



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

**LA NECESARIA ADICION DEL DELITO DE FRAUDE
ESPECIFICO: LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN
FONDOS, EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO
DE GUERRERO**

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

San Juan de Aragón, Estado de México 1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

I N D I C E

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES DE LOS TITULOS DE CREDITO

I. El Título de crédito en el Derecho Mexicano.	1
A. Concepto de Título de crédito.	1
B. Enumeración de los títulos de crédito en el Derecho Mexicano.	7
C. Características.	10
D. La letra de cambio, el pagaré, el cheque, y otros títulos de crédito.	20

CAPITULO SEGUNDO

E L C H E Q U E

I. Referencia histórica del cheque.	31
II. Concepto.	33
III. Elementos personales.	36
IV. Elementos formales.	38
V. Características	39
VI. Clases de cheques	40
A. Cheque postfechado	40
B. Cheque cruzado	40
C. Cheque para abono en cuenta	41
D. Cheque certificado	41
E. Cheque de caja	42
F. Cheque de ventanilla	43
G. Cheque de viajero	43
VII. El protesto	47
VIII. La acción cambiaria en el cheque	49
IX. El endoso	51
X. El aval	57

XI. El libramiento de cheques sin fondos	59
A. Consecuencias civiles	59
B. Consecuencias penales	62
C. Fraude civil y fraude penal	65

CAPITULO TERCERO

**LA NECESIDAD DE ADICIONAR EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO:
LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS, EN EL CODIGO PENAL DEL
ESTADO DE GUERRERO.**

I. El delito	68
A. Concepto	68
B. Elementos del delito	73
II. El delito de fraude genérico	101
A. Concepto	101
B. Elementos	106
C. Características	109
III. El delito de fraude específico libramiento de cheques sin fondos	110
A. Concepto	110
B. Elementos	117
C. Presupuestos	119
D. Adición en el Código Penal del Estado de Guerrero	122
CONCLUSIONES	134
BIBLIOGRAFIA	141

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

La investigación es una de las tareas de fundamental importancia que complementan la formación del Licenciado en Derecho; tarea indagatoria que se enfrenta a problemas de índole diversa, primeramente por que durante el transcurso de la carrera no se le dota al alumno de los elementos suficientes para iniciarse a la investigación; sólomente se le imparte un curso de metodología jurídica para la elaboración de la Tesis profesional, para que al culminar sus estudios cuente con una herramienta indispensable para estar en posibilidades de cumplir con el requisito siguiente.

Pensamos firmemente que la investigación de la Tesis profesional no debe ser un requisito más, sino que por el contrario: - debe ser una tarea que complemente la formación del Licenciado en Derecho que egresa de nuestra Escuela. Debe ser además, el primer trabajo que revista de originalidad y que reúna las características de una investigación académica profesional.

Decíamos que el joven investigador se enfrenta a problemas de índole diversa. Sin embargo, esos problemas pueden ser resueltos por el alumno mismo, si se avoca a la investigación; y sobre todo cuando se encuentra con obras como la del Dr. Leoncio Lara Saenz en procesos de investigación jurídica; o como la del Dr. Azúa Reyes en metodología y técnicas de la investigación jurídica; o bien, en "Práctica jurídica" del Dr. Carlos Arellano García, -- quién da importantes recomendaciones para la elaboración de la Tesis profesional cuando al referirse a ésta actividad habla del Abogado investigador jurídico. Obras todas ellas de excepcional valor, sin duda alguna, que orientan al alumno que pretende iniciar

su investigación de Tesis profesional, o bien, para investigar al guna situación en el campo del Derecho.

Es en estas condiciones en que hemos iniciado nuestro trabajo de investigación. Así, siguiendo al Dr. Azúa Reyes pensamos -- que en el campo del Derecho es posible investigar cuando se presenta alguno de los casos siguientes:

- Cuando una norma jurídica no concuerda con una necesidad según la valoración que hacemos de ésta.

- Cuando dos o mas normas jurídicas o cuerpos legislativos son incompatibles entre sí.

- Cuando hay incompatibilidad entre dos o mas posturas en la -- doctrina.

El trabajo que hemos desarrollado, intitulado: "LA NECESARIA ADICION DEL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO: LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE GUERRERO", lo ubicamos dentro del priemer caso citado. Es decir, en materia de fraude, -- particularmente fraudes específicos, consideramos dicha regualación incompatible con la realidad y necesidades del Estado.

