



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"A R A G O N"

PROBLEMATICA DEL DELITO DE LIBRAMIENTO
DEL CHEQUE SIN PROVISION DE FONDOS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

ANA LAURA GUADALUPE ACOSTA MORENO



México, D. F.

1 9 8 7



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.

DER 875

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..

... ..

... ..
... ..

... ..

... ..
... ..
... ..

In Memoriam de mi madre:

Sra. Ana Maria Moreno de Acosta.

A la que con mi más profundo amor dedico esta tesis, ya que con sus desvelos y consejos me impulsó -- siempre.

A mi padre:

Como testimonio de gratitud a sus esfuerzos y consejos para lograr hacer de mí una profesionista.

A mis queridos hermanos:

Dr. José Salvador Acosta Moreno
Dra. María Norma Acosta de Morales
Dr. Víctor Manuel Acosta Moreno.
Dr. Gilberto Acosta Moreno.
Dr. Gerardo Morales Yañez.

A mi esposo:

Francisco Lira Escamilla.

A mis hijas:

Erika Laura Lira Acosta
Priscila Araceli Lira Acosta,
con todo mi amor.

A mi tia:

Srita Lucina Moreno B.

Con estimación y agradecimiento.

A mis suegros:

Catalina Escamilla de Lira
Francisco Lira Quijas.

AL Lic. Daniel Israel Hernández,
Por su valiosa ayuda, colabora-
ción y confianza que depositó en
mi.

Al Lic. MODESTO ALAYA AGUILAR.

Con agradecimiento por haber
dirigido mi trabajo de tesis.

A mis amigas:

Patricia Aguilar Vazquez.
Maria de Lourdes Arango Sanchez.
Martha Imelda vazquez Xolalpa.

A la familia:

RAMIREZ VAZQUEZ.

A mi inolvidable escuela.

AL HONORABLE JURADO

I N D I C E

	Pág.
CAPITULO I LA COMPETENCIA	6
a) <i>Legislación Mercantil</i>	11
b) <i>Legislación Bancaria</i>	18
c) <i>El Fraude (generico, especifico delito especial)</i>	26
CAPITULO II CONCURSO APARENTE DE NORMAS	40
a) <i>La Tipicidad</i>	45
b) <i>El Cobro Mercantil</i>	51
c) <i>La Sanción Bancaria</i>	56
CAPITULO III INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SANCIONES	65
a) <i>De los delitos</i>	68
b) <i>De las Sanciones</i>	72
c) <i>De la retroactividad en la aplicación de sanciones</i>	76
CAPITULO IV LA SANCION	78
a) <i>Tentativa</i>	86
b) <i>La Coparticipación</i>	88
c) <i>La Autoria Intelectual</i>	90
d) <i>La Instigación</i>	91
e) <i>Encubrimiento</i>	93
C o n c l u s i o n e s	98
B i b l i o g r a f í a	99

P R O L O G O.

No hace mucho tiempo el legislador derogó el segundo párrafo - del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito - el que tipificaba un delito especial consistente en el libramiento de un cheque dado en pago y que debía ser presentado ante la institución librada para su pago, dentro de los quince días naturales contados a partir del día siguiente de su libramiento, se éste fuera pagadero en la misma plaza, dentro de un mes, si fuera dentro del Territorio Nacional, dentro de tres meses si hubiera sido librado en el extranjero para pagarse en el Territorio Nacional o librado, en Territorio Nacional para ser pagado en el extranjero y además, que dicho título no fuere pagado precisamente por causa imputable al propio librador.

La diferencia entre la tipificación penal federal derogada contenida en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la contenida en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia Federal prevista en su artículo 387 fracción XXI. Seguirá siendo de simple y absoluta interpretación jurídica; esto es:

a) La sanción que previó el Legislador para el libramiento de -- un cheque no pagado por la institución librada por causa imputable al librador, fue la del fraude genérico, que durante su vigencia fue de seis meses a seis años de prisión, aplicando lo preceptuado en el artículo -- 386 antes de su reforma de 1948. pues dicho artículo sufrió diversas modificaciones. Por lo que toca al artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el legislador no volvió a ocuparse de él.

b) Simultáneamente a la vigencia de la ley especial citada, siguió vigente a su vez en todo momento el delito de fraude en sus dos versiones: el genérico y el específico, cuyas hipótesis también encuadraban el libramiento de cheques, pues presentaba diversas facetas el dicho título. Tales como cuando el tenedor o beneficiario podía, optar por demandar el pago de dicho título por la vía civil-mercantil o por la vía penal-común-federal.

c) El fraude genérico en cambio se daba lisa y llanamente con sus elementos típicos, empleando como medio comisivo un cheque.

d) El fraude específico se presentaba por su parte, aparentemente con los elementos requeridos en la fracción III del artículo 387 del Código Penal.

La distinción entre la tipificación federal (artículo 193) y la común (fraude genérico-específico del Código Penal), ha sido en todo momento de interpretación jurídica como ya se dijo: esto es, se tenía que observar en estricto sentido el texto del artículo 181 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el que se refiere a la fecha de presentación del cheque ante la institución librada en primer término y en segundo lugar excluyéndose en ambos los dos supuestos es decir, no podían subsistir en un sólo libramiento de cheque los dos delitos (el específico federal y el fraude específico o genérico del fuero común), aunque en estricto sentido jurídico sí podían subsistir.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación llegó a ordenar a las autoridades que conocían los asuntos inherentes a cheques, que tampoco subsistieran simultáneamente las vías civil y penal (que invariablemente sí podían darse), porque en múltiples casos un beneficiario o un tenedor de un cheque demandaba en la vía civil el pago de dicho título, a la vez denunciaba penalmente a su deudor; habiéndose presentado también múltiples casos en que un librador después de haber cubierto el importe de un cheque, no pagado en tiempo por la librada, era consignado, procesado y condenado por un juez penal.

Si bien es cierta la existencia del delito especial previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como el delito de fraude, en las dos hipótesis del Código Penal - esto, era un dique, para la especulación mercantil con cheques y al desaparecer del primer ordenamiento, sin lugar a dudas dará lugar a un incremento delictivo en el uso indiscriminado de los cheques, porque como se aprecia al inicio de este prólogo, para poder ser tipificado en el actual artículo 387 fracción XXI del Código Penal, será necesario que su librador acepte que al librar el cheque tenía la intención de defraudar, lo que desde luego ninguna persona va a querer reconocer, por ser este un elemento subjetivo y del conocimiento único y exclusivo del que libra un cheque.

Sin duda alguna la intención del Legislador al suprimir el primer delito previsto en el artículo 193 de la Ley

General de Títulos y Operaciones de Crédito y tipificar penalmente todo libramiento de cheque como fraude específico fue buena, y muy probablemente quizo término con el chantaje jurídico empleado por infinidad de abogados (... sírvase pagar el importe del documento más sus accesorios legales, caso contrario se procederá penalmente en su contra), permitiendo así a partir de la reforma, que los particulares puedan especular de cualesquier manera con sus cheques porque el artículo 193 precisamente trataba de impedir esa especulación: es decir, se sancionaba al librador de un cheque por atentar contra las Instituciones de Crédito existente y no por el "adeudo" como erróneamente creía el vulgo.

En este trabajo trataré de exponer las diversas operaciones efectuadas por medio de cheques y si lo consigo estaré contribuyendo así con un grano de arena a ello dandome por satisfecha si logro ese objetivo.

CAPITULO PRIMERO.

COMPETENCIA.

"... se entiende por competencia, la controversia o disputa que se suscita entre dos jueces o tribunales para determinar cuál de ellos es el que debe conocer de cierta causa o negocio."

En otras palabras, competencia es el derecho que tiene un juez para conocer de una causa que verse sobre intereses particulares; goza de este derecho, según el Diccionario de Legislación de Joaquín Escriche:

- " a).- El juez del lugar donde el reo está domiciliado o lo estaba cuando contrajo la obligación;
- b).- El del lugar que se expresó en el contrato, o, no habiéndose expresado, el del lugar en donde se celebró, con tal que el reo se encuentre allí cuando se intenta la acción.
- c).- El del lugar en que se hallan situados los bienes, cuando se demanda una acción real;
- d).- Cuando se demanda con derecho de dominio una cosa mueble el del lugar donde se halle el reo con ella, aunque sea morador o habitante de otro pueblo, a no ser que diera fiadores de estar a derecho;
- e).- En los negocios de cuentas que deben dar los tutores o curadores, el del lugar donde se administró la tutela o curaduría; y
- f).- En las causas posesorias de herencias, el del lugar donde están las cosas hereditarias.

El juez a quien corresponda el conocimiento de la causa, debe pasar al que le usurpa sus facultades un oficio atento en el que le haga ver que no le compete conocer de aquel negocio, a fin de avenirse los dos amigablemente y terminar -- así la disputa sin gasto y dilaciones; si no cede el usurpador y ambos son independientes uno del otro, pero de una mis

ma esfera o línea, como por ejemplo dos alcaldes ordinarios o jueces de primera instancia, se le parará con otro oficio autorizado por escribano requiriéndole que se inhíba o abstenga de conocer en la causa.

Pero si los dos jueces son de diferente línea o esfera como un intendente y un alcalde ordinario o juez de primera instancia, el reclamante ha de exhortarle a que se inhíba y le remita el proceso original.

Si aún así no accede el requerido o exhortado, le propondrá el otro una conferencia si así lo cree conveniente, a fin de procurar persuadirle, y si aún este paso fuere infructuoso, le dirigirá otro oficio. (1)

CONCEPTO GENERAL DE COMPETENCIA.

" Las atribuciones estatales cuyo conjunto constituye el fin del Estado en un sistema de división o separación de poderes, se realiza mediante tres funciones jurídicamente distintas que son: la legislativa, la ejecutiva y la judicial o jurisdiccional, cuya calificación específica como tales puede establecerse desde dos puntos de vista: material y formal.

La primera de ellas consiste en que para calificar a una conducta estatal determinada se atiende a la naturaleza intrínseca de la función que mediante ella se realiza tomando en consideración sus elementos jurídicos distintos. Por el contrario, el criterio formal ya no tiene como base para la estimación jurídica de determinada función del Estado, la índole substancial de ésta, sino la calidad constitucional de la autoridad que normalmente está encargada de desempeñarla.

Desde luego, el punto de vista más idóneo para establecer si una función o un acto estatal son legislativos, ejecutivos, judiciales o jurisdiccionales, es el material, puesto que tiene como base la naturaleza misma de la actuación estatal analizada, ya que la función formal sólo atiende a la índole del órgano que normalmente desempeña, sin perjuicio de

(1) Vocabulario de Legislación, Joaquín Escriche, Librería de Ch. Bouret.

que pueda ejecutar otra de diferente calificación jurídica - (lo que se llama fenómeno temperamental o excepcional, según el caso, en Derecho Constitucional).

Pues bien, según el criterio material, lo que distingue a las tres funciones en que se pueden realizar las atribuciones del Estado, son las de índole de los efectos que se ocasionan por medio de ellas y la manera como se desarrollan. - Así, sin entrar en mayores pormenores y distingos, cuyo estudio excedería del alcance del tema propuesto, la función o actividad legislativa estriba en una conducta del Estado con substantividad propia, que tiene como efecto la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas abstractas, mediante la fórmula de reglas de derecho generales é impersonales; por el contrario, la función administrativa que es como más propiamente se denomina a la ejecutiva, consiste en una actividad estatal integrada por actos materiales concretos o actos jurídicos particulares, en los que se trata de la aplicación o ejecución de normas de derecho objetivo, sin que obedezca a una controversia previa; aplicación que puede traducirse en la realización de actos especiales de diversa índole, como los actos-condición, concesiones, etc.

Por último, la función jurisdiccional o judicial estriba en "decir el derecho" (de acuerdo con la acepción etimológica de la palabra); esto es, en aplicar el Derecho Objetivo mediante la resolución de un conflicto jurídico previo, suscitado por una controversia entre partes determinadas, dentro del orden estatal. La diferencia fundamental que existe entre la función administrativa y la jurisdiccional, consiste pues, en que, no obstante que ambas estriban en una aplicación concreta del Derecho Objetivo fundamental, en la primera, dicha aplicación no se traduce en un "decir el derecho", esto es, - en la constatación de la razón jurídica, sino en una mera referencia concreta de la norma general a un caso particular, - sin que exista ningún conflicto previo, mientras que en la segunda sí se establece dicha razón mediante la resolución de un problema de derecho. (2)

Ahora bien, cada una de estas tres funciones específicas del Estado, materialmente diferentes entre sí, se realizan por diversos órganos creados por la Constitución o por la ley en general, cada uno de los cuales la desempeña según las facultades que le han sido otorgadas. Por consiguiente, en el ejercicio de dichas funciones, genéricamente hablando, pueden intervenir diversos órganos o autoridades estatales con facultades propias y diferentes de las de los demás.

Pues bien, el conjunto de esas funciones con que la ley en general inviste a cada una de las autoridades encargadas de desempeñar una determinada función estatal es lo que constituye la competencia, que se revela, por ende como una limitación normativa a las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional.

Para el breve estudio de nuestro tema de competencia, -- enunciamos los artículos del Código de Comercio alusivos:

" Artículo 1090.- Toda demanda debe interponerse ante el juez competente".

" Artículo 1091.- Cuando en el lugar donde se ha de seguir el juicio hubiere varios jueces competentes, conocerá del negocio el que elija el actor".

" Artículo 1092.- Es juez competente aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente".

" Artículo 1093.- Hay sumisión expresa cuando los interesados renuncian clara y terminantemente al fuero que la ley les concede, y designa con toda precisión el juez a quien se someten".

" Artículo 1094.- Se entiende sometido tácitamente:

I.- El demandante por el hecho de ocurrir al juez entablando su demanda, no sólo para ejercitar su acción sino también para contestar la reconvencción que se le oponga;

II.- El demandado en juicio ordinario por oponer excepciones dilatorias, por contestar la demanda y por reconvenir a su colitigante, a no ser que al ejecutar estos actos se reserve el derecho de provocar la inhibitoria o

proteste expresamente no reconocer en el juez más jurisdicción que la que por derecho le compete;

III.- El demandado en juicio ejecutivo o hipotecario si en los tres días siguientes a la práctica de la primera diligencia judicial no alega la reserva del derecho de inhibitoria o protesta en los términos que establece el artículo anterior;

IV.- El que habiendo promovido una competencia se desista de ella;

V.- El tercer opositor y el que por cualquier motivo viniere al juicio en virtud de un incidente".

" Artículo 1095.- Ni por sumisión expresa ni por tácita se puede prorrogar jurisdicción, sino a juez que la tenga del mismo género que la que se prorroga".

" Artículo 1096.- Las cuestiones de competencia pueden promoverse por inhibitoria o por declinatoria. La inhibitoria se intentará ante el juez a quien se crea competente, pidiéndole que dirija oficio al que estime no serlo, para que se inhiba y remita los autos. La declinatoria se propondrá ante el juez a quien se considere incompetente, pidiéndole se abstenga del conocimiento del negocio.

El litigante que hubiere optado por uno de esos medios no podrá abandonarlo y recurrir al otro. Tampoco se podrán emplear sucesivamente, debiendo pasarse por el resultado de aquel a que se haya dado la preferencia. La inhibitoria se sujetará a lo dispuesto en los artículos 1114 a 1131, la declinatoria se promoverá y decidirá en los mismos términos que las demás excepciones dilatorias". (13)

" Artículo 1097.- Todo juez o tribunal está obligado a suspender sus procedimientos luego que expida la inhibitoria y luego que en su caso la reciba. Igualmente suspenderá sus procedimientos luego que se le presente el escrito de declinatoria para ocuparse sólo de ésta".

(13) Ley General de Títulos u Operación de Crédito, Ed. Porrúa, S.A. 1985.

Sería ocioso seguir transcribiendo los preceptos del Código de Comercio que se refieren a la competencia; así, vemos - que el citado cuerpo de leyes sigue describiendo las diferentes hipótesis relativas a la competencia hasta llegar al artículo 1131.

A).- LEGISLACION MERCANTIL.

Antecedentes históricos:

Siendo el derecho un conjunto de normas que regulan el comportamiento y relación de los hombres en sociedad, es evidente que su influencia haya afectado a todas las relaciones sociales.

Los fenómenos económicos entre ellos; las actividades de tipo comercial son de vital importancia en los social, causa por la cual se crearon normas de derecho que regularan esas actividades.

Resulta significativo que las normas jurídicas aparezcan antes que el fenómeno de vida social a cuya regulación se aplican; por regla general, las relaciones humanas aparecen primero, y al establecerse y efectuarse, van creando normas de costumbre que con el tiempo llegan a ser normas de derecho.

Esto ha sido la evolución invariable de la mayor parte de las normas jurídicas que integran lo que hoy llamamos Derecho Mercantil.

Por ello, resulta también evidente la verdad contenida en la afirmación de que el Derecho Mercantil sólo pudo empezar a formarse como conjunto de normas jurídicas, cuando la sociedad humana comenzó a practicar el comercio y, cuando se consolida como ocupación definida, surge también la profesión del comerciante.

En términos generales, la materia que nos ocupa, ha surgido como un derecho especial para regir o regular las si-

tuaciones y relaciones nacidas de esta actividad profesional en sus características consistentes en actuar como intermediario en la circulación de los bienes, mercancías o servicios, interponiéndose entre productor y consumidor, o en términos económicos, entre la oferta y la demanda.

Esto ha ocurrido desde la antigüedad, pues en pueblos como Babilonia ya se encontraban disposiciones de Derecho Mercantil y así tenemos entre otros el famoso Código de la India, el Código de Maau. (5)

La Edad Media; el derrumbe del Imperio Romano trae según sabemos, como consecuencia el régimen feudal.

Durante el feudalismo el comercio decrece, la producción se hace casi totalmente agrícola. La inseguridad reinante por los abusos y continuas querellas de los varones impide el movimiento comercial regular.

Es hasta la época de las cruzadas cuando se abren nuevamente las antiguas rutas romanas al movimiento comercial, lo que trae como consecuencia la independencia política de las villas o ciudades con mayor seguridad y libertad; con ello, las clases sociales de los comerciantes y artesanos fueron adquiriendo recursos y preeminencia.

Dentro de las ciudades medievales y con el fin de auxiliarse mutuamente y defenderse mejor de los restos de la autoridad feudal, los comerciantes y artesanos se asociaron en gremios o corporaciones. Estos gremios ayudaron a restablecer las comunicaciones suspendidas y tenían Delegados en diversas ciudades para auxiliar a sus miembros que viajaban de una ciudad a otra; promoviendo además, la celebración de ferias comerciales.

