Vasconcelos. Comentarios de Derecho Penal. p. 203.

obtener ilícitamente una cosa, de la falsa concepción de la realidad que tiene el sujeto pasivo, implica una abstención de informar verazmente.

v) ENGAÑO:

Actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una falsa creencia al sujeto pasivo de la infracción; el engaño -mutación o alteración de la verdad - supone la realización de cierta actividad más o menos franca en el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva.³⁶

Comportamiento positivo en el que se falsea la verdad en lo que se hace, dice o promete, y que encierra una concreta y adecuada potencialidad psico-causal para sumergir a otro en un error y desprenderle una creencia ilusoria.³⁷

El engaño constituye una mentira dolosa cuyo objeto es producir en la última (sujeto pasivo) una falsa representación de la verdad, debe ser idóneo para producirla en personas del tipo medio intelectual, o sea que debe ser bastante para vencer la incredulidad del pasivo y embaucarle.³⁸

El engaño se concreta en el empleo de un falso nombre o de una falsa cualidad, o en el empleo de maniobras o maquinaciones destinadas a la persuasión, a la creencia de ciertas cualidades o

³⁶) Francisco González de la Vega, citado por Francisco Pavón Vasconcelos. Op. cit. p. 159.

³⁷) Manano Jiménez Huerta. Op. cit., T. IV, p. 166.

³⁸) Raúl Carrancá y Rivas. Raúl Carrancá y Trujillo. Op. cit.

circunstancias, enteramente imaginarias y quiméricas que sorprenden la credulidad y en el caso del fraude menoscaban la fortuna de otro.³⁹

El engaño lleva implícita una intención de empujar a error al sujeto pasivo, para con ello lograr un lucro o la obtención de una cosa ilegítimamente.

vi) COSA:

La primera parte de la disyuntiva (en la redacción del tipo de fraude genérico) se refiere a las cosas, es decir, a los bienes corporales de naturaleza física (sic), comprendiéndose los muebles y los inmuebles por no establecerse distinción alguna en el precepto que analizamos. Dado el amplio significado gramatical de la frase "se haga ilícitamente de alguna cosa", puede entenderse, en examen ligero, que este elemento se confunde con la noción del apoderamiento material de las cosas; en otras palabras, que basta que el agente del delito tome la cosa, para que se tenga por reunida la constitutiva.⁴⁰

Hacerse de una cosa es tanto como ponerla bajo su dominio ingresándola o aumentándola a el patrimonio propio. El legislador no distingue entre cosas muebles o inmuebles; y por consiguiente el objeto material del delito puede ser mueble u inmueble.⁴¹

³⁹) Demetrio Sodi. Citado por Francisco Arroyo Alba. Estudio sociológico jurídico sobre el delito de fraude. (México: U.N.A.M., 1962.) p. 61.

⁴⁰) Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, p. 251.

⁴¹) Antonio de P. Moreno. Curso de Derecho Penal. p. 191.

Es la realidad corpórea o incorpórea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico.⁴²

La cosa es el objeto del cual se priva al sujeto pasivo y se integra al campo de acción del sujeto activo, sea por engaño o por aprovechamiento de error.

b) Fraude Específico.

Se entiende por fraude específico el agotamiento de cualquiera de las conductas descritas por el artículo 387 del C.P. a través de sus veintiuna fracciones, mismas que pretenden puntualizar determinadas hipótesis en las que resulta incuestionable la presencia de un fraude, aunque dicha postura es criticable toda vez que de su simple lectura se desprende la existencia en todas ellas de los mismos elementos consagrados en la tipificación genérica del artículo 386. Para los efectos de nuestro estudio, nos concretaremos a precisar los elementos del caso específico:

i) Libramiento:

Este acto supone el hecho de girar un cheque contra una institución bancaria. En puridad jurídica, el acto de librar un cheque implica el contar con un contrato de apertura de cuenta celebrado con una institución bancaria debidamente acreditada ante el gobierno, lo que nos lleva a pensar en lo impropio que resulta el manejo del término cuando se trate de la conducta que conforma al delito que pretendemos analizar.

⁴²) Rafael de Pina, Rafael de Pina Vara. Op. cit., p. 119.

ii) Cheque:

Este concepto ya fue analizado en su oportunidad, por lo que damos por reproducidas las ideas anteriormente vertidas en este capítulo.

iii) Cuenta inexistente:

Este elemento supone la carencia de una cuenta que sustente la emisión del título de crédito llamado cheque; si no existe una cuenta a la que se pueda hacer el cargo de la cantidad contenida en el texto del documento, evidentemente que el beneficiario carece de la posibilidad de hacer valer el crédito a su favor consignado.

**CAPITULO III.- ANALISIS DOGMATICO DE LA FRACCION XXI DEL
ARTICULO 387 EN SU HIPOTESIS DE LIBRAMIENTO DE CHEQUE
CONTRA CUENTA INEXISTENTE**

A) Presupuestos del delito

1.- Sujeto Activo.

Sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad; puede con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito.

El ver a la persona como único sujeto activo del delito que invoca en su apoyo los principios de imputabilidad y de personalidad de la pena, se encuentra contenida en nuestros códigos positivos (hay que recordar que en otras épocas se consideraba que los animales podían delinquir y estar sujetos a juicio).

En el artículo 10 del Código Penal de 1931 se establece: "La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes excepto en los casos especificados por la ley".

El artículo 11 del Código Penal de 1931 se refiere a los casos especificados por la ley. En este artículo autoriza al juez la suspensión o disolución de las agrupaciones, tales como sociedades, corporaciones o empresas de cualquier clase, con excepción del Estado, cuando alguno de sus miembros o representantes jurídicos cometa un delito con los medios que para tal objeto le proporcionen las mismas entidades, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella.

Idéntico criterio adopta el ante-proyecto del Código Penal de 1958, en su artículo 11, precisándose en su exposición de motivos que "la Comisión reconoce que las personas jurídicas no son sujetos activos del delito, por lo que no puede exigírseles responsabilidad en cuanto a los actos ejecutados por las personas físicas que obren en su nombre o representación...(pero) se ha considerado conveniente establecer la posibilidad de imponerles sanciones que las leyes autoricen con independencia de la responsabilidad personal."⁴³

En consecuencia, para nosotros sigue teniendo valor el criterio que limita la responsabilidad de las personas morales al campo del Derecho privado, y fundamentalmente al aspecto patrimonial, en orden a la inaplicación. La persona moral no delinque.

No obstante, existen discusiones al respecto: algunos autores como Carrancá y Trujillo señalan que no puede hablarse de una conciencia corporativa capaz de delinquir. Otros, como Mestre, sostienen la independencia de personalidad entre personas físicas y morales, así como la existencia de una voluntad real en éstas, diferente a la individual de sus miembros, y por ello trascendente a la esfera del Derecho Público.

Carrancá y Trujillo expresa que en el Código Penal de 1931, al igual que en el de 1929, se apoya la tesis de que sólo las personas físicas pueden delinquir; en lo que se refiere a las personas morales, sólo se considera en casos concretos como posibles sujetos activos y especifica que hay falta de disposiciones procesales para exigir la responsabilidad de las personas morales.

Para Castellanos Tena las personas morales no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independientemente a la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito.

⁴³ Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho penal mexicano, p. 162

Con referencia al sujeto activo (personas físicas) y tomando en consideración la calidad y el número de los que intervienen en su comisión, los delitos pueden clasificarse:

I.- En razón de la calidad del sujeto.

a) De sujeto común o indiferente: cuando la ley no destaca algún carácter, permite su comisión por cualquier persona.

b) Exclusivos, propios o de sujeto calificado: se exige en el sujeto una determinada cualidad o relación personal. Así, únicamente quienes la reúnen pueden realizarlos.

II.- En razón al número de sujetos.

a) Monosubjetivos: el esquema legal permite la comisión de la conducta o del hecho por una sola persona.

b) Plurisubjetivos: de acuerdo con el modelo legal, sólo se realizan con el concurso necesario de varios sujetos.

Por lo que respecta a este delito en análisis, el sujeto activo es común o indiferente, así como monosubjetivo, toda vez que no se exige calidad o pluralidad alguna.

2.- Sujeto Pasivo

El titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por la comisión del ilícito es conocido como el sujeto pasivo del delito.

Así, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien resiente, directamente, los efectos del delito, en tanto que el ofendido es la persona que sufre de forma indirecta los efectos del delito.

Generalmente concurren la calidad de ofendido y se sujeto pasivo o víctima, pero puede darse el caso de que no haya esta concurrencia, como sucede en el homicidio, en éste, el pasivo o víctima es el sujeto al que se priva

de la vida y los familiares del mismo vienen a ser ofendidos.

Pueden ser sujetos pasivos:

a) **Persona física sin limitaciones:** a la persona se le protege desde antes del nacimiento (aborto), después del nacimiento (infanticidio, homicidio, parricidio), la vida, la integridad corporal, etc.

b) **La persona moral o jurídica:** se puede lesionar su patrimonio o el honor.

c) **El Estado:** por ser titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva, (delitos contra la seguridad, delitos patrimoniales, etc.).

d) **La sociedad en general:** delitos contra la economía pública, delitos contra la moral pública (corrupción de menores).

No pueden ser sujetos pasivos del delito los muertos y los animales.

Las personas morales sí pueden ser titulares del derecho o interés lesionado; puede ser afectado su patrimonio mediante el fraude, el robo y también verse lesionado su honor, incluso.

En orden a los sujetos, tenemos la siguiente clasificación del delito:

a) **Personales:** cuando la lesión recae sobre una persona física (lesiones y homicidio)

b) **Impersonales:** cuando la lesión recae sobre una persona moral, el Estado o la sociedad en general (motín, traición a la patria).

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo; en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué circunstancias (en el estupro, el pasivo debe ser persona menor de 18 años y mayor de 12).

Las personas morales no pueden delinquir; pero sí constituyen sujetos pasivos del delito como las personas físicas, (tratándose de infracciones de tipo patrimonial y contra el honor); también el Estado y la sociedad misma

pueden ser sujetos pasivos del delito.

En el delito que nos ocupa, tampoco se exige calidad alguna al sujeto pasivo, pudiendo ser indistintamente persona física o moral, ya que como analizaremos adelante, el daño se dirige al patrimonio en su parte activa, atributo del que es susceptible la persona moral.

3.- Objeto material y objeto jurídico.

El objeto material consiste en la persona o cosa que sufre un daño o se ubica en peligro a causa de la conducta delictiva; el objeto material lo constituye la cosa o la persona sobre la que se concreta el acto delictuoso recayendo sobre ella un peligro o un daño.