Este fraude específico que consiste en librar un cheque sin -- fondos o sin cuenta; y que al decir, librar un cheque nos referimos a un título de crédito. Por esta razón, en el Primer Capítulo del - presente trabajo definimos y señalamos las características o elementos que lo constituyen y que le son aplicables al cheque, por que - también es un título de crédito. De igual modo, lo distinguimos de los demás títulos que están regulado en el Derecho mercantil.

en el Capítulo Segundo hacemos referencia en particular al cheque, hablamos de sus antecedentes históricos, determinamos su concepto, los elementos personales y formales del mismo, y las diversas clases de cheques. Además, hacemos alusión a que el protesto en éste es distinto al que se hace en los otros tradicionales títulos de crédito, cuestión ésta de suma importancia y de gran utilidad.

Es también motivo de análisis la consecuencia legal que puede presentarse en el caso de no pagarse el cheque; y que da lugar a reclamar dicho pago por la vía mercantil. Me refiero, desde luego, al Juicio Ejecutivo Mercantil que puede ejercitar aquel tenedor del cheque presentado en tiempo y no pagado y que además tiene como base de la acción en el hecho de que es título ejecutivo.

Al existir un delito regulado en el Código Penal (fraude específico, también va a existir la amenaza por parte del Estado a quien infrinja esa disposición, de que si comete la conducta descrita en el Tipo, se hará acreedor a una sanción penal. Luego entonces las personas preferirán no incurrir en sanciones de carácter penal. De todo ello hablamos en la última parte del Capítulo Segundo. Además de que intentamos distinguir el fraude penal con lo que se le ha llamado fraude civil.

En el Capítulo Tercero hablamos del delito en general y sus elementos, del fraude genérico, específico, e intentamos aplicar esos elementos del delito en general al acto de librar un cheque sin fondos o sin cuenta para poder justificarlo.

Finalmente hacemos referencia a aquellas disposiciones legales

existentes en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero y que permiten o dan el fundamento legal a las modificaciones de las Leyes Locales, al mismo tiempo que hacemos la propuesta que consideramos la manera adecuada del como debe estar regulado.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES DE LOS TITULOS DE CREDITO

I.- EL TITULO DE CREDITO EN EL DERECHO MEXICANO

A) Concepto de título de crédito.

Por regla general, cuando se trata de determinar el concepto de alguna institución jurídica, intentamos definirla gramaticalmente, es decir, nos preguntamos al respecto: ¿Cuál es el significado gramatical de esa institución?. De esta manera, damos inicio al tema que nos ocupa y que particularmente es el de determinar el concepto de título de crédito.

Juan Palomar de Miguel nos dice que título es una palabra o frase con que se enuncia o da a conocer el asunto de una obra literaria. Posteriormente, continúa diciendo: "rótulo que indica el destino o contenido o la dirección de un envío..."(1) En otra parte de la misma definición señala que: "título de crédito es un documento necesario para hacer valer el derecho literal y autónomo contenido en el mismo".(2)

Por otra parte, Rafael de Pina en su diccionario de Derecho nos explica que título es: "causa jurídica de una obligación o un derecho. Documento en que consta una obligación o un derecho".(3) Nos parece importante retomar lo que al efecto señala el Mestro Rafael de Pina, cuando dice que es causa jurídica de una obligación o un derecho; por que en efecto, cuando se habla de un título entonces se refiere a un documento en el que se contiene un derecho, y -

-
1. Diccionario para Juristas. México, Ed. Mayo 1990 pág. 1328
 2. Idem.
 3. Diccionario de Derecho; México Editorial Porrúa, 1990 pág. 428

no tratándose únicamente de un título de crédito, por que también podemos referirnos a un título de propiedad de algún bien mueble o inmueble, y no diríamos precisamente que se trata de un título de crédito, sino que ese título de propiedad, es precisamente, - el documento en el cuál está inserto el contrato de compraventa de ese bien, y que legitima, o bien, da derecho al titular del -- mismo.

Por otro lado, el mismo autor al que nos hemos referido explica que crédito es el derecho que tiene una persona (acreedor) de recibir de otra, (deudor), la prestación a que ésta se encuentra obligada e intentando relacionar la denominación título con la de título de crédito y lo que desde un inicio explicamos, -- tendríamos que, en efecto, se trata de un documento en el que se contiene un derecho de recibir una prestación, tal Derecho es a favor del beneficiario del título de crédito en cuestión.

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Artículo 5- nos da la definición legal de que es lo que se - debe entender por título de crédito, al establecer:

"Son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en -- ellos se consigna".

Parece ser que la citada denominación legal fué tomada de la obra de Cesar Vivante en su Tratado de Derecho Mercantil, con la diferencia de que la definición mexicana omite la calificación de autonomo, por motivo de que al ser una deuda estrictamente literal debe ser por lo mismo autonoma e independiente de aquello que no esté contenido en su propia literalidad. Por lo consiguiente que

la definición dada por nuestra Ley es suficiente para la conceptualización de tales documentos, en virtud de que en su contenido, - los elementos sine quan non, nos permiten afirmar que se trata de un título de crédito. Sin embargo, muchos autores en sus diversas obras jurídicas prefieren darle distinta denominación. Mencionaremos solo algunos ejemplos.