Como era natural, tales corporaciones o gremios formulan sus estatutos, los cuales aparte de su organización, ingreso, socios y otros elementos, contuvieron una serie de reglas inspiradas en las costumbres comerciales de la época, conforme a las cuales se regulaban las operaciones comerciales que

(5) Carrillo Zalce Ignacio, Derecho Mercantil, Editorial Banca y Comercio S.A. Página 3 a 7.

celebran sus agremiados.

Estas corporaciones nombraron también árbitros o jueces ante los cuales presentaban y dirimían conflictos de los comerciantes del gremio. Poco a poco también intervinieron en dichos conflictos los comerciantes no agremiados y más tarde inclusive, funcionaron tales tribunales para fallar conflictos en que una de las partes no era un comerciante.

Pero hay aún más; las reglas de tales estatutos de los gremios o corporaciones, fueron en varias ocasiones aceptadas y obedecidas como leyes de comercio en ciudades o zonas enteras que no eran las de su origen. (6)

Así por ejemplo, la colección de normas llamadas "El consulado del Mar", de origen barcelonés que fue ley general para el comercio en el Mediterráneo; los Rrooles de Olerón de la Isla francesa de Olerón; las leyes de Wisby que tuvieron vigencia en el Mar Báltico y en el Norte, todo ello a través de una labor sistemática de recopilación de normas y sentencias de los jueces (cónsules) de dichos gremios o corporaciones.

Este interesante sistema de normas, orientado por razones prácticas resolvieron los problemas de los mercados urbanos y de intercambio comercial en las ferias de donde surgieron las semillas de la mayor parte de las instituciones del derecho mercantil actual, tales como las normas para contratar a distancia entre ausentes; sobre remisiones de dinero de una plaza a otra, por letra de cambio y cartas de crédito los libros de los comerciantes; las quiebras; surge la sociedad en nombre colectivo a través de la llamada "compañía familiar" y más tarde nace la sociedad en comandita y la asociación en participación, etc.

La influencia de recopilaciones fue de gran importancia a México, pues a falta de normas propias, siguieron rigiendo después de la Independencia, las Ordenanzas de Bilbao aprobadas para esa plaza.

(6) Ibidem: Página 8 a 10.

Tales antecedentes permitieron situar el verdadero origen del Derecho Mercantil en las últimas épocas de la Edad - Media o sea según los distintos países, entre el siglo IX y el siglo XII.

En su origen, el Derecho Mercantil puede caracterizarse como un derecho consuetudinario (inspirado en la costumbre) de su aplicación especializada o por sujetos (rige sólo para aquellas personas consideradas comerciantes), en organismos de carácter privado (ya que tales gremios no pueden considerarse como órganos del Estado o del Poder Público). (7)

El Derecho Mercantil en la Edad Moderna, se inicia con el renacimiento y se caracteriza por la llamada formación de las nacionalidades lo que se logra entre otras razones por la desaparición de las últimas trazas del poder feudal y la concentración del poder político en monarquías absolutas que forman el Estado.

El Estado monárquico se preocupa desde luego, por resumir sus funciones típicas, clásicas: la legislación (dictar leyes); la administración (o sea la conducción y manejo de los negocios públicos); y la judicial (resolución de los conflictos de derecho).

El Derecho Mercantil en la época moderna, va a ser producto de la elaboración legislativa del Estado y va a caracterizarse:

a).- Por inspirarse en la teoría o doctrina jurídica y no solamente la costumbre;

b).- Por dejar de aplicarse con criterio especializado en algunos países; y

c).- Por originarse en un órgano del Estado y, no en una organización de particulares.

El país en que se desarrolla más claramente esta tendencia moderna fue en Francia. En los años de 1673 y 1681 promulga el Rey Luis XIV las llamadas Ordenanzas de Colbert (apellidado de su ministro de finanzas).

(7) Ibidem: Página 11

Trata de comercio terrestre y del comercio marítimo. En estas ordenanzas apunta ya la idea de aplicarlas en vista del acto realizado y con absoluta independencia de la clase de sujeto que lo realice.

La tendencia moderna francesa culmina con la promulgación en 1808 del célebre Código de Comercio de Napoleón I; en este Código que rigió en todo el imperio napoleónico, aparece ya una lista o repertorio limitativo de los actos que se consideran mercantiles y a los cuales son aplicables sus normas este Código Francés sirve de inspiración a varios códigos de otros países como España é Italia contemporáneas.

En Alemania, el Código de 1900 regresa al viejo sistema por sujetos, aplicándose sólo a los comerciantes. En cambio, el Código Suizo Federal de las obligaciones de 1881 presenta una nueva tendencia: suprimir la separación entre lo mercantil y lo civil en materia de obligaciones y contratos aplicando en todos los casos de normas comunes; varios países de Asia y de América adoptaron esta idea.

El último proyecto mexicano de Código de Comercio trae también un nuevo sistema por sujetos, substituyendo la idea de "comerciante" por la de empresa. México en 1592, se funda en la Nueva España la Universidad de Mercaderes de México, cuya existencia se aprueba por los reyes dos veces; una en 1592 y la definitiva en 1594; se autorizó primero para usar como normas las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla, pero después formuló sus propios estatutos inspirados en los de Bilbao, y aprobados por los reyes españoles en 1604.

Tenía como es natural, sus jueces o cónsules. Con la Independencia de México, surge el problema de promulgar leyes mexicanas, por lo que hace al derecho mercantil, en 1822 se nombró una comisión redactora para tal efecto.

Mientras tanto, se declararon vigentes en México las Or

denanzas de Bilbao. Sigue después un período un tanto confuso del cual emergen como datos exactos los siguientes:

En 1841 se expide una ley que establece tribunales especiales para asuntos mercantiles y crea juntas de fomento del comercio.

En 1843 aparece un Decreto que deroga algunos de los artículos de las Ordenanzas de Bilbao y, en el cual se reglamenta por primera vez en México la forma en que los comerciantes llevarán su contabilidad.

En 1854 con una extensión de 1901 artículos, se promulga el primer Código de Comercio de México, llamado Código Lares, en honor de su autor, Don Teodosio Lares, Ministro del Presidente Santa Ana. Este Código duró en vigor apenas un año porque al ser derrocado por última vez Antonio López de Santa Ana, los que le sucedieron en el poder trataron de borrar toda huella del vergonzoso Santanismo. Ello no obstante Maximiliano le restauró su vigencia. (8)

Es de hacer notar que la Constitución de 1857 daba a los Estados de la República facultades para legislar en materia mercantil. Esto no dió buenos resultados; en 1883 se reformó la Carta Magna, dando competencia al Gobierno Federal para legislar en cuestiones de comercio, uniformándose así en todo el país la legislación comercial.

Tras esta reforma aparece el Código de Comercio de 1884 bastante avanzado para su época no obstante lo cual duró muy poco tiempo, ya que en 1889, se promulgó un nuevo Código de Comercio destinado a entrar en vigor en 1890. Este ordenamiento al que se le nombra indistintamente por estas dos fechas, es el que a la fecha se encuentra vigente en México, ya que el último proyecto de nuevo Código terminado en 1955, se halla todavía en estudio en el Congreso.

El Código de 1889, que tiene ya 98 años en vigor, ha tenido naturalmente que ser puesto al día mediante leyes espe-

(8) Ibidem: Página 12.

ciales con las que se han derogado secciones enteras de dicho ordenamiento. Otras leyes especiales han venido a complementarlo con instituciones nacidas del comercio moderno y la evolución mercantil de nuestro país. Del Código original quedaron en vigor en términos generales: la reglamentación sobre comerciantes, los actos de comercio y auxiliares del comerciante; lo relativo a obligaciones y algunos contratos mercantiles y la parte dedicada al Derecho Procesal Mercantil.

Las principales leyes complementarias del Código de 1889 son estas:

Reglamenta del Registro Público de Comercio;

Ley General de Sociedades Mercantiles;

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito;

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos;

Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas;

Ley Monetaria;

Ley de Navegación y Comercio Marítimo, etc.

Estas leyes y otras de menor importancia, unidas al Código de Comercio de 1889, constituyen en su conjunto a pesar de sus diferencias en fechas, la legislación mercantil la cual resulta sumamente completa. (9)

(9) Ibidem: Página 13

B).- LEGISLACION BANCARIA.

Durante la época colonial, no hubo en la Nueva España - bancos especializados; las funciones bancarias las ejercían los mercaderes, principalmente los que comerciaban en plata. Estos recibían dinero en guarda o depósito y empleaban los dineros depositados "en la compra de platas y de mercaderías, o la emprendían en la labor de minas o surtimiento de tierras para avío de ellas y rescate de las plantas o en otros - destinos útiles, lucrativos y de aquí fácilmente se convertía el depósito en irregular, pasando el dominio útil de la pecunia al depositario y, obligándose éste a pagar intereses usuras o réditos". Claramente se ve cómo se desarrollaba la función bancaria por los comerciantes.

También en esta época florecieron varios bancos particulares que operaron dando avíos a los mineros; a pesar de su actividad, cuando menos dos de ellos quebraron, los bien administrados tuvieron éxito.

El primer banco público fue el Banco de Avío de Minas, fundado por Carlos III y que operó hasta los primeros años de la Independencia, en auxilio de la minería y con aplicación del mexicanísimo crédito de avío.

El Nacional Monte de Piedad fundado por Real Cédula fechada en Aranjuez el 2 de junio de 1774, realiza funciones bancarias; es la más antigua Institución bancaria mexicana, (hoy la rama bancaria tiene organización aparte, funcionó bajo el nombre de Nacional Monte de Piedad, Institución de Ahorro, S.A., según la ley del 31 de diciembre de 1949). El Monte de Piedad fue el primer banco que emitió billetes, los que tenían la redacción de recibos de depósito, pero que eran, en realidad verdaderos billetes de banco.

Durante la época Independiente, la materia bancaria se consideró como jurisprudencia local y algunos Estados (Tabasco por ejemplo), promulgaron su Código de Comercio y otros,-

como Chihuahua, dieron concesiones para establecimientos de Bancos, que no llegaron a alcanzar importancia. (10)

En 1864 se estableció el Banco de Londres, México y Sudamérica, como sucursal de la sociedad inglesa del mismo nombre. Este banco tras varias transformaciones, funciona hoy como Banca Serfín, S.N.C. y es el decano del Banca privada nacional.

En 1881 se otorgó al representante del Banco Franco Egipcio de París, concesión para establecer el Banco Nacional Mexicano. El Banco, que de Nacional no ha tenido sino el nombre, se fusionó con el Banco Mercantil Mexicano (establecido en 1882 sin concesión), compró los derechos del Banco de Empleados (establecido en 1883) y se convirtió en el Banco Nacional de México, S.N.C.

Se establecieron a fines del siglo anterior y principios del presente, bancos en los más importantes Estados (Banco Minero de Chihuahua, Banco Comercial de Chihuahua, Banco Yucateco, Banco Mercantil de Yucatán, Banco Occidental de México, con sede en Mazatlán, Sinaloa, etc. Casi todos fueron bancos de emisión y, en sus éxitos se reveló la prosperidad económica de la paz porfiriana.

Tanta importancia alcanzó la actividad bancaria, que en 1897 se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito, que estableció el sistema bancario mexicano con cuatro clases de instituciones: los bancos de Emisión, los Hipotecarios, los Refaccionarios y los Almacenes de Depósito. La Ley fue considerada como un gran adelanto para su tiempo; en 1908 ~~he~~ hicieron a la ley atinadas reformas para acomodarla a una técnica bancaria más estricta.

Al iniciarse la era revolucionaria en 1910, había en el país funcionando 24 bancos de emisión y 5 refaccionarios, la suma de cuyos activos y pasivos excedía a mil doscientos millones de pesos.

(10) Cervantes Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Herrero, S.A. Undécima Edición 1979. Página 215.

El drama de la Revolución, afectó naturalmente la vida bancaria. Los bancos de emisión fueron intervenidos y liquidados, y en la Constitución de 1917 se previno el establecimiento del Banco Unico de Emisión. (11)

Para la regulación de acuñación de moneda, el servicio de Tesorería del Gobierno Federal y la agencia del Gobierno Mexicano en el extranjero (entre otras funciones menos relevantes) se estableció la Comisión Monetaria, S.A., funcionó - hasta la fundación del Banco de México, S.A., en el año de 1925.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1924 había estructurado es sistema bancario mexicano con las siguientes instituciones: el Banco unico de Emisión y la Comisión Monetaria; los Bancos Hipotecarios, los Refaccionarios, los Agrícolas, los Industriales, los de Depósito y Descuento y los de Fideicomiso. Esta Ley fue substituida sucesivamente - por las leyes de 1926 y la de 1941.

"... La ley vigente, que ha sufrido múltiples reformas establece las siguientes clases de bancos:

a).- Bancos de Depósito, que se distinguen por su autorización para recibir del público depósitos irregulares;

b).- Los que están autorizados para recibir depósitos de ahorro, "con o sin emisión de estampillas y bonos del ahorro".

c).- Los autorizados para realizar operaciones financieras; o sea para intervenir en el fomento de la producción industrial o agrícola, con préstamo a largo plazo. Estas instituciones financieras (entre ellas destaca la Nacional Financiera, S.A., de participación y control estatal) podrán crear las obligaciones llamadas bonos financieros, de que antes se habló;

d).- Las instituciones de crédito hipotecario, que tiene por principal función la de intervenir en la creación de las cédulas hipotecarias, de que también se habló anteriormente,

(11) Cervantes Ahumada, Op.cit. Página 217.

y que suelen emitir las obligaciones llamadas bonos hipotecarios;

e).- Los bancos de capitalización, que se dedican a la formación de capitales a largo plazo, por medio del contrato de capitalización... (12)

f).- Los bancos fiduciarios, que se dedican a prestar el servicio de fideicomiso, como su nombre lo indica;

g).- Los bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar, que se dedican a un campo muy especializado de ahorro, destinado a resolver el problema de la vivienda de la familia.

Los bancos de depósito podrán además, practicar el ahorro simple y la banca fiduciaria; pero no podrán ser financieras, ni hipotecarias, capitalizadores o de ahorro para la vivienda familiar. Esto es: fuera de la excepción indicada, no puede reunirse en una sociedad dos ramas bancarias, salvo también el caso de la banca de fideicomiso, que puede agregarse a cualquiera de las ramas indicadas. Cualquier clase de banco puede tener departamento fiduciario.

El marco legal que regula y regulaba las actividades de banca y crédito en México es amplísimo, casi puede afirmarse que con sistematización y orden pudiera llegar a formularse en esta materia un verdadero Código de Derecho Bancario. Sin embargo dichas disposiciones se encuentran dispersas en numerosos cuerpos legales, entre los que destacan la Ley Cambiaria, la Ley Bancaria y otras. (13)

El maestro Octavio A. Hernández nos dice que los primeros vestigios del crédito en México se encuentran entre los aztecas y que durante la conquista se efectuaron importantes operaciones de crédito hasta la acuñación de moneda regular hacia el año de 1537.

Sin embargo, no existieron bancos y el propio Hernández

(12) Cervantes Ahumada Op.cit. Página 218.

nos dice que "sólo con falta de propiedad es dable afirmar - que existieran instituciones de crédito durante la Colonia", ya que sus características como tales, no está bien definidas.

Sin embargo, Joaquín Rodríguez afirma que aún cuando es tá por hacerse la historia de las casas de banca en la época colonial, es evidente que debieran existir quienes se dedica ran profesionalmente a hacer operaciones de las que después se han considerado como bancarias, especialmente cambios de dinero, giros, depósitos y diversas modalidades del préstamo todas ellas exigidas por el desarrollo del comercio y de la industria extractiva.

Agrega este autor, que la existencia de estos bancos resulta evidente de la lectura de las siguientes palabras de Francisco Javier Gamboa en sus Comentarios a las Ordenanzas de Minas (Madrid, 1761); "se puso reparo primeramente a las condiciones 4, 5, 6, por el quebranto de la Real Hacienda en pagar a la Compañía un real más, que a los dueños de bancos" y agrega que "las quiebras de los bancos de don Manuel López de Landa y de don Isidoro Rodríguez, no impidieron que naciesen otros en México". Ambos autores indican que no obstante, aún en esa época, existieron algunas organizaciones bancarias típicas como el Banco de Avío de Minas y el Banco del Monte de Piedad.

Aún cuando desde el año de 1743 se propuso la creación del primero, no fue sino hasta 1750 en que se configuró una auténtica institución refaccionarias, que tenía por objeto: "aviar minas, o de su cuenta, en compañía, fuesen de oro, -- plata, cobre, estaño, plomo u otros metales". Finalmente, la Ordenanza de Minas de 1783, en el título 15, se ocupa de -- "Fondo y Banco de Avíos de minas", y crear la estructura de un verdadero banco refaccionario.

El Nacional Monte de Piedad, surgió como fundación privada con un donativo de 300,000 que hizo don Pedro Romero de Terreros, Conde de Regla, con la denominación de Sacro y Real

Monte de piedad de Animas; así lo narra don Guadalupe Appendi ni (diario Excélsior, del 27 de febrero de 1775).

Fue autorizado por real cédula del 2 de junio de 1774 - de Carlos III de España y se puso en servicio el 25 de febrero de 1775. Tenía como finalidad "no sólo ayudar a los hombres en la tierra, sino también contribuir a la salvación de sus almas".

"... Entre los estatutos se señalaba la ausencia de lucro; los préstamos, según el artículo 5, deberán hacerse sin remuneración obligatoria, dejando a los beneficiarios en libertad de escoger el monto de "la limosna" que, para ayudar a cubrir los gastos de la institución, darían al Monte de Piedad. Después de doscientos años de su fundación, sigue vigente con dieciseis sucursales en la Ciudad de México, y dieciseis en provincia.

Desafortunadamente, por acuerdo publicado en el Diario Oficial del 28 de octubre de 1974, la Secretaría de Hacienda otorgó su consentimiento para que el Banco Nacional Monte de Piedad cambiase su denominación a Banco Nacional Urbano, S.A. modificando la concesión respectiva para que opere como institución nacional de crédito en los ramos de depósito, ahorro con emisión de estampillas y bonos y fideicomiso con un capital de cien millones de pesos. Y se dice desafortunadamente, porque el vocablo "urbano" no tiene ninguna significación especial y en cambio se rompió con la tradición de doscientos años de ser llamado "Monte de Piedad". (14)

Ya iniciado el proceso de Independencia, surgieron diversos intentos para la organización de instituciones de crédito. De estos, debe mencionarse el Banco de Avío, que se debía dedicar al fomento de la industria nacional (16 de octubre de 1830) y que fue disuelto en 1842.

De la misma época, es el Banco de Amortización, creado el 17 de enero de 1837, que debía amortizar diversas clases

(14) Bauche García Diego, Operaciones Bancarias, Editorial Porrúa, S.A. Página 19.

de monedas y emitir cédulas; pero tampoco debió tener gran éxito, cuando fue suprimido por ley del 6 de diciembre de 1841.

