



881
24

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

JORGE VILLALPANDO BRAVO



MEXICO, D. F.

1990

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS FEDERATIVAS
DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

C O N T E N I D O

CAPITULO I : EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS COMO ESPECIE DE FRAUDE

INTRODUCCION.....	1
EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS COMO ESPECIE DE FRAUDE.....	5
1.1 Concepto.....	6
1.2 Antecedentes.....	12
1.2.1 Sistema del Código Penal de 1871.....	12
1.2.2 Sistema del Código Penal de 1929.....	14
1.2.3 Sistema del Código Penal de 1931.....	15
1.3 El fraude un delito patrimonial.....	17
1.4 Su regulación en México.....	24
1.4.1 Elementos constitutivos.....	24
1.4.2 El patrimonio como objeto jurídico.....	42
1.5 Penalidad.....	44
1.6 Causa personal de exclusión de pena y procedibilidad condicionada.....	46
1.7 La necesidad de equiparar ciertos delitos al fraude.....	51
1.8 La inclusión de la fracción XXI al artículo 387 del Código Penal.....	55

CAPITULO II : LA TECNICA DEL CHEQUE

LA TECNICA DEL CHEQUE.....	59
2.1 El cheque como título de crédito.....	60
2.2 La incertidumbre de su origen.....	73
2.3 Funciones del cheque.....	81
2.4 Fines que persigue el cheque.....	87
2.5 Justificación o injustificación penal del cheque	90
2.6 Legislación extranjera.....	95

CAPITULO III : PANORAMA HISTORICO DE LA PROTECCION DEL CHEQUE

PANORAMA HISTORICO DE LA PROTECCION DEL CHEQUE..	97
3.1 Código Penal de 1871.....	98
3.2 Código Penal de 1929.....	99
3.3 Código Penal de 1931.....	100
3.4 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.....	101
3.4.1 Constitucionalidad del artículo 193 de la Ley de Títulos.....	102
3.4.2 Planteamiento del problema.....	107
3.4.3 Naturaleza del delito previsto por el artículo 193 de la Ley de Títulos.....	110
3.4.4 Punibilidad.....	133

3.4.5	Competencia.....	140
3.4.6	Reparación del daño.....	142
3.4.7	Coparticipación.....	145
3.5	Fracción XXI del artículo 387 del Código Penal.	147

CAPITULO IV : ESTUDIO DEL DELITO DE FRAUDE
MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE
CHEQUES CONFORME A LA DOGMATICA PENAL.

	ESTUDIO DEL DELITO DE FRAUDE MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES CONFORME A LA DOGMATICA PENAL....	158
4.1	Elemento objetivo.....	159
4.2	Concepto de resultado.....	165
4.3	Nexo causal.....	169
4.4	Ausencia de hecho.....	170
4.5	El tipo en el delito de fraude mediante el libramiento de cheques.....	173
4.6	La antijuricidad en el delito de fraude mediante el libramiento de cheques.....	177
4.7	La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.....	181
4.8	La culpabilidad en el delito de fraude mediante el libramiento de cheques.....	183
4.9	Excusas absolutorias en el delito de fraude mediante el libramiento de cheques.....	187
4.10	Condiciones objetivas de punibilidad en el delito de fraude mediante el libramiento de cheques.....	188
4.11	Tentativa y consumación en el delito de fraude mediante el libramiento de cheques.....	189
	CONCLUSIONES.....	193
	BIBLIOGRAFIA.....	195

INTRODUCCION

Innegablemente, uno de los delitos más complejos y ambiguos, es el delito de fraude, y quizá más aún lo sea cuando el delito de fraude se comete mediante el libramiento de cheques.

En efecto, la regulación del libramiento de cheques en las distintas legislaciones, fue y sigue siendo objeto de bastos y fecundos escollos, a los que aún, no se les ha encontrado una solución unánime.

La normatividad del libramiento de cheques se ha hecho desde distintos aspectos, protegiéndose intereses de lo más variado, intereses en los que no todos están de acuerdo en que sean protegidos por el ordenamiento jurídico, ya que de continuar siendo tutelados éstos, sería perder de vista en gran medida la función de la ley penal y que no es precisamente la de imponer costumbres e instituciones.

Actualmente de conformidad con nuestra legislación, no puede hablarse ya del delito de libramiento de cheques sin fondos o sin autorización, en su defecto, sólo puede hablarse en todo caso del delito de fraude mediante el libramiento

miento de cheques. Y digo actualmente, porque no siempre fue así. Con el surgimiento de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, el cheque fue regulado de una manera especial, diferente, aunque pese a la afirmación de algunos tratadistas, esta nueva forma en que fue regulado el cheque no fue una innovación que haya introducido el legislador de 1932, toda vez que de la misma forma ya había sido regulado por otros países. Esta forma especial a la que me refiero, se hace consistir en que el legislador no pretendió tutelar el patrimonio de los particulares que se vería afectado, cuando el cheque no le fuera pagado, sino proteger el interés por aceptar a dichos títulos como sustitutos del dinero, esto es, se tuteló la circulación fiduciaria del cheque, en tanto que se pensó que su reiterado uso y plena aceptación traería aparejado, un mayor y más seguro desenvolvimiento para la economía del país, principalmente. Este razonamiento fue vertido con posterioridad, por especialistas, después de haber realizado un esmerado y acucioso estudio elevado aún a la calidad de jurisprudencia, ya que la exposición de motivos de dicha ley fue omisa, al no especificar qué fin se persiguió al regular de nueva cuenta el libramiento de cheques, si ya lo había hecho un año antes el Código Penal, con admirable finura jurídica según el entender de algunos. Pues bien, si el cheque ha sido motivo de fecundos embates entre los tratadistas, podemos afirmar categóricamente

camente que lo ha sido aun más dentro de nuestro medio. Dicha pugna se originó con motivo de la existencia de dos normas que regulaban el libramiento de cheques, pero que como quedó demostrado, de una manera distinta. Por un lado el Código represivo lo reguló en la fracción III del artículo 387 que se refiere a los delitos que se equiparan al fraude, donde el bien jurídico tutelado era el patrimonio de los particulares y en donde el fin perseguido por el librador del cheque era la obtención de un lucro o una cosa determinada; y por otro lado la Ley de Títulos en su numeral 193 lo reguló de una manera tal que el objeto jurídico tutelado, no era el patrimonio de los particulares, en este caso del beneficiario del documento, sino la circulación fiduciaria del cheque, y donde el fin perseguido por el agente no era la obtención de un lucro, sino el simple impago del documento. Pero como esta última no tenía una sanción específica, sino que remitía a la sanción que la ley fijaba para el delito de fraude, en un principio se llegó a asimilar este nuevo tipo penal al delito de fraude, y no se le atribuyó las características arriba apuntadas; fue hasta tiempo después cuando logró desligarse un tipo de otro fijándose las cualidades y diferencias que revestían ambas normas, desplegando con esto un sinnúmero de problemas e interrogantes, que en el transcurso de este trabajo expondré, así como cuáles fueron sus soluciones y si dichas soluciones siempre

fueron las mismas, y si no fue así qué motivos existieron _
para ello.

Y sobre la forma en que esta regulado actualmente por nues-
tro derecho represivo, será el motivo fundamental del pre -
sente trabajo; a lo que quisiera sólo anticipar que al _
igual que durante la vigencia de la Ley de Títulos el che -
que ha sido regulado nuevamente dos veces, sólo que ahora _
de la misma forma.

**CAPITULO I.- EL LIBRAMIENTO
DE CHEQUES SIN FONDOS COMO
ESPECIE DEL FRAUDE.**

1.1 CONCEPTO

Etimológicamente fraude proviene del latín *fraus*, *udis*, *fraudis* que es genitivo de *fraus* y que significa engañar, usurpar, despojar, burlar con fraude, *fraudentus*, equivalente a fraudulento, engañoso, fingido, falaz, malicioso.(1)

El término en que las diversas legislaciones han aludido a este delito no ha sido el mismo, tal es el caso por ejemplo de España, que lo ha denominado como estafa, México que en su artículo 386 del código de la materia se refiere a él como fraude. Carrará por su parte ha preferido el término estelionato al considerar que: "La palabra fraude que indica tan solo un elemento del hecho (aunque sea el principal), y no su objetividad verdadera, por lo cual se hace más sensible por esta parte lo defectuoso de la nueva palabra; y como fraude expresa una condición común a muchos otros delitos, da lugar a confusiones, y en este mismo delito confunde uno de sus elementos con el hecho mismo. El estelionato es el delito; el fraude es sólo un requisito esencial"(2)

(1) Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. 2a. Edición. 1987.

(2) CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis Bogotá. 3a. Edición. Volumen VI. 1974. P.414.

Podría decirse que comenzó a regularse ya desde los pueblos antiguos, a fin de asegurar la honestidad en las relaciones comerciales, evitando con esto la exigencia de un precio mayor al debido, alteraciones de calidades, pesas, medidas, etcétera.

Ya el Código del Manú sancionaba al que vendiera grano malo por bueno, cosa vil por fragante, cristal de roca colorado por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, etcétera; asimismo el Código de Hamurabit castigaba las falsificaciones de pesas y medidas; las leyes hebraicas a los comerciantes que se aprovechaban del estado de necesidad en que se encontraban algunos de los compradores; por último el Corán a los que realizan cualquier tipo de maniobra que les permitiese vender a un precio superior.

No obstante que estos pueblos ya regulaban algunas conductas que en la actualidad son estimables como fraude, carecían de un principio conceptual. Y ante la imposibilidad de una noción técnica de este delito, se llegó a regular de manera casuística al mismo, incluyendo aún hechos no fraudulentos.

Pero no fue sino hasta mediados del siglo XIX, y debido al desarrollo del tráfico mercantil y el comercio jurídico

cuando este delito cobró de manera precisa su completa estructura, marcándose los límites con los otros delitos patrimoniales ya existentes.

En términos generales lo que caracteriza a este delito en estudio, es el engaño que con el propósito de obtener un lucro o hacerse de una cosa realiza el sujeto activo en detrimento de otro. De esa misma forma lo conceptualizan doctrinarios como Soler quien afirma "el verbo defraudar empleado en el sentido propio y común de los delitos contra el patrimonio, hace referencia a un perjuicio de naturaleza patrimonial logrado por medios fraudulentos, especialmente, por medios que actúen sobre la voluntad de un sujeto, determinando una resolución tomada libremente, pero encontrándose aquél en error acerca del significado de lo que decide", (3)

Este delito ha sido tipificado de muy diversas formas. Tal es el caso del Código Francés que ha tenido que acudir al método casuístico a fin de asegurar la represión del mayor número de comportamientos fácticos.

(3) SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial Tipográfica. Tomo V. 3a. Edición. 1956. p.331.

Fue por esto que Garraud citado por Jiménez Huerta dijo que: "la impunidad era el premio que el Código otorgaba al delincuente que imaginare y pusiere en práctica un procedimiento para estafar diverso de lo que la ley describía".(4)

El método utilizado por el Código francés, resultó poco contundente ya que escapaban a él, un sin número de conductas merecedoras de una sanción de este tipo. Aunque lo cierto es que dio por terminado aparentemente, la cuestión a fin de determinar de manera nítida y precisa la diferencia entre el fraude civil y el fraude penal, ya que se pensó que los casos no comprendidos en la enumeración que hacía la ley, habían de reputarse como fraude de naturaleza civil.

Ya desde épocas inmemoriales se ha intentado por las distintas legislaciones dar una definición de fraude tal, que permita encuadrar dentro de ésta a todas aquellas conductas matizadas de la misma esencia antijurídica, emancipándose de esta forma del método casuístico normalmente informado.

(4) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo IV. 5a. Edición. 1984. p.134.

Fue así que el legislador de las siete partidas al advertir la imposibilidad de dar una definición de fraude, recurrió a ejemplificar algunas de sus formas a fin de aportar mayores elementos de juicio que le permitieran al juzgador diferenciar los artificios criminosos de los que no lo eran. En la actualidad se ha querido dar por terminado el problema, recurriendo a la ejemplificación, aunque dicha ejemplificación no es exhaustiva sino demostrativa.

El sistema seguido por México es el impuesto por el legislador toscano aunque invertido, toda vez que éste posterior a una enunciación de casos especiales de fraude, da una definición genérica en estos términos: "también incurre en este delito, el que sorprendiendo la buena fe ajena con artificios, maniobras o ardidés diversos de los específicamente mencionados, obtiene una ganancia injusta en provecho de otro"; en tanto que el Código Penal de México después de brindar una definición genérica del mismo, detalla otras tantas conductas fraudulentas.

Esto significa que ante lo arduo de encontrar una definición que comprendiera íntegramente en reducidos términos la complejidad del fraude, prefirieron hacer una lista detallada de casos de incriminación, provistos cada uno de constitutivas especiales, pero comprendidos todos ellos bajo la denominación común de fraude.

Entonces, ha sido propósito fundamental y no sólo de los modernos Códigos, formular un concepto de fraude que permita subsumirse en el mismo, todos los casos que manteniendo los elementos rectores de este delito se presenten en la vida cotidiana o no, ya que por más intentos que se hagan por contemplarse específicamente en la ley a todos ellos, siempre escaparían a la misma múltiples y muy variados casos.

Es por ello que algunos Códigos han optado por dar amplias definiciones que evita escapen a la sanción penal hechos notoriamente fraudulentos no previstos por la casuística legal. Tal es el caso por ejemplo del Código Suizo que en su artículo 146 establece que "comete el delito de fraude el que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, astutamente haya inducido en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladoras de hechos verdaderos, o haya explotado el error en que ésta se hallaba, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero"; de la misma forma el Código italiano en su artículo 640 declara que incurre en el expresado delito "a quien con artificios o engaños induce a alguno en error, para obtener para sí o para otro un provecho injusto en daño ajeno..."

Los elementos conceptuales que caracterizan a esta especie típica estriban en la obtención de una cosa o en el logro

de un lucro indebido por medio de engaños, maquinaciones o artificios, como fácilmente se desprende del párrafo primero del artículo 386 de nuestro Código penal y 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". Y lo que es más, dado que la naturaleza del fraude se ha hecho cada vez más compleja al acrecentarse su ámbito delictivo; algunos Códigos no sólo enmarcan a los engaños, maquinaciones, artificios, astucias o ardides como medios comisivos de este delito, sino también a la explotación (artículo 146 del Código penal suizo) o aprovechando el error en que la persona se halla (artículo 386, párrafo primero del Código penal de México).

1.2 ANTECEDENTES

1.2.1 Sistema del Código Penal de 1871.

Dentro de la reglamentación de este Código punitivo se establecía una definición general del "fraude contra la propiedad"; así en su artículo 413 establecía: "Hay fraude siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o

alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél."

De la restringida redacción del precepto, por el empleo de la frase "con perjuicio de aquél", resultaba que el que representía el perjuicio patrimonial debía ser precisamente el engañado, omitiéndose el caso en que se indujese a error a una persona para obtener de ella la cosa o el lucro a costa de otra distinta.

Por cuanto respecta a la pena se atendía a dos hipótesis distintas: a) en los artículos del 416 al 431 se describían casos, si bien comprendidos ya en la definición general, especialmente mencionados, tales como: los fraudes de enajenación de cosas falsas; de enajenación de cosas con conocimiento de no tener derecho a ello; trampas en los juegos de azar; giro de ciertos documentos que se sabe no han de ser pagados; venta doble de una cosa etcétera; estos casos de fraudes especificados se sancionaban, generalmente, con la penalidad del robo simple; b) en el artículo 432 de la misma codificación se determinaba que cualquier otro caso de fraude de los no especificados expresamente se castigaría con multa igual al veinticinco por ciento de los daños y perjuicios, sin que pudiera exceder de mil pesos. De modo tal, que estos fraudes no especificados, resultaban sancionados con una pena pecuniaria y no con pena corporal.

Además, el mismo Código, en su artículo 414, creó un especial delito muy semejante a la "escroquerie francesa", de la siguiente forma: "El fraude toma el nombre de estafa cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o billetes de banco, de un documento que importa liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad."

La exclusión de la falsedad en la figura de estafa mereció severas críticas, porque en la práctica la mayor parte de las maquinaciones y artificios consisten precisamente en la simulación documentaria. (5)

1.2.2 Sistema del Código Penal de 1929.

La principal reforma introducida por la efímera y poco técnica legislación de 1929 fue de nomenclatura. En efecto designando como estafa al delito en general, siendo en todo caso la especie del fraude. Haciendo al igual que la anterior legislación una lista detallada de casos de incriminación.

(5) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa. 21a. Edición. 1986. p. 249.

1.2.3 Sistema del Código Penal de 1931.

Antes de las reformas sufridas por decretos del 31 de diciembre de 1945 (Diario oficial del 9 de marzo de 1946), del 31 de diciembre de 1954 (Diario oficial del 3 de enero de 1955) y del 2 de enero de 1968 (Diario oficial del 7 de marzo de 1968), por cuanto respecta a la reglamentación del delito de fraude, siguió un sistema distinto al de las antiguas legislaciones mexicanas.

En efecto, en los Códigos de 1871 y 1929 se acudía primeramente por definir de manera genérica al fraude, empleando una fórmula igual a la del encabezado del artículo 386 reformado del Código penal; y ya después se detallaban distintos casos específicos de fraude aunque cada uno con su respectiva penalidad; pero todos aquellos casos contemplados por la ley como específicos habían de reunir los mismos elementos constitutivos que caracterizaban al fraude genérico. Cuando el fraude era cometido empleando "maquinaciones y artificios" se estimaba como fraude calificado, regulándose por separado como un delito especial. A este delito se le conoció como estafa, nomenclatura que como ya lo dije antes ha sido conservada aún por las actuales legislaciones.

Y debido al abuso de la casuística por estos ordenamientos

dificultaban enormemente la tarea de interpretación.

El Código actual en su redacción original, varió radicalmente el sistema de exposición reglamentaria del delito y enumeraba diferenciada y autónomamente los fraudes en las fracciones de los artículos 386, 387 y 389 derogados.

Excluyó la mención de una definición genérica, prefiriendo enunciar ciertos casos que habrían de reputarse como fraudes, pero con características propias cada uno de ellos sin importar las constitutivas que cada uno de ellos tuviera.

Como consecuencia de las reformas de 1945, 1954 y 1968 en el artículo 386, se acude de nueva cuenta a la definición de fraude genérico, manteniendo como constitutivas no sólo al engaño y aprovechamiento del error, sino también a las maquinaciones y artificios que ya no habrían de considerarse estas últimas como elementos constitutivos del antiguo delito de estafa o fraude calificado, toda vez que la penalidad en ambos casos comprende los mismos márgenes.

"Altamente dudoso es el acierto de dicha modificación, pues por una parte, el precepto derogado ponía bien en relieve la íntegra dinámica del delito de fraude; y por otro, tenía en cuenta, a los efectos de la pena, la mayor intensidad de la acción ejecutiva." (6)

(6) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob.cit. p. 146.

En el Código actual las penas siguen siendo las mismas tanto para el fraude genérico, como para los casos específicos que contempla el artículo 387 y no obstante con que este último artículo considera a ciertas conductas como fraude, en realidad no lo son algunas de ellas por no reunir las características inherentes a lo que en la jerga jurídica se conoce como fraude.

1.3 EL FRAUDE UN DELITO PATRIMONIAL

El delito de fraude es un delito patrimonial; de esta forma se encuentra regulado por el Código punitivo vigente en el Título Vigésimosegundo del Libro Segundo el cual lleva por rubro "Delitos en contra de las personas en su patrimonio".

Dentro de este título también se encuentran regulados el delito de robo, abuso de confianza, administración fraudulenta, quiebra, despojo, usurpación de bienes inmateriales y daños; delitos todos estos en donde el patrimonio de las personas es el bien jurídico tutelado.

Pero si en todos estos delitos el patrimonio es el bien protegido por el Código, conviene entonces precisar que se en-

tiende por patrimonio.

El concepto de patrimonio tiene su cuna en el Derecho Civil. No obstante con que el Código civil no aporta un concepto general del mismo, la reconstrucción dogmática de sus preceptos ha permitido a los juscivilistas llegar más o menos a definirlo.

Y digo más o menos porque no se ha llegado a aceptar de manera unánime, qué elementos habran de integrarlo. Porque así como Maggiore hay quienes sostienen que "el patrimonio está integrado por la universalidad de derechos y obligaciones de índole económica y estimación pecuniaria, pertenecientes a una persona" (7), hay quienes también defienden que el patrimonio no sólo está integrado por cosas estimables en dinero, sino también por aquellas que carecen de valo económico.

Este desacuerdo se deriva principalmente, de que muchos doctrinarios al intentar conceptualizar al patrimonio atienden básicamente a su significado gramatical, y así tenemos que deriva del término latino "Patrimonium" y significa: Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes, o bie

(7) MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá. Volumen V. 4a. Edición. 1972. p. 4.

nes propios que se adquieren por cualquier título".(8)

También se identifica la palabra patrimonio con el vocablo riqueza. Riqueza por su parte, significa abundancia de bienes, y bien o bienes significa utilidad en su concepto más amplio.

Pero gramaticalmente, ni la palabra "bien", ni la palabra "riqueza", se reducen a considerar la noción económica. Riqueza significa abundancia de bienes, y bien o bienes significa utilidad en su concepto más amplio. De aquí resulta que si el patrimonio está formado por los "bienes", no hay razón para suponer que la idea de "bienes" se reduzca a las cosas económicas.(9)

Es por esto que innovadores tratadistas, no vinculan la noción de patrimonio a lo económico forzosamente.

A grosso modo son estos algunos de los razonamientos, cuando menos los de mayor peso, que tienden a defender la postura de considerar al patrimonio no como un concepto sinónimo de lo económico, sino un concepto más amplio, que comprenda también a lo económico pero no únicamente a éste.

(8) Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española la. 19a. Edición. p. 990.

(9) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio. Editorial Cajica. p.172.

Entonces, podemos darnos cuenta que ni en el derecho privado existe un concepto de patrimonio universalmente aceptado.

Ahora bien, al entrar al terreno penal que es el que nos interesa, nos encontramos con la cuestión relativa a fin de determinar si los códigos punitivos, deben o no adoptar el concepto imperante que sobre el patrimonio se da en el derecho privado, existen dos teorías. La primera sostiene la identidad de las dos nociones de patrimonio, y es, en el fondo, la doctrina que le reconoce al derecho penal un carácter exclusivamente sancionatorio. Este derecho no crearía nada, sino que se limitaría a reforzar las sanciones protectoras del patrimonio, impuestas por el derecho privado, aceptando la noción dada por éste. En cambio, la segunda teoría sostiene la autonomía del concepto de patrimonio para los fines penales, esto es, en el sentido de que las nociones de patrimonio y de cada uno de los derechos patrimoniales toman distintos aspectos ante el derecho penal, aunque en general se deduzcan del derecho privado.

Maggiore y Manzini, se inclinan por esta última, el primero al afirmar que "es la más aceptable, no sólo porque se ha demostrado como inaceptable en sentido absoluto la concepción sancionatoria del derecho penal,(9)el segundo porque no siem

(9) MAGGIORE, Giuseppe. Ob.cit.p. 6 .

pre es posible trasladar los conceptos del derecho civil a la esfera, a veces más restringida, a veces más amplia, que la tutela penal nos señala .(10)

Interviene Pavón Vasconcelos en torno a esta intrincada discusión diciendo "... si bien el significado de patrimonio es muy específico, y en términos generales, comprende todo aquello que el individuo posee, aunque carezca de un valor tangible, tales significaciones en nada interesan al derecho punitivo porque su concepto no permite encontrar la objetividad jurídica de las diversas figuras comprendidas dentro del Título Vigésimosegundo del Libro Segundo del Código Penal".(11)

Penalmente, el concepto civilista viene a ser no sólo estrecho sino inadecuado. Si recordamos la noción civilista tradicional, ha considerado al patrimonio como una universalidad de derechos y obligaciones, apreciables económicamente, pertenecientes a una persona; ahora, desde el punto de vista penal hay que tomar en cuenta que únicamente la parte activa del patrimonio puede ser afectada por las acciones típicas que conforman delitos patrimoniales y el valor económico del objeto del delito es intrascendente en ciertos aspectos.

(10) MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ediar Editores. 1948. p. 172.

(11) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. 1960. p. 13.

Nuestro Código abrazó esta postura, al hacer extensiva la protección penal a aquellas cosas que no tienen un valor económico. Tan es así que por ejemplo el artículo 371 del Código Penal señala expresamente la pena imponible cuando "por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero..." la cosa robada.

Así tenemos, que el patrimonio penalísticamente concebido, lo integran todas aquellas cosas que, según el artículo 747 del Código Civil, pueden ser objeto de apropiación.

Cuando esta posibilidad deviene en realidad, se muta la cualidad del objeto, pues las cosas y los derechos se transforman en bienes patrimoniales. Las cosas y los derechos que constituyen el patrimonio de las personas, son, por tanto, los bienes patrimoniales. Y al interés jurídico sobre estos bienes hace clara referencia el Título Vigésimosegundo del Libro Segundo del Código penal cuando adopta la denominación de "Delitos contra las personas en su patrimonio".

A propósito del rubro que lleva el título en comento; los anteriores códigos al referirse a esta clase de delitos utilizaban el término de "propiedad" en lugar de patrimonio. Siendo más correcto este último término, puesto que en algunos de estos delitos no sólo se tutela la propiedad

sino también el derecho de posesión y los derechos reales en general.

Atinadamente Puig Peña, estima que "la expresión 'delitos contra el patrimonio' debe ser aceptada, ya que con ella se entiende empleada, en sentido lato, la palabra propiedad, puesto que se comprenden además otros derechos, como el de posesión, aún en su forma de simple tenencia, y los derechos reales en general."(12)

Además por otro lado, la denominación delitos contra la propiedad es inadecuada como lo hace ver Francisco Arroyo Alba "... por el hecho de que la propiedad es una abstracción jurídica inerte, no pueden recibir daño del delincuente, deberían haberse llamado en todo caso 'delitos contra las personas en sus propiedades'".(13)

Partiendo de lo anterior podemos concluir que, el delito de fraude está regulado por el Código de la materia dentro del capítulo relativo a los "delitos en contra de las personas en su patrimonio"; que el objeto jurídico tutelado por el multicitado capítulo es el patrimonio de las personas; que los bienes patrimoniales tutelados por el capítulo en comen

(12) PEÑA, Puig. Derecho Penal. Ediciones Nauta S.A. Volumen II. Tomo IV. 5a. Edición. 1959.