Para Jiménez de Asúa, el objeto material o de la acción, es "toda persona o cosa que forma parte del tipo descrito en la ley."⁴⁴

Cuando el objeto material se trata de una persona, ésta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto material; por tanto, la persona puede ser física o jurídica, por ejemplo, homicidio, lesiones y difamación. En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, coincide con el sujeto pasivo del delito.

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble: derechos, agua, electricidad, etc. Por ejemplo: en el robo, la cosa mueble ajena es el objeto material; en el despojo lo son el inmueble, las aguas o los derechos reales; y el daño en propiedad ajena lo son los inmuebles o los muebles, indistintamente.

En la hipótesis del artículo 387 que analizamos, podemos identificar al objeto material con el menoscabo patrimonial del sujeto pasivo.

⁴⁴ Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, p.206.

Respecto del objeto jurídico podemos decir que es el bien protegido por la ley y que la acción u omisión criminal lesionan.

Ejemplo: delitos como el homicidio, el robo y rapto, los intereses protegidos son la vida, la propiedad y la libertad, respectivamente, valores constitutivos del objeto jurídico de tales infracciones penales.

El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley. Para Jiménez de Asúa es la ley, la norma, el derecho que se ha violado, o el bien o interés jurídicamente protegido. Para Villalobos el objeto jurídico es el bien o la institución amparada por la ley y que es afectada por el delito.

El derecho penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos.

En cuanto al objeto jurídico, cabe apuntar que en la hipótesis de fraude motivo de este trabajo, se trata de una tutela patrimonial dirigida a preservar la parte activa del mismo, ya que la secuela inmediata de la comisión de este ilícito es un daño en los haberes de una persona.

B) Conducta y ausencia de conducta.

Francisco Carrara afirma que "el delito es una concurrencia de dos fuerzas, la moral y la física, que conjuntamente ensamblan la voluntad del individuo. La fuerza moral es la interna, predominantemente activa, y reside en la voluntad e inteligencia del agente, en tanto que la fuerza psíquica es externa y pasiva y se manifiesta en el movimiento corporal.

Ambas causan el efecto dañoso del delito, pero las dos no están siempre completas en el acto delictivo, de ahí surgen los diversos grados de delito (es decir, todo lo que falta en la intención o en la ejecución). Por consiguiente, para que haya delito, se requiere una conducta humana, la cual puede ser un hecho positivo o negativo (material y externado).

Será positivo cuando se trate de un movimiento corporal que se concrete en un resultado y éste sea un cambio o peligro de él en el mundo exterior (físico o psíquico). A su vez será negativo cuando se trate de una voluntaria ausencia del movimiento corporal que se espera y que también origine un resultado. En resumen "la conducta, la actividad, la acción humana (positiva o negativa), se constituye en el elemento fundamental del delito." ⁴⁵

Los elementos de la conducta son:

- a) manifestación de la voluntad
- b) resultado
- c) nexos causal

a) La manifestación de la voluntad (elemento volitivo) reviste gran importancia en la comisión de un delito, mientras la voluntad no se exteriorice y se concrete en un acto determinado, el sujeto no puede ser objeto de aplicación de la norma punitiva; la manifestación de la voluntad constituye una fase de la conducta humana, dicha voluntad precisa de tener las siguientes características: ser consciente, libre y espontánea, además de encontrarse referida a cierta representación y con un motivo determinado. En los delitos de acción, la voluntad se manifiesta en actos positivos; en tanto que en los delitos de omisión se entiende la presencia de la voluntad en la actitud pasiva del sujeto, en el no hacer que caracteriza a estos delitos.

"En conclusión, la acción en sentido amplio abarca tanto la acción stricto sensu, actuar positivo, como el no hacer (negligencia) cuando había que hacer algo (omisión), todo ello debe ir aunado con la nota indispensable del querer, de la voluntariedad, de aceptar, o por lo menos se consciente de las consecuencias de ambas actividades: positivas y negativas." ⁴⁶

b) El resultado es el cambio en el mundo exterior, causado por la

⁴⁵ Rafael Márquez Piñero, Derecho Penal, p. 155.

⁴⁶ Ibidem, p. 158.

manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta.

Francisco Carrara, señala que el resultado consiste en el daño causado a otro con la acción. Este daño puede ser efectivo o potencial.

El daño es efectivo cuando se ha producido realmente la pérdida del bien atacado y es potencial si bien no se ha producido la pérdida enteramente, el resultado del acto externo tiene potencia para ocasionarla y ha habido, como consecuencia, violación completa de un derecho. En la actualidad el daño potencial se identifica, grosso modo, con la noción de peligro.

c) Debe darse una relación o nexo causal entre la conducta efectuada y el resultado ocasionado. Este nexo consiste en la necesidad de que una conducta determinada produzca el efecto que trasciende al mundo de lo jurídico-penal; es de vital importancia establecer este nexo para conocer quién es el responsable de algún delito.

Se puede decir que el nexo causal es el ligamen que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa. Para que el resultado pueda incriminarse, precisa existir un nexo causal entre la conducta del ser humano y el resultado sobrevenido

Tenemos como principales formas de la conducta:

1.- La acción

En el Código Penal Mexicano, la acción strictu sensu, es llamada acto (el hacer positivo), en tanto que el no hacer (el hacer negativo) es denominado omisión (art. 7).

La acción en sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a obtener un fin determinado. Ejemplo: Pedro dispara a Juan y lo mata (realiza una acción, un

actuar positivo); pero también hay una acción cuando Pedro dispara a Juan y falla el tiro. El primer caso habrá una modificación exterior (muerte de Juan); en el segundo, no le causa la muerte y sólo existirá peligro de dicha modificación.

La acción en sentido penal exige:

- a) Un acto de voluntad
- b) Una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origine una modificación en el mundo exterior o el peligro de que ésta se produzca.

Tanto voluntad como actividad corporal que estén en el concepto de acción son un concepto unitario en tanto que hay simultaneidad en ambos.

Se deduce que si no hay movimiento voluntario, no habrá acción strictu sensu, ni delito. Cuando no hay movimiento externo corporal, no hay acción. El pensamiento no puede delinquir.

El efecto del acto tiene que estar sancionado por las leyes penales, tipificado y conminado con una pena.

2.- La omisión:

Se considera a la omisión como forma de conducta negativa, una abstención en el obrar, una inactividad frente al deber de obrar que la ley señala. En ella el sujeto no realiza voluntariamente el hacer impuesto por la norma penal. Aquí hay un no hacer o dejar de hacer, constituye la forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser:

- a) Omisión simple
- b) Comisión por omisión.

a) Omisión simple. También conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo

cual se produce un delito, aunque no haya resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva.

Cuello Calón define a la omisión simple "como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado." ⁴⁷

b) La comisión por omisión, también conocida como omisión impropia, es un no hacer involuntario e imprudencial, cuya abstención produce un resultado material y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva. Ejemplo: abandono de hijos, con lo que se les causa la muerte.

Los delitos de comisión por omisión consisten en la producción de un resultado delictivo, de carácter positivo, mediante la inactividad, cuando hay deber de obrar.

La hipótesis contenida en la fracción que estudiamos se agota exclusivamente a través de la primera de las formas de la conducta, es decir, con la acción en sentido estricto, ya que el libramiento de un cheque contra una cuenta inexistente supone un hacer, una actividad voluntaria encaminada al propósito de obtener un lucro indebido.

3.- Ausencia de Conducta:

A cada elemento positivo del delito le corresponde, otro negativo, la ausencia de conducta es el aspecto negativo del elemento conducta. Esto quiere decir que la conducta no existe y, por tanto da lugar a la inexistencia del delito.

El Código Penal para el Distrito Federal vigente, alude en su artículo 15, fracción I, en forma genérica y amplia a las hipótesis de conducta al decir que es excluyente del delito, que:

"I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente".

⁴⁷ Ibidem, p. 162.

A continuación se explicarán las distintas causas de ausencia de conducta que la doctrina ha formulado.

- La vis maior o fuerza mayor "es una hipótesis de ausencia de conducta debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana." ⁴⁸

Se puede decir que es una fuerza proveniente de la naturaleza o de los animales que obligan a realizar una actividad o inactividad al agente.

- La fuerza física IRRESISTIBLE o vis absoluta viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad o inactividad voluntarias. De tal manera, que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutar.

- Los movimientos reflejos, constituyen un "aspecto negativo de la conducta, es decir, no hay una forma de ésta: acción, porque falta la voluntad." ⁴⁹

El jurista Edmundo Mezger define a los actos reflejos como "los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no está bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro mayor y produce el movimiento." Así los actos reflejos, al tener ausencia del elemento volitivo, se consideran como una causa de ausencia de conducta.

Así pues, los actos reflejos obedecen a exhalaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico. Como el sujeto está impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos habrá delito.

⁴⁸ Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, p. 322.

⁴⁹ Celestino Porte Petit, op. cit., p. 322.

Otras hipótesis de ausencia de conducta respecto de las cuales no hay uniformidad en su consideración son:

- Sueño: Consiste en un estado de descanso del cuerpo considerado como normal fisiológicamente. Pues bien, este estado puede originar movimientos de un sujeto completamente involuntarios, y que a su vez sean constitutivos de un resultado dañoso.

- Sonambulismo: Esta causa de ausencia de conducta guarda cierta semejanza con el sueño, se distingue de éste en que el sujeto activo realiza movimientos corporales inconscientes e involuntarios pero los hace deambulando dormido.

- Hipnotismo: Respecto de éste, Pavón Vasconcelos nos dice que "...el hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente (hipnotizado) y el hipnotizador. La exclusión del delito se apoya en la ausencia de conducta (acción) y en la hipótesis de causación de daños por el hipnotizador, la responsabilidad de éste surge como autor mediato, por no ser aquel sino un mero instrumento de éste..."

De aquí se sostiene (explica el maestro Miguel Angel Granados Atlaco) que el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo, a pesar de ser consideradas por algunos autores como causa de inimputabilidad, arguyendo que el sujeto que se encuentra en algunos de los estados ya descritos con anterioridad no se haya dotado de capacidad para querer y entender, analogando la situación de estos sujetos con los alienados. Miguel Angel Granados las considera como causas de ausencia de conducta partiendo de la base de la inexistencia en todas ellas del elemento volitivo, imprescindible e en la conducta de sujeto, siendo, por ende, la voluntad, un requisito sine qua non para la configuración de la conducta.

Cabe señalar respecto de nuestra hipótesis que en la misma no es dable alguna ausencia de conducta.

C) Tipicidad y atipicidad.

1.- Tipicidad

Carrancá y Trujillo nos dice que la tipicidad señala la adecuación de la conducta concreta del tipo legal.