Otros proyectos ni siquiera llegaron a cuajar en realidad. El insigne maestro Pallares afirma que "la iniciativa particular del capital extranjero iba a realizar lo que las leyes no pudieron hacer". Al amparo del Código de Comercio de 1854, se constituyó el primer banco de características modernas, al obtener don Guillermo Newbold, el 22 de junio de 1864, el establecimiento y matrícula del Banco de Londres, México y Sudamérica originalmente establecido en Londres, pero que obtuvo autorización para fundar sucursales en México y en otros países sudamericanos. La escritura pública de esta sociedad se redactó el 2 de mayo de 1865. Este Banco funcionó como de emisión.

El Banco Nacional de México, surgió en virtud del contrato celebrado entre el gobierno mexicano y el representante del Banco Egipcio como Banco de emisión, descuento y depósito, y empezó sus operaciones el 27 de marzo de 1882.

El Banco Mercantil nace en oposición al Banco Nacional Mexicano, habiéndose suscrito su capital casi íntegramente por españoles. Sus estatutos se publicaron el 6 de octubre de 1881 e inmediatamente empezó a funcionar como banco libre.

La competencia entre estos dos bancos provocó una difícil situación para el Banco Nacional Mexicano, que admitió los billetes de aquél siendo este el primer paso dado para la fusión. Los hombres dirigentes de ambos establecimientos, comprendieron que era imposible la marcha de los dos bajo la competencia hostil y "que uno tenía lo que le faltaba al otro y los dos se complementaban". (15)

El Banco Nacional tenía la facultad legítima de su emisión garantizada por una ley, y el Banco Mercantil la representación del capital mexicano y del comercio de la República".

(15) Bauche García, Op.cit. Página 21 y 22.

Estas razones indujeron a ambos bancos a una fusión total, cuyo convenio fue aprobado por la ley del 31 de mayo de 1884, surgiendo desde entonces el Banco Nacional de México, - que continúa funcionando en la actualidad.

El maestro Octavio A. Hernández nos dice que ya vigente el Código de Comercio de 1884, el gobierno mexicano se obligó para con el Banco Nacional a conceder autorizaciones para el establecimiento de nuevos bancos de emisión en la República y evitar que los ya establecidos continuasen sus operaciones sin concesión federal.

Esta determinación que otorgaba el monopolio de emisión al Banco Nacional de México lesionaba los derechos anteriormente adquiridos por el Banco de Londres, México y Sudamérica, por lo que, para salvar este obstáculo en 1886, se facultó a esta última institución, que adquiriera la concesión para la emisión de billetes, que tenía el Banco de Empleados.

El 27 de agosto de 1886 de acuerdo con el nuevo contrato celebrado con el gobierno quedó autorizado el Banco de -- Londres para continuar como banco de emisión.

La revolución de 1910 culminó como es sabido con la --- Constitución de 1917, que estableció el privilegio de emisión a favor de un Banco de Estado, que fue el Banco de México, cu ya primera Ley Orgánica es del 25 de agosto de 1925 y que empezó a operar el primero de septiembre de dicho año. (16)

(16) Bauche García, Op.cit. Página 22.

C).- EL FRAUDE GENERICO. ESPECIFICO. DELITO ESPECIAL.

El concepto de fraude se encuentra previsto en el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

" Comete el delito de fraude el que, engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de tres días a seis meses y multa diez veces el salario mínimo, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad;

II.- Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario mínimo, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez pero no de quinientas veces el salario;

III.- Con prisión de tres a doce años y multas hasta de ciento veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

Bien jurídico tutelado.- Como todas las figuras del título relativo del Código Penal, el patrimonio es el bien tutelado, pero aún más concretamente la tutela es referible al ámbito de la libertad psicológica del sujeto; esto es, la materia patrimonial que se deriva de una voluntad viciada.

Por lo anterior podemos considerar como elementos del bien jurídico, los siguientes:

I.- Una conducta que puede denominarse falaz (engañar), o aprovecharse del error.

II.- Un acto o disposición patrimonial del pasivo. (17)

III.- Un daño y un lucro que vienen a ser más bien un efecto de la conducta; daño en cuanto consideramos la conduc

(17) Cardona Arizmendi Enrique, Apuntamientos de Derecho Penal. Ed. Cardenas 2da. Edición Página 273.

en relación a la víctima; lucro en cuanto aquella se tome en cuenta en relación con el activo.

Por lo que hace a la conducta falaz, la ley establece dos conductas distintas, aunque con cierta similitud, engañar y aprovecharse del error.

Por engañar debemos entenderlo, la introducción de ese falso conocimiento en el sujeto pasivo, para determinarlo o resolverlo a realizar un acto de disposición patrimonial.

En cambio, aprovecharse del error, es el falso conocimiento que deriva de cualquier causa, excepto de una conducta del activo; lo que sucede aquí es que esta última se aprovecha de las circunstancias, esto es, no existe un actuar positivo de su parte, solamente es el mantenimiento del error, o bien la pura omisión con eficacia causal.

Tanto el engaño como el aprovechamiento del error, tienen por característica común el determinar o resolver a la víctima a realizar el acto de disposición patrimonial.

Así pues, entre la conducta y la determinación o decisión de la víctima, debe existir una relación de causalidad psíquica, de tal suerte que si el sujeto se determina o resuelve por una causa diferente a la conducta del activo, no existirá nexo causal y, por ende, no se dará la figura.

Este acto de disposición patrimonial, como su nombre lo indica, debe de entrañar cualquier conducta que signifique una disposición de bienes o derechos que integran el patrimonio de una persona, entendiéndose por disposición todos aquellos actos que jurídicamente puedan quedar encuadrados en la enajenación, gravamen, transmisión de la posesión material, incluso la pérdida de derechos.

El acto de disposición patrimonial que entraña la transmisión de la posesión de las cosas, debe significar que el sujeto pasivo del delito, o cuando menos el sujeto pasivo de

la conducta, hace salir la cosa de la esfera de vigilancia de su propietario o de su poseedor, para hacerla ingresar en otra esfera de vigilancia y de poder, determinada por el sujeto activo del delito, que pueda ser propia del activo o de una tercera persona. Aquí se plantea el problema de determinar el mínimo discernimiento o conciencia y esa conducta equivale a -- que el sujeto activo quebrante una posesión ajena, sin consentimiento, ya que el de la víctima sería carente de toda eficacia jurídica.

FRAUDE MAQUINADO O ESTAFA.

El Código Penal para el Distrito Federal vigente a la fecha en que se elabora esta tesis profesional, ya no contempla la última parte que anteriormente contemplaba dicho dispositivo relativo al engaño o estafa, porque probablemente el legislador llegó al convencimiento de que las demás conductas dolosas premeditadas, ya se encontraban previstas en las diferentes fracciones del siguiente artículo, esto es, el 387 que a su vez contempla XXI hipótesis o fracciones que expresan:

" Fracción I.- Al que obtenga dinero, valores o cualquier otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, de la dirección o patrocinio en un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquella o realiza esta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma, porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado;

" Fracción II.- Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tienen derecho a disponer de ella o la arriende o hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente". (18)

Se trata de figuras específicas de fraude de donde se -- dan todos los elementos, aunque no estén expresamente señalados, pues en forma implícita se contiene la conducta falaz, el acto de disposición patrimonial y el lucro respectivo. Lo úni

(18) Cardona Arizmendi, Op.cit. Página 280.

co que la ley señala en estos casos es una forma especial de engañar y de obtener lucro determinado de acuerdo con las conductas que en cada fracción están contenidas.

Por su parte la fracción III no hace ver: "Al que otorga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole, a nombre propio o de otro un documento nominativo a la orden o al portador contra persona supuesta, o que al otorgante sabe que no ha de pagarle".

Esta figura reúne todos los elementos de fraude, que básicamente son conducta falaz, acto de disposición patrimonial y lucro, lo que sucede es que el legislador está previendo un caso concreto de fraude; por ende; esta figura es también específica. Pero es conveniente que analicemos sus elementos característicos para obtener una idea clara de su constitución, pues en la práctica la disposición se ha cambiado de tal manera que en lugar de tutelar al sujeto que entrega el dinero, ha venido a ser un medio que las personas que realizan actos mercantiles de esta naturaleza han utilizado para protegerse indebidamente.

Los elementos están un poco invetidos pero analizando con cuidado la disposición podemos darnos cuenta que la conducta falaz está determinada por los conceptos, otorgar o endosar un documento nominativo, ya sea contra una persona supuesta (primera figura), o contra una que el otorgante sabe que no va a cubrirla (segunda figura), pues son dos conductas que se prevén en la misma fracción. Otorgar no significa sino crear un título y endosar por su parte consiste en transmitir la propiedad de un título, toda vez que la ley se refiere exclusivamente al endoso en propiedad. El título puede ser nominativo o al portador para los efectos de la figura la cantidad del título es completamente indiferente.

El beneficiario del documento debe ser el sujeto pasivo del delito, o persona que éste determine de acuerdo con alguna otra vinculación jurídica que pudiera existir, y el engaño reside en este caso en que el obligado al pago del documento es

una persona supuesta, o sea, es un sujeto que no existe, cuya identificación se ha creado falsamente, de tal manera que el beneficiario no tendrá contra quien ejercitar la acción.

En el otro supuesto aparece como obligado una persona que el sujeto activo sabe que no va a pagar, que no va a cumplir.

Este incumplimiento puede derivar de muy diversas razones ya sea porque esta en imposibilidad económica de hacerlo, bien porque no tiene ninguna vinculación jurídica aunque aparezca como obligado, pero en todos los casos estará presente la actitud dolosa del activo porque sabe que no se va a pagar el documento desde luego este conocimiento debe comprobarse necesariamente ya que constituye la conducta falaz.

El acto de disposición patrimonial es cualquiera que permita obtener al activo un lucro. (19)

La figura no se dará si el documento se otorga o endosa en garantía del cumplimiento de una obligación cuando el sujeto pasivo sabe que aparece como obligado una persona supuesta o una persona que no va a pagar y en la práctica no es raro que el que acepte en garantía un documento de esta naturaleza ya que el acreedor tendrá en sus manos la posibilidad de coaccionar al supuesto sujeto activo del delito con el proceso fincado en esta fracción y será difícil que pueda demostrarse que el documento se recibió por el supuesto ofendido a sabiendas de que el obligado era una persona o que no iba a pagar; con esta trampa se ha pervertido en la práctica esta disposición.

La fracción IV establece: "Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe". En el presente caso existe un inequívoco ofrecimiento de pago que constituye la conducta falaz, que determina a su vez el acto de disposición patrimonial por parte del dueño (sujeto pasivo del delito), o bien por el encargado del establecimiento (sujeto pasivo de la conducta) con el daño patrimonial (lucro). Se trata entonces de un fraude específico.

(19) Cardona Arizmendi Op. cit. Página 285.

La fracción V expresa: "Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado y rehuse después de recibirla hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exigiere lo primero dentro de quince días de haber recibido la cosa." Se describe una figura específica, toda vez que el elemento conductual se integra por el ofrecimiento de pago que determina la entrega de la cosa con el consiguiente lucro.

Debe advertirse sin embargo que si no hay requerimiento o si el sujeto devuelve la cosa o paga, no existirá el delito otro tanto debe decirse si dicho requerimiento no se hace dentro de los quince días, ya que en este caso el legislador considera que el pasivo voluntariamente mudado a su venta de contado por una venta a crédito y que en consecuencia el ofrecimiento de pago carece de relevancia.

La fracción VI expresa: "Al que hubiere vendido una cosa mueble y recibido su precio, si no la entrega dentro de los quince días siguientes o del plazo convenido o no devuelva su importe en el mismo término, en el caso de que se le exija esto último."

Es la contrapartida de la fracción anterior, el legislador también supone el engaño y por tanto es una figura específica.

La fracción VII expresa: "Al que venda a dos personas una misma cosa mueble o raíz y reciba el precio de la primera o de la segunda enajenación, de ambas o parte de él, o cualquier otro lucro con perjuicio del primero o del segundo comprador." A modo de ver de nuestro autor y a fin de estimar esta figura - una especie a su vez de la señalada fracción II, debemos entenderla como un fraude espurio, es decir falso, que se da en aquellos casos en que no están presentes todos los elementos de fraude genérico o que no se dan en el orden o con las mismas - vinculaciones causales que el mismo exige, como sería en el supuesto de que al segundo comprador se le engañara sobre el derecho de disposición del vendedor sin engañar al primer adquirente, pero por haber registrado en primer término el segundo no pudiera reivindicarse el bien adquirido, resultando por tanto dañado el primer comprador a quien no se le entregó el bien, surge la idea de una nueva enajenación que se realiza con la entrega de la cosa y el segundo adquirente la consume.

La fracción VIII establece: "Al que valiéndose de ignorancia o de malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen reditos o lucros superiores a los usuales en el mercado". Esto constituye el que se ha denominado fraude de usura o usurario y que es una figura espuria (falsa), ya que no requiere de engaño. Por otra parte resulta problemático determinar el monto del interés para considerarlo usurario, a lo más podemos decir como lo expresa el legislador en el artículo 2396 del Código Federal: "cuando sea tan desproporcionado que haga fundamentalmente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor."

La fracción IX contiene por su parte otra figura falsa que no requiere de engaño. "al que para obtener un lucro indebido ponga en circulación fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquier material con signos convencionales en sustitución de la moneda legal." Este tipo existía desde el Código Federal de 1871, dado el interés por terminar con las "tiendas de raya". La figura no existirá si no hay propósito de lucrar indebidamente, como en los casos de las fichas de valores convencionales usadas en los casinos o casas de juego; timbres o boletos canjables por mercancía que se otorgan como descuento o estímulos en algunos comercios.

La fracción X contiene la denominación estafa procesal; "al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial, con perjuicio de otro para obtener cualquier beneficio indebido; se presumirá simulado el juicio que se siga contra un de POSTARJO judicial, cuando a virtud de tal juicio, acción - acto o escrito judicial, resulte el secuestro de una embajada o depositada con anterioridad, cualquiera que sea la persona contra la cual se siga la acción o juicio."

Podemos destacar dos figuras diferentes: 1ra. La simulación de un contrato; y 2da. Simulación de un acto o evento judicial; a su vez se subdividen cada una en dos figuras atendiendo al resultado que alternativamente está señalado en la ley, o sea el perjuicio (resultado material), o bien "para obtener cualquier beneficio indebido (mero propósito sin resul

tado material). De acuerdo con lo anterior los elementos de la primera figura serán:

- a) Simulación (falsedad o falsificación) de un contrato;
- b) Daño patrimonial, o bien propósito de obtener un lucro.

Por simulación entendemos el fingimiento o apariencia de lo verdadero, ahora bien para establecer su distingo en relación a la alteración y a la disimulación, es necesario asentar que ésta consiste en disfrazar o desfigurar las cosas, falseando su apariencia, mientras que la simulación recide en la falsedad ideológica del contrato o en la falsificación por imitación descartando la falsificación por variación, por no encuadrar estrictamente en el concepto. Es claro que si la conducta específica no se da, todavía es posible que exista el fraude genérico.

Al respecto conviene aclarar que en materia de falsedad o falsificación documental, debe distinguirse la falsedad por imitación y por inmutación en sus características materiales a uno verdadero⁴⁷⁹, en tanto que en el segundo se cambian las características materiales de un documento verdadero y con ello, naturalmente, también, su contenido ideológico. Por lo que se refiere a la falsedad ideológica la manifestación de la voluntad o en general el pensamiento que se encuentra fijado en el documento no coincide con la realidad, pero sus características materiales no se inmutan (varian) ni imitan otro documento.

En consecuencia, la simulación del contrato será la falsedad ideológica del mismo o del acto falsificado por imitación aludida. (20)

Los alcances del término contrato encuadran en su aceptación civilística; es decir acuerdo de voluntades que no produce consecuencias jurídicas, siempre que el acto resulte o pueda resultar daño patrimonial al pasivo.

La segunda figura se integra de los siguientes elementos;

- a) Simulación (falsedad ideológica o falsificación por imitación) de un acto o escrito judicial; b) Un fin de pronuncia--

(20) Cardona Arizmendi, Op.cit. Página 290.

miento jurisdiccional; c) Daño patrimonial o proposito de lucro

Esta figura es la que es estricto rigor puede llamarse - estafa judicial y se distingue de la anterior en que no se requiere la creación de un escrito con fines de pronunciamiento jurisdiccional que es provocado por el activo, pero en ambos casos que produzcan daños patrimoniales al pasivo.

Por lo que se refiere al resultado, comun en ambas figuras daño o proposito de lucro, solo es necesario comentar que el primero tiene el mismo alcance que ya se ha venido precisando y el segundo nos señala solamente un elemento finalístico sin que sea necesario que el lucro se obtenga, pero en todo caso deberá entrañar una posibilidad de daño patrimonial.

Fracción XI; "Al que por sorteos, rifas, loterías, promesas de venta o por cualquier otro medio, se quede todo o en parte de las cantidades recibidas, sin entregar la mercancía u objeto ofrecido". La anterior es una figura específica, la conducta es engañar, ya sea por los medios establecidos o por cualquier otro análogo como también lo especifica la ley.

En el caso se introduce un falso conocimiento de la víctima para resolverla a realizar un acto de disposición patrimonial que viene a ser pagar el boleto en caso de sorteo, rifa o lotería que nunca va a efectuarse realmente, situación que acarrea el lucro indebido. Es por tanto una figura específica.

Fracción XII: "Al fabricante, empresario, o contratista o constructor de una obra cualquiera, que emplee en la construcción de la misma materiales en calidad o cantidad inferior a la estipulada. siempre que haya recibido el precio o parte de el". Es figura específica en razón de que se dan los elementos del fraude básico, la conducta falaz por parte del constructor, al acto de disposición patrimonial del cliente y el lucro indebido alcanzado por el activo, en este caso por el citado constructor.

Fracción XIII: "Al vendedor de materiales de construcción o cualquier especie, que habiendo recibido el precio de los mismos, no los entregue en su totalidad o calidad convenida." Como puede comprenderse derivado de los estudios anterior

res. esta figura es específica también.

Fracción XIV: "Al propietario de una empresa o negocio-
que venda o traspase sin autorización de los acreedores de la
misma negociación, o sin que el nuevo adquiriente se comprometa
a responder de los créditos, siempre que aquel resulte insolvente."
No hay acto de disposición patrimonial como consecuencia del engaño,
por ende es un fraude espurio, pero conviene aclarar que es coincidente
con la quiebra fraudulenta por lo que resulta inaplicable en el ámbito
local, en virtud de que el derecho mercantil pertenece al orden federal.

Fracción XV: "Al que explote las preocupaciones, la superstición
o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evicción de espíritus,
adivinaciones o curaciones". Es un fraude específico, en tanto que
la explotación constituye la conducta falaz que significa aprovecharse
de las circunstancias o dificultades ajenas en provecho propio y este
término también nos denota el lucro patrimonial. Esta figura se da
con cierta frecuencia, incluso algunos delincuentes anuncian sus
servicios u ofrecen talismanes o amuletos a través de la prensa.