(13) ARROYO ALBA, Francisco. Estudio Sociológico Jurídico sobre el delito de fraude. U.N.A.M. 1a. Edición. 1962. p.65.

to son reales únicamente, pero que en diversos ordenamientos se protegen bienes patrimoniales personales como por ejemplo los derechos intelectuales e industriales; que el concepto imperante en el derecho privado acerca del patrimonio no es el acogido por la tutela penal por estimar como integrante del mismo aquellas cosas no susceptibles de ser valuadas en dinero, basta con que sean afectivas para su titular; y que el término utilizado por nuestra legislación, esto es "delitos contra las personas en su patrimonio", si bien podría no ser absolutamente correcto, sí es en todo caso el que más se le apróxima a su naturaleza.

1.4 SU REGULACION EN MEXICO

1.4.1 Elementos constitutivos.

Los elementos constitutivos del delito de fraude se desprenden fácilmente de la definición que sobre el mismo, da el Código penal en su artículo 386, los cuales son:

- a) Una conducta falaz;
- b) Un acto de disposición;
- c) Un daño y un lucro patrimonial.

En virtud de que presupone el desplazamiento o la disminución patrimonial que implica el acto de disposición, el delito de fraude es un delito material o de resultado.

Del análisis del artículo 386 del Código penal podría parecer que coexisten dos nexos; pero no es así, simplemente se trata de dos momentos distintos; el primero de ellos se desprende del término "engañando" y consiste en una conexión psicológica que hay entre la conducta engañosa y la causación del error; y el segundo se advierte de la frase "se hace ilícitamente de la cosa o alcanza un lucro indebido" el cual consiste en una conexión material que debe existir entre el error causado y el acto de disposición patrimonial que realiza la víctima.

Y sólo cuando concurren ambos momentos queda consumado materialmente el fraude. La tentativa se puede presentar de dos formas; cuando el engaño se despliega pero no prende en la mente de la víctima y cuando el engaño llega a influir en la víctima determinándola a realizar el acto de disposición pero que no se llega a concretar por causas ajenas a la voluntad del agente.

Procederemos entonces, a analizar, las formas que puede revestir el primero de los elementos que constituyen el delito de fraude.

a) Conducta falaz.

Viene a ser la conducta falaz el primer elemento con el que se inicia el proceso ejecutivo en el delito de fraude. Dicha conducta está presidida por un elemento de naturaleza predominantemente psíquica, pues, en esencia, consiste en determinar a otro, mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error sin hacerle saber la realidad objetiva de manera anticipada.

Atendiendo a su antijurídica intensidad fraudulenta, la conducta falaz puede clasificarse en tres diversos grupos. El primero de estos tres grupos lo conforman las maquinaciones y artificios, que en un principio se consideró que para integrar el delito en estudio debían ser empleados sólo estos por el agente a fin de hacer caer en el error al sujeto pasivo. Con el transcurso del tiempo se llegó a aceptar al engaño como medio idóneo para sumergir en el error a otro aunque no fuera acompañado de aquél aparato externo y corpóreo, creándose de esta forma el segundo de estos grupos a que estamos haciendo mención. Y por último, el sólo aprovecharse del error en que se haya la víctima basta para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude; algunos Códigos modernos han incorporado a su legislación esta última forma de exteriorización de la conducta, siendo el de México uno de ellos.

Ha de ser el juzgador el que al momento de aplicar la pena tome en cuenta y valore la densidad antijurídica de cada una de estas formas de manifestación de la conducta requeridas por este tipo penal.

a") Maquinaciones y artificios.- Reza el artículo 386 del Código penal vigente "Comete el delito de fraude, el que engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".

Bien podría pensarse de la lectura de este precepto, que las maquinaciones y artificios como formas de exteriorización de la conducta típica, han sido suprimidas quedando sólo en el recuerdo de lo que alguna vez constituiría el delito de estafa; pero no es así, el fraude realizado mediante maquinaciones y artificios no deviene en atípico toda vez que queda abarcado por la frase "...el que engañando a uno..." empleada en el primer párrafo del citado artículo.

Y como el empleo de maquinaciones y artificios para engañar o mantener en el error a la víctima representa mayor peligro que el vulgar defraudador; puesto que en la preparación artificial de sus engaños muestra mayor malicia dificultando la previsión del atentado y su posible evitamiento por la víctima, es por todo ello que el legislador de 1931 lo

reconsideró, y en el párrafo tercero del artículo 386 agravaba la pena del delito de fraude estableciendo: "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones y artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado...". Este párrafo fue soslayado en definitiva por la reforma que se hizo al artículo 386 el 29 de diciembre de 1981, y que como ya quedó asentado en su oportunidad fue criticada severamente la susodicha reforma.

Ahora bien, partiendo de la premisa de que las mismas, son formas de comisión invivitas en el término engaño, procede a mencionar qué se entiende por maquinaciones y artificios.

Las maquinaciones o artificios son siempre manifestaciones dolosas del engaño, sólo que elaboradas objetivamente y que dan por resultado obtener lo ajeno.

González de la Vega al hablar de las distintas conductas que conllevan al fraude dice: "que entre el primer párrafo del artículo 386 y la estafa existe una relación de género a especie, el fraude de engaño o aprovechamiento del error es la regla general y se aplica para la defensa de toda suerte de engaños; la estafa es un caso especial limitado

a la protección de los bienes contra las falacias preparadas objetivamente, es decir, maquinadas o artificiosas".(14)

Se requiere que dichas maquinaciones y artificios tengan la necesaria corporeidad, visualidad o tangibilidad para alterar la verdad, haciendo creer con esto que la mentira es la viva realidad.

"Al amparo de esta corporeidad material se ha sostenido que el fraude es un delito constructivo, queriéndose indicar con dicha frase que el delito surge cuando las afirmaciones falsas y mendaces aparecen arquitecturadas en hechos externos y corporeos que les prestan una aparente realidad, ilusoriamente visual y tangible".(15)

No se habrán de considerar como maquinaciones o artificios a las simples palabras, sin importar que fascinantes o sugestivas sean éstas.

Dichas palabras habrán de ir acompañadas de un hecho material que permita simular a la mentira como auténtica realidad.

Ese elemento corporeo que habrá de favorecer a las palabras bien puede presentarse antes, en el mismo momento o después.

(14) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. p. 252

(15) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. cit. p.146.

de ser pronunciadas éstas.

En su Programa de Derecho Criminal Carrará nos dice que para que exista artificio no basta el sólo discurso aunque fuere elocuente, mediano y persuasivo necesitase, además que se ejecute algo que compruebe las afirmaciones falsas .

(16)

Para esclarecer lo anterior y tener una idea más completa del sinnúmero de formas en que pueden darse el uso de maquinaciones y artificios a fin de cometer el delito de fraude, estime conveniente citar al maestro Jiménez Huerta quien de manera ejemplificativa menciona algunas de ellas: "puede afirmarse que cuando las simples palabras van acompañadas de falsificaciones de sellos, marcas, patentes o nombres comerciales existentes o ficticios para acreditar la procedencia de las mercancías; de amañadas reliquias de incálculable valor emotivo, de aparatos, artefactos o máquinas demostrativas de 'sorprendentes inventos', del concurso de otras personas para materializar y hacer verosímil la afirmada existencia de empresas o negociaciones inexistentes, de documentos o certificados apócrifos, de contabilidades alteradas o balances ficticios o ilusorios; de procedimientos ju-

(16) CARRARA, Francisco. Ob. cit. p. 423.

diciales simulados y basados en probanzas espurias, de la ostentación de simulada riqueza; de la exhibición de un cofre repleto de falsificadas piedras preciosas, de títulos, uniformes, insignias, cartas o documentos falsos acreditativos de un nombre, profesión, industria, comercio, calidad o carácter que no se tiene; de enfermedades o mutilaciones supuestas; de aparatos mecánicos artificialmente alterados, como taxímetros o contadores de gas o de agua; de artefactos para juegos de azar-ruletas, caballitos, etc. -con alturas que disminuyan o anulen la posibilidad de ganancia; de barajas marcadas o entresacadas o de cualquier trampa etc."(17)

Por último, en la redacción original del Código de 1931 antes de sus reformas, así como tradicionalmente en nuestros Códigos anteriores, el fraude cometido mediante maquinaciones y artificios (conocido como estafa) debería recaer exclusivamente en bienes de naturaleza física mueble o de naturaleza documentaria o crediticia también mueble. Empero, de la redacción del Código en nuestros días, no se especifica la naturaleza de las cosas sobre las que puede versar el delito. Por lo que la estafa puede ahora referirse, también a inmuebles, no obstante que éstos por su propia naturaleza física, son en general más fácilmente recuperables en casos de fraude.

(17) JIMENEZ HUERTA, Nariano. Ob. cit. p. 147, 148 y 149.

b") Engaños.- Sobre la palabra engaño el diccionario nos ilustra diciendo que significa "falta de verdad en lo que se dice, hace, cree o piensa".(18)

Por eso Vasconcelos entiende por engaño "el medio de que vale el agente para inducir a otro a creer lo que no es".(19)

Este elemento, es el típico del fraude y el que lo diferencia de las otras formas de apropiación.

El engaño supone, una actividad del agente para inducir a error al sujeto pasivo del delito y mediante la explotación del mismo obtener la entrega de la cosa o la obtención del lucro indebido.

El engaño constituye el medio comisivo para provocar el error.

El error en términos generales viene a ser la ignorancia o falso conocimiento de una situación de hecho.

(18) Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. p.1261.

(19) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Ob. cit. p. 199.

El error, por costumbre, se da sobre el estafado, pero también puede influir sobre otra persona distinta, cuando las artimañas van dirigidas a ella; o sea en pocas palabras, uno puede ser el engañado y otro el perjudicado.

Se actúa engañando siempre que se engendra o refuerza en el sujeto pasivo del engaño un convencimiento o un sentimiento equivocado que ilusóricamente lo determina a la disposición patrimonial.

Los engaños y artificios en el fondo expresan una misma cosa; el engaño, figurado con distinta gradación de intensidad.

c") Aprovechamiento del error.- También es considerado por nuestro Código vigente, como medio idóneo de comisión del delito de fraude el aprovechamiento del error y así en su numeral 38b señala "... el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla..."

Desde la antigüedad ha sido considerado, por algunas legislaciones tal es el caso del Código alemán de 1871, como medio fraudulento el mantenimiento de un error.

El mantenimiento del error implica un comportamiento engañoso.

Puede decirse que este medio comisivo conlleva una menor intensidad causal y antijurídica que el engaño. No obstante nuestra legislación parifica a ambos en cuanto a la pena.

En el aprovechamiento del error el agente disimula la realidad evitando con su actitud salga del error en que por su mentalidad, distracción o torpeza se encontraba inmersa.

A diferencia de lo que sucede en el engaño que implica, una actividad del agente para inducir a error al sujeto pasivo del delito para obtener la entrega de algo o la obtención del lucro indebido, en el aprovechamiento del error no es necesario, en todo caso, una actividad del sujeto activo, quien por lo general simplemente se aprovecha de la falsa concepción que una persona tiene sobre un hecho cualquiera para llegar al resultado antijurídico.

Empero, han de darse casos en que el agente, para reforzar el estado de error que con anterioridad priva en la psique del pasivo, ejecute actos tendientes a tal fin, para obtener de ese modo, el lucro ilícito o la entrega de la cosa.

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

González de la Vega al equiparar estos dos medios comisivos señala que "en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente, conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa. Lo común al engaño y al aprovechamiento del error, es el estado psíquico en que se encuentra la víctima, una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude."(20)

b) Un acto de disposición.

Precisamente lo que caracteriza a este delito, y que lo diferencia del resto de los delitos contra el patrimonio, es que el sujeto pasivo entrega voluntariamente la cosa, objeto del delito al estafador.

La obtención física o virtual de las cosas se logra, no contrariando la voluntad de la víctima, ni siquiera en ausencia de su consentimiento, sino contando precisamente con su anuencia, aunque hay que aclarar que ese consentimiento es consecuencia de un error, error producido por el engaño o preexistente sin intervención del sujeto activo.

(20) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. p. 251.

No es necesario que dicha entrega de la cosa, haya de ser material, basta con que sea virtual, término este empleado por el derecho privado.

Si la disposición patrimonial que efectúa el sujeto pasivo del engaño, es consecuencia de la conducta engañosa, ésta se ha de vertir sobre un individuo con la capacidad psicológica suficiente para que a través de los distintos medios comisivos puedan mover su voluntad y llevarlo a realizar un acto de disposición patrimonial. Es por ello que cuando el sujeto pasivo carece de la capacidad de entendimiento y de querer, el delito de fraude no puede existir por falta de imprescindibles bases psíquicas para que pueda afirmarse que hubo efectivamente una disposición patrimonial.

Esta capacidad de entendimiento habrá de presentarse en el mismo momento en que se virtió el engaño. Es por ello que cuando el sujeto pasivo se encuentra inmerso en cualquiera de las causas de incapacidad sea ésta permanente o transitoria y que por lo mismo fuere imposible hacerle víctima de engaño o error, no existiera el delito de fraude, aún en el caso en que mecánicamente e inconscientemente entregase la cosa al agente y éste la recibiera de las propias manos de aquél. Dicha entrega constituiría en todo caso la base fáctica del "apoderamiento" típico de robo.

Entonces, por ningún motivo debe confundirse la disposición de una cosa que hace el propio sujeto pasivo de manera voluntaria aunque sea viciada, con el apoderamiento, elemento típico éste de otros delitos como el robo o el rapto. Con el apoderamiento basta que el agente tome la cosa, para que se tenga por reunida la constitutiva.

La protección penal habrá de ser extensiva aún a aquellas personas supersticiosas, aquellos que creen en milagros, o en ingenuas fábulas; ya que estas inclinaciones y debilidades no niegan la facultad natural de entender y de querer de la víctima.

El estafador no puede invocar la excusa de que el estafado no hubiere debido dejarse engañar.

Pedraza dice que "el acto de disposición señala el paso de un fenómeno interno de la psiquis del sujeto pasivo a un efecto externo, cual es transferencia patrimonial. No es necesario que dicho acto revista la forma negocial, aunque así acaece en la gran mayoría de los casos. Sus formas pueden ser muy diversas y sería vano todo esfuerzo de agruparlas, dado el carácter multiforme de esta figura criminosa."(21)

(21) JINENEZ HUERTA, Mariano. Ob. cit. p. 197.

Consiste entonces el acto dispositivo en aquella resolución de la voluntad, que lleva a la víctima a realizar una acción u omisión; pudiendo versar sobre cualquier elemento del patrimonio.

No forzosamente el que fue engañado, es el que habrá de sentir el perjuicio, aunque sí es la que realiza el acto de disposición patrimonial. Lo que tampoco es forzoso es que el engañado esté jurídicamente facultado para hacer la disposición patrimonial, es suficiente con que esté en posibilidades de disponer del patrimonio ajeno.

Interesante cuestión, a la cual no ha llegado a ponerse de acuerdo la doctrina es la de saber si la disposición patrimonial que realiza la víctima en ocasión de maliciosamente pretender un enriquecimiento ilícito, impide o no la configuración del delito de fraude; se adopte la postura que se quiera ciertamente no hay que dejar de reconocer que la intención de perpetrar un delito, y los actos que en dicha dirección hubiere realizado la víctima, no destruyen la existencia de la estafa que el sujeto activo consumó.

Al respecto opina Jiménez Huerta que "no existe norma jurídica alguna que permita a nadie lucrarse con la ajena inmoralidad oriunda de ilusorias intenciones, suscitadas o mantenidas con nuestros propios engaños. Y que el quid determi

nante en la solución del problema es, pues la actuación del sujeto activo y la valoración que procede hacer sobre la licitud o ilicitud de lo obtenido o alcanzado por su conducta engañosa".(22)

c) Daño y lucro patrimonial.

El fraude es un delito de disminución de intereses patrimoniales.

"Sin perjuicio conocido declarado o valorado no se puede hablar de estafa, pues el valor de lo defraudado es la base de la penalidad. Esta afirmación no esta muy bien, pues en tal caso, lo que hay es una tentativa de estafa. Por eso se debe hablar de perjuicio patrimonial logrado o intentado".(23)

Mientras que para el engañado la disposición implica un daño en su patrimonio, para el estafador representa una venta ja patrimonial.

Para saber cuál fue el daño ocasionado, habrá de ser éste apreciado de manera objetiva, no subjetiva; esto es, que no significa un mayor daño el que haya sufrido el sujeto pasi-

(22) JIMENEZ HUERTA , Mariano. Ob. cit. p. 206.

(23) PEÑA, PUIG. Ob. cit. p. 251.

vo por el simple afecto que tenga éste en la cosa de la _
cual haya dispuesto. En nuestro Código no existe ninguna _
disposición para sancionar al fraude, que versara únicamen-
te sobre cosas que tuvieran sólo un valor emotivo. De modo_
tal que para que se configure el delito en estudio, es in -
trascendente que el daño sea afectivo. Una consideración in-
dividual que no debe confundirse con las puramente subjetivas,
ha de entrar en juego en la determinación del daño pa-
trimonial, pues la mayor parte de los objetos no tienen _
igual valor para todos los hombres. Por lo que hay que es -
tarse a la utilidad que representa para la víctima. Pero a_
una utilidad objetiva.

Pero si bien el daño afectivo es irrelevante para la inte -
gración del delito, sí habrá de conocerse la situación pa -
trimonial individual de la víctima para determinar el valor
económico, esto es, el valor de lo defraudado. Es dable que
aunque no se de un perjuicio económico, sí se de un perjui-
cio en la pérdida injusta de un derecho o sea en la priva -
ción de una ganancia.

Puig P. opina que "no es necesario que el autor alcance el
lucro que se propusiera, pues el delito existe desde el mo-
mento en que el culpable ingresa a un patrimonio ilegítima-
mente lo que pertenece a otro, poniéndolo fuera del poder _

y alcance del legítimo poseedor. No es necesario que el aprovechamiento sea en beneficio propio."(24)

El artículo 386 del Código penal, contempla dos aspectos por los que se ocasiona el daño: 1. que la conducta del sujeto activo esté encaminada a hacerse de una cosa determinada. Esto se da cuando una cosa sale del patrimonio de la víctima, sin importar que el agente aún la conserve en su poder sin enajenarla, y 2. cuando la conducta fraudulenta recae sobre el patrimonio del sujeto pasivo en su conjunto, consumándose este delito cuando el agente se hace de un beneficio que merma en su totalidad el patrimonio de la víctima.

Por último el fin de la conducta fraudulenta estriba en hacerse de una cosa o alcanzar un lucro.

Dicho daño debe ser ilícito. El referido artículo 386 hace énfasis en esto al establecer "... se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido". Sobre el empleo del término "ilícitamente" opina Cesáreo Cónsola citado por Maggiore "no es preciso que la ley señale que el daño haya de ser ilícito, pues la antijuricidad es el elemento de la estafa como de cualquier otro delito. Dicha expresión es pleonástica, porque el daño del delito siempre es inferido, injuria datum."(25)

(24) PUIG PENA. Ob. cit. p. 251

(25) MAGGIORE, Giuseppe. Ob. cit. p. 131.

1.4.2 El patrimonio como objeto jurídico

Los daños se circunscriben al mero atentado patrimonial, sin que exista ocasión propicia para su prolongación, contra la seguridad, libertad o integridad de las víctimas.

De ahí que se llegue a considerar al delito de fraude como un delito de menor peligro comparado con el robo violento por ejemplo.

Empero a pesar de que el delito de fraude no representa riesgos personales, sí implica una mayor peligrosidad para los bienes patrimoniales, y es motivo de intensa alarma social, toda vez que la astucia del defraudador dificulta la previsión y evitamiento del delito; además los daños patrimoniales pueden incluso ser mayores.

"No solamente es la modalidad comisiva la que distingue la estafa de los otros delitos de apropiación, sino la amplitud del bien patrimonial sobre que es susceptible de recaer."(26)

González de la Vega al hablar del profundo riesgo que conlleva el patrimonio de los individuos al cometerse este de-

(26) QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Curso de derecho penal. Editorial Revista de derecho privado Madrid. 1963. Tomo II p.231

lito nos dice "Las estafas cuantiosas, las grandes especulaciones ficticias del capitalismo moderno, las falsas constituciones de sociedades anónimas para defraudar a los accionistas, los golpes bursátiles, los acaparamientos gigantescos, han hecho que Garraud diga 'Todo hace creer que un feudalismo financiero ha venido a sustituir al feudalismo militar, aquél encuentra para sus piraterías las mismas debilidades en la defensa social que encontraban las razzias de los antiguos jefes feudales' ".(27)

La ratio legis de este delito ya fue expuesta con gran acierto desde el siglo pasado en un documento legislativo, en los siguientes términos: "El mayor desenvolvimiento del comercio, los milagrosos progresos de la industria y las invenciones del genio, si bien han enriquecido a la humanidad con preciosos inventos y nuevos factores de público y privado bienestar, han ocasionado al mismo tiempo otras modalidades delictivas oriundas de la astucia y favorecidas por los nuevos conocimientos y el mayor refinamiento de las mentes. Si el ataque a las fortunas se manifestaba en los tiempos pasados preferentemente en la violencia brutal, por las razones antes dichas y, además, porque los caminos son

(27) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. p. 246.

más frecuentados, las casas más seguras y diversas las condiciones de los viajes y de los transportes, en la actualidad, devienen más difíciles las agresiones en la antigua forma, por lo cual, la inspiración de los delincuentes, ávidos de la riqueza ajena, las sustituyen por la astucia y el fraude manifestados en formas jamás pensadas, tan nuevas, sagaces, ingeniosas y versátiles que difícilmente a ellas se sustrae a ordinaria prudencia de una persona culta y de despejada mente".

1.5 PENALIDAD

El juzgador habrá de atender al monto de lo defraudado al momento de imponer la pena. El multicitado artículo 386 establece los distintos márgenes de punibilidad; y así ordena que el delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

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

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

El artículo 386 antes de las reformas de 26 de diciembre de 1981 (no la última reforma) establecía en cuanto al monto de la multa el sistema aritmético en la siguiente forma:

"...multa de veinte a doscientos pesos, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad"(frac.I);

"... multa de doscientos a dos mil pesos, cuando el valor de lo defraudado excediere de doscientos pesos pero no de doce mil"(frac.II); y "...multa hasta de cuarenta mil pesos si el valor de lo defraudado fuere mayor de doce mil pesos" (frac.III).

El método utilizado por el Código para cuantificar el monto de la multa ha sido criticado constantemente por reconocidos doctrinarios, como Carrancá que al exponer sobre este punto señala "sigue siendo un método inadecuado, para cuantificar la sanción pecuniaria, tomar el salario mínimo como punto de referencia; en virtud, sobre todo, de la movilidad del mismo."(28)

(28) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado, Editorial Porrúa 1985. 11a.Edición.p.847.

Y aún más severamente es criticada por el maestro Jiménez Huerta en los siguientes términos: "En la reforma indicada se sustituye por lo que respecta a la multa el módulo aritmético que el artículo 386 establecía por un módulo laboral que vulnera el principio de la permanencia legal en la fijación de las penas, habida cuenta de que establece un sistema oscilante temporal, dado que los salarios cambian cada año. El nuevo sistema implica un extravagante reenvío a las disposiciones administrativas de los organismos laborales."(29)

Nota: Esta crítica que vierte Jiménez Huerta la hace respecto de la reforma de 26 de diciembre de 1981 al artículo 386 y no a la última reforma de 1984, pero cabe hacer mención de la misma, porque fue en ella donde se cambió el sistema aritmético por el método basado en el salario mínimo para la fijación de la multa.

1.6 CAUSA PERSONAL DE EXCLUSION DE PENA Y PROCEDIBILIDAD CONDICIONADA

Rafael de Pina entiende por excusa absolutoria la "Circunstancia cuya existencia, en relación con un determinado deli

(29) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. cit. p. 226.

to, exime de la pena al autor a quien personalmente beneficié, y que no constituye un obstáculo para la sanción a los coautores (si los hubiere) que no se encuentran amparados por la misma".(30)

En efecto, el artículo 377 del Código penal, derogado conforme al decreto de 30 de diciembre de 1983 y publicado en el Diario Oficial el 10 de enero de 1984, establecía que cuando el robo se cometiera entre ascendientes y descendientes no se produciría responsabilidad penal contra dichas personas. Dicha disposición también le era aplicable a los casos de fraude de conformidad con el artículo 390 del Código de la materia.

Esta excusa absolutoria comprendía no sólo al fraude, sino también al robo y al abuso de confianza.

La exención de pena por el delito cometido entre ascendientes y descendientes ha sido objeto de regulación no sólo de antiguas legislaciones, sino también de modernas como era el caso de México.

El Código francés de 1810, italiano de 1930 y el español de 1940, hacen extensiva esta excusa cuando el fraude es come-

(30) DE PINA y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. 12a. edición. 1984. p. 262.

tido entre cónyuges, entre ascendientes y descendientes o afines y entre hermanos que vivan juntos.

Como vemos en nuestro Código penal el ámbito de aplicación de esta excusa, era más estrecho pues sólo comprendía cuando el delito era cometido entre ascendientes y descendientes.

Es importante señalar que las legislaciones antes mencionadas, hablan sólo de cuando el delito sea perpetrado cuando dichas personas vivan juntas, de ahí que se piense que la ratio de la excusa, fuera la de que existiera entre éstos, una comunidad familiar patrimonial, tal es el caso del maestro Carrancá que en su Código Penal comentado dice: "La excusa absolutoria, que atiende a la utilitaris causa consiste en que los vínculos familiares se mantengan inalterables y conserven su fortaleza, se funda asimismo en una cierta copropiedad familiar."(31)

No obstante considero que si bien es cierto, dicha excusa se funda en lo inquebrantable que deben resultar los vínculos familiares en atención al interés social, no lo hace en consideración a la supuesta copropiedad que debe existir en

(31) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Ob. cit. p. 826.

tre los mismos; pues tratándose de nuestro ordenamiento jurídico no se exige que vivan juntos, como sí lo hacen los Códigos español e italiano.