Rodriguez y Rodriguez les denomina títulos valores diciendo que el término título de crédito es de contenido mas restringido que título valor, por que en su opinión no todos los títulos valores involucran un crédito de pago, pero si, todos los títulos de crédito son títulos valores y llega a la conclusión de que los - títulos de crédito son una especie de los títulos valor. (4)

En el mismo sentido, Garrigues considera a la denominación título de crédito poco adecuada por que no se alude a otro aspecto distinto del crédito, la cual "es la denominación jurídica de la cosa misma propia de los títulos tradicionales como la letra - de cambio, el pagaré, el cheque, etc. Mientras que por otro lado existen títulos (acciones de la Sociedad Anónima) que no atribuyen un solo derecho de crédito a su titular sino un conjunto de derechos subjetivos de índole diversa y componen una cualidad o posición jurídica. Prefiere denominarle títulos valores para designar jurídicamente ciertos documentos cuyo valor, está representado -- por el derecho al cual se refiere el documento y es entonces inseparable del título mismo". (5)

4. Cit. por Davalós Mejía Carlos, Títulos y Contratos de crédito. México, Editorial Harla 1984, pág. 50

5. Curso de Derecho Mercantil. 7a. ed. Mexico Editorial porrua, 1981, pág. 720

De igual forma, también los documentos que sin ser títulos valores se refieren a un derecho, y el valor está en el derecho y no en el documento. A manera de ejemplo, mencionaremos lo siguiente: el documento de un contrato de arrendamiento que sirve para probar este derecho; mas el derecho nace y vive con independencia del documento; puesto que el arrendatario no necesita para ejercitar su derecho, exhibirle constantemente el documento del contrato.

Otra cuestión sería un préstamo en el que nace un derecho de crédito y engendra documentos como: la escritura pública del contrato, recibos de su devolución, que nos son títulos valores sino simples documentos probatorios. En cambio, el título valor no es un documento de prueba sino que es un título inherente al ejercicio del derecho. En estos, el nacimiento del derecho puede o no ir ligado a la creación del título, pero el ejercicio del derecho va indisolublemente unido a la posesión del título. Así Joaquín Garrigues dice en su obra: "En los títulos ordinarios el documento es accesorio al título: quien tiene el título, es titular del derecho, y no hay derecho sin título".(6)

De acuerdo a lo que hemos explicado, se desprende que el contenido del documento no puede ejercerse sin la posesión del mismo, lo que pone de manifiesto que hay conexión permanente entre el documento y el derecho en el mencionado. De esta manera, se pone de relieve el concepto de incorporación, el cual explicaremos ampliamente en páginas posteriores.

6. Ob. Cit. pág. 720

El derecho derivado del título (derecho de crédito generalmente) sigue al derecho sobre el título (derecho real). Para Garrigues título valor es un documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio está condicionado jurídicamente a la posesión del documento; por que la posesión del título es condición mínima para el ejercicio del derecho.

En los títulos al portador, la posesión legítima sin necesidad de otra prueba, en los títulos a la orden la posesión legítima va unida a una prueba relativa al derecho derivado del título, y que se facilita por la fuerza legitimadora formal de ciertas cláusulas.

De lo que hemos dicho podemos deducir que la posesión del título es equivalente a la posibilidad del ejercicio del derecho luego entonces, puede ser posible este ejercicio por quién no sea titular del derecho y con el único requisito de que sea poseedor del título. Es así como el Artículo 26 de la Ley de la materia señala:

"Los títulos nominativos serán transmisibles por endoso y entrega del título mismo, sin perjuicio de que puedan transmitirse por cualquier medio legal".

Debe entenderse también que la transmisión de la propiedad de un título de crédito como cosa corporal, arrastra necesariamente la transmisión del crédito como cosa incorporal; lo que significa que no es que el titular del derecho, tenga derecho de propiedad sobre el título, sino por el contrario que el propietario del título es a la vez, titular del derecho.

Independientemente de las diversas denominaciones de título de crédito y a la variedad de opiniones en la doctrina, creemos que es suficiente con la definición legal que nos dá la Ley, en virtud de que como hemos afirmado que en ésta se reúnen los elementos que nos llevan a considerar que se trata precisamente de un título de crédito.

B) Enumeración de los títulos de crédito en el Derecho Mexicano.