Fracción XVI: "Al que ejecute actos violatorios de derechos a
propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación
en el Código Civil". Es una típica ley en blanco porque para integrarla
es preciso recurrir a otra norma, como la ley Federal sobre Derechos de Autor. (21)

(21) Cardona Arizmendi Enrique, Apuntamientos de Derecho Penal
Cardenas Editor. Páginas 273 a 295.

DELITO ESPECIAL.

En septiembre de mil novecientos cuarenta "Criminalia pública el estudio realizado por don José Ma. Ortiz Tirado sobre el "Libramiento de Cheques sin fondos". Dicho señor Ministro estuvo siempre afiliado a la tesis de Francisco Gonzalez de la Vega, lo cual nos libera de todo compromiso de hacer nuevo y especial comentario. Su procelitismo es absoluto. Sin embargo, en el curso de su exposición, Ortiz Tirado se manifiesta con la opinión doctrinaria del jurisconsulto cubano Doctor Santiago Gutierrez de Calis, al tenor de que "el libramiento de cheques sin fondos más que el delito de reducida estafa -- que afecta el patrimonio de los particulares es un delito con fisonomía propia que atenta contra el régimen de circulación monetaria en vigor de un país."

El articulista hace, certeras referencias a legislaciones extranjeras que se fundan también en delitos de especial tipicidad distinta del fraude y la estafa, el libramiento de cheques sin fondos.

Para marzo "Criminalia" insertó en sus columnas el refrendo que hizo de su punto de vista el señor Ministro Ortiz Tirado que agregó:

"... Por eso se castiga al que emite un cheque en descuento aún cuando después deposite los fondos para cubrirlo y también al que lo expide sin que el banco lo haya consentido en que disponga de sus fondos el librador." La originalidad de esta doble afirmación se encuentra en que de admitirse la primera parte, tipo del artículo 193 quedaría mutilado, por desvanecimiento del resultado impago, cuya identidad con uno de los elementos objetivos del cuerpo del delito, no debe discutirse, y en cuanto a la segunda, carece de relevancia penal y solo puede tener entroncamiento con la presunción que nace del "hecho de que la institución proporciona al librador es- queletos para la expedición de Cheques", cuya emisión puede obedecer a motivos de variada índole. (22)

(22) Domínguez del Río, Op. cit. Página 30 y 31

Por último, acertadamente se adhiere Ortiz Tirado en su ponencia, a la tesis de que: "las normas penales han llegado a tener su contenido cuando se ha estimado que las sanciones civiles son insuficientes para evitar determinados hechos, y cuando la trascendencia de los efectos sociales son dañinos, el legislador hace muy bien en elevar aquellos hechos a la categoría de delitos, estructurando la norma en su contenido propio y estableciendo la sanción respectiva que reprime esa conducta." (23)

En la justa competencia aludida en precedentes párrafos, merecen cita de honor los pedimentos de los entonces Agentes del Ministerio Público, don Clotario Margalli Gonzáles y don Carlos Franco Sodi, inclinados ambos hacia la órbita del fuero federal. En particular, el segundo afirma que en antecedente del delito previsto en nuestro artículo 193, se encuentra en la ley Francesa del dos de agosto de mil novecientos diecisiete que lo creó como delito distinto de la estafa que cuyos elementos, conforme a Francisco Gayet en su "Derecho Penal especial", son primero emisión de un cheque, segundo falta o insuficiencia de provisión; y tercero, perjuicio que -- puede ser eventual.

Fue igualmente en abril de mil novecientos cuarenta y tres cuando público "Criminalia" el cuarto a espadas sobre el tema, de su talentoso director, Don José Angel Ceniceros, bajo el rubro de "El libramiento del cheque sin fondos", en el cual su autor rompe una lanza por la tesis de que el tipo creado para el multivitado artículo 193 como "nueva figura delictiva", es una simple modalidad del fraude pero sin divorciarla de la escuela de González de la Vega. Como aportación personal aduce la realidad bancaria y mercantil en el país, en la que se hace desempeñar el cheque en sus funciones de instrumento de garantía que no le corresponden.

Infatigable continuó "Criminalia", durante el año de mil novecientos cuarenta y cuatro, su labor encuadradora del verdadero sentido jurídico del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y el número correspondiente al mes de marzo de ese año, público el fallo del entonces Juez -

(23) Domínguez del Río, Op.cit. Página 32 y 33.

- 22 -

de Distrito, Don Luis G. Coronado, en cuyo considerando tercero se indica: "el delito materia de este proceso, como todos aquellos que no están exceptuados por una disposición legal expresa, es susceptible de cometerse incondicionalmente o por imprudencia, por ejemplo de lo primero es el caso más usual, que una persona expide un cheque, con pleno conocimiento de que no va a ser pagado, por alguna de las causas imputables a él (sic), previstas en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en cambio el delito de que se trata, se comete por imprudencia por la falta de pago del cheque que proviene de las tres causas mencionadas, pero el acusado rindiendo una prueba plena de la presunción de su falta de intención delictuosa, acredita que se encontraba en la falsa creencia de que el cheque sería pagado a su presentación y que a falta de pago del mismo obedeció a que él no tomó las precauciones necesarias para cercionarse de que sin proponerse lo expidió o había expedido un cheque dañado, como por ejemplo cuando las anotaciones existentes en el talonario de su libreta de cheques contenía un error por él y no toma la precaución de confrontar sus anotaciones con los informes del -- bancogirado. Igualmente, como se vera después, el delito que nos ocupa puede cometerse en grado de tentativa o consumarse, siendo punible en ambos casos. Además son aplicables al mencionado delito diversas circunstancias excluyentes de responsabilidad prescritas en el artículo VI (sic) del Código Penal (evidentemente alude al artículo 15 del ordenamiento citado), y en cuando a las mismas sólo debe hacerse mención a la prevista en la fracción X de dicho precepto, la cual tiene aplicación cuando, además de estar destruida la presunción de intencionalidad delictuosa, se acredita que el acusado tomó las precauciones que aconseja la prudencia antes de expedir el cheque dañado, como por ejemplo, cuando el acusado encontrándose en la falsa creencia de que tiene fondos suficientes en la institución girada, a consecuencia de un error inadvertido por él en las anotaciones de su libreta de cheques, acude en demanda de informes al Banco y éste, incurriendo a su vez en un -- error, le informa que su saldo acreedor es superior al que en realidad arrojan los asientos de la contabilidad de la repetida institución." ".La consumación de este delito formalista..

que rompe con los lineamiento generales de nuestra Ley Penal, es una de las formas en que se ha venido transformando el concepto individualista de la justicia, por el más moderno de la defensa social, pues responde fundamentalmente a la necesidad de crear un estado de seguridad que garantice el normal funcionamiento de las operaciones mercantiles.

"... De todo lo cual se deduce jurídicamente que esta figura delictiva de las que se denominan de peligro y que tiene una tipificación meramente formal". (24)

(24) Domínguez del Río Alfredo, Tutela Penal del Cheque
Páginas 30 a 34.

CAPITULO SEGUNDO.

CONCURSO APARENTE DE NORMAS.

Se dice que existe concurso de normas, cuando un solo acto u omisión es contemplada por dos o más normas en una misma materia jurídica, pero en ocasiones esas normas pertenecen a diferentes ramas del derecho, así, vemos que en el caso concreto de los cheques, existen cuando menos dos normas que tutelan el libramiento de los mismos, por una parte está la ley civil que subsume la materia mercantil, para ejercitar la acción tendiente al cobro judicial del importe de uno o varios cheques, concretamente el juicio ejecutivo mercantil, que a su vez podrá ser interpuesto ante los tribunales del fuero común (juzgados civiles) o ante los del fuero federal (también en materia civil).

Igualmente, se contempla la posibilidad de formular una denuncia penal en contra del librador de un cheque, cuando a causa del mismo, la Institución librada rehusa hacer el pago del referido título de crédito y, hasta principios de mil no vecientos ochenta y cuatro, existía la posibilidad de formular denuncia penal tanto en el fuero común como en el fuero federal con motivo del libramiento de un cheque sin provisión de fondos de su librador, esta en virtud de la existencia del delito previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos de Crédito, que por ser federal daba origen a un delito especial federal.

Ahora bien, existiendo varias alternativas para el ejercicio de un derecho, como lo es el libramiento de cheques sin provisión de fondos, el titular de ese derecho puede a su arbitrio escoger la que mejor le acomode, sin que ello implique que desde luego que está renunciando a ejercitar su acción en la vía opuesta, dicho de otra manera, si ejercita su acción en la vía civil, mediante la demanda ejecutiva mercantil, ello no implica de ninguna manera que renuncia a denunciar la comi

sión del delito de fraude (anteriormente, como ya se dijo, se podía denunciar el delito especial).

Es de hacer notar también, que a la fecha los tribunales no admiten la duplicidad de acciones, y esto aunque no está previsto en ninguna norma, sucede en la práctica: se presenta una denuncia tomando como base de la misma un cheque, y es conditio sine qua non presentar el documento original, en este caso el cheque, el cual, deja de ser propiedad del particular que lo está exhibiendo, y pasa a formar parte de la comisión del propio delito (instrumento del delito), sin que pueda ser recuperado para intentar la acción civil-mercantil para intentar su cobro judicial.

Casi de idéntica forma sucede en materia civil, se le da entrada a la demanda sólo si se exhibe el título original, el cual queda depositado en el seguro del Juzgado, que como sabemos, es la caja fuerte del mismo, luego entonces, no es posible intentar la vía penal, toda vez que se ha precisado que la denuncia procede siempre y cuando se acompañe el original del documento.

Como ya se ha precisado, mientras estuvo vigente el delito previsto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, existió también confusión para determinar cuando era este delito precisamente y cuando era del delito de fraude el aplicable por el libramiento de un cheque que no era pagado por la Institución librada, muy pocos sabían distinguir esa diferencia, que se resumía única y exclusivamente en la presentación del cheque ante la librada "en tiempo" o "fuera de tiempo", es decir, si se presentaba en el tiempo previsto en la propia ley de la materia, se estaba en presencia del delito previsto en dicha ley, si por el contrario, su presentación era extemporánea, el delito a tipificar era el del fraude genérico, siempre y cuando se dieran los elementos de dicho delito; por otra parte, han existido diversas teorías que nos

refieren diversas hipótesis, veamos:

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser ideal y material.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta, pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad de la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

Cuando una conducta singular produce un solo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente; se habla entonces de unidad de acción y de unidad de lesión jurídica.

Aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose consecuentemente varios intereses tutelados por el derecho.

Se pueden citar muchos ejemplos de concurso ideal o formal; tal ocurre si el individuo, con un disparo de arma de fuego mata a su adversario, lesiona a un transeúnte y daña la propiedad de un tercero; otro ejemplo lo constituye el que un sujeto haga explotar una bomba para perpetrar un delito y al hacerlo, causa daños, incendio, lesiones, homicidio y finalmente se apodera de bienes ajenos.

Las conductas delictivas descritas en los ejemplos anteriores se encuentran previstas en la ley penal, y así vemos que el artículo 58 del Código Penal para el Distrito Federal previene: " Siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto, o con una sola omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la

del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración."

Es preciso señalar que el concurso de normas ha recibido diversas denominaciones: "conflicto de leyes", "colisión de normas", "concurrencia de normas incompatibles entre sí", etc. Tratándose de un problema de la ley penal, algunos autores ubican este tema dentro del estudio de la ley penal.

En el concurso de leyes un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; tal es el caso del fraude y el delito que preveía el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que a la fecha se encuentra derogado, existiendo con ello un aparente concurso de dos leyes que parecía que se disputaban la tipicidad del acto; esto es, aparentemente el acto queda comprendido en dos leyes, una sola conducta aparenta ser dos delitos, por eso se habla de concurso aparente de leyes. En el concurso ideal un solo acto tipifica dos o más delitos por violarse en efecto dos o más disposiciones penales; en el concurso aparente sólo se viola una disposición, pero hay dificultad para determinar cual sea, pues varias pueden tipificar el mismo hecho; son dos o más leyes en donde simultáneamente trata de encajar una misma conducta. En este caso, sin duda, no existe concurso de delitos, la infracción penal es única y una sola lesión jurídica; hay pues, concurso de leyes, por ser diversas las que pretenden comprender el hecho.

No operan distintas antijuridicidades, sino una, pero parece convenir al mismo tiempo, a varios tipos legales. Según el artículo 59 del Código Penal del Distrito Federal, cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor.

Como es fácil apreciar, en el caso concreto del libramiento del cheque sin provisión de fondos, se cometía un

solo delito, ya el fraude (del fuero común), ya el delito especial previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que como ya se dijo se prestaba a confusión, más aún, porque dicho precepto remitía a los jueces para sancionarlo, al delito de fraude genérico. (25)

(25) Castellanos Tena Fernando, Lineamiento Elementales de Derecho Penal
Páginas 295 a 300.

TIPICIDAD.

La tipicidad en el delito de libramiento de cheque:

Para afirmar que un hecho material concreto es típico es necesario comprobar que el mismo encuentra referencia - en la hipótesis abstracta recogida en la ley y satisface todos los elementos descriptivos del tipo. Por tanto, existirá tipicidad en el delito de libramiento de cheques, cuando una persona libra un cheque y éste no es pagado por la institución librada en virtud de que el girador carecía de fondos al momento del libramiento, o porque teniéndolos ha dispuesto de ellos antes de que transcurra el plazo de presentación o bien carecía de autorización para librar, sin entrar a hacer consideraciones sobre la ilicitud del hecho o el dolo del agente, pues tales cuestiones corresponde analizarlas al abordar los problemas de la antijuricidad y la culpabilidad.

El estudio del tipo y la tipicidad iniciado por Beling, con diverso sentido a los trabajos elaborados por otros autores con anterioridad, como los de Karcher o Lunder, tuvo origen en el término de tatbestand utilizado por el artículo 59 del viejo Código del Imperio Alemán, al consagrar la existencia de legalidad en la aplicación de la ley, principio por otra parte recogido por los distintos derechos de estructura liberal. En México tal principio está previsto en la existencia de exacta aplicación de la ley consignado en el artículo 14 Constitucional, que plasma aquel viejo aforismo de "nullum crimen nulla poena sine lege". (26)

Dentro de los países de tradición jurídica hispana, el concepto de tipicidad es de suyo antiguo y conocido como "coarpus delicti" o cuerpo del delito, cuya necesidad de comprobación ha consagrado reglas en los Códigos Procesales en las que, generalmente, se alude a la justificación de los elementos materiales del delito, para dejar así satisfecho el elemento mencionado principio de legalidad. Últimamente nuestra Suprema Corte, al revisar esta institución, ha precisado

(26) González Bustamante Juan José, El Cheque, Editorial Porrúa, S.A. - Segunda Edición, Página 125.

que el concepto de elementos materiales del delito abarca todos aquellos de naturaleza diversa contenidos en el tipo, --- exceptuados el dolo o la culpa, pues la referencia al elemento subjetivo, dentro de la descripción legal, no está relacionada con el cuerpo del delito sino con la culpabilidad (Amparo 6696/60/2a versión taquigráfica de la sesión pública del 16 - de febrero de 1961).

Con relación al mencionado principio de legalidad y comentando la tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la que alude en el informe de la Primera Sala, correspondiente al año de 1960 y haciendo concreta referencia a los cheques posfechados y dados en garantía se han publicado en los diarios algunos comentarios desfavorables.

"Algún comentarista ha expresado que en materia penal, la alicación del Código que define los delitos, es de estricto derecho y no hay "ilícito de inferencia"(sic) por la amenaza que existe entre un hecho o una omisión no definidos como delito por la ley por otros determinados como tales, ni tampoco tomarse en cuenta, para la existencia de un delito, otros elementos que los expresa y deteminadamente considera la ley; - que como el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes de su reforma, no estima concretamente como delito al libramiento de un cheque posfechado o dado en garantía del cumplimiento de una obligación civil o mercantil es indudable que ese delito no exista ni podía ser creado, desde el punto de vista constitucional, por la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la ya citada jurisprudencia; de ahí que resulte absurdo que si la ley señala concretamente como autor del delito al librador del -- cheque y no al tomador, en cuyo daño patrimonial se comete -- el delito, deba concluirse que es también el de un cheque -- posfechado o dado en garantía, autor o copartícipe del delito en los términos del artículo 13 del Código Penal Federal.

Quien así escribe parte, en su argumentación, de una -- premisa falsa por todos conceptos, pues afirma, en forma categórica, que el delito previsto por el artículo 193 de la -- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es un delito patrimonial, concretamente, un fraude.

Este supuesto actualmente queda corroborado al reformarse la ley, pues ésta ya lo tipifica como fraude.

Al examinar el elemento objetivo del delito, dejando plenamente demostrado que el delito en cuestión no puede jamás considerarse como un delito patrimonial, aspecto éste sobre el que volveremos al examinar la natijuricidad con referencia específica al tipo delictivo aludido.

Es evidente que si el delito de libramiento de cheque tiene carácter patrimonial, el tomador no puede ser nunca considerado como partícipe del mismo; esto último sería axiomático, pues no puede delinquir quien atenta contra su propio patrimonio y en ese orden de ideas tampoco delinquiría el librador del cheque que lo expide con pleno conocimiento, por parte del tomador, sobre la inexistencia de fondos, máxime que en la especie se trataría de un documento posechado o bien dado en garantía. En esta última posición ninguno de los sujetos cometería delito, dado que el librador estaría autorizado por el tomador para librar y, en el remoto caso de daño patrimonial, obraría en su favor la justificante de consentimiento del ofendido, por ser disponibles los bienes patrimoniales. El comentarista de referencia incurre en una contradicción notoria cuando pretende censurar la jurisprudencia de la Corte colocándose en una posición doctrinal diversa, por lo que su crítica resulta ineficaz; si quizo referirse a que las tesis jurisprudencial es violatoria sul principio de legalidad de exacta aplicación de la ley y que prohíbe su aplicación analógica & debió ubicarse en el mismo punto de partida de la Primera Sala de la Suprema Corte.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido congruente en su tesis jurisprudencial, al afirmar que el tomador puede crear, al igual que el girador, dentro de la acción del derecho punitivo, cuando instiga o propone a otro su expedición y, en general, cuando interviene en la concepción-preparación o ejecución del delito, tanto en el orden intelectual como material. (27)

(27) González Bustamante, Op.cit. Página 129.