Ahora bien, el artículo 378 establecía que "El robo cometido por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano produce responsabilidad penal; pero no se podrá proceder contra los delincuentes sino a petición del agraviado".

De ahí se desprendía que sólo cuando la víctima lo reclamara, se procedería en contra de los demás parientes que no sean precisamente ascendientes y descendientes según sea el caso. O sea que para las personas indicadas en este último precepto sí había responsabilidad, pero la misma está condicionada a que el agraviado así lo solicite.

Ahora con motivo de la derogación al artículo 377 la excusa que existía entre ascendientes y descendientes dejó de ser excusa y así tenemos que el artículo 399 bis establece:

"Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario,

adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señale la ley. Los delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida. Asimismo, se perseguirá a petición de la parte ofendida el fraude,..."

Y sobre esta nueva regulación opina acertadamente el maestro Carrancá "En dicho artículo 399 bis se suprime la excusa absolutoria en el caso de robo entre próximos parientes a que se contraía el derogado artículo 377. ¿Por qué? No es lo mismo la excusa que la querrela de parte ofendida. La primera corresponde a una utilitatis causa muy bien definida. Ahora bien, si un hijo roba a un padre queda abierta la posibilidad de la querrela por parte del padre y lo mismo con la querrela a cargo del hijo, por ejemplo, si el padre lo roba, en los términos del vigente artículo 399 bis, con lo que a mi entender el Estado renuncia a la conservación y vigilancia de aquella causa de utilidad social, lo que no debe ser."(32)

(32) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Ob. cit. p. 827.

1.7 LA NECESIDAD DE EQUIPARAR CIERTOS DELITOS AL FRAUDE

Fraude específico, ésta ha sido la denominación con que se le conoce en nuestro medio a diversos delitos consignados en las XXI fracciones del artículo 387 del Código Penal.

En atención a que está prohibido imponer penas por analogía y mayoría de razón de conformidad con el artículo 14 constitucional que a la letra dice: " En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.", era necesario expedir un artículo aplicable exactamente a cada caso para que los hechos fuesen precisados con su propia sanción.

En consecuencia, ante la imposibilidad de prever todas las formas en que puede cometerse fraude, el legislador se conformó con establecer una definición general, y queriendo evitar discusión acerca de que si determinados hechos la tipificaban, añadió: "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán", etcétera.

De una manera contundente el legislador vino a evitar una posible discusión acerca de si esos actos son fraudes o no.

Empero, el que tales delitos sean "equiparables" al fraude por cuanto toca a la punibilidad, no resuelve el problema. De la misma manera podría decirse: las mismas penas señaladas al fraude se impondrán a quien cometa abuso de confianza, robo, etcétera.

La razón más importante que existió para equiparar dichas fracciones al fraude genérico, estribó no en que sus hechos sean análogos, sino más bien en el hecho de que los actos previstos en el artículo 387 llevan en forma más o menos oculta todos los elementos señalados en el artículo 386 o lo que es lo mismo, que son especies del género fraude. Es evidente que en muchas de ellas es difícil apreciar sus elementos.

En algunos parece que no existen y en otros parece que están en contradicción, pero la ley al establecer este artículo presupone "juris et jure" que existen.

Ahora bien, las fracciones VIII, IX, XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX y XX del artículo 387 del Código penal, preceptúa como fraudes específicos algunos hechos en los que no se encuentran los elementos característicos y sustanciales del delito de fraude.

Este elemento esencial e imprescindible a que nos hemos venido refiriendo es el "engaño".

En algunos casos puede encontrarse este elemento; aunque no en todos; no es indispensable la presencia de dicho elemento como en el fraude.

Por ejemplo no es un engaño valerse de la ignorancia y de las malas condiciones económicas de una persona, explotar las preocupaciones, la superstición si no se miente a la gente o entregarle al trabajador sumas de dinero inferiores a las que por ley le corresponden aprovechándose de su situación económica poco alentadora.

Si bien, las mencionadas fracciones guardan cierta semejanza con el fraude genérico no lo tipifican exactamente.

Francisco Arroyo Alba estima que "las fracciones en comento toman modalidades en que los elementos del genérico faltan, pero para estos casos la ley ha creado presunción de que existen, en consecuencia nuestro legislador optó por establecer la equiparación en penalidad; pero como el derecho es más que la ley, nuestra jurisprudencia y doctrina se han encargado de precisar que todos esos casos son especies del fraude genérico".(33)

(33) ARROYO ALBA, Francisco. Ob. cit. p. 126.

No tienen éstas un elemento característico, de modo tal que no se parecen unas con otras y con mayor razón al fraude genérico. Los elementos que las integran son de los más variados.

No obstante con lo arriba expuesto, la mayoría de las conductas descritas por las distintas fracciones del artículo 387 son casuísticas especificaciones de las formas más comunes en que se manifiesta el delito de fraude y que por quedar inmersas en la definición genérica del artículo 386, eran innecesarias, pues no tiene objeto, duplicar las sanciones en dos artículos diferentes.

Más criticable resulta que dichas conductas no representan la misma peligrosidad y aún así si el daño ocasionado al sujeto pasivo es el mismo, los fraudes son considerados como iguales. Por lo que sería más justo y más conveniente agrupar aquellas conductas en que concurren los mismos elementos conceptuales, dotándolos de una sanción específica atendiendo a su distinta peligrosidad, omitiendo desde luego aquellas conductas que se encuadran en el fraude genérico, desapareciendo con esto, el resto de la casuística enunciación que realiza el artículo 387 en sus distintas fracciones.

1.8 LA INCLUSION DE LA FRACCION XXI AL ARTICULO 387 DEL C.P

Como consecuencia de la reforma publicada el 10 de enero de 1984 en el Diario Oficial; fue incorporada la fracción XXI a la ya muy basta enunciación que realiza el artículo 387 del Código penal.

Como ya dejé asentado con antelación, entre las múltiples conductas contempladas en las distintas fracciones del artículo en comento no hay semejanza, no son parecidas, no mantienen una característica común. En efecto, hasta antes de la creación de la fracción XXI esto era lo que prevalcía.

Pero bien, ¿qué es lo que se protege o tutela en dicha fracción y qué es lo que la hace común con alguna otra fracción del citado artículo 387?

De acuerdo a la reforma de 1984 al artículo 387 la fracción XXI quedó como sigue: "Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago...", y continúa diciendo el citado artículo "... No se procederá contra el

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

Resulta fácil advertir que la tutela penal en este caso, es ta encausada a proteger el patrimonio de las personas, cuando el título de crédito denominado cheque, ha sido librado en las condiciones apuntadas, y que dicho libramiento sólo habrá de ser castigado cuando halla existido en el agente el ánimo de lucro; en pocas palabras que el libramiento de cheques implique la comisión del delito de fraude. Aunque con una redacción muy parecida ya estaba tipificado este delito en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; pero, en tanto en este último artículo no se requería que el agente hubiera tenido como propósito el obtener algún lucro, bastaba el solo impago del documento; en la fracción XXI de reciente creación sí se exige ese ánimo; elemento esencial éste para la configuración del delito de fraude. Bien podría pensarse entonces que el delito por el libramiento de cheques sin fondos pasó de ser un delito autónomo, con características propias y específicas a ser un delito de fraude. Esto es relativamente cierto, y digo relativamente porque cuando el libramiento de cheques sin fondos se hace con el inminente propósito de obtener una ventaja patrimonial, siempre ha sido un delito de fraude;

delito que ya se encontraba perfectamente precisado en la fracción III del mismo artículo 387 del Código penal, que aunque no se refería al cheque en lo particular sí lo hace de la totalidad de los títulos de crédito nominativos, o al portador, incluyéndolo desde luego al cheque.

Es por ello que el libramiento de cheques sin fondos cuando se hace con la intención de dañar el patrimonio de otro, obteniendo así un lucro, ha sido desde siempre un delito de fraude. Y lo que protegía en realidad el artículo 193 era la confianza que la gente depositaba en la circulación de dicho título de crédito y no el patrimonio del librado.

Vemos entonces que el problema está más intrincado de lo que parece; pues a simple vista resulta que tanto la fracción III como la ahora fracción XXI del artículo 387, protegen al cheque de la misma forma. Pues eso parece, pero como para poder llegar a concluir esto, debe recurrirse al estudio de la doctrina, a los antecedentes legislativos, no sólo nacionales sino extranjeros, exposición de motivos y demás textos, dejo su estudio para un capítulo más adelante; bástenos por último decir que la importante innovación que había hecho el legislador de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito al proteger a este título de crédito en un aspecto nunca antes previsto por otras legislaciones y que

había merecido el reconocimiento de grandes juristas, esto es, la circulación fiduciaria del cheque; ha sido quebrantada de un plumazo por el actual legislador.

CAPITULO II.- LA TECNICA DEL CHEQUE

2.1 EL CHEQUE COMO TITULO DE CREDITO

El cheque es un título de crédito, quiere decir que es aquél documento necesario para ejercitar el derecho literal consignado en el mismo (artículo 5o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Tena se pronuncia en desacuerdo por el uso de la denominación "títulos de crédito" al considerar que "La expresión títulos de crédito, según su connotación gramatical, equivale a esta otra: documentos en que se consigna un derecho de crédito. Esto hace ver que aquélla expresión es doblemente impropia, ya que desde un punto de vista comprende más y, desde otro, comprende menos de lo que puede ser el contenido jurídico de esta clase de documentos. En efecto los títulos de crédito pueden contener derechos no crediticios; y por otra parte, hay multitud de documentos en que se consignan derechos de crédito y que, sin embargo, difieren profundamente de los títulos de ese nombre".(34)

(34) TENA FELIPE, de J. DERECHO COMERCIAL MEXICANO. Editorial Porrúa. 2a. Edición. 1945. Tomo II. p. 12.

No obstante lo anterior, Ascarelli, interviene diciendo _
 "La historia de los títulos de crédito, la importancia pre
 ponderante de los títulos cambiarios, y en general, de los
 que se relacionan con una operación de crédito, explican _
 porqué la expresión -títulos de crédito- se utiliza hasta_
 para los títulos que no satisfacen una función de crédito,
 cuyas características jurídicas, así como la función econó
 mica en que se basa su disciplina, son fundamentalmente in
 dependientes de la existencia de una operación de crédito.
 En este volumen continuaré hablando de títulos de crédito,
 conforme a la constante terminología italiana, en vista _
 del hecho de que este término se haya puesto en uso, y de_
 que no exista peligro de su empleo, puesto que a su alcan
 ce jurídico -aunque distinto del que se derivaría del sen
 tido literal de las palabras- es claro en el derecho ita
 liano, y corresponde al uso común en la doctrina y en la _
 práctica".(35)

González de la Vega citado por G. Bustamante, vertiendo _
 una opinión más nítida refrenda la crítica a dicha denomi
 nación en los siguientes términos "el cheque es tan sólo _
 título de crédito porque la ley lo menciona así, sirviendo
 fines utilitarios de clasificación, pero económicamente no_
 lo es porque no abre un crédito sino lo cancela al ser un
 instrumento de pago.(36)

(35) ASCARELLI, Tulio. Teoría General de los Títulos de _
 Crédito, Editorial Jus.1947. p.3.

(36) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. El cheque. Editorial
 Porrúa. 4a. Edición. 1983. p.80.

Ahora bien por ser el cheque un título de crédito se derivan de él las siguientes consecuencias:

El cheque es un documento (constitutivo, dispositivo y formal).

El cheque como título de crédito, es un documento. Pero un documento de naturaleza especial. No se trata sólo de un documento probatorio, sino de un documento constitutivo y dispositivo. Es constitutivo porque sin él no existe el derecho; siendo además dispositivo porque es indispensable para transmitir y ejercitar el derecho.

Y como para que pueda producir efectos de título de crédito es necesario que el mismo llene ciertos requisitos y menciones, es por ello que se trata de un documento de naturaleza formal.

Por lo que de no llenarse estos requisitos exigidos por la ley se impone la pena de nulidad.

De esta manera el artículo 14 de LGTOC establece: "Los documentos y los actos a que este título se refiere, sólo producirán los efectos previstos por el mismo cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley y que ésta no presuma expresamente. La omisión de tales men-

ciones y requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen al documento o al acto".

Por lo que de no cumplir el cheque con los requisitos y menciones indicados por el artículo 176 LGTOC, y que no puedan ser suplidos mediante presunciones por la propia ley, no revestirá la calidad de cheque y por lo mismo no producirá efectos de título de crédito.

"El título deberá tener una forma capaz de demostrar la intención del librador de obligarse con las consecuencias que la emisión de un cheque lleva consigo".(37)

A su vez el cheque mantiene los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, característicos de todo título de crédito.

Se dice que el derecho esta "incorporado" en el título de crédito, porque se encuentra tan íntimamente ligado a él, que sin la existencia del título no existe tampoco el derecho, ni por tanto la posibilidad de su transmisión o de su ejercicio.

(37) VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reus, S.A. 1a. Edición. 1936. Volumen III. p. 509.

Sin el documento el derecho no sólo no puede ser exigido, sino tampoco transmitido y cuando se ha dispuesto del documento también lo hace del derecho materializado en si mismo.

Cervantes Ahumada habla de la incorporación diciendo que "el derecho se convierte en algo accesorio del documento... el documento es lo principal y el derecho lo accesorio: el derecho ni existe ni puede ejercitarse, si no es en función del documento".(38)

Ahora bien, se deben reunir dos elementos que legitimen a su tenedor y es la posesión y la presentación del título de crédito; o sea que se deben dar estos dos elementos para ejercitar el derecho y exigir la prestación.

La primera función que cumple el título de crédito es la de servir como medio exclusivo de legitimación para el ejercicio del derecho en él consignado.

Salandrà citado por de Pina por legitimación entiende "el poder de ejercitar un derecho, independientemente de ser titular o no. Así, pues, la función de legitimación de los títulos de crédito no consiste en probar que el beneficiario

(38) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Los títulos de Crédito. Editorial Herrero. S.A. 6a. Edición. 1969. p. 116.

o detentador es titular del derecho en él consignado, sino en atribuir a éste el poder de hacerlo valer".(39)

El que tanto el derecho incorporado en el título de crédito, como las obligaciones que de él se derivan esten determinados por el texto del documento a ello alude la literalidad.

La LGTOC en su numeral 5o lo menciona estableciendo: "Son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna".

Importante opinión la que vierte Garrigues, en los siguientes términos "Todo documento, en cuanto sirve para expresar gráficamente un derecho, recibe su valor no del papel que constituye el título, sino del derecho a que éste se refiere. El documento, a diferencia de la mercadería, no tiene por sí mismo valor material, el valor se lo da el derecho expresado en él; el título sin el derecho no tiene valor alguno".(40)

"El derecho se encuentra incorporado en la letra del documento; la literalidad e incorporación son diversos aspectos de una misma cosa".(41)

(39) DE PINA VARA, RAFAEL. Teoría y práctica del cheque. Editorial Porrúa. 3a. Edición. 1984. p. 21.

(40) GARRIGUES, Joaquín. Contratos bancarios. Imprenta Aguirre. 2a. Edición. 1975. p.97.

(41) PALLARES, Eduardo. Títulos de Crédito en general. Ediciones Botas México. 1a. Edición. 1952. p.28.

"Podemos concluir que la literalidad en materia de títulos de crédito significa que presuntivamente la medida del derecho incorporado en el título está determinada por el texto del documento".(42)

Por último, la autonomía es algo exclusivamente de los títulos de crédito. Se dice que es autónomo, porque al transmitirse atribuye al nuevo tenedor un derecho propio e independiente, un derecho nuevo, no derivado.

El cheque es un título ejecutivo; en razón de que el artículo 1391 fracción IV del Código de Comercio dispone que traen aparejada ejecución las letras de cambio, libranzas, vales, pagares y demás efectos de comercio.

La acción contra cualquiera de los signatarios de un cheque es ejecutiva por el importe de éste, y por el de sus intereses y gastos accesorios, sin necesidad de que el demandado reconozca previamente su firma.

Carnelutti, considera al título ejecutivo como "un documento dotado de una particular eficacia en el sentido de que atribuye a la situación jurídica que en él se representa la certidumbre necesaria para que se actúe por medio de la eje

(42) ASTUDILLO URSUA, Pedro. Los títulos de crédito. Editorial Porrúa, 1a. Edición, 1983. p.23.

cución forzosa, concluyendo que se trata de un documento que hace prueba legal. Y que textualmente nos dice: "La verdad es que mientras que la prueba legal simple u ordinaria, sirve tan sólo para establecer la verdad de un hecho, o mejor, para proporcionar la certidumbre de la existencia de un hecho, pero no de una situación jurídica, o sea del efecto jurídico de este hecho, el título ejecutivo produce, por el contrario, también esta certidumbre"(43)

Los signatarios de un cheque se obligan en forma solidaria. Con esto se quiere decir que la prestación que aparece en el título, puede ser exigida por el tenedor íntegramente a cualquiera de ellos. Y de conformidad con el artículo 154 LGTOC, el último tenedor puede ejercitar la acción cambiaria contra todos los obligados a la vez, o contra alguno o alguno de ellos, sin perder en este caso la acción contra los otros, y sin obligación de seguir el orden que guarden las firmas. A su vez el que haya pagado tendrá el mismo derecho en contra de los signatarios anteriores, y del librador y sus avalistas.

Es necesario mencionar que la solidaridad que se presenta en el derecho civil, no es la misma que se contempla en materia cambiaria, pues mientras en ésta el que pagó tiene derecho

(43) DE PINA VARA, Rafael. Ob. cit. p. 23.

a reclamar a los signatarios anteriores la totalidad de la prestación debida, en derecho privado, sólo se tiene derecho a reclamar de los demás sólo la parte que en ella les corresponde.

Cervantes Ahumada al hablar de las obligaciones cambiarias opina "En primer lugar, no se trata de una sola y única obligación... cada suscriptor del documento asume una obligación suya, distinta de las obligaciones que pueden tener los demás obligados, en suma: una obligación autónoma. Cada una de las obligaciones cambiarias será distinta de las otras y tendrá un sujeto único: el suscriptor respectivo. Así se explica cómo la nulidad de una de las obligaciones que se incorporen en el título no afectará la validez de las demás obligaciones".(44)

El cheque es un título de crédito abstracto porque no importa la causa jurídica que determinó su emisión o su transmisión independientemente de la relación de provisión, que existe entre el librador y el librado.

El cheque en efecto es una orden de pago, pero esa orden de pago se circunscribe únicamente a la relación librador-librado, por lo que toca a la relación librador-tomador, contiene una promesa de pago.

(44) CERVANTES AHUMA, Raúl. Ob. cit. p. 47.

Esto es, el librador ordena al librado el pago del cheque; pero, al mismo tiempo, se obliga frente al tomador a que el cheque será pagado, le promete su pago.

El artículo 183 LGTOC; establece que el librador es responsable del pago del cheque y que ninguna estipulación es válida para liberarlo de tal responsabilidad. Y quien emite el cheque promete su pago al tenedor de modo que si la orden no se cumple, su librador responde personalmente de él.

Es interesante ver como del artículo 183 LGTOC, se desprende que de la relación librador-librado no es factible realizar convenio alguno que libere a este último de realizar el pago debido. No obstante lo anterior, el mismo no contiene precepto expreso, en donde se faculte al librador y beneficiario para estipular conforme a sus intereses. Como lo ha de notar en el posterior capítulo, este aspecto cobró una mayor trascendencia de lo que parece, toda vez que en una etapa de la Jurisprudencia se llegó a castigar penalmente a quien pactara sobre la fecha real del documento, pensándose que con dicho convenio se desnaturalizaba la esencia verdadera del cheque.

Por naturaleza, el cheque es un documento de vencimiento a la vista. El artículo 178 LGTOC dice: "El cheque será siempre pagadero a la vista. Cualquiera 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".

La idea de plazo, es pues, inconciliable con la idea del cheque, concebido éste como medio o instrumento de pago.

De conformidad con el artículo 175 LGTOC el cheque sólo puede ser expedido a cargo de un banco o institución de crédito, y en caso de no ser así no producirá los efectos de un título de crédito. Esto no siempre fue así; el banco no era el único que podía revestir la calidad de librado como se advierte de la lectura del artículo 918 del Código de Comercio de 1884 que al definir al cheque establecía "Todo el que tenga una cantidad de dinero disponible en poder de un comerciante o de un establecimiento de crédito..." Y el Código de Comercio de 1889, reprodujo literalmente en su artículo 552, la disposición anterior.

Además el cheque se caracteriza por la previa existencia de provisión de fondos en poder del librado. Es así como el artículo 175 LGTOC en su segundo párrafo dispone: "El cheque sólo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito sea autorizado por ésta para librar cheques a su cargo."

La institución de la aceptación es ajena a la naturaleza del cheque. Quiero decir que cuando se presenta el documento al librado es para que le sea cubierto su importe, pero no para que éste lo acepte; por lo que el librado no se encuentra obligado cambiariamente con el tenedor pues el cheque no contiene su firma.

Pero se presenta una excepción una diferencia, que es cuando el Banco certifica que hay la provisión de fondos suficiente en su poder y que de acuerdo al artículo 199 LGTOC esa certificación produce los mismos efectos que la aceptación de la letra de cambio. Por lo que en este caso el librado sí se encuentra obligado cambiariamente en vía directa frente al tenedor a cubrir el importe.

De conformidad con el artículo 179 LGTOC el cheque puede ser nominativo, a la orden o no a la orden y al portador.

O sea que no es necesario que el nombre del beneficiario se consigne de manera expresa en el texto del documento. Pero lo que sí no puede ocurrir como lo expresa Vivante "No puede designarse uno a sí mismo como librado, porque de lo contrario, el título perdería su forma esencial de orden de pago dada a un tercero".(45)

(45) VIVANTE, César. Ob. cit. p. 511.

El cheque nominativo puede expedirse a favor del librado. Y sólo puede ser librado el cheque a cargo del propio librador en dos casos: en el cheque de caja y en el cheque de viaje - ro.

El tenedor de un cheque sí puede rechazar un pago parcial.

Debe ser presentado el cheque para su pago en los plazos que señala el artículo 181 LGTOC y son:

1. Dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición;
2. Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional;
3. Dentro de tres meses, si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional; y
4. 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.

El plazo de prescripción es de seis meses.

Para terminar este objetivo, resta decir que se ha presentado la cuestión a fin de determinar si el libramiento es un acto mercantil de manera absoluta, o solamente cuando las

personas que intervengan en su libramiento tengan la calidad de comerciantes o cuando la causa jurídica que da lugar al libramiento sea un acto de comercio. Por cuanto respecta a nuestro derecho, esto no puede ser objeto de discusión puesto que en el artículo 10 LGTOC nos da la solución al establecer: "Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval, aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignen, son acto de comercio..."

"Si la Ley menciona que son 'cosas mercantiles', es claro que quiso sujetarlas a un régimen jurídico especial: el de la legislación mercantil y que las sustrajo a la clasificación del derecho civil de bienes muebles e inmuebles, bienes públicos y privados".(46)

2.2 LA INCERTIDUMBRE DE SU ORIGEN

Aun cuando Inglaterra puede reputársele como "la tierra de elección del cheque" por ser en dicho país donde alcanzó una mayor difusión como resultado del depósito bancario,

(46) ASTUDILLO URSUA, Pedro. Ob. cit. p. 13.

por la costumbre establecida en el empleo de dicho documento desde fines del siglo XVIII en la Gran Bretaña, es Francia el primer país que reglamenta el cheque en la Ley de 14 de junio de 1865, al definirlo como "un documento que en la forma de un mandato de pago, sirve al girador para retirar, en su beneficio o en beneficio de un tercero, todo o parte de los fondos disponibles del activo de sus cuentas".

Se ha sostenido que el origen del cheque se encuentra en Atenas apoyándose para esto, en un texto de Isócrates. Otros tratadistas lo encuentran en Roma, basando su afirmación en escritos hechos por Cicerón, Terencio y Plauto y sostienen que los "argentari" romanos lo emplearon en las relaciones con sus clientes bajo el rubro de "prescriptio" o "permutatio".

A pesar de esto, ya de Semo, entre otros ha negado fundadamente la hipótesis de que un título análogo al cheque moderno haya sido usado por griegos y romanos.

Era muy común depositar dinero en personas de confianza donde el depositante giraba instrucciones para que a su vez entregaran determinadas sumas de dinero a otros, sin embargo pese a sus afinidades con el cheque moderno no tenía aquellos elementos esenciales característicos del cheque, tal es el caso de que se omitía por ejemplo mencionar la cláusula a

la orden". En todo caso vienen a ser estas prácticas el antecedente más antiguo de la letra de cambio cuya creación le es atribuida a los judíos, quienes al ser desterrados de Francia durante los reinados de Dagoberto I, Felipe Augusto y Felipe el Largo, encontraron refugio en Lombardía y para retirar el dinero y otros efectos que habían dejado en territorio francés idearon las letras o billetes escritos.

Durante la Edad Media, existieron unos documentos que tenían la forma de libranzas o asignaciones del depositante sobre el depositario, siendo éstos, simples mandatos de pago, que por cierto fueron de gran aceptación, aunque no se podría decir que los mismos tuvieran el carácter de cheques.

"Aunque desde una época antiquísima, como dice Bonelli, pueden encontrarse documentos hasta cierto punto similares al cheque, ello constituye sólo la prehistoria de tal documento".(47)

En Amsterdam, durante el siglo XVI fue práctica extendida en el ámbito comercial, entregarles determinadas cantidades en numerario a particulares y retirar los fondos através de asignaciones denominadas "letras de caja" hasta 1776 en que se reguló su uso.

(47) MANTILLA MOLINA, L. Roberto. Títulos de crédito. Editorial Porrúa. 2a Edición. 1983. p. 277.