Jiménez de Asúa define a la tipicidad, en cuanto carácter del delito, como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley para cada especie de infracción.

Jiménez Huerta afirma que la tipicidad es una expresión propia del derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político nullum crimen sine lege. Bien con el nombre con que técnicamente ahora se le designa, bien como garantía de libertad consagrada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el comienzo de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible. Las legislaciones de los países modernos proclaman expresamente este principio, y concretamente en el derecho Mexicano está recogido en el artículo 14 de la constitución y en el artículo 7 del Código Penal al definir del delito.

Así, la tipicidad es la perfecta y cabal adecuación de una conducta concreta al tipo penal.

2.- Concepto de tipo:

Jiménez de Asúa señala que la vida diaria suele presentar una serie de hechos contrarios a la norma, y que al dañar la convivencia social se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigar. En consecuencia, el afamado maestro entiende que el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito.

En resumen: el tipo es la narración o descripción legal, despojada de todo carácter valorativo. Entendiéndolo con criterio formal, el tipo penal describe los elementos materiales necesarios que caracterizan a cada especie de delito.

3.- Elementos del tipo:

Celestino Porte Petit define a la tipicidad como: "la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo" y al tipo como "una conducta o hecho descritos por la norma o en ocasiones, esa mera descripción objetiva conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos".⁵⁰

Los elementos del tipo pueden ser:

a) Elementos descriptivos o de descripción objetiva o elemento objetivo (descripción objetiva del tipo).

La ley, al establecer los tipos legales, suele limitarse a exponer una

⁵⁰ Celestino Porte Petit, op. cit., pp. 423-424.

simple descripción objetiva. El tipo legal, pues, detalla con la mayor objetividad posible la conducta antijurídica que recoge.

De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial de un Código tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción realizada mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible.

Dicho en otras palabras el elemento objetivo es todo aquél susceptible de ser apreciado por el simple conocimiento, teniendo como función describir la conducta o hecho materia de imputación y de responsabilidad penal.

b) Elementos normativos (se incluyen juicios normativos sobre el hecho)

Elemento normativo: Algunas figuras típicas contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. Esto se debe a exigencias de técnica legislativa, pues hay ocasiones que para tipificar una conducta es necesario incluir en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.

"Frente a los elementos normativos, la actividad del juez no es, como en los elementos objetivos, meramente cognoscitiva (es decir, dejar establecidas en los autos las pruebas del hecho, que acreditan el mecanismo de la subsunción en el tipo legal), sino que se trata de una actividad de carácter valorativo, la cual no debe realizarse, sin embargo, desde el punto subjetivo del juez, sino con criterio objetivo, según la conciencia de la comunidad."⁵¹

En otras palabras, el elemento normativo, supone la necesidad de valoración del mismo por parte del juzgador, ya sea de carácter jurídico o cultural.

⁵¹ Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, p. 54.

c) Elementos subjetivos (se refieren a estados anímicos del agente en orden a lo injusto). Existen numerosos casos en que el tipo no representa una mera descripción objetiva, sino que agregan a ella otros elementos, referentes a estados anímicos del agente en orden a lo injusto. Se trata de elementos típicos subjetivos de lo injusto, valorados de muy distinto modo.

Jiménez Huerta, señala que como el tipo tiene como fin delimitar y describir conductas antijurídicas, el legislador al confeccionar los tipos penales, algunas veces hace (también por razones técnicas) una especial referencia a determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta, como reflejo de un estado de conciencia, para dejar claramente sentado que la conducta, que tipifica, es sólo aquella que está presidida por dicha finalidad o estado, y para evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo (utilizar un documento falso es conducta antijurídica, pero sólo adquiere relevancia típica -art.246- cuando se hace uso a sabiendas del documento." ⁵²

Así, el elemento subjetivo es el elemento del tipo que se refiere al motivo y al fin de la conducta descrita.

Con base en las ideas vertidas respecto de este segundo elemento del delito, podemos aseverar que el caso del la fracción XXI nos establece como elementos típicos los siguientes:

- a) Librar un cheque.
- b) Contra cuenta bancaria inexistente.
- c) Con el fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

⁵² Rafael Márquez Piñero, op. cit., p. 219.

En el caso de los dos primeros elementos podemos señalar que se trata de aspectos objetivos, en tanto que el animus de obtención ilícita se encasilla en el campo de lo subjetivo. La tipicidad se condicionará entonces a que se agoten en su totalidad los elementos constitutivos del ilícito en comento.

4.- Atipicidad

El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad. Se puede señalar que no hay delito sin tipicidad. Cuando no se conjuntan todos los elementos que exige el tipo legal para considerar a una conducta como delictuosa, estamos en presencia del aspecto negativo de la tipicidad, siendo este definido de la siguiente manera: "la atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo."

Para Celestino Porte Petit, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al tipo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere.

Pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales resulta de antemano imposible la realización del tipo del delito. Para señalar las atipicidades, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo:

a) Ausencia del presupuesto del delito: en la legislación no existe la descripción típica de una conducta determinada (blasfemia).

b) Ausencia de la calidad del sujeto activo en el tipo: Para determinados delitos, la ley establece características determinadas para el agente, excluyendo de una conducta tipificada a quienes no cumplen con esa

cualidad específica y restringe la conducta delictuosa.

c) Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo: de igual forma algunos tipos penales imponen la necesidad de que el sujeto pasivo cumpla con algunas características determinadas.

d) Ausencia del objeto jurídico: A falta de bien o institución amparada por la ley, nos encontramos ante una causa de atipicidad.

e) Ausencia de objeto material: La falta de un objeto que sufre un daño o peligro provocado por la conducta delictuosa, constituye otra causa de atipicidad.

f) Ausencia de las modalidades de conducta: que pueden ser:

- de referencias temporales
- de referencias espaciales
- de referencia a otro hecho punible
- de referencia de otra índole, exigida por el tipo
- de los medios empleados

Algunos tipos penales contienen una descripción de ciertas referencias de espacio, tiempo, de medios empleados (el tipo establece que la conducta se lleve a cabo a través de medios especiales que el mismo tipo considera), etc. en que se ha de realizar la conducta delictiva, de tal forma que, a falta de alguno de esos requisitos no habrá tipicidad.

g) Ausencia de elemento normativo: cuando el tipo no presente la necesidad de una valoración del mismo, que parte del juzgador, ya sea de carácter jurídico o cultural, existe atipicidad.

h) Ausencia de elemento subjetivo del injusto cuando se señala el motivo o el fin de la conducta descrita, y éste no se agota, también hay atipicidad.

En conclusión, tenemos que el aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la

inexistencia del delito.

Se debe distinguir la atipicidad de la ausencia de tipo: esta figura significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada.

Respecto de la hipótesis de la fracción en comento del artículo 387, la falta de alguno de los elementos que hemos desglosado propiciará la falta de adecuación legal.

D) Antijuridicidad y causas de justificación.

1.- Concepto de Antijuridicidad:

En términos generales, la antijuridicidad es lo contrario al Derecho; desde el punto de vista penal, es lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico.

Castellanos Tena sostiene que la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa (en un proceso psicológico, subjetivo, le corresponde a la conducta). Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación".

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Así, se busca salvaguardar un bien protegido, tutelar los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general.⁵³

Pavón Vasconcelos señala: En general, los autores se muestran

⁵³ Fernando Castellanos Tena, Lineamientos elementales de derecho penal, p. 176.

conformes en que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho".⁵⁴ Así, se puede señalar que la antijuridicidad es un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al Derecho.

2.- Elementos de la antijuridicidad.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial. Sin embargo, Franz Von Liszt elaboró una doctrina dualista de la antijuridicidad. Para este autor, el acto será:

1) **Formal Antijurídico:** Cuando la acción contraria a Derecho constituya una transgresión a la norma dictada por el Estado (oposición a la ley). Contradice el mandato o la prohibición que hace el ordenamiento jurídico.

2) **Material Antijurídico:** Cuando signifique contradicción a los intereses colectivos, cuando resulte ser contraria a la sociedad.

Para los maestros Granados Atlaco, "el delito lleva intrínseca la protección de un bien jurídico, por tanto, la transgresión de la norma penal siempre se verá reflejada en un ataque a los bienes tutelados por el orden jurídico, ya sea en un grado de peligro latente o de menoscabo irremediable. La antijuridicidad supone un choque con lo que el Derecho establece: aquí es donde la ratio legis cobra una trascendencia inusitada, ya que ella es la que va a definir la teleología de la norma jurídica. Toda conducta delictiva supone una inobservancia del orden jurídico, por tanto es un choque lo que origina la antijuridicidad, sin embargo, la misma ley prevé la existencia de causas que justifiquen la presencia de la conducta típica y antijurídica en primera instancia."⁵⁵

⁵⁴ Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 295.

⁵⁵ Granados Atlaco José Antonio. Granados Atlaco, Miguel Angel. Teoría del Delito.

3.- Causas de Justificación:

Es el aspecto negativo del delito, la ausencia de antijuridicidad. Puede ocurrir que una conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego, las causas de Justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso.

De manera genérica, éstas se mencionan en el artículo 15 del Código Penal. La doctrina estudia sus características, las separa y distingue.

La naturaleza de las causas de justificación es inminentemente objetiva, pues derivan de una conducta y no de un elemento interno (anulan el delito más no la culpabilidad).

Las causas de justificación son:

1.- Defensa legítima

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. Se encuentra en el artículo 15, fracción IV. "Se repela 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 dependencia, 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 encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

En la noción de defensa legítima, existe un repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se entiende, además que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por defensa legítima y la ley establece que no sólo los propios sino también los ajenos.

En este punto estamos en presencia de un interés preponderante. La defensa legítima implica un choque de intereses protegidos jurídicamente, la legitimidad de la defensa se funda en la salvación que se hace del interés preponderante, el defensor lo que hace con su actitud es restablecer el derecho atacando y sacrificando el interés legítimo de quien le agrede.⁵⁶

Los elementos de la legítima defensa se pueden deducir de la definición legal:

a) Repeler: Significa rechazar, evitar algo, eludir, no permitir que algo ocurra o se acerque. Implica que la agresión ejercida, sin haberla provocado se rechace. La repulsa es realizada por presunto responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la defensa legítima.

b) Agresión: Consiste en atacar, acometer, acto mediante el cual

⁵⁶ Granados Atlaco, José Antonio. Granados Atlaco, Miguel Angel. Op cit.

se daña o pretende dañar con intención de afectarla.

c) **Agresión Real:** Que sea algo cierto, no imaginado; que no se trate de una simple suposición o presentimiento.

d) **Agresión Actual:** Que ocurra en el mismo instante y repelerla, quiere decir que la agresión y la repulsa deben seguir en un mismo espacio temporal, o que aquella sea inminente.

e) **Agresión Inminente:** Que sea próxima o cercana; de no ser actual, que por lo menos esté a punto de ocurrir.

f) **Sin derecho:** La agresión debe carecer de derecho, porque la existencia de éste anularía la antijuridicidad.

g) **En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos:** Ya se mencionó que la repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, pues así lo señala la ley.

h) **Necesidad racional de la defensa empleada:** Significa que la acción realizada (repulsa) para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta.

i) **Que no medie provocación:** El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero a quien se defiende deberá haber dado causa a ella. Malamente podrá decir y justificar que repelió una agresión sin derecho quien ha dado motivo suficiente para ella.