Si se parte de que en el cheque se da la orden incondicional de pago que reuna las formalidades establecidas en el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no implica violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 14 Constitucional, el hecho de extender la acción punitiva de la ley al tenedor que ha participado, con su actividad, en la comisión del delito. (1)

En otro orden de ideas pero sin perder de vista el tratado y llevado principio de legalidad, J. Ramón Palacios, al comentar la posición adoptada por un especialista de Derecho Mercantil con relación a los cheques postfechados y dados en garantía, expresa que dicho autor "pone demasiado énfasis sugerido por el ilustre jurista don Alberto Vazquez del Mercado, en afirmar que para estas hipótesis la deuda es de carácter civil y considerar el hecho como delictuoso implica violar la norma prohibida del artículo 17 Constitucional.

Si se cubre uno de los abonos de una cuenta entre prestamistas y deudor con el cheque postfechado o dado en garantía, al no ser cubierto falta el pago de una obligación civil y el cheque representaría el dolo civil de no pagar la deuda; pero también el dolo penal de girar un cheque que se sabe no será cubierto; más si el sujeto emite a secas el cheque en garantía o postfechado para cubrir una primera exhibición de una deuda civil, lo puede consumir con el propósito deliberado de enriquecerse a costa ajena, o con la esperanza de poder pagar el importe antes de la presentación del cheque para su cobro a la institución librada. Y si es preguntamos, ¿Un donativo o un préstamo? Ahora bien: si el delito se consuma a partir de la fecha en que puede ser presentado para su pago, careciendo de fondos el librador, y porque postfechar el cheque es incluir una mención que se tiene por no puesta, resulta que carece de importancia el trato de cambió, que no importa la relación jurídica contenida en el cheque, sino exclusivamente conforme al derecho mercantil por la literalidad y autonomía del documento, tan solo tiene relevancia su contexto; ahí que cuando la ley hable de cheque girado y no pagado, sin hacer alusión -

al trato de cambio, no hay porque involucrar la relación --
fundamental en un delito que ni existe según sus elementos --
descriptivos, que se trate de pagar una deuda civil o que se
trate de defraudar, porque no se protege con esta figura la --
lesión al patrimonio, sino la sola emisión del cheque sin pro-
visión suficiente al ser presentado en tiempo legal para su --
pago. ¿Si una persona paga la deuda civil con una moneda que
se sabe es falsa, no podrá ser aprisionada por este hecho, en
razón de que está prohibida la prisión por deudas civiles? .

No creemos que el preopinante se atreva a sostener esto
aunque en él todo es posible; tampoco pensamos que pueda afir-
mar que el que paga una deuda civil con la entrega de opio
caudo que posee ilícitamente no pueda ser castigado, porque-
sería castigar con prisión las deudas de Derecho Privado."

Se ha dicho que el Derecho Penal es derecho público in-
terno y por lo tanto la lesión deriva de un hecho ilícito pe-
nal recae en la sociedad y no en el individuo; que el indivi-
duo es parte integrante de tal sociedad, pero la lesión es in-
ferida, fundamentalmente, a ésta; que si la ley de Títulos y
Operaciones de Crédito describe un delito especial que se --
persigue de oficio, nada interesa el que los particulares den
al cheque una función distinta y hablen de que se dió en ga-
rantía, ya que en todas formas el delito existe porque el --
bién jurídico protegido en la confianza que merece el cheque
como mero instrumento de pago pues lo que interesa al país --
es que el dinero de las personas no permanezca inactivo al ser
guardado en sus casas o en sus cajas fuertes, sino que se lle-
ve a los bancos y entre así en el torrente circulatorio para
coadyuvar a las grandes empresas que enriquecieron y mejoraron
la economía del país; que el artículo 17 Constitucional expre-
samente prescribe que "Nadie puede ser preso por deudas de
carácter puramente civil". es claro que en el caso de libra-
miento de cheques, desvirtuando su naturaleza de instrumento
de pago, no existe violación al citado precepto pues no pode-
mos aceptar que el cheque pueda darse en garantía, puesto que
el principio del derecho privado de que "la voluntad de las --

partes es la suprema Ley de los contratos", no tiene validez ni operancia an las relaciones de Derecho Público interno como es la disciplina penal. (28)

(28) González Bustamante, op.cit. Página 132.

EL COBRO MERCANTIL.

El acreedor puede hacer las diligencias convenientes para cobrar su crédito del deudor; pero en el caso de que este se resista al pago, deberá acudir al juez, y no apremiar ni tomar prenda por sí mismo para hacerse cobro con ella, si no quiere perder la deuda y volver deblada la prenda. (1)

Para el breve estudio de este tema enunciaré los artículos que se relacionan, de nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para saber los requisitos que debe contener y dentro de qué plazos se puede hacer efectivo el Chequemateria de nuestro estudio:

"Artículo 175: "El Cheque solo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito. El documento que en forma de cheque se libre a cargo de otras personas, no producirá efectos de título de crédito.

El cheque solo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito sea autorizado por ésta para librar cheques a su cargo.

La autorización se entenderá concedida por el hecho de que la institución de crédito proporcione al librador esquelitos para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la vista". (29)

"Artículo 176: El cheque debe contener:

I.- La mención de ser cheque, inserta en el texto del documento:

II.- El lugar y la fecha en que se expide;

III.- La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero.

IV.- El nombre de librador

V.- El lugar de pago; y

VI.- La firma del librador.

"Artículo 177.- Para los efectos de las fracciones II y V del artículo anterior, y a falta de indicación especial, se reputarán como lugares de expedición y de pago respectivamente, los indicados junto al nombre del librador o del librado.

(29) Diccionario de Legislación, Joaquín Escriche.

Si se indican varios lugares, se entenderá designado el escrito en primer término, y los demás se tendrán por no puestos.

Si no hubiere indicación de lugar, el cheque se reputará expedido en el domicilio del librador y pagadero en el del librado, si éstos tuvieran establecimiento en diversos lugares, el cheque se reputará expedido o pagadero en el principal establecimiento del librador o del librado, respectivamente.

"Artículo 178: El cheque será siempre pagadero a la vista. Cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta. El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de expedición es pagadero el día de la presentación.

"Artículo 179: El cheque puede ser nominativo o al portador.

El cheque que no indique a favor de quien se expide así como el emitido a favor de persona determinada y que además, contenga la cláusula al portador, se reputará "al portador".

El cheque nominativo puede ser expedido a favor de un tercero, del mismo librador o del librado. El cheque expedido o endosado a favor del librador no será negociable.

"Artículo 180.- El cheque debe ser presentado para su pago en la dirección en él indicada, y a falta de esa indicación debe serlo en el principal establecimiento que el librado tenga en el lugar del pago:

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

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

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

IV.- Dentro de tres meses, si fueren expedidos -

dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

"Artículo 182.- La presentación de un cheque en cá mara de compensación surte los mismos efectos que la hecha di rectamente al librado.

"Artículo 183.- El librador responsable del pago del cheque. Cualquiera estipulación en contrario se tendrá por no hecha.

"Artículo 184.- El que autorice a otro para expe dir cheques a su cargo, está obligado con él, en los términos del convenio relativo, a cubrirlos hasta el importe de las su mas que tenga a disposición del mismo librador, a menos que ha ya disposición legal expresa que lo libere de esa obligación.

Quando sin justa causa se niegue el librador a pagar un cheque, teniendo fondos suficientes del librador, re sarcirá a éste los daños y perjuicios que con ello le ocasione.

En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque.

"Artículo 185.- Mientras no hayan transcurrido los plazos que establece el artículo 181, el librador no puede revocar el cheque ni oponerse a su pago. La oposición o revocación que hiciere en contra de lo dispuesto en este artículo, no producirá efectos respecto del librado sino después de que transcurra el plazo de presentación.

"Artículo 186.- Aún cuando el cheque no haya sido presentado o protestado en tiempo, el librador debe pagarlo mientras tenga fondos del librador suficientes para ello.

"Artículo 187.- La muerte o la incapacidad superveniente del librador no autorizan al librado para dejar de pagar el cheque.

"Artículo 188.- La declaración de que el libra dor se encuentra en estado de suspensión de pagos, de quiebra o de concurso, obliga al librado, desde que tenga noticia de

ella a rehusar el pago.

"Artículo 189.- El tenedor puede rechazar un pago - parcial; pero si lo admite, deberá anotarlo con su firma en el cheque y dar recibo al librado por la cantidad que éste le en tregue.

"Artículo 190.- El cheque presentado en tiempo y no pagado por el librador, debe protestarse a más tardar el segundo día hábil que siga al plazo de su presentación, en la misma forma que la letra de cambio a la vista.

En el caso de pago parcial, el protesto se levanta rá por la parte no pagada.

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

Esa anotación hará las veces del protesto.

La anotación en tiempo y no pagado total o parcialmente, surtirá los mismos efectos del protesto.

En los casos a que se refieren los dos párrafos - que anteceden, al tenedor del cheque deberá dar aviso de la - falta de pago a todos los signatarios del documento.

"Artículo 191.- Por no haberse presentado o protestado el cheque en la forma y plazos previstos en este capí tulo, caducan:

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

II.- Las anotaciones de regreso de los andosantes y avalistas entre sí; y

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

"Artículo 192.- Las acciones a que se refiere el artículo anterior prescribe en seis meses, contados:

I.- Desde que concluya el plazo de presentación, las del último tenedor del documento; y

33.- Desde el siguiente día a aquel en que paguen el cheque, las de los endosantes y las de los avalistas.

"Artículo 193.- El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado, por causa imputable al propio librador resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que con ello le ocasionen. En ningún caso la indemnización podrá ser menor del veinte por ciento del valor del cheque.

El librador sufrirá; además, la pena del fraude, si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuvo antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librador.

Antes de su reforma ya que nuestro artículo 193 quedo vigente de la siguiente forma:

"ARTICULO 193.- El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor de los daños y perjuicios que con ello le ocasionen. En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque. (30)

LA SANCION BANCARJA.

La sanción como consecuencia de derecho.- Por regla general, las normas jurídicas enlazan determinadas consecuencias al incumplimiento de los deberes que el derecho objetivo impone. Entre las derivadas de la inobservancia de un precepto jurídico cualquiera, una de las más características es la sanción. Por ello dijimos que en rigor no constituye un concepto jurídico fundamental, sino una forma sui géneris de manifestación de las consecuencias de derecho. De acuerdo con nuestra tesis, las nociones jurídicas fundamentales quedarían reducidas a tres: hecho jurídico, consecuencias de derecho y sujeto o persona.

La sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción en cuentrase condicionada por la realización de un supuesto.

Tal supuesto tiene carácter de secundario, ya que consisten la inobservancia de un deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado. La obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción, deriva a su vez de otro supuesto, al que lógicamente le corresponde el -- nombre de primario. Si las obligaciones que éste condiciona -- son cumplidas, el secundario no se realiza y, consecuentemente, la sanción no puede imponerse. (31)

El deber cuya inobservancia determina la existencia de la obligación oficial de sancionar, tiene naturalmente, carácter primario. La sanción es, en cambio consecuencia secundaria.

Clasificación de las sanciones.- Las que las normas jurídicas establecen pueden ser clasificadas desde muy diversos puntos de vista. Un primer criterio consistiría en agruparlas paralelamente a las diversas ramas del derecho. Desde este ángulo visual descubriríamos tantas especies de sanciones como disciplinas jurídicas especiales: civiles, penales, administrativas, internacionales, etc. Semejante criterio no satis

(31) García Maynes Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, S.A. Vigésima Edición, Página 245.

face, porque aún cuando es cierto que la índole de las normas sancionadas determina a veces la de las respectivas sanciones, también es verdad que ello no pasa siempre, y que hay formas-sancionadoras generales, es decir, alicables a toda clase de preceptos, independientemente de su materia, como por ejemplo, la nulidad o la multa.

En nuestra opinión, las sanciones jurídicas deben ser clasificadas atendiendo a la falsedad que persiguen y a la -- relación entre la conducta ordenada por la norma infringida y la que constituye el contenido de la sanción

Si la sanción es consecuencia jurídica deben ser clasificadas atendiendo a la finalidad que persiguen y a la relación entre la conducta ordenada por la norma infringida y la que constituye el contenido de la sanción.

Si la sanción es consecuencia jurídica de carácter secundario, tendrá que manifestarse dentro de las formas peculiares de toda consecuencia de derecho. Por regla general, las - sanciones se traducen, relativamente al sujeto a quien se sanciona, en debres que, a consecuencia de la violación, le son impuestos. En esta hipótesis, el incumplimiento de un deber - jurídico engendra, a cargo del incumplimiento, un nuevo deber constitutivo de la sanción. La inobservancia de un deber contractual, verbigracia, puede producir, a cargo del sujeto de ese deber, la obligación de pagar los daños y perjuicios de derivados de su actitud antijurídica. (32)

Lo propio sucede cuando se sanciona la infracción de un reglamento administrativo con la obligación de pagar una - multa o cuando, por la comisión de un delito, se impone al -- delincuente una pena privativa de la libertad; pues ésta implica, para el castigarlo, una serie deberes ; no evadirse, aceptar los reglamentos de la prisión, observar buen comportamiento, etc. La conducta impuesta a quien se sanciona puede coincidirmaterialmente con el proceder prescrito por la regla violada. Esto no significa que la sanción (consecuencia jurídica - secundaria), y el deber cuyo incumplimiento le da origen (con

[32] Ibidem: Página 298.

secuencia jurídica primaria), se confundan. Aún cuando tengan igual contenido, no es difícil distinguirlos, porque son obligaciones que nacen de preceptos diferentes. Supongamos que un individuo se ha obligado, en virtud de una compraventa, a entregar al comprador la cosa vendida. Si no cumple con su obligación, puede acontecer que el otro contratante demande el incumplimiento y obtenga del juez un fallo favorable. En tal hipótesis, tendrá el juzgador que condenar al demandado a que entregue la cosa, es decir, a que haga aquello que debía hacer y no hizo. Sólo que la obligación impuesta por el juez (constitutiva de la sanción), no deriva directamente del contrato, sino del fallo judicial. Además es posible invocar éste como título ejecutivo de tal modo que si el demandado no cumple con la sentencia dentro del término concedido, cabe constreñirlo a que lo haga. O, expresado en otra forma: la sanción impuesta en el fallo es el antecedente inmediato del acto de coerción, cosa que no sucede con el deber jurídico primario.

Puede ocurrir que la sanción se traduzca, relativamente al sancionado en uno o varios deberes impuestos a éste por la norma sancionadora, y que esos deberes coincidan materialmente con aquellos otros cuya inobservancia hace al incumplido acreedor a un castigo. Pero tal coincidencia no es necesaria, como tampoco es indispensable que la sanción se traduzca en uno o varios deberes jurídicos del sujeto a quien se sanciona. La sanción estriba, a menudo, no en nuevas obligaciones, sino en la pérdida de derechos preexistente (caso de la rescisión, verbigracia).

Si examinamos las relaciones que median entre el contenido de la sanción (relativamente a quien sufre esta) y el deber jurídico cuya inobservancia le da origen, tendremos el mejor criterio para una división general de las sanciones jurídicas. Las dos posibilidades con que nos encontramos son, lógicamente, las de coincidencia y no coincidencia.

Cuando el contenido de la sanción coincide con el de la obligación condicionante, estamos ante el caso de cumplimiento forzoso que es el más frecuente en el derecho privado. Como

el nombre lo indica, consiste en exigir oficialmente, y de manera perentoria, la observancia de la norma incumplida, apercibiendo al sancionado de que, si no cumple se le aplicará la sanción de modo violento. (33)

Relaciones entre el deber jurídico primario y el constitutivo de la sanción:

Coincidencia: cumplimiento forzoso (su fin consiste en - obtener coactivamente la observancia de la norma infringida).

I.- Indemnización (tiene como fin obtener del sancionado una prestación económicamente equivalente al deber jurídico primario.)

NO COINCIDENCIA.

II.- Castigo.- (su finalidad inmediata es - aflictiva. No persigue el cumplimiento del deber jurídico primario ni la obtención de prestaciones equivalentes.)

Los tipos a que el cuadro se refiere constituyen las formas simples de las sanciones jurídicas; pero al lado de -- ellas existen las mixtas o complejas que, como su denominación lo indica, resultan de la conuinación o suma de las primeras.

Hay varias conuinaciones posibles, a saber:

I.- cumplimiento + indemnización

II.- cumplimiento + castigo.

III.- Indemnización + castigo.

IV.- Cumplimiento + indemnización + castigo.

El primer caso, cumplimiento mas indemnización. Un trabajador, despedido sin justa causa, demanda su reinstalación y el pago de salarios caídos, por concepto de indemnización los salarios que habría recibido en caso del cumplimiento de su contrato. Un mismo hecho antijurídico (el despido -- sin justificación), de nacimiento en este caso a una sanción mixta, que persigue, por una parte, el cumplimiento del con--

(33) Ibidem: Página 302 a 304.

trato de trabajo y . de otra, la indemnización por el tiempo que el reclamante ha perdido .

Segundo caso, cumplimiento más castigo. Cuando al celebrarse un contrato se estipula cierta prestación como pena para el caso de que no se cumpla puntualmente el acreedor tiene derecho a exigir que se constriña al deudor al cumplimiento - y al pago de la pena convencional.

Tercer caso, indemnización más castigo. La comisión - del delito de robo engendra a cargo del ladrón la obligación de reparar el daño que ha causado (restituyendo la cosa robada y lo hace acreedor, a demás , a determinadas penas) , - privación de la libertad y multa. La multa puede ser un simple castigo o tender a la indemnización. Lo último ocurre cuando - una parte de aquélla, o la totalidad de la misma, se entrega al dueño de la cosa.

Cuarto caso, cumplimiento más indemnización más castigo, supongamos que a un trabajador, a quien no han sido pagados, sus salarios en la fecha y lugar convenidos, da por rescindido su contrato y exige del patrón el pago de lo que se - le debe y la indemnización de tres meses. En esta hipótesis, un mismo hecho antijurídico, la falta de pagos en la fecha y lugar estipulados, condiciona la existencia de una sanción - mixta, que persigue la triple finalidad del cumplimiento, la indemnización y el castigo. Este último estriba en la rescisión del contrato; la indemnización, en el pago de los tres meses, y el cumplimiento, en la entrega de las cantidades no cubiertas . El caso de las sanciones mixtas no debe confundirse con el de la acumulación de sanciones. Aquéllas son consecuencia - de una sola violación: la acumulación supone la existencia de varios hechos violatorios cometidos por una sola persona.

LA sanción entérminos generales puede definirse como el castigo que aplica la sociedad a través del derecho, a las violaciones a la ley y representa la efectividad de ésta; generalmente, se pretende a través de la sanción, asegurar el cumplimiento de los deberes que a cargo de los ciudadanos esta

blecen las leyes.

El interés social protegido por medio de establecer infracciones y sus correspondientes sanciones, en el Derecho Bancario, es por una parte, que las instituciones acaten las normas de interés público que regulan, sometiendo su actividad a ellas y por otra parte, que los usuarios también respeten - una serie de principios dentro de esta materia, indispensables para que exista una sana operación en la misma.