Por otro lado los belgas se atribuyen la primacía en el uso del cheque, basándose en que antes de que Inglaterra intensificara los depósitos bancarios, ellos ya manejaban un documento al que se le conocía como "bewijs", y que desde la época de la Reina Isabel, despertó el interés en los ingleses por conocer el funcionamiento y mecanismo de los "bewijs" teniendo como propósito el introducirlos a la Gran Bretaña.

Por su parte también los italianos pretenden adjudicarse la primacía en el uso del cheque. Y así Rodríguez y Rodríguez afirma "pero parece ser que los primeros antecedentes directos son Italianos de donde se extendieron a Holanda y Bélgica y de aquí a Inglaterra".(48)

Según Bolaffio, Rocco y Vivante, la raíz del cheque actual se encuentra en los "contadi di banco" del Banco Véneto, los "biglietti" o "cedule di cartulario" de los Bancos de San Jorge y San Ambrosio, este último de Milán, así como las pólizas o "fedi di depósito" de los bancos de Nápoles. Por cuanto toca a los primeros la forma de un mandato de pago era la que revestían y eran transmisibles, pero que según algunos, esos documentos eran verdaderos recibos o res-

(48) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Bancario. Editorial Porrúa. 6a Edición. 1980. p.84.

guardos entregados por el banquero a su cliente sólo para _
acreditar la constitución de depósitos de dinero y facili -
tar su retiro.

Aunque estos documentos para muchos no pueden ser conside -
rados como precursores del cheque moderno, simplemente _
porque eran documentos expedidos por el banquero, mientras _
que el cheque normalmente es un título emitido por el clien -
te a cargo de su banquero.

Ahí mismo en Italia, conforme se fueron desarrollando las _
operaciones de depósito, surgió la necesidad de crear el em -
pléo de órdenes o mandatos de pago que permitieran disponer
de las sumas depositadas.

Estos documentos primeramente fueron entregados directamen -
te al banquero depositario, quien a su vez entregaba éste, _
a un tercero la cantidad consignada en ellos; y ya después _
adquirieron el carácter de verdaderos títulos de crédito, _
en donde el depositante ya entregaba a un tercero, el docu -
mento que le permitiera retirar del banquero depositario el
importe del documento. Ejemplo de éste ya lo vienen a ser _
las "polizas" y las "cedule di cartulario" antes menciona -
das.

Las "polizas" eran títulos emitidos por el depositante a _

cargo del Banco, pagaderos a la vista y transmisibles por endoso y como los mismos no garantizaban al tomador la existencia de fondos disponibles en poder del banco, se añadieron en seguida las "polizze notata fede" que vienen a considerarse como el antecedente más antiguo del cheque certificado.

Las cédulas de cartulario aparecieron poco tiempo después, y eran títulos redactados en forma de órdenes de pago, emitidos por los depositantes de dinero a favor de terceros. Ya en el año de 1606 se utilizaron las llamadas "polizze bancarie", redactadas en forma de orden o mandato de pago que debían ser presentadas por su tenedor al banquero, para su pago, dentro de los tres días siguientes a su expedición, bajo la pena en caso de quiebra o negativa de pago del banquero, de que el emisor quedaba liberado de la responsabilidad de su pago. Son estas últimas las que en realidad deben considerarse como el antecedente del cheque moderno.

Un singúmero de tratadistas estiman que el cheque moderno es un documento de origen inglés, que inicia su cabal desarrollo en la segunda mitad del siglo XVIII. La etimología misma de la palabra cheque afirman sin duda el origen inglés del documento.

Pese a esto último, Hernández se contrapone en su Derecho

Bancario diciendo "El nombre del documento es en su origen francés. El cheque, vocablo francés, adoptó la forma inglesa de check (exchequer bill o deventures), que significa comprobación, cotejo. Pasó al español como cheque".(49)

González Bustamante por su parte afirma "el cheque tuvo su cuna en Inglaterra y que dicha denominación ha sido empleada allí desde 1640 logrando su desenvolvimiento en los bancos de depósito y en los "clearings"; creemos también que el cheque que usamos en la actualidad para retirar fondos depositados en instituciones bancarias, fue perfeccionándose en el transcurso de los años porque en Inglaterra misma, no tuvo un rápido desarrollo y al principio se le vió con reservas".(50)

Quienes utilizaron los "clearings" en Inglaterra fueron los orfebres en sus relaciones con los banqueros de Holanda. Con el surgimiento del siglo XVII, el cambio y la fabricación de moneda constituía un monopolio real, y los depósitos que los orfebres hacían al Hotel de la moneda, no tenían más que un carácter comercial protegiéndolos así de distintos percances. Y como consecuencia de que Carlos I en 1640, confiscó los depósitos en cuestión, los orfebres

(49) HERNANDEZ A. Octavio. Derecho Bancario Mexicano. A.I.A. 1956. Tomo I. p. 198.

(50) GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. Ob. cit. p.5.

decidieron guardar sus metales preciosos en manos de los _
particulares. Fue así como surgió la gran cantidad de ope-
raciones bancarias por los orfebres con la apertura de _
cuentas corrientes y de giros llamados billetes orfebres, _
constituyéndose así depósitos de que podían disponer libre
mente.

Con motivo del gran desarrollo de las operaciones efectua-
das por el Banco de Inglaterra, se vino a fortalecer inten-
samente el crédito y durante el curso del siglo XIX, el _
uso del cheque se fue multiplicando día con día hasta ad-
quirir la importancia y difusión que tiene en la actuali-
dad en la mayor parte de los países del mundo.

"Cualquiera que sea el verdadero origen de este documento _
de pago, su uso se ha incrementado y ha pasado a ser de _
dominio internacional llegando, en muchos países, a utili-
zarlo, no sólo en las operaciones bancarias y comerciales,
sino también en las más modestas actividades privadas, co-
mo auténtico papel moneda".(51)

(51) CONDE BOTAS. El cheque y el Traveler cheque. Porto y
Cía. Editores. 1955. p. 22.

2.3 FUNCIONES DEL CHEQUE

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

"Desde el punto de vista netamente bancario, es meta fundamental dar prestigio al cheque como instrumento de pago, ya que como es por todos conocido, una de las inquietudes que tienen nuestras autoridades hacendarias, es que en la práctica inveterada, e ilegal que debe suprimirse, ya que cambia su naturaleza de instrumento de pago a documento de crédito".(52)

"El cheque sirve fundamentalmente, como instrumento de pago y de compensación. En efecto el cheque tiene por objeto, retirar de modo inmediato fondos disponibles, de una institución de crédito. La compensación es una institución económica y jurídica que tiende a simplificar grandemente las operaciones de crédito. Las instituciones de crédito reciben a menudo, cheques a cargo de otras instituciones. Para hacer efectivos estos cheques, con apego al procedimiento común y corriente, cada institución de crédito tendría que pagar mu

(52) SALAZAR Y SAENZ J. Agustín. Cheque de pago garantizado. Revista Dinámica del derecho Mexicano. No.9 1976. p.58.

terialmente los cheques a su cargo y a favor de otras instituciones; y éstas a su vez, tendrían también que hacer el pago físico de los cheques a su cargo y a favor de las instituciones primeramente mencionadas. Este complicado mecanismo es simplificado por la compensación".(53)

Abundando sobre la compensación Rodríguez y Rodríguez cita a Vivante diciendo éste último que "Esta función del cheque se encuentra facilitada y potenciada en su eficacia por su conexión con los establecimientos de compensación. Combinándose con las Cámaras de compensación, el cheque suprime el uso improductivo del dinero y adecúa contundentemente los medios de pago a las necesidades del mercado y evita las emisiones excesivas de billetes y el encarecimiento de los precios".(54)

Ahora, por lo que respecta al empleo del cheque como instrumento de pago, implica importantes ventajas en los aspectos particular y general.

Sustituye económicamente el pago en dinero (monedas metálicas o billetes de banco), por ser un medio de pago.

(53) HERNANDEZ A. Octavio. Ob. cit. p. 200.

(54) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Ob. cit. p. 97.

Su destino normal estriba en ser usado como instrumento de _
circulación del dinero, como medio de pago, en lugar de la _
moneda legal.

Su fin esencial es la de substituir al pago en metálico o en
billetes, haciendo las veces del dinero efectivo.

"Permite substituir el pago en dinero con la entrega de un _
cheque por la misma cifra; el que recibe el título, a su vez
puede endosarlo para efectuar sus propios pagos, o entregar-
lo al mismo banquero, o ir a cobrarlo".(55)

De gran trascendencia resulta mencionar que los cheques ni _
son dinero, ni producen los mismos efectos jurídicos que el _
pago realizado en moneda del curso legal.

No es dinero porque como dice Garrigues "El dinero es una co
sa tangible y no un derecho. El derecho a disponer de una co
sa no puede equivaler a la cosa misma. Los instrumentos ban-
carios de pago son derechos y no son cosas aunque estén in -
corporados a una cosa como es el documento. Estos Títulos _
(haciendo referencia a los cheques) incorporan un derecho: _
el derecho a recibir dinero. Pero no son por sí mismos dine-
ro.. Ahora bien cuando lo que se transmite es dinero no se _

(55) ASCARELLI, Tullio. Ob. cit. p. 568.

transmite ningún derecho, sino una cosa física mueble que no incorpora ningún derecho a obtener otra cosa; se transmite una cosa que no recibe su valor del derecho que incorpora, como ocurre en los títulos valores, sino que su valor reside en el hecho de haber sido reconocida esa cosa (moneda metálica o moneda papel) por la Ley como medio irrecusable de pago".(56)

Y tampoco produce los mismos efectos jurídicos que el pago realizado en dinero, porque quien paga una deuda con un cheque en vez de hacerlo con moneda circulante no se libera frente a su acreedor.

El pago con cheque no es pro soluto sino pro solvendo.

"Ciertamente, en la práctica los cheques bancarios funcionan como medio de pago, pero como medio de pago indirecto, que se entrega y se recibe a fin de procurar al acreedor dinero en sentido estricto. El cheque tiende a un pago, pero su entrega no es en sí misma un pago, por la sencilla razón de que una orden dada a otro para pagar no es un pago, sino tan sólo un intento de pago, cuya efectividad depende de que el banco destinatario del cheque haga honor

(56) GARRIGUES, Joaquín. Ob.cit. p. 90 y 91.

a su compromiso de reembolsarlo en dinero. Por eso la obligación de pagar dinero no se extingue por el simple hecho de la entrega del cheque, sino que se produce sólo cuando el cheque es efectivamente pagado".(57)

De modo tal que la entrega del documento, no libera jurídicamente al deudor; ni consecuentemente extingue su débito, se va a extinguir sólo hasta el momento en que el título es pagado por el librado.

Con gran acierto, Paolo Greco nos dice "En definitiva la función de pago le pertenece normalmente, en todo caso, al término de su vida".(58)

Por su parte Suárez Montes dice que "La obligación causal subyacente, que dio origen a la emisión del cheque, no se extingue por la entrega de éste; no se trata pues, de un medio legal de pago, extintivo o novatorio, sino de un instrumento preparatorio de pago".(59)

De ahí que Luis Muñoz le llame moneda impropia.(60)

(57) GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. p. 92.

(58) GRECO, Paolo. Curso de Derecho Bancario. Editorial Jus. 1945. p. 225.

(59) SUAREZ MONTES. Ob. cit. p. 24 y 25.

(60) MUÑOZ, Luis. Derecho Bancario Mexicano. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1a. Edición. 1974. p. 74.

Entonces, el efecto novatorio no se producirá cuando el pago se haga mediante la expedición de un cheque, al menos que las partes así lo convengan.

El artículo 7 LGTOC establece que los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición "salvo buen cobro". Y en cuanto al pago de títulos de crédito mediante cheques, el artículo 195 de la LGTOC señala "El que pague con cheque un título de crédito mencionándolo así en el cheque será considerado como depositario del título, mientras el cheque no sea cubierto durante el plazo legal señalado para su presentación. La falta de pago o el pago parcial del cheque se considerarán como falta de pago o pago parcial del título de crédito...".

Y por último, al no tener el cheque poder liberatorio, nadie está obligado a aceptarlo como forma de extinguir una obligación, en todo caso el que lo acepte lo hacen precisamente porque quieren aceptar ese título de crédito, basados en la confianza que en ellos despierta la solvencia del librador.

2.4 FINES QUE PERSIGUE EL CHEQUE

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

De manera atinada se indican en dicha exposición de motivos las finalidades que desde el punto de vista económico persigue el cheque como instrumento de pago y de compensación, así como los beneficios que su uso trae aparejado, ventajas que repercuten de manera ineludible en la economía del país, ocasionando que los capitales improductivos que guardan los

particulares en sus domicilios sin ningún beneficio para el interés social, al ser depositados en las instituciones bancarias, incrementando la riqueza nacional al destinarse al desarrollo de grandes empresas através de las operaciones que efectúan los bancos al disponer de dichos capitales y mediante la expedición de los cheques en que el banco se convierte en acreedor del cuentahabiente; sustituir con ventaja, en las transacciones, el empleo de la moneda metálica o fiduciaria en las operaciones frecuentes que se realicen entre los comerciantes o entre los particulares.

"Por otro lado nadie puede dudar de que su reiterado uso fortalece a la economía nacional, a pesar de que su vida es muy corta y no alcanza el rango de una verdadera moneda con poder liberatorio ilimitado".(61)

De la misma forma opina Rodríguez y Rodríguez al afirmar que "además de que permite la concentración del dinero para que los bancos puedan disponer de él que repercutiría necesariamente en un ostensible beneficio para la economía nacional".(62)

(61) DE PINA VARA, Rafael. Ob. cit. p. 35.

(62) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Ob. cit. p. 96.

Breit citado por Garrigues menciona que "Mientras que un pueblo no acumule sus capitales excedentes en grandes reservas a título de depósito, sino que los particulares conserven el dinero que necesitan para ulteriores pagos en bolsas o en cajas de caudales, será inconcebible un tráfico de cheques, impidiendo con esto su progreso".(63)

Por otro lado el empleo del cheque como medio de pago, evita que el dinero en efectivo circule y, consecuentemente se vea expuesto a distintos percances.

Impide que el que entregue un cheque en lugar de dinero, tenga que custodiarlo por sí mismo, para realizar sus pagos, y a su vez el que lo recibe, evita los enormes peligros que lleva aparejado un gran movimiento material de dinero.

Es de un manejo sencillo y tiene todas las ventajas de los pagos no en metálico, imposibilidad de sustracción, dificultades materiales de transporte, custodia, etcétera.

(63) GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. p. 477.

2.5 JUSTIFICACION O INJUSTIFICACION PENAL DEL CHEQUE

Las diferencias de opinión sobre este delito de expedición o libramiento de cheques sin fondos o sin autorización comienzan al hacerse el análisis de la justificación de esa protección tan especial, ya que algunos tratadistas consideran que el fin que se persigue con dicho tipo no amerita sanción penal.

En efecto, así tenemos que hay quienes defienden la postura de que sí es justificable que el libramiento de cheques sea objeto de una tutela penal;

De Semo: "Tomando en consideración las ventajas que derivan del empleo del cheque, como instrumento eficaz de pago y, consecuentemente, la conveniencia de su mayor difusión, el legislador pretendió dotar de una enérgica protección a la circulación de dicho título y a la buena fe de las personas que lo admiten en sustitución de moneda, mediante normas de carácter penal".(64)

Paolo Greco: "El destino normal del cheque, que inspira su especial disciplina legislativa, consiste en ser usado como

(64) PINA VARA, Rafael. Ob. cit. p. 301.

instrumento de circulación del dinero, como medio de pago _
en lugar de la moneda legal, en la sucesión de relaciones _
de negociación del documento, del girador al tomador, y de _
éste, de mano en mano, hasta el último tenedor.

La Ley tutela esta función circulatoria del cheque como sus
titutivo de la moneda y como medio de pago. La sanción pe -
nal tiende a garantizar la seguridad de la circulación de _
los cheques y la confianza del público en ellos".(65)

Suárez Montes: Si, por las ventajas que su uso acarrea, se
pretende la mayor difusión posible del mismo, resultará com
prensible que se prohiban todas las conductas que desvir -
túen dicha función de pago. Esto es lo que hacen algunas le
gislaciones en las que se pretende la protección de la ins
titución en toda la línea y con todas las consecuencias que
la pureza de esta idea lleva consigo. Con la incriminación_
de tales hechos, no se pretende sancionar una estafa o el _
perjuicio patrimonial que alguien en concreto pueda experi
mentar, sino cortar el peligro general y fomentar el uso y
la confianza en el cheque mediante la protección penal del_
mismo .(66)

Ascarelli Tullio: " Para que el cheque llene satisfactoria
mente su función es menester que infunda confianza, y la _

(65) GRECO, Paolo. Ob. cit. p. 229.

(66) SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. El cheque en Descubierto
Ediciones Ariel. Barcelona. 1965. p. 11, 12 y 13.

emisión de cheques en descubierto perturba la confianza pública en esta clase de títulos de crédito .(67)

González de la Vega: "Las razones que demandan enérgica seguridad para la circulación de los títulos de crédito, cobran mayor fuerza tratándose de los cheques, porque estos instrumentos están destinados preferentemente a servir como medio de pago al contado de las deudas vencidas; al sustituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero, no es posible lograr su aceptación universal en el comercio si los tomadores del documento no gozan de garantías jurídicas suficientes, tuteladoras de la buena fe en la emisión, en la rápida circulación y en el exacto pago del documento".(68)

González Bustamante: Como el cheque tiende a reemplazar ventajosamente a la moneda, el cheque es un sustituto de la moneda misma. Por lo tanto expedir un cheque en garantía de una obligación civil, es tanto como poner en peligro la economía nacional como poner en circulación moneda falsa .(69)

En contraposición a las ideas anteriores, otro grupo de autores opinan que la simple circulación de los cheques no

(67) ASCARELLI, Tullio. Ob. cit. p. 572.

(68) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. p. 266.

(69) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Ob. cit. p. 8

amerita ser protegida penalmente; y así tenemos a:

Millán: " La función de la ley penal no es la de imponer cos
tumbres e instituciones, o consolidar determinadas formas en
los negocios, tampoco es la de moralizar... No, la función _
de la ley penal es reprimir aquellos hechos que causan una _
lesión efectiva o potencial a un derecho, a un bien jurídico
o a un conjunto de bienes jurídicos cuya custodia se conside
ra fundamental para la sociedad y de allí que erija en deli-
to su violación. Aquí no se lesiona ningún derecho. El pago_
efectuado con un cheque sin respaldo carece de valor y no _
extingue la obligación. Tampoco se lesiona la fe pública".(70)

Becerra Bautista: Los cheques no tienen poder liberatorio _
pues no existe obligación legal de recibir cheques en pago _
de deudas; lo que en realidad libera al librador de sus obli-
gaciones es la entrega que hace el girado de los billetes de
banco que ordena dar el girador al beneficiario... Si pues _
el cheque no es una moneda, sino un simple título de crédito
cuya aceptación queda supeditada a la voluntad de quien lo _
recibe, la expedición de cheques sin fondos al único que da-
ña es a quien lo ha recibido; en consecuencia la emisión y _
circulación de los cheques, a la luz de la legislación vigen

(70) DE PINA VARA, Rafael. Ob. cit. p. 305.

te, no interesa a la economía nacional, interesa únicamente en cuanto se trata de defender la buena fe de quien recibe en pago un documento, que no le es pagado por falta de moneda en el banco librado".(71)

Cervantes Ahumada: "no es exacto que la sociedad esté interesada en que los cheques merezcan la confianza del público como substitutivos del dinero, y no merecen tal confianza a base de sanciones penales. Prácticamente se seguirán recibiendo en el comercio los cheques de las personas a quienes el tomador tenga confianza por conocimiento personal, o aquellos en que se incorpore responsabilidad del banco librado".(72)

Vicente Toledo González: "... se puede afirmar que ni el cheque, ni ningún otro título de crédito, requieren de una tutela penal por parte del estado..." y sigue diciendo que "prueba de que la economía nacional en nada se menoscaba y de que la confianza en el cheque no se gana a base de sanciones penales, es de que en países como Inglaterra, Estados Unidos y Alemania, en los cuales el cheque tiene una mayor difusión, no se castiga, el mero libramiento sin fondos, sino cuando este libramiento sirve de medio para cometer una estafa. Sin embargo, una aceptación como instrumento de pago en estos lugares, es cada vez mayor."(73)

(71) Ob. cit. p. 70.

(72) Ob. cit. p. 141.

(73) TOLEDO GONZALEZ, Vicente. Aspectos Jurídicos del Libramiento de Cheques sin fondos. Dinámica del Derecho.1975.p.79.

2. 6 LEGISLACION EXTRANJERA

Pero bien, es el momento de señalar, que países optaron por regular el cheque, como lo hizo la Ley de Títulos de 1932, o sea la circulación fiduciaria del cheque; a fin de advertir por un lado, que México no realizó innovación alguna al tutelar el cheque como instrumento de pago, toda vez que otras legislaciones ya habían contemplado dentro de sus ordenamientos esta figura, y por otro lado percatarnos que países con plena potencialidad económica, omiten su regulación sin que redunde en lo absoluto su creciente economía.

FRANCIA.- Ley de 2 de agosto de 1917. (artículo 2o.)

BELGICA.- Ley de 25 de marzo de 1929. (artículo 509 bis)

ITALIA.- Ley de 21 de diciembre de 1933. (artículo 116)

PORTUGAL.- Decreto Ley de 12 de enero de 1927 (artículos 23 y 24)

GRECIA.- Ley de 18 de abril de 1918. (artículo 29)

Los países que no figuran aquí, regulan el libramiento de cheques sin fondos sólo cuando con el mismo se comete una estafa; con excepción de Argentina que no se sabe a ciencia cierta que es lo que dispone la ley por lo ambiguo de su redacción.

Y ya para concluir este capítulo, quisiera dejar bien claro que la protección penal del libramiento de cheques esta encausada hacia dos aspectos: 1.- cuando con dicho libramiento se comete un fraude y, 2.- cuando lo que se busca es proteger al cheque como instrumento de pago, fomentando la confianza que la gente deposita en dichos títulos valores y como consecuencia de su reiterado uso, acrecentar la riqueza nacional.

Pues bien, las opiniones anteriormente vertidas se refieren sólo a este último aspecto y no cuando el cheque es utilizado como instrumento para cometer un delito de fraude; pues en este caso no hay duda alguna de que el mismo debe ser reprendido en la vía penal por cualesquiera legislación. Y sobre cuál ha sido el criterio seguido por nuestra legislación al respecto, será objeto de estudio del siguiente capítulo.

**CAPITULO III.- PANORAMA HISTORICO DE
LA PROTECCION DEL CHEQUE**

3.1 CODIGO PENAL DE 1871

Como por primera vez se le menciona en el Código de Comercio de 1884, y que lo definía como un mandato de pago que puede girarse a un comerciante o a un establecimiento de crédito por quien tiene provisión de fondos disponibles; a ello se debe que el Código penal de 1871, no lo comprende en el artículo 416 fracción IV, como sí lo hace con la libranza y con la letra de cambio en el capítulo que se refiere al fraude contra la propiedad.

Previene dicha ley que "Al que defraude a alguno una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él, una libranza o una letra de cambio contra una persona su puesta o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarla", ... sufrirá las penas que corresponden al robo sin violencia.

Demetrio Sodi comentando el Código Penal de 1871, señala que la fracción IV del artículo 416 sólo se refiere a las libranzas y a las letras de cambio y como el cheque no puede confundirse con las letras de cambio y con las libranzas, no se puede aplicar la prevención penal a los cheques porque las leyes penales no deben aplicarse por analogía o por mayoría de razón; que la expedición de un cheque con

tra una persona supuesta o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarlo, se castigará como fraude genérico, aplicándose el artículo 432 del Código penal, pero de ninguna manera como un robo simple. (74)

Para esto, los tribunales mexicanos clasificaron el acto consistente en girar o endosar un cheque defraudando a alguien, como fraude e imponían a su autor la pena pecuniaria señalada en el artículo 432 del mismo Código.

3.2 CODIGO PENAL DE 1929

Los redactores del Código Penal de 1929, corrigieron en el articulado algunas de las lagunas que existían en lo que se refiere al cheque y lo comprendieron entre las estafas especificadas en el artículo 1552 fracción IV, que a la letra dice: "Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él una libranza, una letra de cambio o un cheque contra persona supuesta o que el girador sabe que no ha de pagarlas, o endosando un documento a la orden, a cargo de una persona supuesta o que el endosante sabe que no ha de pagarla" y al efecto, señalaron

(74) GONZALEZ BUSTANANTE, J. José. Ob. cit. p. 50.

para dicho delito la sanción que corresponde al robo sin violencia.

Durante algún tiempo se estuvo aplicando dicha disposición legal a quien defraudaba a alguien empleando el cheque como medio para la comisión del delito sea como girador o sea como endosante.

3.3 CODIGO PENAL DE 1931

Ya al entrar en vigor el Código Penal de 17 de septiembre de 1931 que sustituyó al de 1929, se tipificó al delito en el artículo 386 fracción IV, que posteriormente se reproduciría dicha fracción en la III del artículo 387 en los siguientes términos: "Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarla".

3.4 LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932

El 15 de septiembre de 1932 entró en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito promulgada por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso de la Unión.

Dicha Ley cambió sustancialmente el concepto que se tenía del cheque en función del mandato mercantil y estableció que el documento constituye una "orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero". Y para robustecer la confianza del público en el empleo del cheque, se tipificó el delito de libramiento de cheques sin fondos en el artículo 193 en los siguientes términos: "El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que con ello le ocasione. En ningún caso la indemnización será menor del 20% del valor del cheque. El librador sufrirá además, la pena del fraude si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado".

Y aunque en apariencia resulte innecesario profundizarse tanto en el estudio de una norma que a fin de cuentas ya fue de

rogada, resulta de lo más indispensable conocer cuáles fueron todos los escollos, que la vigencia de dicha norma trajo aparejados, a fin de que nos permita discernir que tan acertadas o desacertadas fueron las reformas en que se introdujo al ya existente artículo 387 la fracción XXI.

3.4.1 Constitucionalidad del artículo 193 LGTOC.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito fue expedida por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por el Congreso de la Unión para legislar en materia de comercio y derecho procesal mercantil, y de crédito y moneda, por leyes de 31 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1932.