2.- Estado de necesidad

El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona (Cuello Calón). Es una situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la violación de otro. (Sebastián Soler)

El estado de necesidad es otra causa de justificación de vital importancia y consiste en la salvaguarda de un bien jurídico, sacrificando a otro bien jurídico diverso y de menor jerarquía que el salvado, siempre y cuando no exista otra forma de evitar el daño.⁵⁷

Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos, aquí sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante, nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado, se entrega la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.

Con base a lo apuntado con anterioridad, se considera preciso distinguir si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor. Si el bien sacrificado es de menor valía que el amenazado, la causa de justificación que ahora se analiza si se presenta como tal; pero si el bien lesionado es mayor que el salvado, el delito se configura indefectiblemente. Ahora bien, si los bienes en juego son de igual jerarquía, nos encontramos en presencia de una causa de inculpabilidad.

El estado de necesidad se ventila en el artículo 15, fracción 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 evitarlo."

Como se trata de bienes sacrificados de menor valor o de igual valor, podemos ejemplificar los casos:

El primer caso ocurre cuando se quiere salvar la vida de una tripulación aérea, se sacrifican caballos de pura sangre con un costo económico considerable. (caballos, bien jurídico de menor valor).

⁵⁷ Ibidem.

En el segundo hay dos marineros náufragos, quienes ante la necesidad de salvar su vida, y como sólo existe una tabla que servirá para una sola persona, uno de ellos arroja al mar al otro (igualdad de bienes, causa de inculpabilidad).

3.- Ejercicio de un derecho

En las reformas al art. 15 del Código Penal, se habla en la fracción VI, del ejercicio de un derecho: "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 este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etc.

Castellanos Tena, analiza juntas las causas de justificación: el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, ambas aparecen también unidas en el artículo y fracciones citadas al principio de este punto. Señala que estas figuras también privan a la conducta del elemento de Antijuridicidad.

El médico que amputa una pierna para que no avance la gangrena causa una mutilación (lesión), pero su conducta, a pesar de ser típica, no es antijurídica, porque actúa en ejercicio de un derecho; a su vez, el abogado y actuario que toman bienes muebles por virtud de una orden de embargo, no cometen ilícito alguno, porque también actúan en el ejercicio de un derecho.

En el ejercicio de un derecho en los deportes: resulta frecuente en la actividad deportiva que los participantes infieren a otras lesiones y a veces, el homicidio.

En lo que se refiere a lesiones de los hijos, antes de derogarse el artículo 294 del Código Penal, se eximía a los padres de responsabilidad penal cuando lesionaban a los hijos con el fin de corregir, siempre y cuando las lesiones no tardaran más de 15 días en sanar y no pusieran al niño en la posibilidad de perder la vida. El artículo 295, actualmente considera: "Al que ejerciendo la patria potestad o tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos."

4.- Cumplimiento de un deber

Este se presenta cuando el agente se encuentra obligado a actuar **CONTRARIAMENTE** al derecho. De igual forma que el ejercicio de un derecho, esta causa de justificación se basa en la previa consignación del deber en cuestión en una ley; este deber legal puede ser producto de la función de carácter público que realiza el agente o en virtud de una obligación en general.⁵⁸

El cumplimiento de un deber, consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

El artículo 15, fracción VI, contempla esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho.

El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades.

En ese orden de ideas, aquí se da por reproducido todo lo manifestado

⁵⁸ Ibidem.

en el apartado relativo de ejercicio de un derecho, pues la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto. La única diferencia radica que en el primer caso, consiste en ejercitar un derecho, mientras que en el segundo, ocurre el cumplimiento de un deber, y la mayoría de las veces, ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra.

5.- Consentimiento del ofendido

Debe ser expreso o tácito, sin que medie algún vicio, y debe estipularse en la ley, conforme lo establece la nueva fracción III del artículo 15. Además el bien jurídico materia de la conducta desplegada, debe ser disponible, ello nos lleva a pensar que no cualquier bien es susceptible de una aceptación de su titular para su menoscabo.

Cabe mencionar que con las Reformas al Código Penal de 1994, quedaron derogados el impedimento legítimo y la obediencia jerárquica, es decir, ya no son consideradas causas de justificación.

Podemos afirmar que en el caso de nuestro delito a estudio, es dable únicamente el estado de necesidad.

E) Imputabilidad e inimputabilidad.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto o quiera realizarlo, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce; luego la aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

La imputabilidad, así, "es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Punitivo que traigan consigo las consecuencias

penales de la infracción." ⁵⁹

La imputabilidad entonces requiere "no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente por su desarrollo y su salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad." ⁶⁰

Así, la imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable, así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

Cabe hablar de las *actio liberae in causa* (acciones libres en su causa) y son cuando el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal, la ley lo considera responsable del delito y quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí. Son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en la referente a su efecto.

Como se aprecia, esta capacidad tiene dos elementos: uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza; y otro de índole volitiva, es decir, desear un resultado.

Así, la imputabilidad es la capacidad en el ámbito penal, condicionada por razones de edad y salud mental.

Respecto de la posición que ocupa la imputabilidad dentro del estudio analítico del delito, la doctrina ius penalista se ha dividido sin lograr una consideración uniforme.

Mientras algunos autores consideran que es un presupuesto del delito;

⁵⁹ Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., p. 218.

⁶⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit., p. 363.

otros la ven como elemento integrador del delito dentro de una prelación lógica que se coloca entre la antijuridicidad y la culpabilidad; por último, hay una tercera postura que concibe a la imputabilidad como un presupuesto de culpabilidad.

Autores como Massari, Masrich y Petrocelli, distinguen entre presupuestos particulares y generales del delito; al aceptar tal distinción se argumenta que siendo el delito un hecho surgido del hombre, no puede tener realidad sin la preexistencia de un sujeto imputable.

Invocando a estos autores, Porte Petit, clasifica los presupuestos en generales y especiales y señala como generales del delito tanto a la norma penal, como al sujeto; al bien tutelado y a la imputabilidad:

- a) la norma penal, comprendidos el precepto y sanción
- b) sujeto activo y pasivo
- c) la imputabilidad
- d) el bien tutelado
- e) instrumento del delito. ⁶¹

Jiménez de Asúa, le da a la imputabilidad un carácter de elemento integral del delito al definirlo como "un acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."

Aquí se otorga a la imputabilidad el carácter de elemento integral del mismo.

"El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone, a más del estudio general de este ingente problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta...al definir el delito, nosotros damos vida propia a la imputabilidad como requisito del crimen, a fin de poder

⁶¹ Op. cit.

ilustrar mejor la base de la culpabilidad." ⁶²

Parte de la doctrina penal se muestra inclinada a considerar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, especialmente los psicólogos (Castellanos Tena, Villalobos, Pavón Vasconcelos). Identifican la culpabilidad con la relación psicológica existente entre el hecho y su autor. Dicha relación necesita fundamentación en el carácter imputable del sujeto, de manera que la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad.

Así, sólo el hombre como entidad individual, puede ser sujeto activo de un delito, pero para que la ley pueda poner a su cargo una determinada consecuencia penal, es necesario su carácter imputable. La imputabilidad y la imputación son conceptos esenciales, indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad.

La postura en cita niega a la imputabilidad el carácter autónomo del delito. Esta afirmación tiene su base en la consideración de la imputabilidad como la capacidad del sujeto, consistiendo dicha capacidad "ordinariamente en el conocimiento de la significación del hecho en el mundo normativo, capacidad de 'dirigir sus actos dentro del orden jurídico' y por ello, condición que hace posible la culpabilidad..." ⁶³

En conclusión, es imputable todo sujeto que posea un mínimo de condiciones psicofísicas; y es responsable aquel que teniendo estas condiciones, realiza un acto tipificado en la ley como delito y que, previamente por eso contrae la obligación de responder por él.

En lo que atañe al presente análisis, podemos aseverar que el sujeto que despliegue la conducta prevista en la fracción XXI del artículo 387 de nuestro Código Penal, deberá estar dotado de esa capacidad de comprender la ilicitud del hecho de girar un cheque contra cuenta inexistente.

⁶² Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit., p. 350.

⁶³ Granados Atlaco, op. cit.

2.- La Inimputabilidad

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal, podemos considerarla a contrario sensu, como la incapacidad del sujeto activo de entender y de querer.

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.

Las causas de la inimputabilidad son:

- a) desarrollo intelectual retardado
- b) trastorno mental
- c) miedo grave
- d) minoría de edad

En el artículo 15, fracción VII encontramos la primera de las causas citadas: "El delito se excluye cuando:...

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..."

Como puede apreciarse claramente, se trata de una causa de inimputabilidad, la incapacidad para comprender o para actuar con plena comprensión, o sea, incapacidad para entender y querer.

Entendemos el desarrollo intelectual retardado como una disminución de las facultades de entender, de captar cabalmente, los fenómenos de conducirse con un mínimo de inteligencia, esto es, lo consideramos una disminución -no trastorno mental- de la inteligencia, disminución que debe ser tal que anule las facultades de querer y entender.

En el desarrollo intelectual retardado puede incluirse la sordomudez, anteriormente manejada en el artículo 67 del Código Penal, que preveía la reclusión de los sordomudos que contravenían preceptos de una ley penal en escuelas o establecimientos especiales para sordomudos.

En opinión personal la sordomudez, para que sea causa de inimputabilidad, debe ser congénita y producir ésta un estado de incomprensión, falta de entendimiento en el sujeto. El sordomudo que sabe leer, escribir y ha tenido un desarrollo intelectual adecuado, no es un inimputable.

El estado de inconsciencia, explica García Ramírez, es aquel donde se encuentran las personas que no pueden comprender el carácter ilícito del hecho (incapacidad de entender o de conducirse de acuerdo con esa incapacidad de querer).

Se habla de estados de inconsciencia permanentes y transitorios. Los primeros se refieren a aquellos trastornos que padecen los locos, idiotas, imbeciles o los que sufran cualquier otra enfermedad mental y que cometan delitos. Los segundos a la inconsciencia causada por sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, inconsciencia motivada por tox infecciones e inconsciencia por trastornos mentales de carácter patológico.