El concepto de pena es menos amplio que la de sanción.

Desde que se tiene noción del delito, surge como consecuencia, e históricamente aparejada a él la idea de castigo - y allí nace la pena. (34)

El concepto de sanción, es en cambio más moderno, - su elaboración fue fundamentalmente obra de los positivistas.

Podríamos decir que mientras toda pena constituye - una sanción, no ocurre lo mismo a la inversa. Entre los autores reina la confusión sobre lo que es propiamente una pena y una medida de seguridad, ambas se les denomina generalmente bajo el término "sanciones" .

El Código Penal del Distrito Federal y casi todos los de la República, a veces emplean los vocablos de sanción y pena, como sinónimos. La diferencia estriba en que las penas llevan consigo la idea de expiación y en cierta forma de retribución y las medidas de seguridad, sin carácter aflictivo alguno intenten de modo fundamental , evitar nuevos delitos; -- deben considerarse propiamente como penas las de prisión y la multa, y las medidas de seguridad, como los demás medios de - que se vale el Estado para sancionar, pues en la actualidad, ya han sido desterradas otras penas como los azotes, la marca, la mutilación, etc.

Villalobos señala "que no deben ser confundidas las medidas de seguridad con los medios de prevención de la delincuencia, éstas son actividades del Estado referentes a toda la población y en muchos casos tienen un fin propio, --

(34) Acosta Romero Miguel, Derecho Bancario, Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición, Página 319.

ajeno al derecho penal, aún cuando redunden en la disminución de los delitos, como la educación pública, el alumbrado nocturno de las ciudades, o la organización de la justicia y de la asistencia social, las medidas de seguridad en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso. -- por haber cometido una infracción típica".

Las infracciones son consecuencia de conductas desde luego ilícitas y en cuanto a su naturaleza creemos que no son perfectamente típicas, son antijurídicas y pueden ser culpables; en lo que respecta a la punibilidad, el difícil, -- encontrarles este requisito. El instrumento de coacción se ejerce a través de los medios legales que para ello le ha otorgado el orden jurídico. (La Constitución y las demás leyes).

Aunque es cierto que hay delitos previstos en las leyes administrativas, encontramos también que las infracciones no tienen una graduación, su conocimiento y resolución no están sometidos a la autoridad judicial y es la autoridad administrativa la que califica la infracción, tramita el procedimiento y resuelve, aplicando la sanción.

James Goldschmidt autor alemán establece diferencias, entre los delitos criminales e infracciones administrativas, que son "no meramente cuantitativas, sino cualitativas, -- esencialmente ontológicas, a saber:

a) El delito está referido al valor justicia ; la infracción al valor del bienestar público.

b) Mientras el delito ataca derechos subjetivos, -- u otros bienes de cultura, jurídicamente hablando protegidos e individualizados, la infracción es una inobservancia, una -- desobediencia a los mandamientos emitidos en aras de intereses administrativos.

c) La pena del delito tiene un sentido ético. -- la de infracción una pena de orden, que nada tiene que ver -- con la prevención especial ni con la expiación; sirve para alentar al ciudadano para que piense en sus deberes frente al gobierno y no la rige la legalidad sino la oportunidad".

En general las leyes administrativas para asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones, a cargo de los

ciudadanos o instituciones a las que van dirigidas, establecen una variedad de sanciones; con respecto a esto, la ley bancaria, en su título cuarto, capítulo IV establece sanciones que van dirigidas fundamentalmente a asegurar la eficacia de este ordenamiento. Sin embargo, pensamos que dentro - del mismo, existen diversas sanciones que no están previstas en ese capítulo y que deberían unificarse, para una mejor organización y aplicación de ellas.

Estimamos que en derecho Bancario existe una enorme gama de infracciones y sanciones; que no sólo están previstas en el capítulo mencionado de la Ley General de Títulos y Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, sino en innumerables artículos dispersos en toda la ley, lo cual - hace difícil su estudio y su sistematización. (35)

Además, los sujetos de esas infracciones no sólo son las instituciones de crédito, sino también su personal directivo, los empleados los gerentes y los particulares.

Las infracciones y sanciones se encuentran dispersas además en otros ordenamientos relativos al sistema -- financiero mexicano, como son: la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la Ley General de Instituciones de Seguros y la Ley del Mercado de Valores, y es más, numerosos reglamentos y circulares de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público - de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y del Banco de México, en estos tres últimos casos se duda mucho de la constitucionalidad de los artículos de esas disposiciones que establecen infracciones y sanciones.

Las sanciones por su parte tienen una diversa gama y van desde:

- a) La nulidad de los actos.
- b) La prohibición de ciertas actividades
- c) La remoción de funcionarios y empleados.
- d) Intereses Penales.
- e) Pago de daños y perjuicios.

- f) Pérdida de Derechos.
- g) Liquidación de Operaciones Ilegales.
- h) Suspensión de Operaciones.
- i) Intervención .
- j) Liquidación .
- k) Renovación de Concesión
- l) Multas.

En primer lugar, tenemos las infracciones establecidas para las instituciones de crédito.

En segundo lugar, las infracciones y sanciones dirigidas a los funcionarios y empleados de las mismas.

En tercer lugar tenemos las sanciones dirigidas a lo que podríamos calificar de la población en general y que son las que se aplican:

a) A los emisores de billetes y de documentos a la vista y al portador que pueden circular como moneda.

b) A la emisión o colocación en la República de valores extranjeros o pagaderos en el extranjero.

c) Al ejercicio habitual de la banca y el crédito, por parte de personas que no tengan concesión de parte de las autoridades para desarrollar esa actividad.

d) A quienes utilicen las palabras reservadas en el artículo 5to. de la Ley Bancaria de las Instituciones y Organizaciones.

En cuarto lugar tenemos las sanciones que se aplican específicamente a ciertas personas que tratan con las instituciones de crédito como son:

a) Notarios, Corredores o Registradores, que registren o autoricen actos que la ley prohíba expresamente.

b) Aquéllas que proporcionen datos e informes falsos sobre su activo y pasivo, para obtener créditos (se considera fraude). (36)

(36) Ibidem: Página 322.

CAPITULO TERCERO.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SANCIONES.

... Ante la necesidad de una interpretación analógica para dotar de sanción los hechos previstos por el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, surge necesariamente el problema de su constitucionalidad, debido a la prohibición del artículo 14 Constitucional.

Gonzalez Bustamante para negar que, en el caso, es necesaria una interpretación analógica, nos dice que existe una semejanza entre la penalidad del delito de daño en propiedad ajena en relación con la del robo, y concluye que así como es este supuesto no existe interpretación analógica, tampoco la hay tratándose de la penalidad fijada en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Es verdad que el artículo 399 del Código Penal establece que "cuando por cualquier medio se causa daño, destrucción o deterioro de cosa ajena o de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple", y -- también que esta figura delictiva tiene diversas penalidades, que se gradúan según el objeto robado. Pero existe, entre ambos casos, una diferencia esencial; el robo simple que es substancialmente idéntico, ya sea que el objeto sustraído valga un centavo, ya sea que valga un millón de pesos; aquí el ---- quantum no afecta a la substancia, lo que corrobora el principio metafísico de la diversidad entre substancia y accidente, que lo es la cantidad. En cambio, al decir del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que el librador sufrirá, además de la pena del fraude, se está refiriendo, no al quantum; en otras palabras, como la ley típica varios hechos como fraude, y según es el hecho así es la penalidad, para conocer de ésta es preciso saber a cual de los diversos fraudes existentes en el Código Penal hizo referencia el artículo 193 de nuestra Ley multicitada, y una vez que esto se conoce, entonces aplicar la pena que para ese fraude fijaba la ley

antes de su reforma. Nuestro autor dice "que como los hechos previstos por el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito era semejantes a los que sancionaba la fracción IV del artículo 386 del Código Penal, en lo relativo a cheques.

"Artículo 14 Constitucional dice:

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de lavida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho". (37)

José Becerra Bautista, "afirma que tomando en consideración el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito afirma que dicho precepto es inconstitucional por que no hay sanción y porque la ley prohíbe, en materia penal toda aplicación analógica; no esta de acuerdo en que exista sanción , porque se da la penalidad de la fracción IV del artículo 386 del Código Penal se destaca con autonomía un delito con perfiles especiales relacionados con el cheque, al remitir al legislador a dicho Código Penal y tomar la sanción del fraude, la interpretación de la norma es completa porque señala, por una parte, los elementos constitutivos y, por otra, la sanción respectiva, o sea la que se refiere a la fracción IV del artículo 386 del Código Penal antes de su reforma.

Tampoco está conforme en que no sea posible, en materia penal, una interpretación extensiva, contra lo que se ha venido sosteniendo; no es que el juzgador trate de agregar un

(37) Becerra Bautista José, El Cheque sin Fondos, Editorial Kino, S.A. - Página 117 a 120.

hecho no catalogado en el ley; el objeto primordial de una -- norma es que se aplique en su integridad, y no menos de lo que esa norma dice.

En sistesis, las objeciones pueden reducirse a los siguientes puntos:

I.- La fracción IV del artículo 386 del Código Penal (antes de su reforma) tipifica un hecho relacionado con el cheque; cuando el legislador remitió al artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para regular su penalidad, toma como base la sanción del fraude;

II.- En materia penal es lícita la interpretación extensivamente, pues puede aplicarse a los hechos previstos - por el artículo 193 de la Ley de Títulos Y Operaciones de Crédito, la pena fijada por el artículo 386 del Código Penal.

El artículo 193 de nuestra ley ya citada dice: parte 2da.-"El librador sufrirá, además, la pena del fraude, si el cheque no es pagado por no tener fondos disponibles al expedirlo..." Reducida esta frase sería: la pena a la que se ha hecho acreedor es la del delito de fraude."

Debido a que en el Código Penal, bajo el rubro de fraude se tipifican los hechos a los cuales no se aplica una sola, si no a diversas sanciones toda vez que contenidas en los artículos 386, 388 y 389 del Código Penal, y esas penas son irreductibles, surge la conclusión necesaria de afirmar que, lógicamente, es falsa la frase usada por el legislador, ya que no es posible aplicar a la vez todas las penas que sancionan los diversos hechos catalogados por el Código Penal como fraude.

Para salvar ese escollo, se argumenta que su base se encuentra en la semejanza existente entre los hechos delictivos previstos por el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y alguno de los contenidos en el capítulo del fraude del Código Penal. (38)

DE LOS DELITOS.

Entre los delitos que regula la ley Bancaria, según nuestro autor Miguel Acosta Romero están los siguientes:

1.- Por dedicarse al ejercicio habitual de la banca y crédito, sin tener concesión, se impondrá prisión de 2 a 10 años, y multa de \$50,000.00 a las personas físicas y en su caso a cada uno de los directores, gerentes, Administradores o miembros del consejo administrativo y a los agentes en general de personas morales que realicen esa actividad.

2.- A las personas que con el propósito de obtener un préstamo proporcionen a una institución de crédito u organización auxiliar, datos falsos sobre el monto de activos o pasivos de una cantidad, o persona física, o moral, si como consecuencia de ello, resulta quebrantado el patrimonio de la institución respectiva.

3.- A los funcionarios de una institución de crédito u organización auxiliar que conociendo la falsedad sobre el monto de activos o pasivos, conceden el préstamo, en los términos del párrafo anterior produciendo los resultados.

4.- A las personas que para obtener préstamos de instituciones de crédito u organizaciones auxiliares, presentan avalúos que no corresponden a la realidad, y ello resulte quebranto patrimonial para la institución u organización.

5.- A los funcionarios de las instituciones u organizaciones que conociendo los vicios anteriores, concedan el préstamo, si el monto de la alteración hubiera sido determinante para concederlo, y se produce quebranto patrimonial para la institución u organización.

Dado lo difícil de su redacción transcribimos los siguientes artículos de la "Ley Bancaria, Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares."

6.- "Artículo 153 bis.- Serán sancionados con prisión de dos a diez años quienes incurran en violación de cualquiera de las prohibiciones, o en el incumplimiento de una o más de las obligaciones que establece esta ley en los artículos 17, fracción XV; 46 fracción IV y 46 bis. 10 fracción VI;

y en los artículos 22;33, fracción XJJJ; 39, fracción VIII; 43, fracción IV y 49, en cuanto a la referencia contenida en ellos de la fracción XV del artículo 17 citado. Las penas previstas en este artículo se aplicarán también a quienes a sabiendas - hayan celebrado el negocio con la institución de Crédito, se - se trata de personas físicas, o a quienes hayan representado las sociedades deudoras."

7.-"Artículo 153 bis 1.- Serán sancionados con -- las penas que señala el artículo que antecede, los funcionarios y los empleados de las instituciones de crédito u organizaciones auxiliares:

I.- Que emitan registrar en los términos del primer párrafo del artículo 94 de esta Ley, las operaciones efectuadas por la institución u organización de que se traté , o que mediante maniobras altere los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas, afectando las composiciones de activos, pasivos, cuentas contingentes o resultados:

II.- Que falsifiquen, alteren, simulen o, a sabiendas, realicen operaciones que resulten en quebrantos al patrimonio de la institución u organización en la que presenta sus servicios. (39)

Se considerarán comprendidos dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior y, consecuentemente, sujetos iguales sanciones, los funcionarios o empleados de instituciones u organizaciones:

a) Que otorguen préstamos a sociedades constituidas con el propósito de obtener financiamientos de instituciones de crédito u organizaciones auxiliares, a sabiendas de que las mismas no han integrado el capital que registren las actas constitutivas correspondientes;

b) Que otorguen préstamos a personas físicas o morales cuyo estado de insolvencia les sea conocido, si resulta previsible al realizar la operación que carecen de capacidad económica para pagar o responder por el importe de las sumas

acreditadas, produciendo quebranto patrimonial a la institución u organización:

c) Que renueven créditos vencidos parcial o totalmente a las personas a que se refiere el inciso b), anterior.

d) Que para liberar a un deudor, otorguen créditos a una o varias personas físicas o morales, que se encuentren en estado de insolvencia, sustituyendo en los registros de la institución u organización respectiva unos activos por otros;

e) Que a sabiendas, permitan a un deudor desviar el importe del préstamo en beneficio de terceros, reduciendo notablemente su capacidad para pagar o responder por el importe del crédito y, como consecuencia de ello resulte quebrantado el patrimonio de la institución u organización;

III.- Que a sabiendas, presenten a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros datos falsos sobre la solvencia del deudor o sobre el valor de las garantías que protegen los créditos, imposibilitándola a adoptar las medidas necesarias para que se realicen los ajustes correspondientes en los registros de la institución u organización respectiva.

En los casos previstos por este artículo y en el anterior, se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien escuchará la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. (40)

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior, no excluye la imposición de las sanciones que conforme a esta u otras leyes fueren aplicables por la comisión de otros u otros delitos".

8.- A los funcionarios o empleados de las instituciones de crédito u organizaciones auxiliares que por sí o por interposita persona hayan obtenido de los sujetos de crédito, beneficios económicos personales por su participación en el trámite u otorgamiento del crédito, independientemente de los cargos normales, se les aplicará una sanción de prisión -

(40) Acosta Romero, Op.cit., Página 341.

de 3 meses a 5 años y multa hasta de \$ 2,000.00 (artículo 153 bis 3), Ley Bancaria, Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares". (41)

(41) Acosta Romero Miguel, Derecho Bancario, Páginas 342 y 343.

DE LAS SANCIONES.

Eduardo García Maynez, nos define a la sanción como la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuentrase condicionada por la realización de un supuesto. Tal carácter es secundario, ya que consiste en la inobservancia de un deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado. La obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción, deriva a su vez de otro supuesto, al que lógicamente corresponde el calificativo de primario.

Si las obligaciones que éste condiciona son cumplidas, el secundario no se realiza y, consecuentemente, la sanción no puede imponerse. Así como hablamos de supuestos primarios y secundarios, podemos hablar también de deberes jurídicos primarios y secundarios.

El deber cuya inobservancia determina la existencia de la obligación oficial de sancionar, tiene, naturalmente, carácter primario.

La sanción consecuencia secundaria. A la norma que establece la sanción se le denominara norma sancionadora.

Las normas jurídicas pueden ser clasificadas desde muy diversos puntos de vista. El primer criterio consistirá en agruparlas paralelamente a las diversas ramas de derecho.

Desde este ángulo visual descubriríamos tantas especies de sanciones como disciplinas jurídicas especiales: civiles, penales, administrativas, internacionales, etc.; semejante criterio no satisface, porque aún cuando es cierto que la índole de las normas sancionadas determinan a veces la de las respectivas sanciones, también es verdad que ello no para -- siempre, y que hay formas sancionadoras generales, es decir, aplicables a toda clase de preceptos, independientes de su materia como, por ejemplo, la nulidad o la multa. (42)

En nuestra opinión, las sanciones jurídicas deben ser clasificadas atendiendo a la finalidad que persiguen y a la relación entre conducta ordenada por la norma infringida y la que constituye el contenido de la sanción.

Por regla general, las sanciones se traducen, relativamente al sujeto a quien sanciona, en deberes que, a consecuencia de la violación, le son impuestos. En esta hipótesis, el incumplimiento de un deber jurídico engendra, a cargo del incumplimiento un nuevo deber que constituye la sanción.

Lo mismo sucede cuando se sanciona la infracción de un reglamento administrativo con la obligación de pagar la multa, o cuando por la comisión de un delito, se impone al delincuente una pena privativa de la libertad; pues ésta implica, para el castigo, una serie de deberes: no evadirse, aceptar los reglamentos de la prisión, observar buen comportamiento.

La conducta impuesta a quien se sanciona puede coincidir materialmente con el proceder prescrito por la regla violada. Esto significa que la sanción (consecuencia secundaria) y el deber cuyo incumplimiento le da origen a la consecuencia jurídica secundaria, se confunden.

Aún cuando tengan igual contenido, no es difícil distinguirlos, porque son obligaciones que nacen de preceptos diferentes. Supongamos que un individuo se ha obligado, en virtud de una compraventa, a entregar al comprador la cosa vendida.

Si no cumple con su obligación, puede suceder que el otro contratante demande el cumplimiento y obtenga del juez un fallo favorable. En tal hipótesis, tendrá el juzgador que condenar al demandado a que entregue la cosa; es decir, a que haga aquello que debía hacer y no hizo. Solo que la obligación impuesta por el juez (constitutiva de la sanción) no deriva directamente del contrato, sino del fallo judicial.

Además, es posible invocar éste título ejecutivo, de tal modo que si el demandado no cumple con la sentencia dentro del término concedido, debe constreñirlo a que lo haga.