Quizás el principal exponente que defendió la postura de la inconstitucionalidad de dicha norma lo fue Matos Escobedo que citado por Becerra Bautista, sostiene tal criterio más o menos en los siguientes términos: Que el Presidente de la República no pudo incluir en la LGTOC ninguna norma punitiva; que una norma de derecho público, como la que sanciona y confronta un delito, no tiene razón de ser y estar entre normas de derecho privado. Que no era posible que el Congreso de la Unión le delegara facultades al Presidente de la

República que ni él mismo tenía; y que si el artículo 73 Constitucional establece en la fracción X que el Congreso de la Unión tiene facultades para legislar en toda la República sobre comercio e instituciones de crédito, esto no lo autoriza a legislar en materia penal, con la única excepción de la fracción XXI del mismo artículo 73 en donde se precisa que el Congreso sí tiene facultad para definir los delitos y faltas contra la Federación y además fijar las penas que por ellos deben imponer; pero en atención a esto no puede decirse que el delito de expedir cheques sin la provisión de fondos necesaria esté dirigido contra la Federación, ya que sólo son delitos federales y de la competencia de los tribunales del mismo fuero, en cuanto ésta mira a la materia, aquellas que atentan contra los intereses o atributos de la Federación.(75)

En contraposición a las ideas antes expuestas, Becerra Bautista sostiene que el Congreso de la Unión sí tiene facultad para establecer normas penales como la que contiene el artículo 193 LCTOC; que la fracción XXI del artículo 73 constitucional faculta al Congreso de la Unión para expedir todas las leyes necesarias a objeto de hacer efectivas todas las demás facultades previstas por el propio precepto constitucional.

(75) BECERRA BAUTISTA, J. JOSE. Ob. cit. p. 99 y 100.

Y toda vez que está facultado el Congreso de la Unión para legislar en materia de comercio y de instituciones de crédito en toda la República como se desprende del numeral 73 fracción X de la Constitución Política, también lo está para salvaguardar, aún con sanciones penales, el cumplimiento de esas leyes mercantiles. Que de acuerdo con la teoría una ley es necesaria para hacer efectiva una facultad concedida expresamente al Congreso, es constitucionalmente válida, y que esta conclusión es aplicable también a normas jurídicas singulares. Y para demostrar que las leyes penales son necesarias en este caso nos dice: "Si la sanción integra la norma jurídica, es indudable que el órgano facultado constitucionalmente para establecer un deber ser, o sea para prescribir una conducta determinada, está también facultado para proveer de sanción a la norma que dicta. Sería ilógico suponer que el órgano estatal facultado para expedir leyes, careciese de poder necesario para dotarlas de sanciones adecuadas a fin de que éstas fuesen cumplidas... y ello permite concluir que las normas penales son necesarias, en ocasiones, para la efectividad aún de aquellas leyes que emanan del Congreso de la Unión, con vigencia en toda la República".(76)

Y termina diciendo dicho autor que " El Congreso de la

(76) BECERRA BAUTISTA, José. Ob. cit. p. 107.

Unión tiene facultades para dictar todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivas las facultades expresas que la constitución le confiere; es así que sancionar penalmente las normas jurídicas que dicta en materia que le están reservadas, es un medio necesario para hacer efectivas sus facultades expresas; luego el Congreso de la Unión tiene facultades para sancionar penalmente las normas jurídicas que dicte; es así, iterim, que las normas jurídicas que dicta no sólo afectan a la Federación como tal, sino también todo aquello que quede dentro del ámbito que la constitución le asigna; luego el Congreso de la Unión tiene facultades para sancionar penalmente no sólo las normas jurídicas que atañen a la Federación como tal, sino las que afecten a todo aquello que queda dentro del ámbito que la constitución le asigna".(77)

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia se pronunció en favor de la constitucionalidad de dicha norma, llegando así a formar jurisprudencia. Pero por ser dicha jurisprudencia un tanto ambigua, prefiero citar una ejecutoria que esclarece, a todas luces, esta debatida cuestión, dejando bien en alto, la amplia facultad que tiene el Congreso de la Unión para legislar en materia penal; y así tenemos "Es cierto que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se

(77) BECERRA BAUTISTA, José. Ob. cit. p. 109 y 110.

expidió por el Ejecutivo Federal en ejercicio de las facultades extraordinarias de que fue investido en materia de comercio y derecho procesal mercantil y de crédito y moneda, por decretos de 31 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1932, mas no por esto puede inferirse que la sanción establecida en el precepto expresado sea inconstitucional, pues el Ejecutivo, al promulgar esa ley, no se concretó a tratar en su artículo, más que de cuestiones concernientes a las materias sobre las que se le autorizó a legislar, y si en el artículo 193 expresado estableció una sanción para quienes violaran sus preceptos, dicha sanción no puede estimarse sino como el complemento indispensable de esa ley, pues no se concibe un código o una ley, que son de observancia general, si no tienen un carácter imperativo, y ese imperio sólo es pleno cuando el mismo legislador pone en manos de las autoridades competentes las sanciones aplicables a quienes violen sus preceptos. Por tanto, si el Ejecutivo Federal legisló en materia penal estableciendo la sanción referida, no es lógico estimar que la facultad que le confirió el Congreso de la Unión para legislar en materia de comercio y de derecho procesal mercantil no abarque también la de sancionar las violaciones a los preceptos de la ley o leyes que expidiera con la facultad expresada, pues de otro modo carecerían de fuerza imperativa, como se ha dicho, y además carecerían de protección suficiente, operaciones de tanta importancia para la

economía del país, como el manejo de los títulos de crédito y en especial, del cheque, por lo que no puede estimarse in constitucional el artículo 193 expresado".(78)

3.4.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establecía: "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 me nor 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 tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación, o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado".

Por su parte el Código Penal de 1931 estableció, en el capítulo relativo al fraude, el siguiente precepto: Artículo 386 fracción IV "Al que obtenga de otro una cantidad de di- (78) Semanario Judicial de la Federación. T.LXXXVII, p.2741

nero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a _ nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la or - den o al portador contra una persona supuesta o que el otor - gante sabe que no ha de pagarlo".

Y que con motivo de la reforma de 31 de diciembre de 1945, _ publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de _ marzo de 1946, se modificó el artículo 386 del Código Penal para quedar como sigue: "Comete el delito de fraude el que _ engaño a uno o aprovechándose del error en que éste se _ halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lu - cro indebido. El delito de fraude se castigará con las pe - nas siguientes: I. Con prisión de tres días a seis meses y _ multa de cinco a cincuenta pesos, cuando el valor de lo de - fraudado no exceda de esta cantidad; II. Con prisión de _ seis meses a tres años y multa de cincuenta a quinientos pe - sos, cuando el valor de lo defraudado excediere de cincuen - ta pesos, pero no de tres mil; III. Con prisión de tres a _ doce años y multa hasta de diez mil pesos, si el valor de _ lo defraudado fuere mayor de tres mil pesos". Y en la frac - ción III del artículo 387 se reprodujo la anteriormente _ transcrita fracción IV del artículo 386 del Código penal ci - tado, indicando que tal conducta se castigará con las mismas penas del fraude.

Pues bien quizás se debió a que el transcrito artículo 193 _

remitiera para efectos de la pena a la ahora fracción III del artículo 387, lo que motivó, una muy seria dificultad de interpretación.

Y así la existencia de ambas formas planteó las siguientes interrogantes a dilucidar:

1. ¿El artículo 193 LGTOC derogó la fracción IV del artículo 386, ahora fracción III del artículo 387 del Código Penal?; o,
2. ¿Contiene el artículo 193 un nuevo caso de fraude que, por tanto, está sujeto a las reglas tradicionales de dicha especie delictiva o se trata sólo de un delito con perfiles y características propias que no tiene nada que ver con el delito de fraude mas que la sanción a la cual se remite?;
3. Pero si el artículo 386 contiene cuatro penas distintas ¿cuál de todas ellas debe aplicarse a los hechos delictuosos que define el artículo 193? y en todo caso de aceptar alguna de ellas por analogía ¿que ésta no es inconstitucional?;
4. ¿Qué autoridad es la competente para juzgar tal hecho delictuoso, la local o la federal?.
5. De aceptar que se trata de un delito especial ¿es un delito de daño o sólo de peligro?

Una vez conocidos los problemas en torno a este delito, procedo entonces a mencionar las diferentes opiniones que sobre los mismos se han dado.

3.4.3 NATURALEZA DEL DELITO PREVISTO POR EL ARTICULO 193 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

En los siguientes grupos pueden clasificarse las opiniones de los escritores en torno a la significación y alcance del artículo 193:

A) Delito formal que deroga la hoy fracción III del artículo 387 del Código Penal.

Francisco González de la Vega, al comentar el artículo 193 de la Ley de Títulos, sostiene que dicho precepto crea un delito formal; estas son sus palabras: "Este precepto, en materia de cheques, deroga los elementos constitutivos de la fracción IV del artículo 386 del Código Penal, creando un delito formal, cualesquiera que hayan sido los motivos, circunstancias o finalidades de la emisión del cheque no pagadero. La sanción se aplica como enérgica manera de tutelar la circulación del cheque, título que de preferencia sirve como autónomo instrumento de pago de las obligaciones vencidas o sin plazo, y al que se concede gran valor fiduciario".(79)

Añade el autor citado que "No es necesario, como elemento constitucional del delito la demostración de una actitud mentirosamente engañosa del librador, que haga incurrir en

(79) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. p. 268.

error al tomador; aquí el dolo no radica en una actitud, en
gañosa, como algunos de nuestros tribunales incorrectamente
han declarado, sino radica en el simple hecho de que el li-
brador emita el título con conciencia de no tener derecho _
a ello. La ilicitud delictiva se manifiesta formalmente por
el simple hecho voluntario de librar cheques que se sabe no
han de ser pagados ..."(80)

En contraposición a esta postura Becerra Bautista, sostiene
que se ve en la necesidad de rebatirla por considerarla ca-
rente de consistencia científica. Y después de analizarla _
llega a concluir que: "a) La definición que de delito formal
da González de la Vega no está de acuerdo con la doctrina _
aceptada comúnmente por los penalistas; b) La definición _
del citado escritor, no puede aceptarse, porque la caracte-
rística que pretende atribuir como diferencia específica _
del delito formal, es contraria a los principios fundamenta-
les del Derecho Penal; c) Aplicados los conceptos de la doc-
trina común, encontramos que los hechos previstos por el _
artículo 193, quedan dentro de la definición del delito de _
daño y no dentro de la definición de delito formal; y d) _
Aplicada la definición de delito formal de González de la Ve-
ga a los hechos previstos por el artículo 193, se llega a _
conclusiones inaceptables".(81)

(80) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. p. 268.

(81) BECERRA BAUTISTA, José. Ob. cit. p. 82.

Sumándose a estas críticas Jiménez Huerta agrega que " La tesis del delito formal es insostenible y carece de cimientos fácticos. toda vez que la simple lectura del artículo 193 pone en relieve que el delito no se integra por la simple conducta de emitir el cheque, sino que en la descripción típica se exige, además: 1) que "el cheque sea presentado al cobro"; y 2) que no sea pagado por causa imputable al propio librador. Lejos por tanto, de integrarse el hecho delictivo por la simple acción del sujeto activo, como acaece en los delitos formales, requiere para su integración que el tomador del cheque, complementando la acción del librador, lo presente en tiempo y que el cheque quede impagado, o séase, que se produzca un resultado típico. Y por lo que se relaciona con la otra conclusión en la que se asienta que el artículo 193 ha derogado en materia de cheques la hoy fracción III del artículo 387, debemos decir que es también notoriamente infortunada, pues dicha fracción no pudo quedar derogada por aquél, habida cuenta de que ambos preceptos tienen, distinta objetividad jurídica y elementos constitutivos diversos".(82)

También Ceniceros se opuso enérgicamente a la tesis formalista sosteniendo que: "Como es posible que fuera de los casos que sanciona el artículo 193 se cometan infracciones fraudulentas, las fracciones I y IV del artículo 386 (hoy respectivamente,

(82) JINENEZ HUERTA, Mariano. Ob. cit. p. 168.

párrafo primero del artículo 386 y fracción III del 387) si guen vigentes para casos de fraude cuyos elementos constitutivos sean distintos a los definidos en el artículo 193. Por ejemplo en el caso de que el beneficiario de un cheque sabedor ya de que el librador lo ha expedido sin tener fondos en el Banco, mediante maquinaciones o engaños, pase este cheque a una tercera persona causándole a sabiendas un perjuicio, es decir, defraudándola. Esta situación no está comprendida estrictamente en lo previsto en el artículo 193 y, sin embargo, por constituir un fraude está sancionada por las disposiciones del Código Penal".(83)

En una primera época, la jurisprudencia de la Suprema Corte adhiriéndose a la tesis formalista del maestro Francisco González de la Vega, se orientó a considerar el delito establecido en el artículo 193 LGTOC, como un delito formal, con elementos constitutivos propios, que difiere del de fraude previsto en la fracción IV del artículo 386 (hoy fracción III del artículo 387) del Código Penal. Y así sostuvo que " El artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, previene que el librador sufrirá la pena del fraude, si el cheque que giró no es pagado, por no tener fondos disponibles al expedirlo, en virtud de haber

(83) CENICEROS ANGEL, José. Criminalia, Año IX. 1943.No.8. p. 459 y 460.

dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación, o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado. Las disposiciones del Código Penal, en la parte relativa, quedaron derogadas por el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y de acuerdo con él, basta que el librador expida un cheque que no es pagado por no tener fondos disponibles al expedirlo, para que incurra en las sanciones que establece el Código Penal para el Distrito Federal al delito de fraude, independientemente de que tal hecho, haya tenido el propósito de engaño o de obtener un lucro ilícito, pues lo que la ley pretende es dar toda clase de seguridad al manejo de los títulos de crédito, fomentando con ello la confianza en los mismos y sancionando severamente, no precisamente la defraudación, el engaño o el artificio, sino el mal uso de un título como el cheque".(84)

(84) Semanario Judicial de la Federación. T.LXXIII. p. 5024

B) Delito de fraude que complementa la descripción típica del Código Penal.

Apoyando esta postura Becerra Bautista comenta: " Es principio de derecho, admitido unánimemente, que la ley especial posterior deroga a la universal anterior. Consecuencia de tal axioma es que conteniendo el artículo 193 de la Ley General de Títulos una disposición de carácter especial, derogó, en lo relativo a cheques, la norma universal anterior-- que abarca a otros títulos de crédito-- contenida en el artículo 386, fracción IV del Código Penal... La jurisprudencia posterior demuestra que el legislador tuvo motivos para crear la norma contenida en el artículo 193, y ellos fueron ampliar los supuestos de los fraudes a que se refiere la fracción IV del artículo 386 citado, pues en esta norma no se sancionaba el hecho de retirar la provisión de fondos, con posterioridad a la expedición del cheque"(85)

"Becerra Bautista opina que el delito previsto en el artículo 193, es una modalidad del fraude y de la competencia de los Tribunales de la Federación, olvidando que conforme a la teoría del tipo, sabiamente elaborada por los juristas alemanes, la descripción de un delito es obra exclusiva del legislador y los Tribunales no están facultados para

(85) BECERRA BAUTISTA, José. Ob. cit. p. 97.

crear la ley ni para agregar otro elemento distinto del que el legislador comprendió y a esto equivaldría añadir al tipo el "engaño" o el "lucro" que para nada menciona el artículo 193 de la Ley de Títulos".(86)

Rodríguez y Rodríguez sostiene que el artículo 193 no regula otra cosa que el delito de fraude y a diferencia de Becerra-Bautista, dice que con dicho tipo no se amplían los supuestos delictivos ya contemplados en el artículo 386 fracción IV del Código Penal; y lo que va a distinguir en todo caso a ambos tipos es que en el artículo 193 existe la presunción de dolo. "El delito que define el artículo 193 es un fraude, si bien la intención de defraudar no precisa ser probada, sino que la ley presume como consecuencia directa de cualquiera de los hechos enunciados; es decir, la ley establece que si se gira sin fondos o con provisión insuficiente, o retirando la provisión antes del transcurso del plazo, o sin autorización para girar, ello implica la voluntad de defraudar al beneficiario del cheque".(87)

Ampliamente criticada fue esta postura. Y así Jiménez Huerta nos dice: " No es, en manera alguna, posible admitir, que el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito

(86) GONZALEZ BUSTANANTE, J. José. Ob. cit. p. 77.

(87) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Ob. cit. p. 179.

configure un delito de fraude, pues, en primer término, como bien ha dicho González Bustamante 'resulta inexplicable que la Ley de Títulos expedida un año después del Código Penal de 1931, se ocupe de crear una modalidad del delito de fraude y comprender como tal el libramiento de cheques sin provisión cuando estas conductas ya estaban comprendidas con admirable finura jurídica, en la fracción IV del artículo 386 (hoy fracción III del 387) del Código Penal vigente'; en segundo lugar no es exacto que en el artículo 193 se hubiere ampliado la base típica de la fracción IV del artículo 386 (hoy fracción III del 387) a otros hechos que ésta no abarca, v.g; el del librador que retira la provisión de fondos con posterioridad a la expedición del cheque, pues es obvio que quien obtiene de otro una cantidad de dinero otorgándole un cheque que el propio girador sabe que no va a pagarse, debido a que inmediatamente del libramiento retira o dispone de los fondos que tenía en su cuenta, realiza una conducta susceptible plenamente en la fracción III del artículo 387 en relación con el párrafo último del 386, ya que es paladina la maquinación engañosa de que se vale el agente para, en perjuicio de otro, alcanzar un lucro indebido... y que no es posible admitir esta postura porque se llegaría a la contradictoria consecuencia de que del artículo 193 quedasen excluidos múltiples supuestos fácticos que, sin embargo estaban comprendidos en la hoy fracción III del 387".(88)

(88) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob, cit. p. 169 y 170.

Por lo que respecta a la jurisprudencia la Corte se pronunció posteriormente en el sentido de que tal tipo de infracciones en las que falta para la figura delictiva el elemento daño, no encajaba dentro de nuestro sistema constitucional, y que la emisión de un cheque regular que no fuese pagado por causa imputable al librador, sólo podía ser sancionada en los casos en que los hechos respectivos fuesen constitutivos de fraude.

En el informe rendido por el C. Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la Primera Sala, año de 1950, se adujo para justificar el nuevo giro de la jurisprudencia: "Sostener como lo hace la Suprema Corte (jurisprudencia No.325), el criterio de que es suficiente expedir un cheque que no es pagado por no tener el girador fondos disponibles en el momento de expedirlo, para que el delito de fraude se considere cometido, independientemente del propósito de engañar o de obtener un lucro ilícito, es tanto como eliminar del acto delictuoso los elementos de culpabilidad e imputabilidad que lo integran, y que juntos no integran más que la responsabilidad penal. La existencia de un delito formal de fraude, creado por el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, resulta un falso ilógico y atentatorio a las garantías individuales consagradas en nuestra constitución, pues

se pretende en tal forma ignorar, no sólo los principios del derecho penal sino los fundamentos mismos de la responsabilidad del hombre, ya que éste jamás podrá ser declarado penalmente responsable, sino cuando quede evidenciada la intención delictuosa o la imprudencia punible y el daño individual y social causado que en realidad integran el acto ilícito penal o sea lo injusto penal".

Quedando la nueva jurisprudencia como sigue: "Debe absolverse cuando llegue a demostrarse, que no hay engaño ni, en consecuencia, delito, al entregar un cheque, no por vía de pago (que es la función normal y ordinaria de esta clase de títulos de crédito), sino como una mera garantía por convenirlo así el librador, y la parte beneficiaria del documento, estando advertida esta última de la inexistencia de fondos para que el librado cubra el documento".(89)

Este criterio jurisprudencial fue criticado desde dos aspectos: 1. Porque si bien no puede ser desconocido el dolo para efectos de la responsabilidad penal no hay que confundir la tipicidad con la culpabilidad; además de que no es necesario que el dolo o intención delictuosa del tipo descrito en el artículo 193 sea la misma que la existente en el delito de fraude y; 2. Que es intrascendente el convenio existente en

(89) JURISPRUDENCIA, No. 316. Apéndice al T.CXVIII. del Semanario Judicial de la Federación.p.609.

tre librador y beneficiario de que al momento de expedirse el cheque no haya fondos, ya que basta el sólo impago del documento para configurarse el delito; toda vez que si el cheque tiene asignada una función y es la de fungir como orden incondicional de pago, los particulares no tienen porque desnaturalizar este título.

La primera crítica la expondré en este apartado, la segunda la haré mas adelante cuando hable de la complicidad.

Sostiene González de la Vega que "aun cuando el delito sea formal en contraposición a los llamados delitos de daño, esto no quiere decir que sea un delito sin dolo porque el dolo lo constituye la conciencia que tiene el librador acerca de que expide un cheque con alguna de las circunstancias que tipifican la infracción, es decir con conocimiento de que al expedirlo no tiene fondos, o estos son insuficientes o, finalmente, a sabiendas de que no tiene autorización para librar esta clase de títulos; que es bien claro que la presunción "juris tantum" de intencionalidad que demarca el artículo 9o. del Código Penal, quedará destruída cuando se demuestre la ausencia del dolo".(90)

Es el maestro Jiménez Huerta quien nos dice que la intención delictuosa no es la misma en el delito previsto por la frac -

(90) GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. Ob. cit. p. 83.

ción III del 387 que la del 193, pues uno y otro tienen diversa "ratio", se tutelan distintos bienes y se basan sobre diferentes conductas. Que la intención delictuosa en este último es hacer un falso pago que tenga como resultado el impago.(91)

Y ahora bien, qué tuvo que meter la Corte al dolo en todo esto; si lo que se discutía era que si el tipo descrito en el artículo 193 era formal, derogatorio de la fracción III del artículo 387, de daño o de peligro, y no la culpabilidad, que si bien es cierto ésta forma parte del delito para efectos de fijar la responsabilidad penal no tiene que ver con el tipo, por lo que no hay que confundir la culpabilidad con la tipicidad.

Entonces han sido estas las principales ideas que vienen a rebatir la postura de que el artículo 193 derogó la ahora fracción III del artículo 387, sustentada fundamentalmente por Becerra Bautista y Rodríguez y Rodríguez.

C) Delito Autónomo.

A pesar de que fueron muchos, los autores que se inclinaron por considerar que el tipo del artículo 193 describía un de

(91) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. cit. p. 172.

lito especial, algunos todavía trataron de asimilarlo al delito de fraude enunciado en la fracción III del artículo 387, y otros tantos que le atribuyeron características un tanto dispares.

Uno de los defensores de que el delito previsto por el artículo 193 de la Ley de Títulos perdía toda concomitancia con el delito de fraude ya regulado en la fracción antes mencionada, introduciéndose así una innovación en el sistema legislativo mexicano, al sancionar la emisión o endoso de un cheque no cuando es medio para defraudar, sino cuando es en pago de una obligación preexistente lo fue González Bustamante. Este autor considera que no es exacto que el artículo 193 de la LGTOC haya derogado la actual fracción del artículo 387 del Código Penal, sino que el legislador describió un delito especial, cuyos elementos constitutivos son diferentes. Pero niega que la figura delictiva prevista en el artículo 193 de la Ley de Títulos constituya un delito formal. "Nuestro criterio se reduce pues a sostener que el tipo recogido en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no comprende una figura específica de fraude ni crea tampoco un delito formal. Con relación a la primera afirmación... resulta definitivo el razonamiento aducido de que la obtención de dinero o lucro, como consecuencia del libramiento, integra una figura tipo específica

contenida en la fracción III del artículo 387 del Código penal para el Distrito Federal. Afirmar que los elementos engaño y aprovechamiento del error, así como la consecuencia identificada con la obtención de una cosa o de un lucro indebido, forma parte del tipo legal del artículo 193, es olvidar totalmente los principios fundamentales que rigen la teoría del tipo y la tipicidad."(92)

Y en otro lugar nos dice el mismo autor que "El libramiento de cheques es un delito de resultado material, por cuanto el impago del cheque es consecuencia tanto de la acción del librador como de la ejecutada, como complemento, por el tomador o beneficiario, pero no es un delito de daño sino de peligro, consecuencia ésta de ubicar tal problema, no dentro de los límites del elemento objetivo o fáctico, sino de la antijuricidad del hecho".(93)

Continúa diciendo que "Se trata de un verdadero delito de peligro, como el de disparo de arma de fuego, la excesiva velocidad, la vagancia y malvivencia, etc. Cáusese o no se cause daño en el patrimonio por la expedición de un cheque no pagado por falta de fondos el delito existe: en todo caso, la concurrencia del daño servirá al juzgador para graduar la pena".(94)

(92) GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. Ob. cit. p. 104 y 105.

(93) GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. Ob. cit. p. 106.

(94) GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. Ob. cit. p. 108.

En resumen, el pensamiento de González Bustamante fue el siguiente: Es inexacto que el tipo legal contenido en el artículo 193 cree una forma específica de fraude, pues la obtención de un lucro, como consecuencia del libramiento, integra una figura de tipo específico, contenida en la fracción III del artículo 387 del Código Penal. Que el tipo penal del artículo 193 de la Ley de Títulos es un delito de peligro, y se integra con independencia de que el librador obtenga alguna cosa o algún lucro, ya que esta circunstancia no forma parte del tipo penal. Esto significa que cuando exista el dolo específico de causación de daño patrimonial, al librarse un cheque impagado por causas imputables al girador, se estará en presencia de un delito de fraude ya que el artículo 193 no derogó en lo que respecta a cheques la citada fracción III del artículo 387 del Código penal. De ahí que el dolo en el delito previsto en el artículo 193 consiste exclusivamente en la representación del hecho mismo de librar, con conciencia de su ilicitud y voluntad encaminada al acto mismo del libramiento. Pero podrán darse situaciones en que, a pesar de que objetivamente la acción típica sea antijurídica, el librador sea inculpable por haber actuado bajo el amparo de alguna causa de inculpabilidad. Y que el que no haya sido utilizado el documento como orden incondicional de pago sino que haya sido en garantía, de ningún modo exime de responsabilidad penal a quienes hayan desnaturalizado el cheque

y por lo mismo, deben quedar sujetos a la represión punitiva, por el peligro que entraña la posibilidad de la circulación del documento.