Señala Castellanos Tena que esta fórmula de estados de inconsciencia ha sido sustituida, como se vio en el artículo y fracción antes transcritos, por dos factores: trastornos mental y desarrollo intelectual retardado.

El segundo ha sido explicado. Ahora se hablará del trastorno mental: El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Sólo se excluye el caso en que el propio sujeto

haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

Desde la Reforma de 1984 y ahora la de 1994 al Código Penal, ya no se habla de trastornos mentales transitorios y permanentes sino, que se fija más en el momento de realizarse el hecho, si el sujeto sufre de un trastorno mental.

Antes de las Reformas al Código Penal se consideraba al Miedo Grave (cfr. art. 15, fracción VI), como una excluyente de responsabilidad. Actualmente se encuentra derogado.

El miedo grave era considerado como un fenómeno psicológico capaz de producir inconscientemente reacciones imprevistas y pérdida de control de la conducta, que engendra un estado de inimputabilidad fundamentado en la alteración de las funciones psicológicas. Se puede decir que es algo de naturaleza interna, a diferencia del temor infundado, que tiene su origen en algo externo.

En cuanto a los menores de edad, se considera que carecen de madurez y, por tanto, de capacidad para entender y querer.

De lo anterior se colige que el menor no comete delitos, sino infracciones a la ley. El problema es determinar la edad; en la legislación penal del D.F., esa edad es de 18 años (en otros Estados como Michoacán y Quintana Roo es de 16 años), según se desprende de la Ley del Consejo Tutelar para menores infractores en el Distrito Federal. Así, si un menor de 18 años realiza una conducta tipificada en las leyes penales como delito, se le sujeta a un estatuto propio de los menores que llevan a cabo este tipo de conducta, a cuya jurisdicción se les remite.

El Consejo Tutelar para menores previo estudio de la personalidad, y del hecho cometido, es el que determina las medidas tutelares a que deben someterse los menores. La legislación y el tratamiento de los menores es eminentemente tutelar y preventiva, tiende a rehabilitar al menor para incorporarla positivamente a la sociedad y a prevenir futuras conductas

infractoras.

De las causas de inimputabilidad acotadas, por lo que hace a la hipótesis que nos corresponde abordar, probablemente podemos pensar en la presencia de un trastorno mental que obstaculice la aptitud de entendimiento del agente.

F) Culpabilidad e Inculpabilidad

Este elemento positivo del delito consiste, según el maestro Sergio Vela Treviño, en "el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma".

Porte Petit, nos dice que la culpabilidad consiste en aquel nexo que liga al sujeto con el resultado de su acto intelectual y emocionalmente. Ignacio Villalobos considera que ésta consiste, de manera genérica, "en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo..."⁶⁴

La culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal.

Existen dos formas de culpabilidad: el dolo y la culpa (antes existía una tercera forma: la preterintencionalidad, pero ésta ha sido derogado con las Reformas al Código Penal de 1994).

Tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, la doctrina penalista se debate, principalmente, en dos posiciones diversas: la psicologista y la normativista.

⁶⁴ Op. cit.

1.- Teoría psicologista:

Para esta teoría la culpabilidad consiste como declara Antolisei, en el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior, o como anota Fontán Balestra, en la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él. Así, entendida la culpabilidad son formas de vinculación, admitidas por la ley, entre el autor y el hecho ilícito, constituyendo la imputabilidad el presupuesto de aquella. En esta teoría predomina la relación subjetiva entre el autor y su hecho.

2.- Teoría normativa:

También presupone como la teoría psicológica, la existencia de una conducta o hecho antijurídico. La culpabilidad, precisa Welzel, agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuridicidad es la relación, entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otro, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla.

La culpabilidad, para la concepción normativa no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo representa el punto de partida. Teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa. Este camino, necesario, no agota el concepto de culpabilidad, pues determinados los motivos debe arribarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual habrá de probarse si teniéndose presentes los motivos y la personalidad del autor, le era "exigible" una conducta conforme al Derecho. La culpabilidad, en suma, consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica, pues el hecho antijurídico concreto es el punto de partida del reproche contra su autor.

De acuerdo con el Código Penal, los grados o tipos de culpabilidad son:

el dolo y la culpa (antes de las Reformas de 1944 existía la preterintención, ahora ya derogada).

- Dolo y culpa.

"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 previsible o previo confiando en que no se producirá, en virtud de la violación a un deber cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales" (Artículo 9, Código Penal).

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, un conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso.

El dolo supone la existencia de una voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. Así, el dolo consiste en el actuar, consciente, voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Los elementos del dolo son dos:

- i) Uno ético: saber que se infringe la norma
- ii) Otro volitivo o emocional: voluntad de realizar la conducta antijurídica.

El dolo puede ser: directo, indirecto, indeterminado y eventual (se sigue la clasificación de Villalobos):

Dolo Directo: El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico. Ej.: el agente desea violar y lo hace.

Dolo Indirecto: El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. Ej.: querer lesionar a un comensal

determinado y le coloca una sustancia venenosa en la sal de mesa, al saber que podrán salir lesionados otros sujetos.

Dolo Indeterminado: Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. Ej.: anarquista que lanza bombas.

Dolo Eventual: Se desea un resultado delictivo en el que el sujeto activo prevé la posibilidad de que se susciten otros resultados, no queridos directamente. Ej.: incendio de una bodega, sabiendo de la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.

La culpa, ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona sólo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable. La doctrina le llama delito culposo, imprudencial o no intencional.

Se presenta cuando la voluntad no se halla encaminada a realizar una conducta que produzca un resultado típico, sin embargo, este último surge por negligencia o imprudencia del sujeto, a pesar de ser previsible o evitable.

Pavón Vasconcelos define con gran precisión a la culpa como "aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres."⁶⁵

En cuanto a los elementos de la culpa, Castellanos Tena, considera que, "por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento, es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término (que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado; tercero: los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no

⁶⁵ Granados Atlaco, op. cit.

querido." 66

Son dos las especies principales de culpa:

- i) consciente, con previsión o con representación
- ii) inconsciente, sin previsión o sin representación

i) **Culpa Consciente: (con representación o previsión):** Existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Ej.: coche sin frenos, debo llegar a un determinado lugar, utilizo el coche a sabiendas del problema y abrigo la esperanza de que ningún transeúnte se cruzará en el camino. Existe en la mente un resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confío en la no realización del evento.

ii) **Culpa inconsciente: (sin previsión o sin representación):** existe cuando el sujeto, ya sea por falta de cuidado o precaución, no prevé el resultado, teniendo la obligación de hacerlo por ser de naturaleza evitable y previsible la consecuencia.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, el aspecto negativo de la culpabilidad, significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esta tiene una relación estrecha con la imputabilidad, así no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Al respecto, afirma Castellanos Tena lo siguiente:

La tipicidad debe referirse a una conducta, la antijuridicidad a la oposición objetiva de Derecho de una conducta coincidente con el tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuridicidad de la conducta

⁶⁶ Castellanos Tena, op. cit., p. 244.

típica. Pero al hablar de la 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. Jamás se insistirá demasiado en que tampoco aparecerá la culpabilidad en ausencia de un factor anterior, por ser ella elemento fundado respecto a los otros que, por lo mismo, resultan fundantes en una escala de prelación lógica.⁶⁷

Para que un sujeto sea culpable, precisa tener conocimiento y voluntad (elementos: intelectual y volitivo). Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

No se han puesto de acuerdo los especialistas al respecto. Para los normativistas consiste en la presencia del error y la no exigibilidad de otra conducta. Para los que se adhieren a la teoría psicologista, consideran en estricto rigor, que las causas de inculpabilidad son el error de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo).

Pavón Vasconcelos habla de dos causas genéricas de exclusión de la culpabilidad.

- a) el error (incluye en el error a las eximentes putativas)
- b) la no exigibilidad de otra conducta

Castellanos Tena habla de:

- a) error esencial de hecho invencible
- b) eximentes putativos

⁶⁷ Op. cit., p. 270

- c) temor fundado
- d) no exigibilidad de otra conducta

Miguel Angel Granados Ataco, los clasifica de la siguiente manera:

- a) el error esencial del hecho invencible
- b) temor fundado (derogado)
- c) la no exigibilidad de otra conducta

Así, seguiremos el criterio de los maestros Granados:

El error esencial de hecho: Todo error consiste en una falsa concepción de la realidad o en una idea errónea respecto a una situación, cosa u objeto; no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto.

Los doctrinarios hablan de ignorancia y error y explican que son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diferentes. La ignorancia es el desconocimiento total o absoluto de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa. El error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Para los efectos del Derecho, ambos conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar, como conocer falsamente.

El error, en forma genérica, comprende como especies, al error de hecho y al error de derecho.

Error de hecho: El error recae en condiciones del hecho, puede ser de tipo o prohibición. El primero es un error respecto a los elementos del tipo; en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico. Aquí existe y supone una causa de inculpabilidad, siempre que sea esencial e invencible.

En el Art. 15, fracción VIII: "El Delito se excluye cuando:...

VIII.- Se realice la acción u omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto a la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará por lo dispuesto por el artículo 66 de este Código..."

El error de derecho: No funciona como excluyente de culpabilidad, ya que no encuentra un fundamento en la ley. El error de derecho no puede producir la inculpabilidad del agente en virtud que la ignorancia de la ley a nadie beneficia; a pesar de lo anterior, el Art. 59 bis, ahora derogado, consideraba al error de derecho como una atenuante de la pena, siempre y cuando se tratase de un individuo con escaso nivel cultural o un alto aislamiento social. Actualmente esto ya no es posible.

En conclusión, el error esencial e invencible, consiste en la presencia de un falso conocimiento de la realidad que recae sobre una parte total del delito y que impide al sujeto activo advertir la conexión del hecho realizado con la hipótesis legal.⁶⁸

2.- Temor fundado: Era considerado como una causa excluyente de responsabilidad. Ahora, con las Reformas de 1994, ha quedado derogado.

Se pensaba que el temor o vis compulsiva se basaba en la existencia de una coacción sobre la voluntad del sujeto. Al no poderse determinar libremente el sujeto, no se le podía considerar culpable del hecho delictivo. En estos casos se causa un daño por creerse el sujeto fundamentalmente que se haya amenazado de un mal grave, y actúa por ese temor, de modo que se origina una causa de inculpabilidad, pues se coacciona la voluntad. Como hemos dicho, la fracción VI del art. 15 que se refería a miedo grave o temor fundado,

⁶⁸ Granados Atlaco, Op. cit.

ha quedado derogada y por tanto, ya no es una excluyente de culpabilidad.