O, expresado en otra forma: la sanción impuesta en el fallo es el antecedente inmediato del acto de coerción, cosa que no sucede con el deber jurídico primario. (43)

Puede ocurrir que la sanción se traduzca, relativamente al sancionado, en uno o varios deberes impuestos a éste por la norma sancionadora, y que esos deberes coincidan materialmente con aquellos otros cuya inobservancia no es necesaria, -- como tampoco es indispensable que la sanción se traduzca en uno o varios deberes jurídicos del sujeto a quien se sanciona.

LA sanción estriba, a menudo, no en nuevas obligaciones, sino en la pérdida de deberes preexistentes (el caso de la rescisión).

Con respecto a la penalidad aplicable, el Tribunal del Primer Circuito, para sostener su declinatoria, argumentó de la siguiente manera: "Como el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, no establece, concretamente, cual es la pena aplicable exactamente a los casos que enumera, los supuestos que prevé pueden clasificarse dentro de las -- prescripciones del artículo 386, fracción IV, del Código Penal.

Ahora bien, agregaba, como tratándose de un fraude específico, la expedición de los cheques sin fondos, etc., el artículo 41, según la fracción I, la Justicia Federal no tiene competencia, tomada a contrario sensu, es evidente que la competencia radica en el fuero común". Este argumento se basa en el falso supuesto: que todavía estaba vigente la fracción IV del artículo 386 del Código Penal; ya hemos demostrado --- que la misma, en lo relativo a cheques, fue derogada por el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

"Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o deberes, sino mediante juicio seguido ante tribunal previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento

y conforme a las leyes con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibida imponer, por símple analogía y aún por mayoría de razón, alguna pena que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá -- ser conforme a la letra, o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho. (44)

(44) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

RETROACTIVIDAD DE LA APLICACION DE LAS SANCIONES.

Otro problema fundamental en relación con la aplicación del derecho es determinar el ámbito temporal de aplicación

Este problema no consiste, como el anterior, en saber que momento la ley está en vigor, sino determinar que hechos son aplicables, - si a los acaecidos después de su vigencia o también a los anteriores.

El artículo 5to. del Código Civil dispone:

"A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

El artículo 14 Constitucional del 5 de febrero de 1857 disponía: "No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho".

El artículo 14 de la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917 dispone: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna ... " La Constitución de 1957 prohibía expedir leyes retroactivas; la vigente prohíbe dar efecto retroactivo a una ley, en perjuicio de las personas.

Nuestro autor opina que no existe ningún problema para determinar cuando una ley es retroactiva, pues lo es siempre que extingue o modifica derechos adquiridos y sabemos en que forma indubitable cuando se adquieren los derechos.

La adquisición de un derecho está sujeta a la ley de causalidad jurídica: realizando el supuesto jurídico, automáticamente se producen las consecuencias, nacen los derechos subjetivos y los deberes jurídicos correlativos.

Por tanto no es necesaria ninguna teoría para determinar cuando existe retroactividad.

La distinción que hacemos con las teorías, entre efectos retroactivos e inmediatos, situaciones abstractas y concretas, simples facultades y ejercicios de facultades; entre derecho como posibilidad abstracta y de facultades.

En primer lugar y sin dejar de ser retroactiva, sería permitida la ley que no perjudicará a nadie, por ejemplo la que extingue deberes - que no corresponden a derechos subjetivos a favor de particulares.⁽⁴⁵⁾

(45) Morineau Oscar, El Estado del Derecho, Página 215.

CAPITULO CUARTO.

LA SANCION.

De acuerdo con el estudio realizado por nuestro autor Gonzalez Bustamante éste nos dice que la pena aplicable al delito de libramiento fr cheques sin provisión de fondos, según el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes de su reforma, que no es un delito patrimonial y sí una figura especial, por no haber estado contenida en el Código Penal sino hasta su reciente reforma, por ese motivo se llegaba a una discusión teórica para decidir cual era la pena aplicable.

"... Las posiciones adoptadas por nuestro autor son:

a) Un primer criterio estima que si el delito recogido en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no podía estimarse fraude, no tampoco un delito patrimonial, por no causar daño, de acuerdo al criterio de la jurisprudencia estudiada por nuestro autor: era evidente la inaplicación de las penas señaladas por el artículo 386 del Código Penal al cual reenvía y para los efectos de la sanción, para los que aceptan el precepto primeramente citado se argumente que el bien jurídico tutelado de la figura delictuosa del libramiento de cheques, es la seguridad del crédito y la confianza que el público debe tener en tales documentos y no como equivocadamente se ha pretendido. El interes patrimonial de los particulares, según expresa en informe la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al año de 1960, es incuestionable que las penas de fraude, establecidas en el artículo 386 del Código Penal es de tomarse en cuenta el valor de lo defraudado, estableciendo penas ascendientes según aumente el daño patrimonial causado de ahí que no es aplicable esta disposición, dado que el hecho de librar un cheque no produce daño de ninguna especie, pues la concurrencia de ese resultado excluye la integración del citado ilícito para-

convertirlo en un fraude específico.

La conclusión final a que se llega es que, en todo caso de inexistencia de daño, debe absolverse al acusado, pues - lo contrario equivaldría a violar flagrantemente lo dispuesto en el artículo 14 Constitucional que prohíbe aplicar por analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté prevista expresamente en una ley exactamente aplicable.

b) Un segundo criterio afirma que aún en el caso de la jurisprudencia vigente que proclama el artículo 193, no constituye un fraude ni un delito patrimonial. Aquí es aplicable la penalidad señalada en el artículo 386 del Código Penal en sus diversas fracciones, por ser esta la voluntad de la ley debiéndose tomar como base para individualizar la pena la cantidad que aparezca consignada en el documento, de tal manera que -- pueda llegar a aplicarse la de tres a doce años de prisión cuando el importe del cheque sea mayor de tres mil pesos. Tal criterio estima indiferente la causación de daño, pero tratándose de un delito de peligro, menor o mayor, será éste el valor de la orden incondicional de pago.

c) Un tercer criterio estima que en todo caso la pena aplicable varía entre los seis meses de prisión como mínimo y los doce como máximo, tomándose como base el artículo 386, - límites amplísimos entre los cuales el juez habrá de individualizar la pena en cada caso concreto, en uso del arbitrio el cual deberá estar razonado, que le otorga el artículo 51 del - Código Penal. (46)

d) Un último criterio que, siendo la voluntad de la Ley que el delito de libramiento de cheques se castigue con - la pena de fraude, puesto que así lo precisaba el artículo -- 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (antes de su reforma), debe estarse al texto del artículo 386 del Código Penal Federal antes de su reforma, publicado en el - Diario Oficial de la Federación del 9 de marzo de 1946.

"Igualmente, este criterio sostiene que no hubo derogación expresa ni tácita del texto del artículo 386 vigente

al dictarse la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, exclusivamente por lo que al tipo penal del artículo 193 se refiere, dado que dicha reforma alcanza al delito de fraude, pero no a otras figuras delictivas que remitieron a tal sanción la violación de sus mandatos o prohibiciones. Este último argumento se apoya en el criterio de que la reforma sufrida por el artículo 386 no alteró la norma secundaria, asociada al deber de abstenerse, contenida en el precepto primario del artículo 193, pues al dictarse la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la pena entonces vigente para el fraude pasó a formar parte del tipo penal.

Nuestra opinión personal ha sido expuesta en las sesiones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en apoyo a la tesis contenida en el último de los criterios invocados, ya sumándolos al voto de los señores Ministros que integran dicha Sala o bien exteriorizándolo a través de las ponencias que sobre el particular hemos formulado.

En el amparo número 8539/60, aprobado por unanimidad de cuatro votos y que vienen a integrar la nueva jurisprudencia que determinó la penalidad aplicable al delito de libramiento de cheques sin fondos, expresamos lo siguiente: - "Congruentes con el criterio jurisprudencial establecido por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ve el tipo legal del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (antes de su reforma), un delito que no causa daño y ha recibido la denominación genérica de delito especial, para evitar controversias doctrinales sobre su clasificación, precisando que ninguna similitud guarda con el fraude ni con un delito patrimonial, es evidente que si la ley especial envía al juzgador al Código Penal para su sanción, es para el efecto de que se imponga la penalidad vigente en la época de su creación, ya que si el fraude aumentó sus linderos de represión atendiendo a la cuantía del daño tal aumento no atañe a la precitada figura especial, por lo que sigue en vi-

por la pena de cincuenta a mil pesos de multa y seis meses a seis años de prisión establecida en el artículo 386 del Código Penal antes de sus reformas.

En tal virtud, como la sentencia la impugna en esta vía, aplicando la nueva jurisprudencia invocada, no individualizó correctamente la sanción dentro del precepto aplicable, al mencionar expresamente la fracción III del artículo 386 del Código Penal, en razón del monto consignado en el cheque, debe concederse la protección constitucional que se reclama para el efecto de que señale la pena procedente dentro de los límites señalados por el artículo 386. "La ejecutoria de referencia sumada en los números 79/61, 4616/60, 234/61 y 8727/60, forma con la nueva jurisprudencia a que nos hemos referido anteriormente.

Pensamos que la tesis jurisprudencial mencionada, es la interpretación más acertada que puede aplicarse al delito de libramiento de cheque sin fondos.

"... La primera posición expuesta resulta, a nuestro parecer totalmente infundada, por no ser exacto que la nueva jurisprudencia, al establecer el criterio interpretativo de que el artículo 193 es un delito especial, que no se asimila al fraude no constituye delito patrimonial, haya dejado sin sanción el hecho de librar cheques sin provisión o sin autorización, cuando el documento se presenta en tiempo legal y no se paga, por no ser consecuencia necesaria de tal premisa al sostener la inexistencia de pena, pues en todo caso, como lo sostiene Alfonso Trueba Olivares, en su monografía "LA Jurisprudencia sobre el cheque sin fondos", publicada bajo auspicio de Editorial Jus, si el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, previno que se aplicaría al librador "la pena de fraude", y tal pena existe fijada en el artículo 386 del Código Penal vigente, no encontramos la fundamentación de tal criterio y menos aún se afirma que la aplicación de tales penas sean violatorias de lo dispuesto en el artículo 14 Constitucional que prohíbe la aplicación de las sanciones penales. (47)

El argumento expuesto por Trueba Olivares es de validez incuestionable, pero no nos afiliamos a él por las razones expuestas en la jurisprudencia invocada, con relación a la penalidad aplicable al delito de libramiento de cheques sin fondos, pues pensamos firmemente que es inexacto aplicar el texto del artículo 386 vigente en la fecha en que se dictó la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ya que se estaría aplicando un texto derogado, pues aunque es cierto que el precepto se modificó para aumentar las penas del delito de fraude, estableciendo un criterio objetivo que sanciona tal delito, tomando como base el monto del valor de lo defraudado, no es menos cierto que no hubo derogación expresa ni tácita por lo que se refiere a la sanción establecida en el propio precepto aplicable al delito especial tipificado en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. (48)

Por ello nos afiliamos al criterio que sostiene la pena del artículo 386 del primitivo Código Penal el cual entró a formar parte del tipo del artículo 193, pues sabido es que la norma jurídica penal se integra, en forma necesaria, con el precepto y la sanción constituyendo esta última el mandato secundario relacionado con el precepto primario que contiene la orden o la prohibición dirigida a los destinatarios de la norma, por lo que la derogación parcial posterior del artículo 386, que nadie pone en duda con relación al fraude, no alteró la situación de la pena aplicable por cuanto al hecho de librar cheques que presentados en tiempo ante la (institución) girada, no son cobrados por causa imputable al librador.

Cabe hacer la aclaración que al consultar a nuestro autor Gonzalez Bustamante Juan José, no hablamos tomado en cuenta las ferormas hechas a nuestro Código Penal y Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito los cuales quedaron de la siguiente forma:

"artículo 386 del Código Penal.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechandose del error

en que éste se halla se haga ilícitamente de alguna cosa o al canza un lucro indebido.

El delito defraude se castigará con las siguientes penas:

I.- Con prisión de tres días a tres meses y multa de diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad.

II.- Con prisión de tres a seis años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado exceda de 10 pero no de 500 veces el salario.

III.- Con prisión de tres a doce años y multas de 150 veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor 500 veces el salario.

Quando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumenta rá con prisión de trea días a dos años".

"Artículo 387 fracción XXI, primero y segundo párrafos, materia de nuestro estudio:

"Al que libere un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la existencia de la cuenta o la falta de fondos suficientes para el pago deberá realizarse exclusivamente por el personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate. (49)

No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente

una cosa o un lucro indebido!" Este delito se castigará con -- las mismas penas señaladas por el artículo 386.

"Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reformado nos dice:

"El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado, por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que con ello le ocasione. En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque." (50)

TENTATIVA.

Tentativa en el delito de libramiento de cheques sin fondos. El delito previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, antes de su reforma y tomando como base --- los estudios realizados por el maestro gonzales Bustamante, nos dice que todo delito, tiene un iter criminis, un camino que se inicia con la ideación y termina con la consumación.

La fase interna del delito la integra tanto la ideación momento en que surge en el sujeto la idea de librar un cheque, como la -- deliberación y resolución, fenómenos consistentes, el primero, en esa lucha intelectual que se desarrolla entre la idea criminal y las fuerzas -- inhibitorias de carácter moral o utilitario que pugna por impedir el arrai-- go de aquella idea, mientras en el segundo es el triunfo definitivo, en la mente del agente, de la concepción de verificar la conducta criminal.

La fase externa que en el común de los delitos puede -- constar de una resolución manifestada, actos de preparación y de un proce-- so ejecutivo, para terminar en la consumación, del delito de libramiento de cheques sin fondos el cual se agota con el puro acto executor de li--- brar, es decir, que en tal delito no hay punición de la exteriorizada re-- solución de librar y el proceso ejecutivo quede reducido a una sola ac--- ción del agente del delito. (51)

Ahora bién, la tentativa, que no es sino un delito imper-- fecto, como lo denominó Carrara, por faltar la consumación al haber queda-- do imperfecta la acción, o bién siendo ésta perfecta no se consiguió el -- efecto pretendido a causa de un impedimento imprevisto, por su naturaleza, por un proceso de ejecución o por una sucesión de actos ejecutivos del de-- lito.

Es por ello que la tentativa tal (delito tentado en la vieja terminología, para distinguirlo del delito frustrado), se definía en el Código Penal Francés de 1810 y de los que le siguieron, así como en los de otros países de Europa, como el de Prusia de 1815 y el Alemán de 1879, como "un principio de ejecución", mientras en el delito frustrado, hoy co--

(51) González Bustamante, Op.cit. Página 183.

ocido como tentativa acabada, había una realización integral de todos los actos ejecutivos, sin que en ambas situaciones se llegará al resultado querido en virtud de causas ajenas a la voluntad del delincuente.

Cuando tratamos el problema de la conducta y precisamos las formas en que ésta se expresa en las distintas hipótesis señaladas en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes de su reforma, dijimos que el puro movimiento corporal de librar, de la parte del sujeto, agota su actividad, pero ella se debe concurrir un necesario complemento mediante el acto del tomador consistente en la presentación del cheque ante la institución librada, por lo que al mismo lo denominamos un complemento de la acción de librar, indispensable para el curso previsto en los elementos del tipo, de tal manera que de no concurrir la acción de librar, por sí misma, sería indiferente el Derecho, pues se condiciona la punibilidad de aquella acción a la presentación del cheque en tiempo legal y a su falta de pago.

Por esa razón afirmamos que el delito de libramiento de cheques es la acción complementaria en el orden a la conducta, mediante la curiosa concurrencia de un acto de un tercero.

Lo dicho anteriormente apoya nuestro criterio de que el delito de libramiento de cheques sin fondos no admite la tentativa, pues todas las situaciones previstas en el artículo 193 de la ley multicitada no hay proceso ejecutivo, dado que el sujeto agota su actividad con el único el de librar, aunque éste, por sí mismo, no agote la acción en virtud de la necesaria concurrencia de acto complementario del tomador, identificado con la presentación del cheque ante la institución librada, pues como este complemento es el que va a motivar el rechazo del pago por la carencia de fondos, en realidad no se han verificado actos anteriores, por parte del librador, que sean de naturaleza ejecutiva y que, por su dirección unívoca y su manifiesta idoneidad en la producción del resultado integran una tentativa punible. (52)

COPARTICIPACION.

Coparticipación delictiva y acuerdo de sujetos es presupuesto de la coparticipación delictiva (artículo 13 del Código Penal Federal), en que diversos sujetos actúan en cooperación consistente y querida.

La culpabilidad abarca la conciencia de la cooperación de obra conjunta y por consiguiente del acuerdo recíproco. Este acuerdo puede surgir antes de dar comienzo a la ejecución del hecho delictivo o durante la misma ejecución.

La parte que cada actor conciente realiza, constituye la parte de un todo que es el delito y, por tanto, no responden solamente del resultado de su conducta concreta, sino del delito considerado unitariamente.

Hay coparticipación delictiva y delito emergente cuando alguno o algunos de los partícipes hacen más de lo que les correspondía - conforme a lo acordado y por virtud de esa o esas conductas, resulta un hecho delictivo diverso; deben distinguirse dos situaciones distintas: si aquellos que verifican el exceso actuaron con desconocimiento absoluto que los otros partícipes y tal hecho delictivo diverso no era consecuencia notoria y necesaria de lo acordado; o bien, no fue previsto ni pudo prevenirse por los demás partícipes, en tal evento delictivo, no puede reprocharse le a los que no intervinieron en él si no tenían conocimiento del mismo.

Por el contrario si el hecho fue conocido por los otros partícipes y no hicieron nada para evitarlo, o bien era desconocido pero resultaba consecuencia notoria y necesaria del delito acordado; o fue previsto o pudo prevenirse tal evento delictivo, le será reprochado a todos los partícipes. (53)

En la participación delictuosa del delito de libramiento de cheques sin fondos, se afirma que surge la participación delictuosa, cuando hay concurrencia de sujetos en la comisión del hecho delictuoso. Es por ello que a la participación se le conoce igualmente en la doctrina, con el nombre de concurso eventual de sujetos en el delito, para distinguirlo de aquel concurso llamado necesario, en que por exigencia del tipo

legal se requiere la intervención de varias personas.

No obstante, no en todos los casos de concurrencia de sujetos hay participación criminal, pues para ello se hace indispensable una relación psicológica entre ellos es decir, un conocimiento del hecho a realizar, conciencia de la ilicitud del mismo y voluntad en el actuar, razón - por la que he rechazado la teoría de la causalidad en la participación, y nos adherimos al criterio de la accesoriidad, puesto que este supone, además de la relación subordinada entre los actos de los cómplices y encubridores, con referencia a los del autor, una íntima conexión psicológica entre los que participan en el delito.

Aceptada la distinción teórica entre autores, cómplices -- y encubridores, así como entre autores intelectuales y materiales, mediatos e inmediatos, sólo interesa precisar aquí la situación en que se coloca el tomador del cheque con vista a la participación delictuosa. ¿Es coautor del delito?