Jiménez Huerta por su parte argumenta: " La Ley de Títulos dio vida propia, independiente y autónoma, al delito de libramiento de cheques sin fondos, creando un precepto penal expreso, desglosado del delito de fraude y que la circunstancia de que en su origen el libramiento de cheques sin fondos fuese una forma singular de fraude, no es argumento en contra de su autonomía actual porque en la evolución del derecho han surgido tipos penales y nuevas figuras delictivas y de esta manera se ha ido formando el rico contenido de la tipicidad partiendo del concepto primario del delito natural. Y que el delito de libramiento de cheques sin fondos rompe toda concomitancia con el delito de fraude, tipificándose en dichas legislaciones con sustantividad y autonomía propia dentro de una Ley que, como la de Títulos y Operaciones de Crédito en México, tiene un marcado carácter mercantil, siendo la objetividad jurídica lesionada, el régimen de la circulación fiduciaria de la Nación y que esta independencia y autonomía no se encuentra en ninguna manera desvirtuada o disminuída por la referencia que en orden a la imposición de la pena se hace en el artículo 193 de la Ley de Títulos para que, por reenvío se aplique la pena del

delito de fraude; que tal referencia no es otra cosa que una supervivencia o recuerdo del hecho de que inicialmente el delito de libramiento de cheques sin fondos, estuvo comprendido en un concepto genérico del fraude que la Ley de Títulos no supo cancelar. Que el delito de libramiento de cheques sin fondos no tiene en el ordenamiento jurídico mexicano el carácter de un delito patrimonial sino que por constituir un acto que perturba el sistema circulatorio y monetario del país, tiene figura y relieves propios y objetividad jurídica distinta del delito de estafa; que por su propia autonomía e independencia que en el ordenamiento vigente tiene en México el libramiento de cheques sin fondos, se deriva la lógica consecuencia de que para su perfección técnica no es necesaria la existencia de un lucro en el agente. Que la ratio legis de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la objetividad jurídica que la misma protege y el fin de la función para que fue creada esta ley, evidencian claramente que el elemento lucro es innecesario, como elemento integrante del tipo descrito en su artículo 193".(95)

En obra distinta este autor reafirma dicho criterio en los siguientes términos "Entonces, cuando el cheque se ha utilizado como medio engañoso para obtener una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, evidente es que el hecho incriminado

(95) JIMENEZ HUERTA, Mariano. El delito de libramiento de Cheques sin fondos en la Legislación Mexicana. Criminalia. Año 1963. p. 468 y 469.

debe subsumirse en la fracción III del artículo 387 en relación con el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal, pues el agente lesiona el patrimonio de la persona ofendida mediante engaño para obtener un indebido lucro. Por el contrario, cuando el cheque que resulta impagado se hubiere creado por el librador con el fin distinto del de obtener una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, el libramiento del cheque que quedó impagado por falta de fondos es subsumible en el artículo 193 de la Ley de Títulos, pues el mencionado hecho lesiona la objetividad jurídica tutelada en dicha infracción".(96)

En orden al nutrido debate que se suscitó en el seno de la Suprema Corte sobre el cheque sin fondos, los señores Ministros José María Ortiz Tirado y José Rebolledo, sostuvieron el punto de vista de que se trataba de un delito especial sin ninguna vinculación con el delito de fraude ya que el artículo 193 de la Ley de Títulos para nada enumera el elemento "lucro" o el elemento "engaño" y sólo envía al código penal para que se aplique la pena que corresponde al fraude. Y así González Bustamante nos detalla el pensamiento del ministro primeramente citado en los siguientes términos: " en relación con el delito que se configura con la expedición de cheques sin fondos, es sabido por los señores ministros que no se ha establecido jurisprudencia firme. "

(96) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo IV. 5a. Edición. 1984. p. 174.

Que por mayoría de votos, se mantuvo el criterio de que el delito de libramiento de cheques sin fondos previsto en el artículo 193 de la Ley de Títulos es una modalidad del fraude sin que para eso se hayan invocado argumentos convincentes y elevado el estudio a un plano científico, pues bien sabemos que la creación de la ley penal corresponde exclusivamente al legislador y que los tribunales no pueden agregar un ápice a los elementos que constituyen el tipo, por prohibirlo el artículo 14 constitucional y a ello se llegaba cuando al artículo 193 de la Ley de Títulos, se le agregaban los elementos "engaño o lucro" que están comprendidos en la fracción III del artículo 387 del Código Penal reformado. Ya Beling había dicho con admirable claridad que los tipos de los delitos son como islotes aislados a los que no es dable agregarle algo que los deforme y nosotros desde hace años, recogiendo el pensamiento del gran maestro alemán, hemos dicho que el tipo es aquello que como similitud una lente fotográfica y que en tanto no estén reunidos en su conjunto los elementos objetivos, subjetivos y normativos por mucho que se quiera no habrá tipicidad por ausencia de alguno de aquellos, según lo enseña la Dogmática Penal. Lo que ha sucedido es que algunos juristas consagrados en el campo del Derecho Mercantil, pretenden que el Derecho Penal tenga un horizonte más amplio e igual al que tiene el Derecho Privado y aun cuando su pretensión sea loable, ésta

ante el imperativo constitucional que prohíbe la aplicación analógica o por mayoría de razón de una pena que no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."(97)

El ministro Ortiz Tirado en la cita antes mencionada, habla de la punibilidad, de la inaplicabilidad de la analogía por mandato constitucional entre otras cosas, lo que sucede es que, como ya se dijo y se analizará más adelante, el surgimiento del artículo 193 de la Ley de Títulos trajo aparejado también el problema de la aplicación de la pena, pero no obstante dicha cita es de gran importancia para observar cómo en sus inicios este artículo se pretendía asimilar a la figura del fraude y cómo dicho ministro se pronuncia en contra de esta opinión, tomando en consideración los elementos del tipo penal y que no son otros que los que aparecen en el texto legal, estimando por lo mismo a este nuevo delito como un delito especial.

Interesante opinión la que vierte el doctor José Angel Ceniceros y que sintetiza González Bustamante de la siguiente forma: " A partir de la vigencia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se creó un delito especial con elementos

(97) GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. Ob. cit., p. 70 y 71.

constitutivos definidos en el artículo 193, pero en lugar de señalar directamente la pena aplicable, hizo un reenvío a la pena del fraude, que si el legislador no hubiera hecho esta referencia en cuanto a la penalidad, sino que en el mismo texto de la Ley de Títulos hubiere señalado el mínimo y el máximo de las penas de multa y de prisión aplicables, no habría habido problema de interpretación del artículo 193 y acaso la crítica se hubiera orientado acerca de la conveniencia o inconveniencia de haber sustraído del capítulo de fraude el delito de libramiento de cheques, para darle tipicidad propia sin ninguna relación con el engaño o maquinación dolosa y el perjuicio que configuran el delito de fraude. Que el legislador a veces, encuentra un medio de equiparar para los efectos de la penalidad delitos de naturaleza diferente. Que atendiendo a la descripción típica contenida en el artículo 193, el delito se configura con librar un cheque; que se presente en tiempo y que no sea pagado por causas imputables al librador especificadas en la parte final del precitado artículo 193; que el delito existe cuando queda probado que el cheque fue presentado por su beneficiario al banco para su cobro en tiempo y no hubo la posibilidad de pagarlo por cualquiera de las tres circunstancias enumeradas; que son las disposiciones del Derecho Mercantil las que regulan lo relativo a si el cheque ha sido presentado en tiempo, y por lo mismo, cuando ha transcurri-

do el plazo de quince días que señala el artículo 181 de la Ley de Títulos; que en cuanto sea necesaria la existencia del dolo como elemento subjetivo del delito de acuerdo con los principios de culpabilidad que informa nuestro sistema penal, sí es necesaria la existencia de ese dolo. Que el artículo 193, forma parte de una ley especial dictada posteriormente a la vigencia del Código Penal de 1931 y dicho precepto en cuanto sanciona el libramiento de cheques sin fondos, deroga las disposiciones del Código Penal en las fracciones I y IV del artículo 386 en los casos que define y prevé como constitutivos del nuevo delito creado por el legislador en la Ley de Títulos y si este nuevo precepto incluido en una ley especial comprendiera en sus términos el cien por ciento de casos que pueden presentarse de infracción penal con motivo o en relación a la expedición de un cheque sin haber fondos para pagarlo, o en los otros supuestos legales, la derogación de las disposiciones del Código Penal en esa materia, sería absoluta, pero como no es posible que fuera de los casos que sanciona el artículo 193 se pueden cometer infracciones fraudulentas, las fracciones I y IV del artículo 386 del Código Penal siguen vigentes para casos de fraude cuyos elementos constitutivos sean distintos de los definidos en el artículo 193."(98)

(98) GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. Ob. cit. p. 72, 73, 74 y 75.

En esta que podríamos llamar la tercera etapa, la Corte se orientó por el criterio sustentado por González Bustamante sentando así una nueva jurisprudencia.

La citada Jurisprudencia firme quedó expresada en los siguientes términos: "Delito previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.- Si de las constancias de autos se prueba plenamente que el acusado expidió los cheques con pleno conocimiento de que carecía de fondos ante la institución librada, y si los documentos fueron presentados al cobro dentro del plazo legal y no cubierto por tal motivo, se tipifica el delito previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin que la circunstancia invocada por el quejoso de que los cheques fueron dados en garantía postfechados sea relevante puesto que se trata de un delito especial que se integra con la sola expedición del cheque en las circunstancias anotadas, dado que el bien jurídico tutelado a través de la figura delictuosa de referencia es la seguridad del crédito y la confianza que el público debe tener en los cheques y no como equivocadamente se ha pretendido el interés patrimonial de los particulares."

Pues bien, es así como jueces y doctrinarios se debatieron arduamente durante largos años, a fin de precisar la natura

leza de este delito en estudio. No obstante las muy variadas opiniones que al respecto se vertieron, me atrevo a considerar que este multicitado delito no derogó el artículo 387 fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, y que alude al fraude. Puesto que a pesar de que el legislador omitió señalar en la exposición de motivos, cuál habría de ser el objeto protegido en este nuevo delito; resulta obvio que lo que pretendió establecer el artículo 193 de la Ley de Títulos fue una nueva figura delictiva para garantizar no la defraudación mediante cheques, que ya estaba sancionada en la legislación represiva, sino el fin ideal de la circulación del cheque en sí mismo, en atención de los beneficios que su uso trae consigo. Esto es, quizo que el delito de libramiento de cheques sin fondos o sin autorización fuera un delito distinto del de fraude, un nuevo delito que no hiciera referencia ni al engaño ni al lucro indebido; donde bastara el sólo libramiento del cheque y que el mismo reuniendo los requisitos de la Ley Mercantil no sea pagado por alguna de las causas imputables al librador.

3.4.4 Punibilidad

Como hemos visto la indiscutible finalidad del legislador de crear un nuevo delito quedó desvirtuado por la referencia al

fraude que se hace en el artículo 193 de la Ley de Títulos, para determinar la sanción, que daría lugar a la gran discusión en torno a la naturaleza de este delito y que ya fue expuesta en el apartado anterior.

Ciertamente el artículo 193 de la Ley de Títulos disponía que en el caso de libramiento de cheques sin fondos o sin autorización se aplicara al librador la pena del fraude.

Este reenvío ocasionó que el Tribunal del Primer Circuito determinara que el delito previsto en el artículo 193 carecía de sanción exactamente aplicable, ya que reenviando para su castigo al Código Penal para el Distrito Federal, y conteniendo éste en la fecha de expedición de la Ley de Títulos, en sus artículos 386, 388 y 389, diversas sanciones para el delito de fraude, no puede aplicarse exactamente alguna de éstas, a menos que se recurra a la analogía, que como bien sabemos por mandato constitucional está prohibida en materia penal.

Ortiz Tirado al respecto opinó que: "Becerra Bautista afirma que dicho precepto es inconstitucional porque no hay sanción y porque la ley prohíbe, en materia penal, toda aplicación analógica. No estoy de acuerdo en que no exista sanción, porque si de la fracción IV del artículo 386 del Cód

go Penal se destaca con autonomía un delito con perfiles especiales relacionado con el cheque, al remitir el legislador, para los efectos de la penalidad, a la sanción del fraude, no podía referirse sino al ya indicado: la interpretación de la norma es completa porque señala, por una parte, los elementos constitutivos, y por la otra, la sanción respectiva, o sea la que se refiere a la sanción IV del artículo 386. Tampoco estoy conforme en que no sea posible, en materia penal, una interpretación extensiva. Contra lo que se ha venido sosteniendo, creo que sí cabe esa interpretación, sólo que es preciso consignar que es posible, dentro de un concepto restringido: en la interpretación extensiva no es que el juzgador trate de agregar un hecho no catalogado en la ley: el objeto primordial de una norma es que se aplique en su integridad, ni más ni menos de lo que esa norma dice."(99)

En diversa ejecutoria la Corte se pronunció en favor de la Constitucionalidad de dicha norma al considerar que la pena aplicable es la de seis meses a seis años de prisión, ya que dicho precepto se relaciona con el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal.

Además quienes sostuvieron la constitucionalidad de dicha

(99) ORTIZ TIRADO, José. Revista Criminalia. Año IX. 1943.

norma lo hicieron fundamentándose en que la simple aplicación de alguna de las sanciones, no se puede pensar que el delito previsto por el artículo 193 carezca de sanción y que tampoco se puede pensar que dicha imposición haya de ser analógica, ya que es voluntad expresa del legislador, expuesta en los preceptos citados del Código Penal la que decidirán los juzgadores de acuerdo a las normas de los artículos 51 y 52 del Código Penal; y que la sanción aplicable será la fracción IV del artículo 386 porque en esta fracción se encontraban regulados los otros documentos y de los cuales fue sustraído el cheque para regularse en una forma especial.

En contraposición a las ideas antes descritas Becerra Bautista opina que " Como la ley tipifica varios hechos como fraudes, y según es el hecho así es la penalidad, para conocer ésta es preciso saber a cuál de los diversos fraudes existentes en el Código Penal hizo referencia el artículo 193, y una vez que esto se conozca, entonces aplicar la pena que para ese fraude fija la ley. Se dirá: como los hechos previstos por el artículo 193 son semejantes a los que sanciona la fracción IV del artículo 386 del Código Penal, en lo relativo a cheques, dada esa semejanza, la pena debe ser la contenida en este precepto. El argumento mismo revela la analogía y confirma que, de aplicarse, se violaría el artículo 14 constitucional."(100)

(100) BECERRA BAUTISTA, José. Ob. cit. p. 115.

En el año de 1945, por Decreto de 31 de Diciembre, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 1946, se reformaron los artículos 386 y 387 del Código Penal y se derogó el artículo 389. De conformidad con dicha reforma el 386 quedó como sigue en lo concerniente a la punibilidad:

"Artículo 386 sostiene:

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad.

II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a quinientos pesos, cuando el valor de lo defraudado excediere de cincuenta pesos pero no de tres mil; y

III. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de diez mil pesos, si el valor de lo defraudado fuere mayor de tres mil pesos".

Vemos entonces que se establece las sanciones aplicables al fraude en atención al valor de lo defraudado.

Ahora los problemas a dilucidar son que como de acuerdo a la última jurisprudencia el delito previsto por el artículo 193 no es un fraude, ni un delito patrimonial, puede du-

darse de la exacta aplicación de las penas establecidas actualmente por el Código Penal; y por otro lado saber si la sanción aplicable es la actualmente señalada o la vigente en la fecha de expedición de la Ley de Títulos.

González Bustamante consideró que si el delito previsto por el artículo 193 no se considera como fraude y por ende como un delito patrimonial, al no producirse un daño, por tal motivo no podrán ser aplicables las penas señaladas en la nueva disposición. Si las penas del fraude toman en cuenta el valor de lo defraudado, no es aplicable tal disposición toda vez que el hecho de librar un cheque no produce daño de ninguna especie, pues de haber ese daño dicho delito se convertiría en un fraude específico. Y que por no existir daño debe absolverse al acusado, pues lo contrario equivaldría a violar lo dispuesto en el artículo 14 constitucional, que prohíbe la analogía.(101)

Un criterio antagónico sostiene que sin importar lo que diga la jurisprudencia hasta entonces vigente, debe aplicarse la penalidad señalada en el artículo 386, por ser esta la voluntad de la ley, y que para poder individualizar la pena se habría de estar a la cantidad que aparezca en el documento.

(101) GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. Ob. cit. p. 175 y 176.

Por lo que respecta al segundo planteamiento de que cuál de las dos normas habrían de aplicarse al tipo del artículo 193, si la que estaba vigente al momento de expedirse ésta o la que entró en vigor en 1945.

La Corte resolvió dicho escollo de la siguiente manera: "La reforma de 1945, que escalonó las penas para el delito patrimonial de fraude no derogó ni expresa ni tácitamente el mencionado artículo 386, que se incorporó en lo que se refiere al libramiento de cheques sin fondos al texto del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que es la pena aplicable; en cuanto al delito de libramiento de cheques sin fondos no atiende al daño patrimonial sino a la desconfianza que se siembra entre el público para la admisión de cheques cuando éstos se giran sin fondos disponibles. En esa virtud la autoridad responsable deberá individualizar la pena aplicable al mencionado artículo 386 del Código Penal de 17 de septiembre de 1931".(102)

Como era de esperarse las críticas no se hicieron esperar, pues se dijo que no puede formar parte de un tipo penal un precepto y una sanción ya derogados, vulnerando el artículo 14 constitucional en su párrafo tercero. Que a partir de 1946 el párrafo primero del artículo 386 dejó de ser una ley aplicable pasando a ser una ley derogada.

(102) Semanario Judicial de la Federación. 6a. época. Volu men XLV, 1961. 2a. parte, p. 26.

3.4.5 Competencia

Motivando opiniones contradictorias en torno al artículo 193 de la Ley de Títulos, lo fue también la competencia.

En una primera etapa la jurisprudencia abrigó el criterio de considerar competente para conocer de este delito al fuero común sustentando lo siguiente: " Esa disposición legal (art.193 LGTOC) remite, para el efecto de castigar al delincuente a las disposiciones del Código Penal; por consiguiente, es indudable que en casos de esta naturaleza, es competente un juez del orden común, pues no se trata de un delito del orden federal, donde sea necesario aplicar una ley de esta índole, en los términos de la fracción I del artículo 104 constitucional; pues la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por su naturaleza misma, no tiene el carácter represiva sino, únicamente reglamenta los actos y contratos mercantiles, en cuanto tengan un fondo económico relacionado con intereses de particulares."(103)

Raúl Carrancá, se opuso diciendo: "por virtud del fenómeno del 'rinvio' la ley punitiva, el Código Penal, es complementaria de la normativa, la de Títulos y Operaciones de Crédito. Y siendo la norma la que determina la competencia, corresponde ésta a quien deba conocer de los delitos previstos en las leyes federales y como es indiscutible que la Ley de (103) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLIV.p.1406

Títulos es una Ley Federal, de acuerdo con el artículo 41, fracción I, inciso a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, los Jueces de Distrito del Distrito Federal conocerán en materia penal de los delitos del orden federal, los previstos en las leyes federales y en los tratados; que a mayor abundancia, el artículo 10. del Código Penal, establece que éste se aplica en el Distrito Federal para los delitos de la competencia de los Tribunales Comunes y en toda la República para los delitos de la competencia de los Tribunales Federales y por ello no hay inconveniente en que se aplique la Ley de Títulos que es una ley especial estando señalada la penalidad en el artículo 387 del Código Penal."(104)

Del mismo modo que el maestro antes citado, Carlos Franco Sodi opina: " El hecho de que el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito diga que la infracción penal que creó se le impone la pena del fraude, no significa que tal delito sea el específico de fraude citado, cuyos elementos son distintos, y que no se diría que el delito a que se refiere la Ley de Títulos sería homicidio, si hubiera una disposición que impusiera a dicho delito la penalidad del homicidio; que en consecuencia, la Ley de Títulos creó en su artículo 193 un delito especial cuya competencia corresponde a los Tribunales Federales".(105)

(104) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Ob. cit. p. 855.

(105) GONZALEZ BUSTANANTE, José. Ob. cit. p. 65 y 66.

Adhiriéndose a estas opiniones, la Jurisprudencia varió quedando como sigue: "La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su carácter de Ley Federal posterior al Código Penal del Distrito y Territorios Federales, estructuró en su artículo 193, un delito formal, con elementos constitutivos propios que difiere del fraude previsto en la fracción IV del artículo 386 del Código Penal, tratando de proveer una tutela específica al cheque, dada su trascendencia bancaria lo que lleva a concluir que el hecho delictuoso a que se refiere el mencionado artículo 193, es del orden federal y de la competencia de los tribunales de este fuero, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 41, fracción I inciso "a" de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación".(105)

3.4.6 Reparación del daño

Cuestión muy debatida en torno al artículo 193, fue la de saber si procedía la reparación del daño o no.

Este dilema se originó con motivo del bien jurídico que se pretendía tutelar a través del 193. En efecto, para quienes opinaban que con este precepto se protegía la buena fe que recibe en pago un cheques sin fondos, no hay duda de que el

(105) Semanario Judicial de la Federación. Apéndice al Tomo XCVII. p. 616.

librador de un cheque en descubierto, está obligado, una vez cometido el delito, a la reparación del daño en beneficio del tenedor del documento. Y por tener la reparación del daño, por imperativo de los artículos 29 del Código Penal y 2o. fracción III del Código de Procedimientos Penales, el carácter de pena pública, sólo al Ministerio Público compete pedir su aplicación en ejercicio de la acción penal. Siendo esto así, cuando hay delito, cesa la acción privada tendiente a obtener el pago del documento, y queda sólo la posibilidad de lograr su restitución, mediante la imposición de la pena pública cuya petición incumbe al representante legal.

La Corte al sostener el criterio de que el delito de libramiento de cheques sin fondos o sin autorización, no tenía carácter patrimonial o de daño, sino que constituía un delito especial que nada tenía que ver con el fraude, la reparación del daño que forma parte de la sanción pecuniaria, no debía ser objeto de condena, simplemente porque en este delito no patrimonialno se causan los daños a que dicha reparación se refiere, por lo que el tenedor del documento tenía expeditas las acciones civiles para obtener su pago y, en su caso la indemnización que el mismo precepto establecía.

Sin lugar a dudas, en esta etapa de la jurisprudencia, se dejó llevar por el pensamiento del distinguido jurista Gon -

zález Bustamante que en relación con esto razonó de la siguiente forma: "Si de conformidad con el artículo 7o. de la Ley de Títulos, todos los títulos que se dan en pago se presumen recibidos bajo la condición de "salvo buen cobro", es indudable que el impago del documento, por sí mismo, no trae ninguna consecuencia lesiva al patrimonio, máxime que el librador siempre es responsable del impago; por tal razón, tampoco puede estimarse como daño al patrimonio el veinte por ciento que señala la primera parte del artículo 193, con el carácter de indemnización, por el hecho del impago del documento; tal indemnización no constituye sino una sanción de carácter mercantil que la ley estipula por la simple falta de pago del cheque. Menos convincente es la razón aducida de que el patrimonio se lesiona, puesto que tratándose de obligaciones pecuniarias el perjuicio que sufre el tomador o el tenedor 'consiste cuando menos en el interés legal de la suma de dinero debida y no pagada'. Si la falta de pago del documento no extingue la deuda y deja subsistentes las consecuencias legales del adeudo y viva la acción cambiaria derivada de la naturaleza crediticia del cheque impagado, ¿cómo puede decirse que dicho impago lesiona el patrimonio del tomador?.(106)

(106) CONZALEZ BUSTANANTE, José. Ob. cit. p. 109 y 110.

3.4.7 Coparticipación

La jurisprudencia al igual que en todos los problemas antes detallados, fue variando; llegando a estimar en su última etapa hasta antes de que fuera modificada la ley; que sería responsable del delito previsto en el artículo 193 de la Ley de Títulos el que aceptase de otro un cheque con conocimiento de la falta de fondos por parte del librador; las razones de este criterio bien pudieron haber sido las que expresó José A. Ceniceros que citado por Bustamante nos dice: "La tesis anterior se sostuvo, invocando antecedentes doctrinarios en el sentido de que es condición esencial para la existencia del delito que el tomador del documento ignore que el tomador carece de fondos, pero cuando existe un común acuerdo entre librador y tomador para supeditar su validez a la provisión posterior, debe concluirse que se ha desnaturalizado el cheque cambiándolo por un documento de crédito a plazo o de garantía, dejando de ser un instrumento de pago respecto al tomador. A nuestro juicio es evidente la confusión que existió desde entonces al estimar que los particulares pueden impunemente emplear a su arbitrio los documentos que en el derecho bancario tienen asignada una función especial. Es indiferente para la configuración del tipo del artículo 193 que el cheque se de en garantía o postfechado. Si el legislador le asignó una especial fun-

ción que es la consignada en la fracción III del artículo 176 de la citada Ley de Títulos de ser una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero porque pasar inadvertido ese pensamiento. En derecho penal, la voluntad de los particulares carece de significación porque ante todo, debe atenderse a la protección de los bienes tutelados en que está interesada la colectividad".(107)

Complementando ese criterio González de la Vega también citado por Bustamante afirma que: " Es monstruosa la operación en que el tomador del cheque, a sabiendas de que no existen fondos, se garantiza el pago o cumplimiento de una obligación civil, con la privación de la libertad que obra generalmente impulsado por la necesidad cuando extiende un cheque como garantía de una obligación, denaturalizándolo y no como un instrumento de pago. Que si las partes realizan con el cheque una función jurídica distinta de la auténtica que le corresponde, falsean la finalidad económica y legal del cheque, vicio que debe ser desterrado de nuestro medio y para esos fines se elaboró el artículo 193 de la Ley de Títulos por lo que quienes lo violan a sabiendas, deben sufrir las sanciones respectivas, sea que se trate del librador o del tenedor, que, por lo tanto las partes deben en to

(107) GONZALEZ BUSTAMANTE, José. Ob. cit. p. 76 y 77.

do caso traducir en derecho, con exactitud, la operación económica que pretendan realizar, ya que el derecho tiene formas suficientes y adecuadas para las diversas operaciones económicas; que por ello la Procuraduría General de la República, no se ha propuesto evitar ni dificultar las operaciones económicas, sino cumplir con la ley al tratar de matar el vicio consistente en que las parte celebren una operación económica a la que dan apariencia legal cuando es inadecuada y prohibida".(107)

3.5. Fracción XXI del artículo 387 del Código Penal

Una vez conocido lo anterior, es el momento de fijar nuestra posición, acerca de la conveniencia o inconveniencia de haber derogado el artículo 193 de la Ley de Títulos, creándose asimismo la fracción XXI del artículo 387.