3.- No exigibilidad de otra conducta: Esta causa de inculpabilidad supone el actuar de un sujeto imputable produciendo un resultado típico y antijurídico, pero no culpable en virtud de que no es posible la satisfacción de los elementos en que se basa la exigibilidad que son el deber y el poder. El deber supone la obligación de actuar conforme al contenido de la norma, en tanto que el poder se refiere a la posibilidad de conformar la conducta al Derecho. Pues bien, el sujeto que se encuentra ante la no exigibilidad de otra conducta, carece de ese deber y de ese poder en virtud de que, dadas las circunstancias de su situación, no es posible que se exija una conducta distinta a la observada. El comportamiento es excusable por obedecer a una situación especialísima y apremiante.

Como casos legales de no exigibilidad de otra conducta, tenemos al estado de necesidad, cuando se encuentran en juego dos bienes jurídicos de igual jerarquía. En este caso, el hecho de sacrificar uno de ellos por salvaguardar el otro es una hipótesis clarísima de no exigibilidad de otra conducta. "Objetivamente es un hecho antijurídico, normativamente hay una 'no exigibilidad de otra conducta' expresamente reconocida por la ley." ⁶⁹

Eximentes Putativas: No debe confundirse el delito putativo con el error de derecho a pesar de tener semejanzas. Porte Petit observa que en uno y en otro, existe el error: "En un caso, creyéndose que la conducta o hecho realizados son delictuosos. En otro, considerando que la conducta o hecho no están descritos en la ley como delitos.

Las eximentes putativas, señala Castellanos Tena, "son las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo".

⁶⁹ Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 414.

Se señalan como eximentes putativas:

- a) Defensa legítima putativa
- b) Estado de necesidad putativo
- c) Ejercicio de un derecho putativo
- d) Cumplimiento de un deber putativo

Sirve de guía para conocer el concepto de cada una, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, a los cuales se agrega el error esencial, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta.

G) Condiciones Objetivas de Punibilidad y Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad.

En opinión del jurista español Cuello Calón, las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos que la ley exige, concurren junto con los elementos básicos de punibilidad. Para que un hecho sea punible, se requiere la presencia de "determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes a la voluntad del agente. Estas son las denominadas condiciones objetivas de punibilidad."⁷⁰

Ernesto Beling, también se mantiene en la postura de la absoluta independencia de las condiciones objetivas de punibilidad, a las que define así:

Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo de delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad. En la serie de los elementos del delito ocupan el sexto lugar; según se dice, las "sextas condiciones de

⁷⁰ Op. cit.

punibilidad", y, sin embargo, se les suele denominar más comúnmente como "segundas condiciones de punibilidad"...las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo de delito, en que aquellos no son circunstancias que pertenezcan al tipo..., por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se les suele denominar frecuentemente condiciones objetivas o extrínsecas.⁷¹

Por su parte, el maestro Castellanos Tena, considera que las condiciones objetivas de punibilidad no son elemento esencial del delito. A éstas las define como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación."⁷²

Guillermo Colín Sánchez, considera que las condiciones objetivas de punibilidad son cuestiones prejudiciales y, también, requisitos de procedibilidad; en cuanto a las primeras, son cuestiones de Derecho cuya resolución se presenta como antecedente lógico del proceso; los segundos, son condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder contra quien ha infringido una norma determinada.

Miguel Angel Granados, se inclina por la tesis de que las condiciones objetivas de la punibilidad sí son elementos esenciales del delito, pues, aún siendo excepcionales los casos que la ley contempla ilícitos dotados de estas condiciones, también es cierto que éstas no podrían existir como delitos sin que se cumpliera con la condición prevista por la norma en forma expresa o tácita.

⁷¹ citado por Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit., p. 417.

⁷² Op. cit.

La ausencia de la condicionalidad objetiva llega a ser el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad. La carencia de ellas hace que el delito no se castigue.

Cuando la conducta concreta falta, la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse. Sin embargo, a diferencia de inimputabilidad, la inculpabilidad, la atipicidad, las excusas absolutorias, etc. (que hacen imposible perseguir el hecho) en las condiciones objetivas de penalidad se permite, una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable (este es de hecho el efecto de la ausencia de condicionalidad objetiva).

En el caso concreto, la reforma operada en materia de delitos patrimoniales implica la necesaria querrela por parte del ofendido, por lo que sí se puede presentar la ausencia de dicha condición objetiva, lo que conllevaría el no perfeccionamiento del delito.

H) La Punibilidad

La punibilidad es otro aspecto del delito en los que tampoco existe uniformidad en relación a su ubicación dentro de la clasificación jurídico-penal como elemento esencial del delito. Autores como Pavón Vasconcelos, Jiménez de Asúa y Cuello Calón, sostienen que la punibilidad es un elemento esencial del delito al hacerla consistir en una amenaza de sanción aparejada a la violación del deber consignado en la norma, sin la punibilidad no se puede hablar de delito. En contraposición, autores destacados como Soler, Castellanos Tena y Villalobos, argumentan que la punibilidad es una consecuencia del delito y que por tanto, con independencia de ella se da la transgresión al orden jurídico.

Pavón Vasconcelos, al definir el delito manifiesta que un concepto

substantial del mismo sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico y de éste se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Le da a la punibilidad el carácter fundamental o elemento integral del delito.

Pavón Vasconcelos define entonces a la punibilidad como "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden."⁷³

Así, la punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma.

Respecto a la punibilidad como elemento del delito, tenemos que algunos autores sostienen diversas posturas; así, para unos es un auténtico elemento del delito pues la amenaza de sanción va aparejada a la violación del deber consignado en la norma. Autores como Von Liszt, Bettiol, Cuello Calón y Pavón Vasconcelos se adhieren a esta postura.

Para Von Liszt, el delito al ser sancionado con una pena le otorga a la penalidad su carácter específico.

Bettiol expresa que la punibilidad es una nota genérica de todo delito y le da a la pena el tratamiento de una consecuencia jurídica del mismo.

Cuello Calón, piensa que el delito es acción punible y por tanto, requisito esencial en la formación de aquél.

También Jiménez de Asúa precisa que lo característico del delito es ser punible.

Si observamos con atención en el Código Penal se define, en el artículo 7o. al delito como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales." En nuestro Código, la punibilidad es un elemento esencial del delito, es la amenaza de aplicación de una pena en concreto sobre quien cometa un acto delictivo.

⁷³ Op. cit., p. 421.

Por otra parte, autores como Soler, Castellanos Tena y Villalobos piensan, por el contrario, que la punibilidad no es un elemento esencial del delito sino una consecuencia del delito y que con independencia de ella se da la transgresión del orden jurídico.

Castellanos Tena, adherido a la postura de que la punibilidad es una consecuencia del delito, la define como el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena. Especifica que es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada.

Sebastián Soler arguye que incluir la punibilidad en la definición del delito es incluir erróneamente en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido. Expresa:

Si algún sentido tiene definir el delito, éste consistirá en que la definición pueda guiarnos para que, cuando los elementos concurren, la pena pueda o deba aplicarse. La construcción en la dogmática jurídica tiene un objeto más práctico que cognitivo. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de esos elementos, de modo que toda la tarea sistemática consiste en examinar el contenido de éstos.⁷⁴

La ausencia de punibilidad la constituyen las excusas absolutorias, es decir, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito, es decir, que el delito no se castigue.

Jiménez de Asúa las define así: "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública."⁷⁵

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su

⁷⁴ Op. cit.

⁷⁵ Op. cit., p. 424.

totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal mexicana, existen casos específicos en los que ocurre una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, pero, por disposición legal expresa, no es punible, ello por razones de Política Criminal.

Bajo el nombre de Política Criminal, se conoce a la disciplina conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. En realidad, su propósito es el aprovechamiento práctico, por parte del legislador, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, para poder satisfacer los fines propios del ordenamiento jurídico.

La ausencia de punibilidad se debe a varias causas:

1. Excusa por estado de necesidad: Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad: robo de indigente (art. 379) y aborto terapéutico (art. 334).

2. Excusa por temibilidad mínima: En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento (art. 375).

3. Excusa por ejercicio de un derecho: El caso típico se presenta en un aborto, cuando el embarazo es producto de una violación (art. 333).

4. Excusa por imprudencia: Un ejemplo de este tipo de excusa es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada (art. 333).

5. Excusa por la no exigibilidad de otra conducta: Un ejemplo es el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y de otras personas (art. 400).

6. Excusa por innecesariedad de la pena: Es cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona que hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena (art. 55).

Por lo que hace a nuestro delito en comento, debemos señalar que la punibilidad aplicable la encontramos en el artículo 386, numeral al que remite el exordio del artículo 387, sanción que dependerá del monto de lo defraudado; así tenemos que:

a) si no excede lo defraudado de diez veces el salario mínimo, prisión de tres días a seis meses o de 30 a 180 días de multa.

b) si excede lo defraudado de diez veces el salario mínimo, pero no de quinientas, prisión de seis meses a tres años y de 10 a 100 días de multa.

c) si excede lo defraudado de quinientas veces el salario mínimo, prisión de tres a doce años y multa hasta de 120 días.

En cuanto al elemento negativo de este aspecto, no encontramos excusa absolutoria alguna que exima de la aplicación de sanción.

CAPITULO IV.- CRITICAS Y PROPUESTAS

En este último capítulo, vamos a elevar ciertas críticas respecto del delito específico que hemos estudiado a lo largo de este trabajo, haciendo énfasis respecto de lo que es la posibilidad unilateral de la institución Bancaria, para el fin y efecto de que ésta puede cancelar la cuenta, y cuales serán sus consecuencias respecto de aquel que no tiene conocimiento de estas circunstancias, y se compromete girando diversos cheques.

Así, también observaremos como la Institución Bancaria, de alguna manera, pudiese llegar a tener cierta responsabilidad y de qué manera se puede evitar ésta o lograr su control.

A) Críticas a la fracción XXI.

Inicialmente, podemos decir que el libramiento de cheques sin fondos es una práctica usual en el comercio.

Si observamos el movimiento en lo que es la Central de Abasto, nos daremos cuenta que el cheque en la actualidad se utiliza como un instrumento de garantía, y por tal motivo, consideramos que el mismo comercio está generando otro tipo de uso para lo que es un cheque.

Esto ha provocado en el momento en que sobreviene la denuncia penal, que el Agente del Ministerio Público tenga que enfrentarse a una garantía constitucional, como es la de: "no ser privado de su libertad por deudas de carácter civil."