Es indudable que la simple aceptación del cheque por parte del tomador y la acción posterior ejecutada por éste al presentarlo a la institución girada, son actos materiales que constituyen condición causal en la producción del resultado exigido por el tipo, pero no puede decirse que exista participación delictuosa por inexistencia del vínculo psicológico que debe necesariamente existir entre los partícipes. (54)

Aún admitiendo que el tomador tenga conocimiento de que el girador carece de fondos suficientes para cubrir el cheque y en esas condiciones lo reciba, no necesariamente habrá participado en el delito, pues la recepción del documento puede haber sido hecha de buena fé, con la --- creencia de que sería pagado al ser presentado al banco girado, por promesa hecha en tal sentido por el girador. Situación distinta es la del tomador que conviniendo expresamente con el girador en desvirtuar la naturaleza de orden incondicional de pago del cheque, lo recibe a sabiendas de la carencia de fondos o de autorización para librar por parte del girador, pues en tal caso hay coparticipación al colocarse ambos como coautores del delito, uno en el plano material y otro en el intelectual.

Habrá igualmente autoría intelectual del tomador cuando impulse, proponga o compela a otro a girar un cheque a sabiendas sobre la -

(54) González Bustamante, Op.cit. Página 184.

carencia de fondos, pues en todas esas especies de la autoría moral surge con precisión meridiana la voluntad de delinquir que se expresa en el plano material mediante la actuación del librador, quien podrá no ser responsable, según la situación concreta que se examine, como el caso de haber sido compelido mediante la violencia a realizar la acción, en cuyo caso lo ampar una causa de inculpabilidad lo que coloca al autor intelectual como autor mediato. (55)

LA AUTORÍA INTELECTUAL.

La autoría representa al máximo (y a veces el único) valor causal del éxito criminoso; el autor de un delito le incumbe la realización del núcleo del tipo: privar de la vida a otro, apoderarse de la cosa ajena mueble, librar un cheque en las condiciones objetivas de punibilidad.

La autoría es el grado más alto de contribución al resultado. Por eliminación, lo que no es autoría, es auxilio o cooperación. En -- cualquiera de los tres supuestos punibles de mi estudio, indiscutiblemente, el autor del delito es quien libra el cheque destinado a devenir impagado.

Lo que no significa una contribución al delito, tampoco es participación en la comisión del mismo; por ello carecen de contenido los actos de participación los actos de participación los ejecutados para encu
brir un hecho tipificado por la ley como delito.

No constituye, poe ende, participación en sentido propio, -- el acto realizado por el tenedor del cheque de presentar éste al banco para su pago dentro del término institucional. (55)

Los inductores son también autores intelectuales del delito por instigación sobre el autor material. La inducción de inducir: instigar mover, persuadir a uno, puede consistir en dádiva, consejo, promesa error.

INSTIGACION.

Reconocida por los escritores de derecho penal a la "instigación", se proyecta con creces en la comisión del delito de libramiento de un cheque en descubierto, por haberse advertido en la realidad (no sólo nuestra, sino que también en otros países, como Argentina), la frecuencia con que se incurre en dicha contradicción jurídico-penal, en circunstancias claramente apodácticas de ser el libramiento de un cheque obra de la instigación de otro, regularmente un acreedor quien, valiéndose del convencimiento o de la coacción moral, logra la expedición de uno o varios cheques por su deudor, sin faltar ocasión en que el mismo instigador proporcione los esqueletos, a veces de su propio talonario, lo cual ha sido la más grosera "prefabricación" de un delito. Adquiere en este caso el obrar del instigador la fisonomía de quien actúa como "agente provocador", conforme al patrón de la doctrina francesa. Esta reprobable manera de asegurar el pago de una deuda civil motivó, en buena hora, la jurisprudencia de la Primera Sala de la H. Suprema Corte, en el sentido que: "Cheques sin fondos". No es relevante para excluir de culpabilidad al reo, por el delito previsto por el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes de su reforma, la circunstancia de que el documento fuese post-fechaado, por que la consecuencia legal de ello podría ser que el tomador figurase como partícipes del delito". (56)

Obsérvese que, a consecuencia de la instigación, él inductor acude a la causación del resultado, en no pocas oportunidades, con el autor material del libramiento, erigiéndose el hecho, sobre todo para los efectos aplicativos de la pena, en un caso de purificada responsabilidad, por concurrir al poder psicológico determinante del instigador o estimulador y la autoría material del inducido o compelido, sin menoscabo de apreciar autónoma y separadamente los móviles de la conducta de cada uno de los dos fabricantes del hecho punible, cuya causa inmediata es claramente atribuible al inductor.

La voluntad de decisión de éste se impone al ánimo del librador, en tal forma que, en ocasiones, por aturdimiento momentáneo o simple ofuscación, lo decidan a emitir el cheque desprovisto de fondos, o

(56) Raúl Carranca y Trujillo, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa.

sin autorización para librar.

La instigación se desenvuelve en tres momentos fáciles de apreciación:

a) En el primero, el instigador hace su faena de convencimiento o de coacción, o mixto, venciendo la repugnancia moral del instigado, es decir, se contempla un desacuerdo, por lo menos inicial entre ambos.

b) En el segundo, una vez decidido el instigado, conciden sus propósitos, pues éste se ha resuelto a infringir la norma; y

c) En el tercero, el instigador realiza materialmente la primera etapa de los actos propios del tipo, expidiendo el cheque desprovisto de fondos.

Si más tarde el mismo inductor, con pleno conocimiento de la falta de fondos o de autorización presenta al banco el libramiento --- irregularmente girado, asu calidad de instigador suma, por remplazo en la actividad descriptiva del modelo penal, la de malicioso ejecutor de la segunda fase del tipo, sobrepujando, ami juicio, en culpabilidad el autor material del ilegítimo libramiento, máxime, que a sabiendas realiza una de las modalidades típicas: mostrar fingidamente el cheque para su pago, a la institución librada, caja o por cámara, con el deliberado propósito de --- perfeccionar la materialidad de infracción. (57)

ENCUBRIMIENTO.

Nuestro Autor Dominguez del Rio , no dice: "como nuestra ley penal tipifica prolijamente lo que a su juicio entraña el delito de encubrimiento es pertinente cotejar la actuaci3n del banco librado en la integraci3n de los supuestos delictivos en examen con las previsiones legales."

" El art3culo 400 del C3digo Penal, en efecto contiene todo un elenco de figuras criminosas; pero s3lo pueden guardar alg3n punto de contacto con mi tema las fracciones I, III, IV de este precepto. En sintesis, mis postulaciones sobre el particular queda as3:

a) No puede ser el caso de la fracci3n I, porque, de acuerdo con tres construcciones punibles del art3culo 193 de la Ley General de T3tulos y Operaciones de Cr3dito (antes de su reforma), es precisamente el banco librado el aludido por la Ley para poner el 3ltimo toque al artefacto delictivo , sin poder evitar que se agote la descripci3n t3pica del numeral antes enunciado, como algo fatal, a menos que, por complacencia, cubra el libramiento.

b) Ni media un "requerimiento especial de las autoridades". no est3 obligado el banco "a dar (un) auxilio que no se le solicita", adem3s de que el presunto incriminable es su cliente, por lo que debe descartar el supuesto de la fracci3n III.

c) La propiedad del cheque impagado corresponde a su tenedor, de manera que en ning3n caso el banco podria consignar el documento y tiene la obligaci3n de restituirlo a aquel en quien se re3nan las condiciones inherentes a la titularidad del mismo y de las acciones derivadas del acontecimiento. sin que esta conducta represente en forma alg3n "auxilio" o "cooperaci3n" al autor del posible delito; normalmente existe ---- acuerdo posterior a la ejecuci3n del citado suceso de fisonom3a t3pica; no se realiza la hip3tesis contemplada en la fracci3n IV. Como ya se dijo. por encima de cualquier dispositivo legal representa el cheque un valor perteneiente a su propietario, y nadie puede disponer arbitrariamente de 3l. frente a su titular, a menos de que se responsabilice ante 3ste de su denominaci3n pecuniaria. (58)

en el caso de que la ley obligará a los bancos a delatar a sus clientes, denunciando los eventos probablemente penales y atribuibles a los mismos, se dañarían, en abigarrada proporción, el crédito y la confianza deseable para el cheque, por una profilaxis social oficioso que nadie les ha encargado a las instituciones bancarias, porque a la postre y a mayor abundamiento, redundaría en perjuicio del bien precisamente tutelado por la norma: la Economía Pública.

Cualquier acto destinado por parte de los bancos en la comunicación al Ministerio Público Federal de los errores de sus clientes, a falta de un pedido expreso de dicha autoridad, representaría, en no poca medida, una violación extensiva al principio del secreto profesional, que en el caso toma el nombre particularmente de "Secreto Bancario". Las instituciones bancarias están obligadas única y exclusivamente a anotar en el cheque su presentación a tiempo y a su falta de pago total o parcial, pueden cancelar la cuenta del librador si en el lapso de treinta días emite hasta tres cheques sin provisión de fondos. Si bien es importante la persecución de los delitos, no lo es menos el interés general en que las instituciones de crédito se conservan al margen de suspicacias.

"... Estimo además, que no es recomendable ningún exceso especulativo en torno a las causas de convencimiento en el encubrimiento a favor de quienes incurrir en el delito de librar cheques en descubierto, porque precisamente, una de las maneras de no quebrantar la confianza que dicho instrumento de pago debe inspirar, es de interferir hasta donde lo permitan las circunstancias, su transferencia al exterior.

Al abrigo del desprecio general motivado por el libramiento de cheques sin fondos o sin autorización, los bancos suelen cargar en la cuenta del librador desaprensiva cantidad de cincuenta pesos por cada libramiento en vacío, (desde luego que a la fecha se ha elevado esa cantidad y la suelen cargar en la cuenta del librador) a título de indemnización extra-legal para el librado, por las manipulaciones y operaciones implicadas en el falso movimiento de la cuenta relativa. (59)

Para proceder de tal manera las Instituciones de Crédito se basan en la circular 479, de 24 de agosto del año de 1957. de la Comi-

sión Nacional Bancaria, cuya coducente me limito a transcribir:

" Los bancos deberán dar a conocer a sus cuenta-habientes el importe de los cargos que pretenden hacer por el manejo de sus cuentas de cheques, mediante estipulación que se hagan en los respectivos contratos que con ellos celebren.

Al efecto, se fijará un plazo de tres meses, contado a partir de la fecha en que se haga saber este acuerdo, para que las instituciones en vien los avisos correspondientes en relación por los contratos que ya ten gan celebrados".

Veamos ahora la postura guardada por el último tenedor del che- que, en orden a la problemática comisión por el delito de encubrimiento.

Una vez que el cheque pagado es devuelto por el banco por el ban co y obra en poder de su tomador, ¿debe denunciar éste, a todo tr nace, al librador, como presunto responsable de delito configurado, para no conver tirse en reo de encubrimiento, por favorecimiento?

Para esclarecer esta situación conviene recordar que el favoreci miento consiste en la presentación de ayuda, auxilio o cooperación, "a pos teriori", con el delincuente, a fin de que disfrute impunemente del éxito de su acción punible o eluda la persecución penal de la misma. ¿Cual es el resultado de la falta de pago de un cheque?..

Como instrumento de pago, el cheque, sirve, por regla general, para cancelar una deuda, una obligación pecuniaria del emisor con el recep tor. Sin olvidar la transferibilidad del título, por endosos o por mera tr adición, es indudable, que genericamente, el resultado de impago del che que (no delito en cuestión, el cual consiste en librarlo sin provisión de fondos) es la retención, la conservación en el activo patrimonial del librador del importe de la deuda que continuará insoluble mientras el cheq ue no sea cubierto. He ahí el dilema para el tenedor si denuncia el he- cho como delito, por civismo y para lavar la injuria inferida en la economía pública, atentará contra la suya propia porque, de acuerdo con la jurisprudencia imperante, ni siquiera por vía de reparación del daño obtendrá la recuperación del valor del instrumento contrariamente, si acude al ejercicio de la acción cambiaria, ante los tribunales civiles, puede cobrar el importe de aquél con más del veinte por ciento, a título de indem

nización, gastos, costas e intereses moratorios aunque esto solamente a razón del 6% anual. En consecuencia no se le podrá nunca tildar de encubridor, porque su conducta se plantea como antitética (opuesto) de to do favorecimiento para el librador quien por el momento quedará escarmentado.

Si todo ello no fuere bastante, el cheque impagado no es un documento "suyo" y ninguna autoridad puede molestarlo en su posesión ni privarlo de la misma, bajo pena de incurrir en flagrantes violaciones a la Constitución General de la República. No se diga que tanto puede -- exigir el pago de las prestaciones consecuenciales del impago como de-- nunciar la comisión del hecho punible, porque además de no ser aconsejable semejante conducta, en la realidad se presentan obstáculos verdaderamente invencibles. El tenedor se da casi invariablemente por satisfecho con hacer efectivo el cheque. Consumado el hecho típico, no es consejable jurídicamente goce alguno por el librador del daño que causa su comportamiento a la economía p^ublica.

Aún más, es procedente hacer la sutil distinción entre el resultado del libramiento de un cheque en descubierto, la lesión que se -- causa a la economía y el resultado del impago del instrumento: los ----trastornos y perjuicios producidos en la economía particular del tenedor. Es la oportunidad de destacar la confusión lamentable en que han decaído algunos autores, al no distinguir entre el resultado del impago del cheque y el resultado del delito, casi me atrevo a asegurar que buena parte de las discusiones hilvanadas al rededor del todavía a poco de batido tema obedecen a tal espejismo jurídico.

En la práctica se plantea el conflicto que de interés debe ceder frente al otro. Sin detenerme a estudiar en la causa motivadore -- del repudio bancario del instrumento, la parte general del artículo 193 de la ley General de títulos y Operaciones de Crédito, garantiza al tenedor el pago de los daños y perjuicios al 20% del valor del cheque. -- Por último el juez civil que interviene en el conocimiento de la demanda ejecutiva mercantil fundada en un cheque impagado, no es un investi-

gador, y no denunciandosele expresamente por nadie la comisión de un hecho delictuoso (artículo 482 del Código de Procedimiento Penales), como "títere de las partes", debe limitarse a ejercer su jurisdicción, en la forma y terminos que aquellos se lo piden y que lo hagan con sujeción a las formalidades legales. Por tanto, si como título que trae aparejada ejecución, el cheque sirve de base a un juicio de esa índole y, eventualmente, es pagado, con sus anexidades, por el librador, lo justo y racional es que se le mande entregar, por que lo ha rescatado como un símbolo de prueba de su obligación.

Sería inicuo, odioso y contraproducente que se le enjuiciara penalmente. No siendo un delito grave el libramiento de un cheque en -- descubierta, no debe alarmar a la sociedad con un proceso más." (60)

(60) Domínguez del Río, Op.cit., Página 230.

C O N C L U S I O N E S .

PRIMERA.- Los títulos de crédito vinieron a substituir el dinero en el mundo comercial, de ahí que han cobrado gran importancia en -- todas las operaciones mercantiles; de los títulos mercantiles más impor-- tantes tenemos al pagaré, letra de cambio y el cheque; éste último quiza el de mayor envergadura, pues su uso se ha generalizado a todos los estratos de la sociedades actuales.

SEGUNDA.- Siendo el cheque un substituto del dinero las legis-- laciones de los países civilizados tipificaron penalmente el no pago oportuno de uncheque librado por concepto de pago: en nuestra legislación se-- creó un tipo especial, previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sancionado como si fuera fraude.

TERCERA.- El tipo específico de libramiento de un cheque sin provisión de fondos se ha sancionado como fraude por considerarlo atentorio de las operaciones mercantiles reguladas por los bancos y no por el perjui-- cio patrimonial que el representaba al beneficiario o tenedor de un che-- que.

CUARTA.- En la práctica jurídica los abogados planteaban dos hipótesis a los clientes que acudían a ellos para que les cobrarán los -- cheques que les habían rechazado en el banco librado y que no se les había pagado por causa imputable al librador; dichas hipótesis eran las vías eje-- cutivas mercantiles y penal; en esta última, muchos abogados se servían de la Procuradurías Generales de Justicia para presionar a los librado-- res de esos cheques y obtener su pago.

QUINTA.- Penalmente subsistían dos tipos de delitos en el -- libramiento de un cheque ; el previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reformado y el fraude genérico o específico previsto en el Código Penal; su competencia obedecía en estricto sentido a la fecha en que se hubiere presentado el cheque para su co-- bro ante la Institución librada.

SEXTA.- Las sanciones penales correspondientes a los deli-- tos motivados por el libramiento de un cheque, eran en le ley especial -- (artículo 193) de seis meses a seis años de prisión y en el fraude pre-- visto en el Código Penal se atendía a la cuantía del daño patrimonial-lu-- cro, causado-obtenido.

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA ROMERO MIGUEL
DERECHO BANCARIO, Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición México D.F., 1983.
- BALSA ANTELO EUDORO
EL CHEQUE SU REGIMEN JURIDICO Y PENAL, Primera Edición, Editorial Depalma - Buenos Aires, Argentina, 1977.
- BAUCHE GARCIA DIEGO MARIO
OPERACIONES BANCARIAS, --- Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México D.F., 1981.
- BECERRA BAUTISTA JOSE
EL CHEQUE SIN FONDOS, Editorial Kino, S.A. Baja California, 1973.
- CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE
APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL, Segunda Edición, -- Editorial Cardenas, México D.F., 1976.
- CARRILLO ZALCE IGNACIO
DERECHO MERCANTIL, Editorial Banca y Comercio, S.A. Decima Quinta Edición, México D.F., 1977.
- CERVANTES AHUMADA RAUL
TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, Undécima Edición, Editorial Herrero, S.A. México D.F., 1979.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Décima - Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1977.

DOMINGUEZ DEL RIO ALFREDO

TUTELA PENAL DEL CHEQUE, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. México D.F., 1981.

GARCIA MAYNES EDUARDO

INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, Vigésima sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México D.F., 1980.

GONZALEZ RUSTAMANTE JUAN JOSE

EL CHEQUE, Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición, México D.F. 1970

MORINEAU OSCAR

EL ESTUDIO DEL DERECHO, Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición, México D.F., 1953

VILLALOBOS IGNACIO

DERECHO PENAL MEXICANO, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1985.

LEGISLACION CONSULTADA

CONSTITUCION POLITICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Editorial Trillas, Primera Edición, México D.F. 1983.

LEV GENERAL DE TITULOS Y
OPERACIONES DE CREDITO.

Editorial Porrúa, S.A., Edición 44a, México D.F. 1985

RAUL CARRANCA Y TRUJILLO
RAUL CARRANCA y Rivas

Código Penal Anotado
Editorial Porrúa, S.A.
Vigésima Sexta Edición,
México, D.F. 1984.