Como bien sabemos, durante la vigencia del artículo 193 de la Ley de Títulos, también lo estuvo y lo sigue estando la fracción III del artículo 387 del Código Penal. Que si bien, en un principio se llegaron a identificar a ambas fi

(107) GONZALEZ BUSTAMANTE, José. Ob. cit. p. 80 y 81.

guras como tuteladoras del patrimonio de los particulares, ya después se llegó a demostrar de manera irrefutable que efectivamente ambas normas regulaban el libramiento de cheques, pero que ambas lo hacían de una manera diferente; en donde los bienes jurídicos tutelados eran distintos, y en donde el dolo en el agente o fin en el agente también era distinto. Esto es, cuando el cheque era utilizado como medio engañoso para obtener una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, el hecho incriminado se subsumía en la fracción III del artículo 387 del Código Punitivo; puesto que el agente lesionaba el patrimonio de la persona ofendida mediante engaño para obtener un lucro indebido; por el contrario cuando el cheque que resultaba impagado se hubiere creado por el librador con el fin distinto del de obtener una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, el libramiento del cheque que quedó impagado por falta de fondos era susceptible en el artículo 193 de la Ley de Títulos; lesionándose con esto, no el patrimonio de los particulares, sino el interés por conservar la confianza en el uso de dichos títulos valores.

Sin perder de vista la objetividad jurídica tutelada y demás cualidades que diferenciaban a las dos normas antes mencionadas; pasemos a ver entonces, que pasó al derogarse el artículo 193 de la Ley de Títulos; aunque quiero aclarar que el artículo 193 sólo fue derogado en lo que concierne

a la responsabilidad penal de quien librara un cheque y éste quedara impagado y que es lo que venimos estudiando; pero _
quedó subsistente lo relativo a la responsabilidad civil del librador a fin de que quedara cubierto el importe del documento.

Al derogarse el artículo 193 de la Ley de Títulos, se creó _
la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal. Este artículo 387 detalla en sus veintiún fracciones una serie de conductas, que aunque algunas de ellas no constituyen en esencia un fraude, como ya quedó explicado en artículo anterior, para efectos de la ley penal sí lo son.

Pero ya hablando específicamente de la fracción XXI, vuelve _
a regular el cheque y aunque a simple vista pareciera que se reprodujo el artículo 193, no fue así, porque ya en el segundo párrafo establece que sólo se perseguirá al agente _
cuando haya tenido éste el propósito de obtener una cantidad de dinero u obtener algún lucro.

Si acudimos a la exposición de motivos para saber, cuáles _
fueron las razones por las que se creó esta nueva fracción, _
y por ende cambiar la objetividad jurídica tutelada con motivo del libramiento de cheques sin fondos o sin autorización, nos dice: "Pocos tipos penales han ocasionado tan numerosos.

frecuentes e injustos procesos, de los que a veces se vale el supuesto ofendido para consumir fraudes o extorsiones, como el denominado libramiento de cheques sin fondos. Sin desconocer la necesidad de proteger la confianza en la circulación de estos títulos, lo cierto es que al amparo de aludido delito formal, que no toma en cuenta el propósito delictuoso del sujeto activo, ni el hecho de que se hubiese pagado ya a quien se ostenta como víctima la cantidad que se le adeudaba, ni las condiciones en que hoy día se manejan los cheques, se han consumado constantes injusticias y se ha utilizado al Ministerio Público Federal y a las autoridades judiciales como instrumentos para ejercer presiones o venganzas. En consecuencia, el proyecto propone una adición al artículo 387, en el que figuran los fraudes específicos, con la finalidad de que las conductas que aquí se cometan sean penalmente sancionadas cuando sirven como medio para cometer fraude". Y en otro lugar de la misma exposición se dijo; "la reforma al artículo 387 en su fracción XXI, determinó a las comisiones a que propusieran explícitamente la derogación del párrafo segundo del artículo 193 de la Ley de Títulos, con el objeto de evitar dificultades de interpretación".

Ampliamente criticable resulta tal reforma y más aún, la exposición de motivos que se da, para justificar dicha reforma, por lo siguiente:

Ahora sabemos que el artículo 193 ya quedó derogado, y que en su lugar se creó la fracción XXI al artículo 387 del Código represivo. Pero que a diferencia del primero de ellos que para constituirse el delito bastaba el sólo impago del documento, en el segundo o sea en la fracción XXI del artículo 387 se necesita que con dicho libramiento se cometa un fraude. Y que por lo mismo, en la actualidad el libramiento de cheques sin fondos no es delito, que sólo será delito si el cheque se utiliza como medio para cometer un fraude.

Entonces, cabe preguntarnos ¿qué cuando el libramiento de cheques sin fondos se hacía con el propósito de perpetrar un fraude no estaba ya regulado? Pues sí, ya estaba regulado en la fracción III del artículo 387 y que aún no ha sido derogada. Porque como recordamos, si lo que diferenciaba precisamente a la fracción III del artículo 387 del Código Penal con el artículo 193 de la Ley de Títulos era precisamente que el objeto jurídico tutelado, así como la finalidad del agente al cometer el delito eran distintos; que como vuelvo a reiterar en la fracción III se regula el libramiento de cheques sin fondos cuando con éste se comete un fraude y en el artículo 193 sólo cuando el libramiento de cheques sin fondos tenía como consecuencia el impago; que en el primero de ellos el agente persigue un lucro, en tanto en el segundo lo que persigue el librador es que el documento quede impaga

do con conciencia de su ilicitud. Porque si bien es cierto, que la fracción III alude en general a los títulos de crédito, y la fracción XXI sólo a los cheques, y siendo el cheque un título de crédito, bien puede quedar comprendido dentro de aquél, la especie dentro del género, y no regular dos veces y de la misma forma al cheque, con el mismo margen de punibilidad. Y lo que es más, la hipótesis contemplada en el 193, que se refería al caso de que el librador retirara los fondos antes de ser cobrado el título, hipótesis que no prevía la fracción III, ahora la fracción XXI tampoco contempla este supuesto de manera expresa. A decir verdad, tengo la impresión de que el legislador actual, desconoció la historia legislativa del cheque, al confundir como emana de su exposición de motivos, la naturaleza jurídica del mismo. Veamos porque; en la exposición de motivos, se dice que no podía subsistir el tipo descrito en el artículo 193 de la Ley de Títulos, porque del mismo podría valerse el beneficiario para obligar al deudor a que libere un cheque sin tener fondos; porque así el librador se veía forzado a realizar la provisión de fondos necesaria y por lo mismo cumplir su obligación, sino quería incurrir en un fraude. Pues no es cierto, porque si bien, el que librara un cheque sin tener fondos y sin hacer la provisión necesaria en el plazo legal de su presentación incurría en un delito, no era precisamente el de fraude y que es el que regula todavía la fracción III del artículo 387, sino el delito de "libramiento de cheques sin

fondos"; cuyas características, como ya lo hemos repetido son completamente distintas, porque no hay que confundir el delito de fraude cometido mediante el libramiento de cheques sin fondos, con el delito de "libramiento de cheques sin fondos" en donde no se exigía que se cometiera un fraude; y tan es así que de producirse éste, el delito quedaría encuadrado en la fracción III del artículo 387, y no en el ya derogado artículo 193. Entonces cómo pudo decir que con dicho libramiento se cometía un fraude; si la Jurisprudencia, fue muy clara al hablar que el delito contemplado por el artículo 193 era un delito especial, autónomo que nada tenía que ver con el fraude. Por otro lado si el beneficiario obliga a que su deudor le libre un cheque en pago, presionando a éste que de no hacer dicha provisión se iría a la cárcel; también esto no es cierto; porque la Jurisprudencia (desde luego la que estuvo vigente hasta antes de las reformas de 1984) estimó que aquél que conociera al momento del libramiento, que el librador carecía de fondos, pensando que la provisión se haría después, era también responsable penalmente de manera conjunta, toda vez que al saber eso, tenía conciencia de la ilicitud en que estaba incurriendo el librador; siendo así las cosas ¿quién se va a atrever a presionar a su deudor para que libre un cheque sin fondos sabiendo que si el librador no hace la provisión y el documento es presentado para su pago y éste no es cubierto, se va a la cárcel? Pues no creo que haya mucha gente; por lo que el tipo descrito en el

artículo 193 no servía para fines ulteriores al tomador del cheque.

Otras razones por las que debería desaparecer el artículo 193 según la exposición de motivos, es que sin desconocer la necesidad de proteger la confianza en la circulación de estos títulos, este delito formal, no toma en cuenta el propósito delictuoso del sujeto activo. Vamos por partes, en primera, el tipo descrito en el artículo 193 no es un delito formal, es un delito especial pero no formal ya que el delito para que se integre en este caso, no bastaba la simple conducta del que librara el cheque, era indispensable que dicha conducta se viera complementada por una acción de un tercero y producirse un resultado material consistente en el impago del documento; y en segunda la Jurisprudencia dejó también claro que para poder integrar el delito del artículo 193 era necesario, que existiera un dolo, porque no era posible condenar a quien no tuviera un propósito antijurídico, pero que este propósito delictuoso era distinto al dolo que se presenta en el fraude, bastaba que el librador representara en su mente que el cheque quedaría impagado y por lo mismo la ilicitud de dicho libramiento para integrarse el delito. En capítulo anterior mencioné el criterio de González de la Vega, siendo este Procurador General de la República, cuando se pretendía decir que el tipo descrito en el artículo 193 no se presentaban los elementos de

culpabilidad, aduciendo éste que en principio, quien librara un cheque sin fondos, se estimaba que lo había hecho en forma dolosa, salvo que durante la secuela procedimental demuestre alguna causa de inculpabilidad; y que por lo mismo el criterio que ha seguido la Procuraduría, no es el de desconocer los elementos de culpabilidad, porque de hacerlo sería negar los principios fundamentales que privan en la ciencia penal. Entonces ¿se requería el dolo en el expresado delito? Pues claro que sí, e incluso González Bustamante en su estudio sobre este delito, llegó a comprobar que el mismo no admitía formas culposas, sólo dolosas.

Sigue diciendo la mencionada exposición que es conveniente adicionar el artículo 387, en el que figuran los fraudes específicos, con la finalidad de que las conductas de librar cheques sin fondos o carecer de autorización el librado, sean penalmente sancionados cuando sirven como medio para cometer un fraude. Y volvemos a lo mismo, si esta finalidad o intención dolosa por parte del librador estaba ya contemplada como dijo González Bustamante con admirable finura jurídica en la fracción III del artículo 387 que necesidad había de regularlo otra vez.

Y aún más continúa diciendo la exposición de motivos que la reforma al artículo 387 en su fracción XXI, determinó a las comisiones a que propusieran explícitamente la derogación

del párrafo segundo del artículo 193 de la Ley de Títulos, con el objeto de evitar dificultades de interpretación.

Y quién dice que hay dificultades de interpretación, si alguna vez las hubo, como ya bien sabemos, después se llegó a demostrar aún en un plano científico y elevado a la calidad de Jurisprudencia, la verdadera intención que tuvo el legislador de 1932 al regular al cheque desde un asepecto, según se dijo, nunca antes previsto por legislación alguna, a fin de asegurar la confianza en el uso de dichos títulos de crédito, pensando en que su reiterado uso traería aparejado un desenvolvimiento más seguro en la economía del país. Ahora bien, al margen de estimar como correcto o incorrecto el proceder y el pensamiento del legislador de 1932, no hay duda, que su intención fue clara, sin prestarse a discusiones, cuando menos a lo que atañe a su naturaleza.

Quizás, habría sido acertada la reforma por la que se derogó el artículo 193 y se adicionó la fracción XXI, si se hubiera protegido o tutelado el mismo bien jurídico que el del artículo 193, pues después de todo ha sido propósito ancestral tratar de unificar en un sólo cuerpo normativo, las normas penales, pero no como lo hizo, repitiendo lo que ya estaba dicho por la multicitada fracción III del artículo 387 del Código Punitivo.

Por lo que en consecuencia. ahora tenemos dos normas la

fracción III y la fracción XXI del artículo 387 que tutelan al cheque de la misma forma, donde el bien jurídico tutelado es el patrimonio, donde el fin perseguido por el agente es el mismo, donde los medios de comisión son omisos en ambos y donde las sanciones son las mismas; pero que según dice el legislador actual que es para evitar dificultades de interpretación.

**CAPITULO IV.- ESTUDIO DEL DELITO DE FRAUDE
MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES CONFOR-
ME A LA DOGMATICA PENAL**

4.1 ELEMENTO OBJETIVO

Conducta o hecho son términos utilizados indistintamente por los doctrinarios para referirse al elemento objetivo del delito.

Aunque según la opinión generalizada habrá de utilizarse el primero de estos términos cuando la descripción legal se agote con la sola actividad y el segundo de ellos cuando en vistas al propio tipo se precise un resultado material, esto es, una mutación del mundo fenomenológico.

Así para Porte Petit si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; y de hecho, cuando el delito es de resultado material, de acuerdo a la hipótesis normativa. De modo que para este autor el hecho se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal; que la sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por si misma llena el tipo, como sucede en los delitos de mera actividad, carentes de un resultado material y la conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior o sea un resultado material.(108)

(108) PORTE PETIT, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa. 1959. p.160 y ss.

Pero veamos que se entiende por conducta. Según la autorizada opinión del maestro Bustamante nos dice que la conducta es "el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria".(109)

De esta forma la conducta se compone de dos elementos: Uno físico que consiste en una acción o en una omisión y otro psíquico que consiste en la voluntad de llevar a cabo esa acción u omisión.

Carrara al hablar de la importancia que reviste en el ámbito penal el elemento objetivo nos dice: "El ejercicio de la justicia está delegado, en virtud de la ley del orden, a la autoridad social, para que sean protegidos los derechos del hombre, gracias a una coacción eficaz; pero los derechos del hombre no se ofenden con actos internos, la autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones y sobre los deseos. Los pensamientos, sin cometer abuso, no pueden tenerse como delitos. La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno sólo a Dios. Y cuando se dice que la ley penal no ha de castigar los pensamientos, se quiere significar que se sustrae a su dominio

(109) Ob. cit. p. 111.

toda la serie de momentos que integran el acto interno: pen
samiento, deseo, proyecto y determinación, mientras no ha -
yan sido llevados a su ejecución".(110)

Pero no hay que confundir la voluntad de ejecutar esa ac -
ción u omisión, con la voluntad ulterior de hacerse de una_
cosa.

Antolisei al abordar los elementos que conforman la conduc -
ta nos dice; " El coeficiente interior o psíquico de la ac -
ción consiste en una actitud de la personalidad humana; el_
coeficiente exterior o físico está constituido por la exter
nación o manifestación exterior de la actitud".(111)

"Esta fuera de discusión que para constituir el delito nun -
ca es suficiente un simple fenómeno psíquico, ya se trate _
de un pensamiento, deseo, propósito, ya de una volición. _
El delito es en todo caso un suceso, un hecho que se reali -
za en el mundo exterior. En el delito, por consiguiente, _

(110) CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. _
Editorial Temis. V. I. 1956. p. 47.

(111) Antolisei, Francesco. La acción y el resultado. Editó -
rial Jurídica Mexicana. 1959. p. 31.

existe indefectiblemente un elemento material o físico (objetivo), sin el cual, por lo menos en la fase actual de la evolución del derecho, aquél no es concebible".(112)

Róstanos sólo decir que el elemento objetivo puede asumir tres formas: de acción que se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (decisión), de omisión hay una inactividad violando un deber jurídico de obrar, y de comisión por omisión que también hay inactividad pero aquí se violan dos deberes jurídicos.

Ahora por otro lado, la conducta encuentra expresión dentro del tipo penal de la fracción XXI del artículo 387 en el verbo "librar" pues la norma se refiere al que libre un cheque. Conducta que se integra mediante una acción.

Pero que debe entenderse por librar un cheque "librar" quiere decir "expedir". Expide un cheque quien en forma material firma un documento que reúna las características exigidas en el artículo 176 de la Ley de Títulos y lo entrega a otra persona nominada o innominada. Y en caso de que no se reúnan los requisitos formales que debe contener un cheque qué efectos produce. Aunque este escollo resulta intrascendente en la actualidad puesto que si por ejemplo los parti-

(112) ANTOLISEI, Francesco. Ob. cit. p. 9.

culares convienen en que tal documento sea cobrado hasta de terminada fecha, que le permita a su vez al librador hacer la provisión de fondos necesaria (lo que se conoce como cheques postfechados) si el documento es presentado antes de la fecha pactada y no es pagado porque la provisión aún no se haya hecho; no importa, en tanto el agente no haya perseguido la obtención de un lucro o una cantidad de dinero; recién entrado en vigencia el artículo 193, sí representó una seria dificultad por lo siguiente: Si de acuerdo a ese tipo penal, el simple impago del documento constituía delito; era irrelevante que el beneficiario adujera que él conocía la falta de fondos a fin de relevar de responsabilidad al librador, puesto que si el cheque por naturaleza es una orden incondicional de pago, no tenían librador y beneficiario facultad para convertirlo en un instrumento de crédito; por lo que ese documento que desde un punto de vista mercantil no es un cheque; para todos los efectos penales sí había de reputarsele como tal. Es así que el caso se llevó a tal extremo, que se consideró al beneficiario cómplice del librador; por conocer aquél el hecho ilícito que el suscriptor iba a cometer.

En la actualidad la Comisión Bancaria, ordenó que si en el documento aparece una fecha de expedición posterior a la real y es presentado antes de ese tiempo para su pago sea

cubierto el mismo siempre y cuando existan fondos en dicha Institución.

Entonces, los cheques postfechados actualmente ¿no constituyen delito? Pues depende, porque como ya se ha repetido, si en el librador existió la intención de allegarse de una cantidad de dinero u obtener algún lucro, sí hay delito, no importando que las partes se hayan puesto de acuerdo sobre la fecha en que habría de ser cobrado el documento, desde luego tratándose de aquellos casos en que no se señale la fecha de pago.

Concretando, el coeficiente físico de la conducta en el delito en estudio, consiste en los movimientos corporales que integran la acción de expedir un cheque. Y el coeficiente psíquico es la voluntad de querer realizar el movimiento corpóreo, toda vez que de no existir la voluntad en el agente no hay conducta aunque haya existido el movimiento corpóreo, esto es, librar el cheque como ya dije antes, no hay porque pensar que esa voluntad este encausada a la obtención de un lucro, pues esto último es un elemento integral del dolo y ya entra dentro de la culpabilidad.

4.2 CONCEPTO DE RESULTADO

"Sin embargo, la acción humana no basta ordinariamente para constituir el aspecto o momento material del delito. De ordinario es menester también un efecto exterior de la misma acción: Ese efecto que se llama resultado".(113)

Así en forma genérica puede decirse, que por resultado se entiende el actuar u omitir del hombre que produce un conjunto de efectos en el mundo de los fenómenos.

Pero dicho resultado, bien puede no serlo dentro del ámbito del estricto derecho. Para Antolisei resultado es "el efecto natural de la acción relevante para el derecho penal".(114)

Silvio Ranieri por resultado entiende "la modificación del mundo exterior, producida o no impedida por la conducta, y que tiene importancia, por las consecuencias jurídicas que de él dimanar, en la figura legal de la que dicha conducta es elemento constitutivo".(115)

Decir que un efecto tiene relevancia para el derecho es al mismo tiempo afirmación de que el derecho ha consignado ex -

(113) ANTOLISEI, Francesco. Ob. cit. p. 10

(114) ANTOLISEI, Francesco. Ob. cit. p. 138

(115) RANIERI Silvio. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá. 1975. Tomo I. 4a. Edición. p. 311.

presamente, a través de la hipótesis legislativa, tal efecto como constitutivo del tipo penal.

"Los conceptos de acción y de resultado deben estar claramente separados... la acción acaba al cesar el movimiento que el agente a impreso a su cuerpo. El resultado es un hecho sucesivo y, en cuanto está en relación causal con la acción, es diverso de ella, porque ocurre fuera de la acción del agente, en el mundo exterior a él".(116)

Existen dos posturas que tienden a precisar el resultado; una formal que sosteniendo que por resultado se entiende una transformación en el mundo de lo jurídico que se opera como consecuencia de la conducta humana; y otra material que por resultado entiende, sólo cuando dicha transmutación se produce en el mundo material como consecuencia de la acción u omisión humana. De aceptar la primera postura se dirá que todos los delitos tienen un resultado, pero de aceptarse la segunda de ellas se llegaría a concluir que existen delitos sin resultado, puesto que no todas las acciones u omisiones del hombre producen un cambio dentro del mundo material. Los delitos de resultado material a su vez pueden ser de daño o de peligro.

(116) ANTOLISEI, Francesco. Ob. cit. p. 147.

"Mientras el daño es la efectiva lesión de un bien jurídico, el peligro es una probabilidad de daño, una marcada probabilidad de lesión. Y también es un daño porque el interés resulta amenazado en sus condiciones de existencia y de tutela, pero no es un daño efectivo sino sólo potencial".(117)

"Delitos de daño son aquellos para cuyo perfeccionamiento es indispensable que se verifique la destrucción, la pérdida o la disminución de un bien; en cambio, son delitos de peligro aquellos para cuyo perfeccionamiento es suficiente que se verifique sólo el peligro de un resultado dañoso o el peligro de un resultado ulterior de peligro".(118)

Una vez aclarado que el empleo de la palabra conducta o hecho dependerá de la descripción típica y de lo que la doctrina entiende por resultado y las formas en que puede presentarse éste, debe determinarse si el tipo penal comprendido dentro de la fracción XXI del artículo 387 del Código Punitivo es un delito de simple conducta, de puractividad, o bien se requiere de un resultado y cuál es su naturaleza para saber si se está en presencia de un hecho.

Antes que nada, como se desprende del tipo penal, la conducta se hace consistir en el libramiento de cheques que puede

(117) BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis Bogota. 1965. 4a. Edición. p.263.

(118) RANIERI, Silvio. Ob. cit. p. 320.

manifestarse a través de dos formas: cuando se libra sin tener fondos y cuando se libra sin autorización; esta falta de autorización se colige de que el librador no tiene cuenta en dicha institución.

Aunque el legislador haya querido comprender esta conducta delictuosa, dentro de los delitos que se equiparan al fraude, ya sabemos que la misma es un delito de fraude innegablemente. Ahora pues, si es un delito de fraude necesita forzosamente de un resultado material de daño, consistente en la afectación del interés en el beneficiario para conservar inalterable o cuando menos no disminuído su patrimonio, siendo así, no podemos pensar que en este caso, el resultado se agote con la conducta misma, sería pretender atribuirle la calidad de resultado jurídico y de cuando aca, un fraude sólo reviste un resultado jurídico. Por lo mismo no podemos afirmar que el resultado se agote con la mera conducta del agente, consistente en librar un cheque sin fondos o sin autorización. Pasemos entonces al segundo momento y es cuando hay una disposición patrimonial del beneficiario en favor del librador. Aunque en la mayoría de los casos de fraude, la disposición patrimonial es concomitante con el daño mismo, este no es el caso, toda vez que de conformidad con el tipo en estudio, establece que el documento quede impagado de acuerdo a las formalidades que rigen en la materia (o sea en la mercantil). Por lo que tampoco puede

mos adjudicarle la calidad de resultado a la disposición patrimonial en favor del agente ya que la ley exige además otros elementos. Estos elementos son que el beneficiario del documento, lo presente para su pago, dentro del plazo que la ley fija para tal efecto y que la institución declare a través del "protesto" la falta de fondos o la falta de cuenta según sea el caso. O sea que va a ser hasta este momento cuando se produzca el resultado en este delito; por que si bien la disposición patrimonial que hace el tenedor entraña un menoscabo en su patrimonio; es hasta el momento de su presentación para su pago cuando dicho daño habrá de verificarse, porque es hasta este momento en que el derecho del beneficiario si bien no se ve anulado, si se ve postergado, lo cual implica un daño para el tomador porque ya hizo salir de su patrimonio un bien cualesquiera en favor del librador.

Una vez demostrado que el delito en examen precisa de un resultado material de daño, resultado que cobrará vigencia hasta que el documento quede impagado porque así lo declare la institución que haga el "protesto"; por lo que estamos en presencia de un hecho y no de un delito formal o de simple conducta.

4.3 NEXO CAUSAL

Existe nexo causal entre la conducta y el resultado cuando aquella constituye una condición causal en la producción del evento. Esta afirmación, que admite la validez de la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, llevada al delito de fraude mediante el libramiento de cheques, resuelve el problema cuando se dice que habrá nexo de causalidad entre el libramiento y el daño patrimonial, cuando la acción de librar ha sido condición causal en el resultado. Se podría objetar que, en muchas ocasiones, a pesar de existir un acto de libramiento, el impago del cheque será imputable no al librador sino al librado, o bien que la culpabilidad del agente no exista por haber concurrido con la acción un error de hecho, esencial e invencible o una no exigibilidad de otra conducta, pero ello no hace desaparecer la relación de causalidad entre el libramiento y el impago y por consiguiente el daño, puesto que suprimido in mente el acto de librar, el resultado no se hubiera producido, lo cual demuestra que la acción ha sido condición causal en el impago del cheque, impago que viene a precisar el momento en que el tenedor ha sufrido un perjuicio patrimonial.