Evidentemente, que el derecho mercantil, forma parte de todo este contexto del derecho privado.

Así, el Agente del Ministerio Público se ve en problemas, en virtud de que requiere para que la acción penal pueda fructificar, demostrar que realmente hubo los elementos del fraude genérico que como habíamos visto son:

- 1.- Una maquinación de engaño.
- 2.- La obtención de un lucro o un bien.

La anterior situación ha provocado, una desconfianza muy grande respecto a la emisión de cheques; a pesar de que a través de todo el tiempo, el cheque ha logrado tener un lugar de confianza en el medio mercantil, esta situación se empieza a desacreditar un poco, en virtud de que la protección mercantil en un momento determinado va a resultar insuficiente; ya que pudiésemos estar frente a una persona insolvente en ciertos casos.

Ahora bien, es necesario que insistamos en una protección penal para el cheque, ya que como hemos visto a lo largo de nuestro trabajo y especialmente en lo que son los antecedentes históricos, el cheque ha sido un documento versátil, de gran confiabilidad a través del cual no se va a generar un crédito sino más que nada se va a generar un pago, lo que hace que el cheque no tenga ese concepto de título de crédito sino de título valor.

Consideramos que es necesario que la organización social se preocupe más por la protección penal del cheque en virtud de la obligación que éste genera.

Rafael de Pina Vara, al hablarnos de esa importancia de la protección penal del cheque nos hace el planteamiento del problema que en un momento determinado se genera:

Tomando en consideración las ventajas que derivan del empleo del cheque, como instrumento eficaz de pago y, consecuentemente, la conveniencia de su mayor difusión, un legislador pretendió dotar de enérgica protección a la circulación de dicho título y a la buena fe de las personas que lo admiten en sustitución de moneda, mediante normas de carácter penal. Es decir, el legislador estableció sanción penal para el caso de que el cheque se emita sin provisión, con provisión insuficiente o sin contar con la necesaria autorización del librado, causas todas ellas que producirían el efecto de que se niegue el pago del título. En estos casos la buena fe del tomador será sorprendida por la emisión irregular del cheque que originará generalmente desconfianza en cuanto a la aceptación de este documento en las transacciones.⁷⁶

El cheque es sin duda un instrumento de pago, un título valor que actualmente ha caído en una gran desconfianza del público que lo utiliza, y esto desajusta la actividad económica y comercial de la sociedad.

Es necesario una mayor protección respecto de la utilización del cheque, incluso el mismo Cuello Calón, al hablarnos de tal protección, establece la idea siguiente:

Si recordamos 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, entonces, para llenar satisfactoriamente su difusión es menester que infunda confianza,

⁷⁶ De Pina Vara, Rafael. Teoría y práctica del cheque, p. 301.

que su tomador tenga seguridad completa de que será pagado a su presentación, que tenga la misma seguridad que la moneda, porque si esta confianza en el cheque se quebranta disminuye su circulación y por consecuencias las considerables ventajas económicas que originan.

En las sanciones penales y los conceptos generales de derecho penal común, se ha considerado suficientemente para mantener y reforzar la seguridad del cheque, por lo que se ha estimado necesario, crear disposiciones penales especiales.⁷⁷

Evidentemente, que la confianza y la protección que genera el cheque como instrumento de pago, y no como un título de crédito, es la posibilidad de haber consignado un pago, autorizado a la orden el hecho de pagarlo o cambiarlo por moneda corriente en la sucursal bancaria.

En consecuencia, cobra una mayor necesidad la protección que se debe de dar al cheque, como un instrumento de circulación rápida, para no traer el dinero consigo.

Todos los autores opinan que esa protección se debe de dar en forma drástica y en un tipo penal.

Podemos también citar al maestro González de la Vega, quien sobre el particular nos comenta la idea siguiente:

Las razones que demanda la enérgica seguridad para la circulación de

⁷⁷ Cuello Calón, Eugenio. La protección penal del cheque, p. 7.

los títulos de crédito, cobran mayor fuerza tratándose de los cheques, porque estos instrumentos están destinados preferentemente a servir como medio de pago al contado de las deudas vencidas. Al sustituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero no es posible lograr su aceptación universal en el comercio, sin que los tomadores del documento no gocen de garantías jurídicas suficientes, tuteladoras de la buena fe de la emisión, en la rápida circulación y en el exacto pago del documento.⁷⁸

Si toda la sociedad está interesada en que los cheques merezcan una confianza del público como sustitutivos del dinero, entonces el Agente del Ministerio Público como representante social debe y está obligado necesariamente a proseguir con dicha protección penal.

No entendemos cómo cuando un cheque se libra sin fondos, el Agente del Ministerio Público se niega a ejercitar la acción penal, esto hace evidentemente que el título valor que es como sustitutivo de dinero, caiga en una total desconfianza.

Claro está que la situación del Ministerio Público no es nada fácil ya que, el denunciante deberá no solamente acreditar cada uno de los elementos del tipo, como son los que hemos citado en el Capítulo III, sino que, se va a requerir, independientemente de no tener fondos o no tener la cuenta, y haber expedido el cheque, de que se demuestre la maquinación de engaño y la obtención del lucro indebido.

Así tenemos como una de las funciones específicas del Agente del

⁷⁸ Op. cit., p. 266.

Ministerio Público como representante social y titular de la Averiguación Previa, "perseguir el delito", y mediante la investigación generar los elementos necesarios para apoyar su acción penal.

César Augusto Osorio y Nieto, al hablarnos de estas situaciones, nos ofrece la explicación siguiente:

El titular de la averiguación previa es el Agente del Ministerio Público; tal afirmación se desprende por lo establecido del artículo 21 Constitucional, que contiene la atribución del Ministerio Público para averiguar, investigar, de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio Público tiene la atribución de orden constitucional de averiguar los delitos y estas atribuciones las lleva a cabo mediante la averiguación previa, la titularidad de la averiguación previa corresponde al Ministerio Público.

Además del apoyo de orden constitucional, también hay disposiciones de ley secundaria, que atribuyen la titularidad de la averiguación previa al Ministerio Público, el artículo 3o Fracción I del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal, otorga la calidad del titular de la averiguación previa al Ministerio Público.⁷⁹

El representante social como Agente del Ministerio Público, evidentemente que va a tener la amplia o alta responsabilidad de proteger los bienes jurídicos tutelados por las normas penales y como parte de ello, por su importancia, que el

⁷⁹ Osorio y Nieto, César Augusto. La averiguación previa, p. 16.

cheque sea debidamente protegido.

Así podemos elevar críticas bastantes severas en lo que se refiere a la negativa del Agente del Ministerio Público de ejercitar la acción, cuando se le presenta un cheque pero que no se tiene cuenta en el banco.

Evidentemente, que el hecho de recibir un cheque sin fondos, todavía podría tratar de librarse mediante el pago en efectivo, pero el hecho de haber girado un cheque sin tener una cuenta en el banco, y no hacérselo saber, esta es una situación que evidentemente refleja el elemento principal de engaño.

Ahora bien, es necesario comentar que la fracción XXI del artículo que comentamos en esta tesis, en su penúltimo párrafo, al establecer que no procederá contra la gente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido, esto da lugar a situaciones tan importantes como el pago de interés, o el pago de una contraprestación que no signifique un lucro o la procuración de una cosa, ello hace que de alguna manera el cheque no encuentre la protección debida en este tipo de casos.

Tenemos el caso de aquellas personas que para pagar intereses vencidos, gira un cheque sin tener ni siquiera la cuenta y el que acepta el cheque, todavía que pierde el tiempo en el banco para tratar de cobrarlo, éste no es pagado porque simple y sencillamente no se tiene cuenta en dicha institución.

Por otro lado la protección penal no se va a dar en el momento, en que por virtud del pago de intereses da alguna suma, que no significa la obtención de algún lucro indebido; pero debemos de considerar el hecho de que no se haya

liquidado un cheque sin tener cuenta bancaria y el Ministerio Público todo vez de que no existe lucro, no tiene por qué enviar a reserva, y supeditarlo directamente a los elementos del fraude genérico, para que se integre no solamente el engaño sino la obtención de un lucro o de procurar ilícitamente una cosa.

Consideramos que por la naturaleza directa de lo que es el cheque, que como hemos dejado establecido es un instrumento sustitutivo de la moneda, entonces, bien puede pensarse que cuando ha sido expedido con plena voluntad del girador es una conducta delictiva, pues si no tiene cuenta en el banco evidentemente que está defraudando a aquél que le reciba, independientemente de que se esté procurando una cosa o alcanzando un lucro indebido o no, ya que la conducta dolosa de engañar con un sustitutivo de moneda, del cual supuestamente genera una confianza, no lo va a generar esa posibilidad concreta del pago en virtud de no tener cuenta.

B) Propuestas y reformas.

Es evidente que el cheque a lo largo de su desarrollo histórico y en la actualidad, ya no significa un instrumento de confianza, o un instrumento de pago.

Esto hace pensar que la confianza la va a dar el tomador, respecto de la persona que lo expide, o por su propia honorabilidad.

Incluso, el mismo Cervantes Ahumada opina de manera semejante al decir:

No es exacto que la sociedad esté interesada en que los cheques merezcan la confianza del público como sustitutivo del dinero, y no merecen tal 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 aquéllos en los que se incorpore la responsabilidad del banco librado. No es necesaria, ni siquiera conveniente la creación de un delito de cheques en descubierto; en virtud de que son los comerciantes que en un momento determinado le dan al cheque el uso necesario.⁸⁰

Toda esa disposición de dinero que en un momento debe hacerse, requiere de ciertas garantías suficientes que hagan que el cheque, por sí solo retome la confianza debida.

Así, es necesario prevenir las siguientes situaciones:

1.- Que el banco inicialmente garantice la posibilidad de que unilateralmente no podrá rescindir el contrato de apertura de cuenta bancaria.

2.-Que se agregue un pequeño cuadro en el esqueleto del cheque, en donde se establezcan dos situaciones con fondos o sin fondos. Así, se sabrá si en el momento del libramiento del cheque, el que suscribe, manifestó la verdad de su cuenta, al establecer sin fondos y darlo simple y sencillamente en garantía, o marcar el tipo de con fondos, con lo que se sabe a ciencia cierta, que dicho cheque podrá tener fondos.

⁸⁰ Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de crédito, p. 141.

3.- En el caso de no tener una cuenta bancaria, el banco debe exigir inmediatamente que el cuentahabiente entregue cada uno de los esqueletos que se le dieron y que sobran, para el fin y efecto de que éste no tenga la posibilidad de seguir usando estos títulos valor.

4.- Es necesario que también al tipo previsto en el artículo 387 en su fracción XXI proteja esa circunstancia especial, directa en relación a que el cuentahabiente, tenga la obligación de devolver los esqueletos al banco, cuando se le ha cancelado por sí mismo.