4.4 AUSENCIA DE HECHO

No hay delito, si no hay hecho, simplemente por ser éste un elemento de aquél. Se dice que el hecho es inexistente cuando adolece de alguno de sus elementos; siendo éstos, la conducta, el resultado y un nexo de causalidad entre ambos. —
O sea que debe haber un nexo de causalidad entre la acción — o la omisión del agente y la mutación del mundo exterior — exigido por la hipótesis legal. Cuando hablé de la conducta dije, que estaba integrada por dos coeficientes uno psíquico que es la voluntad de hacer o no hacer algo, y otro ffsi — co que es el hacer o no hacer en sí mismo. Pues bien, aun — cuando se haya desplegado ese hacer o no hacer, si no se tu — vo voluntad para ello no se configura la conducta.

La doctrina generalizada ha aceptado como formas que impi — den el nacimiento de esa conducta a la vis absoluta y a la — vis mayor. Y otras formas que se alegan también, como cau — santes de la integración de la conducta pero que no son — aceptadas por todos son el sueño, la embriaguez del sueño, — el sonambulismo, la hipnosis, la sugestión, los actos refle — jos, la narcosis, etc.

Estos estados psíquicos para algunos, no impiden la forma — ción de la conducta; es más, ésta si se produce, pero que — no se genera responsabilidad porque quien así actúa no tie — ne la capacidad necesaria para ser sancionado penalmente. —

Lo anterior quiere decir que existe conducta, positiva o negativa, pero falta en el agente la capacidad para responder ante el poder público de tales acciones u omisiones, de naturaleza típica y antijurídica.

Con motivo de la reforma de 1985 a la fracción I del artículo 15, capta ésta todas las especies de ausencia de conducta, mediante una amplia fórmula genérica: "Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias".

Bustamante concluye diciendo: " si en la conducta interviene la voluntad, por ser necesaria para integrarla, cuando ésta, por determinadas situaciones, se encuentra ausente, la acción o la omisión realizadas no son propiamente conducta en toda la extensión técnica de la palabra, en virtud de faltar el elemento psicológico, identificado con la voluntad, necesaria para que podamos hablar, dentro del campo de la disciplina penal, de una conducta humana".(119)

Existe la posibilidad de que se libere un cheque realizando el movimiento corporal necesario, en los casos de hipnotismo; y ya en un caso extremo en la situación de la vis absoluta. En el primero porque hipnotizado el sujeto puede recibir el mandato, por parte del hipnotizador de librar un cheque. En el segundo cuando el sujeto realiza el movimiento

(119) GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. Ob. cit. p. 120.

corporal impulsado por una fuerza humana que actúa sobre su propio organismo y que no puede vencer.

Si no se realiza un cambio en el mundo exterior, se impide la integración del hecho como elemento material del delito.

Si el resultado del tipo de la fracción XXI del artículo 387 lo constituye el daño patrimonial que sufra el tenedor; obviamente si se paga el cheque no es factible que nazca el elemento material del delito; pues habiéndose realizado el pago resulta intrascendente el acto de librar. Sólo se puede hablar de integración del elemento fáctico del delito cuando no hay pago del documento.

Tampoco habrá delito por inexistencia del hecho cuando la acción realizada por el sujeto al librar el documento no tá en nexo causal con el resultado.

4.5 EL TIPO EN EL DELITO DE FRAUDE MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES.

Como se ha reiterado para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos; mas no toda conducta

o hecho son delictuosos, se requiere además, que sean típicos, antijurídicos y culpables.

Hay tipos muy completos, en estos casos es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito.

Pero cuando la ley se limita a formular la conducta prohibida; no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo.

Lo invariable es la descripción del comportamiento antijurídico (a menos que opere un factor de exclusión del injusto).

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, en otras palabras es la adecuación de la conducta al tipo. Normalmente la ley al establecer los tipos, se limita a hacer una descripción objetiva; pero en ocasiones el legislador incluye elementos normativos o subjetivos. Así, cuando la descripción legal contiene conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. O sea que la atipicidad se presenta cuando

no se adecúe la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, no podrá ser delictuosa.

Bien puede decirse que cuando hay atipicidad hay falta de tipo; porque si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

Por tanto, existirá tipicidad en el delito de fraude mediante el 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 bien carecía de autorización para librar. A diferencia del artículo 193 de la Ley de Títulos aquí sí se hace consideración sobre el dolo del agente, al establecer en el segundo párrafo que sólo se procederá contra el agente cuando el libramiento hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente alguna cosa u obtener un lucro indebido.

Elementos típicos de fraude mediante el libramiento de cheques sin fondos:

- a) Calidad especial en el sujeto activo. El tipo recogido en la fracción XXI del artículo 387, no señala ninguna calidad en el sujeto activo del delito, o sea en el librador.
- b) Calidad especial en el sujeto pasivo. Ninguna
- c) Referencias espaciales. Ninguna
- d) Referencias temporales. A pesar de que no se establece

de una manera expresa, de la redacción del tipo se advierte que si hay una referencia temporal. Esto es, la fracción XXI del artículo 387 habla de que el cheque sea rechazado por la institución "en los términos de la legislación aplicable", y como la ley aplicable es la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, ésta establece en su numeral 181 los plazos dentro de los cuales deberá de ser presentado el cheque para su pago, y el artículo 185 del mismo ordenamiento dice que el librador sólo podrá oponerse al pago una vez transcurrido dicho plazo. De ahí que el mencionado plazo sea de gran importancia.

Ahora bien, precisamente en razón de que el tipo contiene una referencia de carácter temporal, su ausencia dará lugar a una causa de atipicidad, es decir a la inexistencia del delito por la falta de la concurrencia del mencionado elemento típico.

Entonces siempre que se gire un cheque y no sea pagado, por causa imputable al librador, debe probarse plenamente su presentación ante la librada, precisamente dentro de los plazos señalados en el artículo 181, los cuales empiezan a correr a partir del día siguiente del libramiento. En tal virtud cuando el cheque es rechazado por cualquiera de las causas que señala la fracción XXI, pero se presenta a cobro dentro del mismo día de su expedición, o después del plazo

que para tal efecto fija la ley, estaremos en presencia de una causa de atipicidad.

e) Elementos subjetivos del injusto. Obtener un lucro o una cantidad de dinero.

4.6 LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE FRAUDE MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES.

Para que pueda configurarse el delito debe existir además, de que la conducta humana sea típica lo sea también antijurídica.

Al exponer sobre este elemento del delito Cuello Calón dice: "La antijuricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada".(120)

"La antijuricidad consiste, ni más ni menos, en una valoración que realiza el juez acerca del carácter lesivo de un comportamiento humano".(121)

(120) CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Argentino. 1953 Tomo I. p. 344.

(121) BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá. 1965. 4a. Edición. p. 242.

"El hecho debe considerarse antijurídico cuando objetivamente es contrario a los intereses que la norma penal tutela".(122)

La antijuricidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial.

"Para que un hecho pueda considerarse delictuoso es necesario que sea lesivo, pero no hay que creer empero que la lesividad se traduce en un elemento de hecho ulterior, susceptible de percepción sensorial. En otras palabras, la "antijuricidad" no es un elemento del delito de naturaleza idéntica al hecho, porque ella se resuelve en un juicio de valor del hecho en relación con las exigencias de tutela de la norma penal, y por ende en relación a los valores".(123)

La misma implica dos aspectos: Y así para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuricidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuricidad material.

Sebastián Soler dice: No basta observar si la conducta es típica, se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación exter

(122) FRANCO GUZMAN, Ricardo. La Subjetividad de la Ilícitud. Editorial Cajica. p.43

(123) BETTIOL, Giuseppe. Ob. cit. p. 245.

na, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario".(124)

Puede suceder que la conducta típica este en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación.

Por lo que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuricidad.

"Para que haya delito es necesaria la presencia de todos sus requisitos constitutivos y la ausencia de todos sus requisitos impeditivos. Basta la falta de uno de aquéllos o la presencia de uno de éstos para que el delito no exista".(125)

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad y por lo mismo no habría delito.

"El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico penal es fundamento real y de validez de la antijuricidad, aunque a reserva, siempre que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de ex-

(124) SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 1953. Tomo I. p.344.

(125) CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Delito. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1952. p.175.

clusión del injusto. Si tal ocurre la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad".(126)

Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa, no atienden a la naturaleza subjetiva o sea al aspecto personal del autor.

Cuando se presenta alguna de estas no da lugar a la responsabilidad civil y menos penal, por ser la conducta apegada al orden jurídico o sea se obra conforme a derecho. Y lo que es más importante mientras que las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad estén o no en la ley son operativas; la excluyente de antijuricidad, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, y sólo por esta podrá ser destruída.

Y así tenemos que de acuerdo con el artículo 15 del Código Penal, las causas de justificación son: La defensa legítima, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo.

En consecuencia el girar una orden incondicional de pago, _

(126) MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 1955. Tomo I. p.375.

que no es pagada por la institución librada, teniendo como fin ocasionar un daño en el patrimonio del tomador, constituye un hecho antijurídico o ilícito en cuanto el mismo no se encuentre amparado por una causa de justificación o de exclusión de antijuricidad.

La única causa de justificación que impide la ilicitud del libramiento de cheques, es el estado de necesidad, que se presenta cuando el sujeto, para superar una situación de peligro no creada por él en forma maliciosa, o por culpa, se ve obligado, para salvar bienes propios o del tercero, a lesionar otros ajenos igualmente tutelados por el Derecho, aun cuando de menor cantidad o valor al salvado.

4.7 LA INPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD

Se ha sostenido por prestigiados doctrinarios que para que pueda ser culpable el sujeto, este debe ser imputable, siendo por lo mismo la imputabilidad presupuesto de la culpabilidad. Y es presupuesto toda vez que en la culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad y para ello se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades, esto es, debe tener capacidad de entender y de querer.

Según Castellanos Tena, la imputabilidad es "la aptitud le-

gal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del derecho represivo".(127)

Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer.

"Es de la esencia de la imputación de todo acto que el ser a quien se atribuye el mismo acto sea su causa, que el acto sea propio de tal ser, y que no se puede atribuir a nadie más".(128)

"No estaría de más diferenciar también la imputabilidad de la imputación, ... la imputabilidad como es sabido, la declara el legislador, y la imputación la realiza el Magistrado o Juez".(129)

Redondeando, al ser la imputabilidad el cimiento de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin la culpabilidad no puede integrarse el delito, por lo que la imputabilidad es un elemento indispensable para la formación de la figura delictiva.

(127) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 1986. 23a. Edición. p. 231.

(128) ROMAGNOSI, GIANDONENICO. Génesis del Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá. 1956. p. 225.

(129) PESSINA, Enrique. Elementos de Derecho Penal. Editorial Reus. 1936. 4a. Edición. Volumen IV. p. 392.

La inimputabilidad viene a ser el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, todas aquellas capaces de anular ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en donde el sujeto no tiene la capacidad psicológica para cometer el delito. El Código Penal antes de las reformas de 1983, establecía como causas de inimputabilidad a) estados de inconsciencia, b) el miedo grave, c) sordomudez. Ahora señala sólo dos grandes hipótesis: a) trastorno mental, b) desarrollo intelectual retardado.

4.8 LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE FRAUDE MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS.

Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable.

Jiménez de Asúa define la culpabilidad como: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".(130)

Bellavista citado por Bettiol dice que la culpabilidad es "el término genérico que comprende tanto el dolo como la culpa, es la relación psicológica entre el agente y la ac -

(130) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. A.Bello Caracas 1945. p. 444.

ción que ocasiona un evento querido, o no querido, y aun -
que no previsto, previsible".(131)

Se han elaborado dos teorías a fin de determinar la natura
leza jurídica de la culpabilidad. Estas son: la psicológi-
ca de la culpabilidad y la normativa de la culpabilidad. A
grosso modo para la primera la culpabilidad consiste en el
hecho psicológico causal del resultado, y para la segunda_
es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

Independientemente de inclinarse por alguna de ellas esta-
mos de acuerdo con Bettiol al considerar que "la culpabili-
dad es indudablemente uno de los elementos del delito, y -
es precisamente el que más que ningún otro pone en eviden-
cia la base humana y moral sobre la cual se funda la no -
ción del delito".(132)

La culpabilidad se puede presentar de dos maneras dolo y -
culpa, dependiendo de que el sujeto encause su voluntad -
consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley -
como delito, o que por negligencia o imprudencia provoque_
el mismo resultado.

La diferencia entre el dolo y la culpa está en lo querido,
no en el querer; en otros términos, no en la existencia -

(131) BETTIOL, Giuseppe. Ob. cit. p. 320.

(132) BETTIOL, Giuseppe. Ob. cit. p. 317.

sino en la dirección de la voluntad".(133)

Con motivo de la reforma al Código Punitivo se incluye también a la preterintencionalidad como una forma más de la culpabilidad cuando el sujeto produce un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por impudencia. No obstante muchos doctrinarios niegan categóricamente esta última forma.

Por cuanto toca a la denominación "delitos culposos", Pessina se manifiesta en desacuerdo: "Una vez reconocida la punibilidad de la culpa, se ha llegado al concepto de delito culposo, sin fijarse en la impropiedad de la locución, y por la confusión de las palabras se ha ido a la confusión de las ideas. Así muchos jurisconsultos interpretaron literalmente la frase delito culposo, sin considerar que contiene una contradicción en los términos (no habiendo delito, si no es voluntario)".(134)

Por cuanto respecta al dolo, según Ranieri dos son sus elementos constitutivos: "a) el elemento intelectual, que consiste en la representación anticipada del hecho típico; y b) el elemento volitivo, que consiste en la voluntad dirigida a realizar el hecho típico que se ha representado el sujeto".(135)

(133) CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit. p. 175.

(134) PESSINA, Enrique. Ob. cit. p. 473.

(135) RANIERI, Silvio. Ob. cit. p. 374.

En concreto, en ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

La inculpabilidad se da cuando se encuentran ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Por lo mismo toda causa que elimine alguno o ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

Ya avocándonos al delito en estudio, vemos que se requiere un dolo y además específico y consiste en el libramiento de cheques sin fondos o sin autorización con el fin de obtener un lucro o procurarse ilícitamente una cosa. Por lo que se excluye su comisión culposa.

Funciona el error de hecho esencial e invencible por ejemplo si el cuentahabiente que libra el cheque ignorando que su cuenta ha sido maliciosamente intervenida y con ese motivo el documento queda sin pagarse. La no exigibilidad de otra conducta y el estado de necesidad también funcionan. Por último, el acto de girar un cheque en acatamiento de una orden del superior jerárquico, funciona como un caso de error de hecho cuando el sujeto ignora la carencia de fondos y la orden no es notoriamente ilícita, pero será causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta, cuando el que libra, sabiendo la ilicitud de la orden, por tener conocimiento de la ilicitud del hecho, no ha podido obrar de distinta manera.

4.9 EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL DELITO DE FRAUDE MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES

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

Enrique Pessina, citando a Vidal dice que: "Junto a las causas de justificación y de inimputabilidad deben colocarse, en cuanto a los efectos que producen (supresión de la criminalidad del acto), las denominadas excusas legales absolutorias, o causas de impunidad. Estas, como aquéllas, impiden la imposición de pena; pero se diferencian de las causas de justificación en que el acto ejecutado no es lícito, sino ilegal; se distinguen de las causas de inimputabilidad en que el autor del hecho reúne las condiciones normales de imputabilidad. En una palabra: en las excusas absolutorias hay delito, hay delincuente, y, a pesar de ello, el hecho no se castiga. La razón de esta impunidad hay que buscarla en consideraciones de utilidad práctica o en respetos tradicionales debidos a la institución familiar".(136)

(136) PESSINA, Enrique. Ob. cit. p. 462.

Ni el Código de la materia ni algún otro ordenamiento, establecen alguna excusa absolutoria en favor de personas determinadas que puedan caer con su actuar dentro de la hipótesis en examen.

4.10 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE FRAUDE MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES

A pesar de que no existe un consenso acerca de cuáles son los elementos esenciales del delito, son más los que piensan que los mismos son: conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad y culpabilidad. Y aunque también hay quienes sostienen según las condiciones objetivas de punibilidad. Villalobos lo niega aduciendo que: "Esencia es necesidad; es no poder faltar en uno sólo de los individuos de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; por lo mismo, tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado".(137)

Por condiciones objetivas de punibilidad Rianeri entiende: "aquellos acontecimientos no causados por la conducta criminalosa del agente, y que es indiferente que sean queridos o no (137) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 1960. 2a. Edición. p. 206.

queridos y de cuya verificación concomitante o posterior al momento en que el hecho típico queda perfeccionado, la ley hace depender la punibilidad de ese hecho".(138)

Dentro del delito que nos ocupa, sí se presenta una condición, y que estriba en que el documento sea presentado para su pago dentro de los plazos que para tal efecto fija la ley mercantil, y el mismo sea impagado por la institución haciéndose la certificación correspondiente. O sea que aun cuando el librador expida un cheque con el propósito de allegarse de algo ilícitamente, haya una disposición patrimonial en su favor, mientras el documento no sea presentado para su cobro en los términos legales, dicha conducta anti-jurídica es irrelevante para el derecho.

4.11 TENTATIVA Y CONSUMACION EN EL DELITO DE FRAUDE MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES

Tena define la tentativa como: "los actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto".(139)

(138) RIANERI, Silvio. Ob. cit. p. 242.

(139) CASTELLANOS TENA. F. Ob. cit. p. 287.

"Las legislaciones regulan la tentativa de modo muy diverso. Algunos Códigos exigen, para su existencia, un principio de ejecución ... otros Códigos consignan que los actos preparatorios no se castigan, por ejemplo, en el Código Portugués ... el proyecto austriaco los castiga en los casos previstos en la ley".(140)

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno o varios y por eso el evento no surge.

Bien puede suceder que la no consumación del delito sea debida, bien a que su autor desista voluntariamente de proseguir su ejecución, o que una vez que hubiere realizado todos los actos que fueren necesarios para la consumación del delito, se arrepienta activamente e impide la producción del resultado típico. En estas hipótesis la conducta del agente no es subsumible en la ampliación típica que describe el artículo 12 del Código Penal, pues en éste se exige que la no consumación sea debida a causa ajena a su voluntad.

(140) PESSINA, Enrique. Ob. cit. p. 523.

Ahora, con motivo de la reforma de 1984, se incluyó un tercer párrafo al artículo 12 del Código Penal estableciendo que: "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

En el delito en estudio, el sólo movimiento corporal de librar, por parte del sujeto activo, agota su actividad, pero dicha actividad habrá de haberse complementado con el acto del beneficiario, consistente en la presentación del cheque ante la institución librada, por lo que este acto por parte del beneficiario es un complemento de la acción de librar, indispensable para el curso previsto en los elementos del tipo, tan es así que de no concurrir con la acción de librar esta sería indiferente al derecho, pues se condiciona la punibilidad de aquella acción a la presentación del cheque dentro del término legal y a su falta de pago. A diferencia del tipo que describía el artículo 193, en el de la fracción XXI y que es el que nos ocupa sí se presenta la tentativa. Porque si el resultado exigido para este delito es de daño, consistente en el menoscabo que experimente el beneficiario en su patrimonio, mientras ese daño no se produzca, todos aquellos actos previos, tendientes a la consecución de dicho fin quedarían en grado de tentativa.

"Se puede llamar consumado el delito cuando en concreto se han realizado todos los elementos constitutivos y se ha verificado la lesión, efectiva o potencial del interés protegido".(141)

Y así tenemos que por ejemplo si el agente libra un cheque y éste es impagado por la institución, si para este momento el agente no ha obtenido lucro alguno y el beneficiario no ha hecho disposición patrimonial alguna en favor del librador el delito se da sólo en grado de tentativa. El impago del documento viene a fijar en muchas de las veces el momento en que el beneficiario ha sido dañado en su patrimonio, aunque puede también suceder que al momento del impago aún no se haya verificado el daño, esto sucede cuando el tomador no se ha desprendido en nada de su patrimonio como consecuencia del libramiento..

En resumidas cuentas, el impago asume dos funciones: viene a precisar el resultado dañoso que experimenta el beneficiario en su patrimonio, consecuentemente la consumación del delito, y además señala que el delito se ha configurado en grado de tentativa, para el caso en que el beneficiario no haya resentido todavía perjuicio alguno.

(141) BETTIOL, Giuseppe. Ob. cit. p. 468.

CONCLUSIONES

1. No se justifica que el cheque como instrumento de pago, haya de ser tutelado penalmente.

2. Sólo es justificable cuando el mismo es utilizado como medio para perpetrar un fraude.

3. Las razones que aduce el legislador por las que derogó el tan polémico artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en donde se tutelaba la circulación fiduciaria del cheque son completamente erróneas.

4. En la actualidad, dentro de nuestro derecho positivo, existen dos normas en donde se tipifica el delito de fraude mediante el libramiento de cheques sin fondos o sin autorización de manera expresa, estas son, la fracción III y XXI del artículo 387, no obstante las mismas no son incompatibles entre si; sino por el contrario ambas regulan al cheque y de la misma forma.

5. No existe motivo alguno, por el que el legislador haya tipificado el delito en estudio dentro de los delitos que se equiparan al fraude. Esto es, no puede decirse que el librar cheques sin fondos o sin autorización sea una estafa sólo por estar regulado entre los delitos que se equiparan

al fraude, lo es sólo en tanto que reúne las características esenciales que reviste todo delito de fraude.

6. Dicha deficiencia no se subsana con derogar la norma más reciente, que sería en todo caso la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, sino suprimiendo ambas, por regular ciertas conductas, que pueden quedar subsumidas perfectamente dentro del fraude genérico.

7. Al ser el libramiento de cheques sin fondos en nuestro derecho represivo un caso típico de fraude, es por tanto un delito patrimonial.

8. Y por tratarse de un delito patrimonial, existe un daño, cuya reparación, compete solicitarla, exclusivamente al Ministerio Público en ejercicio de la acción penal.

9. El impago del documento no viene a consumar el delito en estudio en todos los casos, sólo hasta en tanto el tenedor del documento haya experimentado un menoscabo en su patrimonio.

10. Por lo que la tentativa en el delito de fraude mediante el libramiento de cheques es perfectamente admisible.

BIBLIOGRAFIA

- ARROYO ALBA, Francisco. Estudio Sociológico Jurídico sobre el Delito de Fraude. U.N.A.M. 1a. edición 1962.
- ASCARELLI, Tulio. Teoría General de los Títulos de Crédito. Editorial Jus. 1947.
- ASTUDILLO URSUA, Pedro. Los Títulos de Crédito. Editorial Porrúa. 1a. edición. 1983.
- ANTOLISEI, Francesco. La Acción y el Resultado. Editorial Jurídica Mexicana. 1959.
- BECERRA BAUTISTA, José. El Cheque. Editorial Porrúa. 1966.
- BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá. 4a. edición. Tomo I. 1975.
- CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis Bogotá. Volumen I y VI. 1956, 1974.
- CARRANCA y TRUJILLO, Raúl. y CARRANCA y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. 11a. edición 1985.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Los Títulos de Crédito. Editorial Herrero S.A. 6a. edición. 1969.
- CONDE BOTAS. El cheque y el traveller cheque. Porto y Compañía Editores. 1955.
- GENICEROS ANGEL, José. Criminalia. Año IX. N.8 1943.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Argentino. Tomo I. 1953.
- CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Delito. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1952.

- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 23a. edición. 1986.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. 2a. edición. 1987.
- Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 19a. edición.
- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado.
- DE PINA y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. 12a. edición. 1984.
- DE PINA VARA, Rafael. Teoría y Práctica del Cheque. Editorial Porrúa. 3a. edición. 1984.
- FRANCO GUZMAN, Ricardo. La Subjetividad de la Ilicitud. Editorial Cajica.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 21a. Edición. 1986.
- GUTIERPEZ y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio. Editorial Cajica.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. El cheque. Editorial Porrúa. 4a. edición. 1983.
- GARRIGUES, Joaquín. Contratos Bancarios. Imprenta Aguirre. 2a. edición. 1975.
- GRECO, Paolo. Curso de Derecho Bancario. Editorial Jus. 1945.
- HERNANDEZ, A. Octavio. Derecho Bancario Mexicano. A.I.A. Tomo I. 1956.
- JINENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo IV. 5a. edición. 1984.
- JINENEZ HUERTA, Mariano. El delito de libramiento de cheques en la legislación Mexicana. Criminología. 1963.

- JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. "A. Bello". Caracas 1945.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá. Volumen IV. 4a. edición. 1972.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Ediar Editores. 1948.
- MANTILLA MOLINA, L. Roberto. Títulos de Crédito. Editorial Porrúa. 2a. edición. 1983.
- MUÑOZ, Luis. Derecho Bancario Mexicano. Cárdenas Editores y Distribuidor. 1a. edición. 1974.
- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I 1955.
- ORTIZ TIRADO, José. Revista Criminalia. Año IX. 1943.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. 1960.
- PEÑA PUIG. Derecho Penal. Ediciones Nauta S.A. Volumen II. Tomo IV. 5a. edición. 1959.
- PALLARES, Eduardo. Títulos de Crédito en General. Ediciones Botas México. 1a. edición. 1952.
- PORTE PETIT, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa. 1959.
- PESSINA, Enrique. Elementos de Derecho Penal. Editorial Reus. Volumen IV. 4a. edición. 1936.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Curso de Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid. Tomo II 1963.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Bancario. Editorial Porrúa. 6a. edición. 1980.
- RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá. Tomo I. 4a. edición. 1975.

- ROMAGNOSI, Giandomenico. Génesis del Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá. 1956.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial Tipográfica. Tomo V. 3a. edición. 1956.
- SAENZ Y SAENZ, J. Agustín. Cheque de Pago Garantizado. Revista Dinámica del Derecho Mexicano. N.9. 1976.
- SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. El cheque en descubierto. Ediciones Ariel. Barcelona. 1965.
- TENA FELIPE, de J. Derecho Comercial Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo II. 2a. edición. 1945.
- TOLEDO GONZALEZ, Vicente. Aspectos Jurídicos del Libramiento de Cheques sin Fondos. Dinámica del Derecho. 1975.
- VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reus. S.A. Volumen III. 1a. edición. 1936.
- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 2a. edición. 1960.

Constitución General de la República de 1917.

Código Penal de 1931

Código de Comercio de 1884

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932