Hay cuentas bancarias, como las llamadas "cuentas maestras", que cuando no se llega a un determinado saldo, éstas no dan intereses, o que en un momento determinado no se tiene saldo por lo tres meses siguientes, la cuenta se cancela o cuando el mismo cuentahabiente ocurre al banco para cancelar, en este instante deberá de ser responsabilidad del banco que el cuentahabiente haya entregado los esqueletos, es una situación de reforma que bien pudiera establecerse en el contexto del artículo 387, fracción XXI que nos ocupa en esta tesis.

En general, el cheque tiene que volver a tomar la forma de sustitutivo de moneda, y es el caso que debemos de recordar que en la actualidad se le está dando también la posibilidad de ser un título de crédito, a través del cual se garantice el pago de una cierta prestación futura.

Tal es el caso que planteábamos de la Central de Abasto, que ha generado desconcierto con respecto de la acción penal al exigirse necesariamente el engaño y la obtención de lucro o de alguna cosa que se haya

procurado el sujeto activo del ilícito.

En tal virtud, el mismo comercio está dando una situación más dinámica al cheque, y ésta es una consideración que debemos hacer.

En tal caso, al establecer un cuadro dentro del esqueleto del cheque que diga con fondos o sin fondos se pueda dar la posibilidad al cheque de ser un título valor sustitutivo de la moneda, o incluso un título de crédito, fácilmente cobrable en la institución Bancaria, siempre y cuando, el girador tenga cuenta en dicho banco.

Ahora bien, con lo anterior podemos proponer las siguientes reformas; en primer lugar, el último párrafo de la fracción XXI del Artículo 387 consideramos que no debe ir escrito en esa parte, ya que está íntimamente relacionado, a lo que es la fracción XIX del mismo artículo, incluso así lo establece el mismo párrafo al referenciarlos directamente con la fracción XIX

En segundo lugar el penúltimo párrafo, no tiene razón de ser ya que conforme a la naturaleza directa del cheque, el origen que tiene no debe ser necesariamente el hacerse ilícitamente de una cosa o de procurarse un lucro indebido, ya que como hemos visto, se pueden realizar pagos de intereses, para una situación en garantía, el pago de algún daño, etc.

En tal forma, la naturaleza mercantil del cheque exige una protección mayor al respecto, y por eso consideramos que independientemente de lo que se establezca en el penúltimo párrafo de la fracción XXI que estudiamos en esta tesis, ésta debe de desaparecer, incluso debe de sustituirse por la idea respecto de que no serán necesario demostrarse ni el engaño, ni tampoco el hecho de

procurar ilícitamente una cosa y obtener un lucro indebido. Lo anterior en virtud que consideramos al cheque como un instrumento de pago.

En tercer lugar, podemos observar que al momento en que se pudiese establecer en el esqueleto del cheque un cuadro donde se diga si tiene fondos o no, el tenedor se va enterar y va a saber perfectamente, por lo que no va hacer engañado, de tal forma que estas circunstancias deben establecerse en la fracción que explicamos, diciendo que si el cheque se dio sin fondos y lo aceptó el tenedor, ésta solamente estará dado en garantía, y ya no producirá los efectos penales necesarios.

Lo anterior en virtud de que el cheque ya no toma esa virtud de ser un pago, sino un título de crédito, por lo que, se podría volver a iniciar una acción penal, solamente cuando se demuestre que se expide el cheque sabiendo que no ha de pagarse.

Tal es el caso de libramiento de cheques sin cuenta en el banco, esto sí constituye un fraude, independientemente de procurarse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido.

En el caso que nos ocupa, evidentemente que si se va a cancelar una cuenta, el banco inicialmente deberá ser responsable, en primer lugar, de notificar al cuentahabiente de que su cuenta ha sido cancelada; si el cuentahabiente fue a cancelarla, entonces en los dos casos, recoger inmediatamente todos y cada uno de los esqueletos dados, con la intimidación de que si no lo hace, será responsable subsidiariamente del mal uso que se haga de los esqueletos que el mismo banco otorgó.

Con lo anterior, obligamos al banco a preocuparse por recoger sus esqueletos rápidamente, así se evitará en mucho el fraude que se hace a través de esa chequera que ni siquiera tienen cuenta en el banco que la respalde y de personas que presumiendo solvencia engañan a la gente, con ese tipo de documentos que carecen de valor.

CONCLUSIONES

A lo largo de la historia del derecho penal, la venganza privada, se ha venido transformando hasta lograr que exista un derecho del estado que punibilice las conductas delictuosas, el llamado IUS PUNIENDI.

La sociedad ya hace mucho tiempo, está interesada en la protección directa de los usos comerciales que un momento determinado, por su gran importancia requieren de una protección tan drástica como es la penal.

En nuestro país, al establecerse la posibilidad de un delito penal respecto de aquellos títulos nominativos que se firman, sabiendo que no se ha de pagar, nace el tipo especial a través del cual, se protegía el cheque; luego, a través del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito actualmente reformada, también se encontraba la protección de un título valor como es el cheque, a fin y efecto de darle la confiabilidad que éste por naturaleza tiene.

Es hasta las últimas reformas, en donde nace un título específico de fraude, establecido en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, a través del cual ya existe una ley especial que va a prevalecer sobre la general, y que de alguna manera, va a intentar lograr esa protección y confiabilidad de cheque.

En primera instancia, el último párrafo de la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, no tiene que estar escrito en esta parte, sino que tiene que formar parte de la fracción XXI, que es en donde produce sus efectos jurídicos.

Consideramos que el penúltimo párrafo de la fracción XXI en la que obliga a demostrar o integrar al tipo que el agente activo obtuvo un lucro indebido o se procuró ilícitamente de una cosa, son situaciones que responden más a la idea del fraude genérico, y que demeritan totalmente la posibilidad del ejercicio de la acción penal, ya que obligan a demostrar situaciones que son la finalidad de la conducta del activo.

Evidentemente, que el pago de intereses, el pago de daño y perjuicios, a través de un cheque como título valor, ya no podrán estar protegidos de una manera penal, y serán objeto de la desconfianza y el descrédito, que actualmente el cheque ya tiene en los usos comerciales.

Si se establece en el cuerpo del cheque que se gira sin fondos, ya no tendrá ese carácter de ser un pago sustitutivo de la moneda, sino será un título de crédito naturalmente que sólo afianzará o garantizará el pago de una obligación futura, como es el estímulo comercial actual, y además el que recibe el cheque en el momento en que el girador marca sin fondos, sabe perfectamente que el cheque no tiene fondos, y que lo recibe para una fecha futura o que será cambiado por dinero en efectivo, por lo que solamente de dará en garantía.

El hecho de que se cancele una cuenta bancaria, hace que tanto el banco como el cuentahabiente, sean responsable por el mal uso que se les da a los esqueletos sobrantes, y es el caso en que se tiene que obligar a la institución Bancaria; si canceló la cuenta unilateralmente a notificar rápidamente al cuentahabiente, y si fue el cuentahabiente quien canceló: entonces en los dos casos tanto el banco como el cuentahabiente entregue o aquélla se preocupe por recibir, los esqueletos que sirvieron alguna vez para mover la cuenta bancaria.

Podemos ya observar como el libramiento de cheque contra cuenta inexistente, sin lugar a dudas, es un engaño total, independientemente de que este procure hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido.

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- BELING, Ernest. *La doctrina del delito tipo*, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1944.
- BONESANA, Marqués de Beccaria. *Tratado de los delitos y las penas*, Editorial Porrúa, México, 1988.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal mexicano. Parte general*, tomo II. Antigua Librería Robredo, México, 1956.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal mexicano. Parte general*. Decimoquinta edición. Editorial Porrúa. México, 1986.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, vigésimo segunda edición. Editorial Porrúa. México, 1986.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y operaciones de crédito*, 14a. edición, México, Editorial Herrero, 1992.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*. Octava edición, Editorial Porrúa. México, 1984.
- CUE CANOVAS, Agustín. *Historia social y económica de México*, Editorial Trillas. México, 1967.
- CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal, tomo I*, novena edición. Editora Nacional, México, 1953.
- CUELLO CALON, Eugenio. *La protección penal del cheque*. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1959.
- DE PINA, Rafael. DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de derecho*. Novena edición. Editorial Porrúa, México, 1980.

- DE PINA VARA, Rafael. *Teoría y práctica del cheque*. 3a. edición Editorial Porrúa, México, 1984.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Panorama de la historia del Derecho universal*, 3a. edición, México, Miguel Angel Porrúa, 1988.
- FRANCO GUZMAN, Ricardo. *Delito e injusto, s/*editorial, México, 1950.
- FRANCO SODI, Carlos. *Nociones de Derecho Penal*, segunda edición, Editorial Botas, México 1950.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Los derechos humanos y el derecho penal*. Sep setentas. México 1976.
- GARCIA RIVAS, Heriberto. *Los títulos de crédito*, Gómez Gómez Hermanos editores, México, 1987.
- GOMEZ GORDOA, José. *Títulos de crédito*, Editorial Porrúa, México, 1988.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. *El cheque*, 4a. edición. Editorial Porrúa, México.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, 9a. edición. Editorial Porrúa, México, 1989.
- GRANADOS ATLACO, José Antonio, GRANADOS ATLACO, Miguel Angel. *Teoría del Delito, Antología*, Edita UNAM, Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, 1994.
- GRANADOS ATLACO, José Antonio, GRANADOS ATLACO, Miguel Angel. *Teoría del Delito, Instrumento Metodológico*, Edita UNAM, Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, 1994.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos vs. La vida*, segunda edición. Trillas. México, 1985.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. *Nueva teoría general de Derecho Penal*, en *Criminalla*, Editorial Porrúa. México. Enero-marzo 1978.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*, Editorial Hermes/Sudamericana, México 1986.

- MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho mercantil*, 16a. edición, México, Editorial Porrúa, 1980.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal, tomo 1*. ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, España 1955.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto. *La averiguación previa*, Editorial Porrúa, México, 1981.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto. *Síntesis del derecho penal*, Editorial Trillas, México, 1981.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal mexicano*, quinta edición. Editorial Porrúa. México, 1982.
- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Editorial Jus, 1989.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal*, séptima edición. Editorial Porrúa. México, 1982.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, México, 1945.
- VELA TREVIÑO, Sergio. *Antijuricidad y justificación*. Editorial Trillas. México, 1990.
- VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad, teoría del delito*. Editorial Trillas. México, 1983.
- VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal mexicano*, cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1983.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México, 1994.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, Editorial Porrúa, México, 1994.