Bajo este rubro vamos a referirnos a todos aquellos títulos de crédito que aún cuando no lo sean, pero que si pueden ser considerados como títulos valores y que se encuentran expresamente regulados en el Derecho Mexicano, es decir, Código de Comercio, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y otras leyes afines,

Si bien es cierto, ha sido tradicional y común entre la mayoría, el que se conozca la letra de cambio, el pagaré y el cheque, indicamos que existen otros títulos de crédito que aún cuando no han alcanzado gran difusión, se encuentran expresamente regulados en la Ley. Hemos de señalar aquí a todos estos títulos de crédito

Iniciando este analisis tenemos que la Ley de la materia reguló originalmente la letra de cambio, el pagaré, el cheque, las obligaciones, el certificado de depósito y el bono de prenda. Además, el decreto de 30 de diciembre de 1946, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 del mismo mes y año adicionó los Artículos 228a a 228 y que contienen la ordenación legal sobre los certificados de participación. El Artículo 228a bis, -- adicionado por decreto de 27 de diciembre de 1963 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 del mismo mes y año, creó los certificados de vivienda. De tal manera que la Ley de la materia prevee 8 títulos de crédito; sin embargo, como decíamos con antelación, no todos los títulos de crédito están regulados en la Ley de la materia. Por ejemplo, la Ley General de Sociedades Mercantiles regula las acciones que también son consideradas como títulos de crédito.

Además dicha Ley también hace referencia a los certificados de aportación patrimonial y otras Leyes hablan de otros títulos de crédito. Sobre este aspecto hablaremos mas adelante. En síntesis, los títulos de crédito regulados en el Derecho Mexicano son los siguientes:

Primeramente los que se encuentran regulados en la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito.

- 1.- Letra de cambio; (artículos 76 al 139)
- 2.- El pagaré (Artículos 170 al 174)
- 3.- El cheque; (Artículos 175 al 207)
- 4.- Las obligaciones societarias; (Artículos 208 al 228)
- 5.- Certificados de participación; (Artículos 228a al 228v)
- 6.- Certificados de vivienda (Artículo 228a bis)
- 7.- Certificado de depósito y bono de prenda; (Artículos 229 al 251)

La Ley de la materia a la que hemos hecho alusión, reguló originalmente la letra de cambio el pagaré, el cheque, las obligaciones societarias, el certificado de depósito y el bono de prenda; esto es, originalmente promulgada en 1932. Por otra parte, en la Ley General De Sociedades Mercantiles se regulan las acciones societarias; (Artículos 111 al 141)

Cuando se nacionalizó la Banca Mexicana, se promulgó la Ley reglamentaria del servicio público de Banca y Crédito; apareció - publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985. En esa Ley se señalaba que el servicio público de Banca y crédito será prestado por instituciones de crédito como Sociedades

Nacionales de Crédito (S.N.C.) en los términos de la citada Ley. El capital de las Sociedades Nacionales de Crédito, estará representado por títulos de crédito que se regirán por las disposiciones aplicables de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en lo que sea compatible con su naturaleza y no esté previsto por la citada Ley. En la Ley a la que nos hemos referido están regulados los siguientes títulos de crédito:

1.- Certificados de apotación patrimonial (Artículos 11/117, 20, 21, 23, 26/28 y 48 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.)

2.- Bonos bancarios; (Artículos 3, 31, y 47 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

3.- Conocimiento de embarque y la cedula hipotecaria naval. Ley de Navegación y Comercio marítimo.

4.- Bonos del Ahorro Nacional; Ley del Ahorro Nacional

5.- Las obligaciones subordinadas; (Artículos 48 de Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

6.- Certificados de la Tesorería de la Federación.

7.- Pagarés de la Tesorería de la Federación.

c) Características.-

Bajo este título nos vamos a referir a aquellos rasgos que nos permiten distinguir a los títulos de crédito de otros simples títulos, y que a la misma vez vienen a ser los elementos que constituyen a los multicitados títulos de crédito. Es precisamente -- Davalos Mejía quien los señala como elementos diciendo que son -- los siguientes: la incorporación, literalidad, autonomía, circulación y la legitimación. Por su parte Astudillo Ursúa hace referencia a los elementos de los que ya ha hablado Davalos Mejía y agrega otra característica más: la abstracción.

Por otro lado, GomezGordoa cuando habla de las características de los títulos de crédito señala a los que ya hemos hecho mención y agrega además la integración y la sustantividad y hace omisión de la característica de la circulación.

INCORPORACIÓN. Normalmente cuando se adquiere un bien inmueble, el Notario que interviene en la operación para darle la formalidad requerida por la Ley, expide un testimonio del contrato de compraventa, lo que prueba que se adquirió ese bien y que -- somos propietarios del inmueble en cuestión. Si por azares del -- destino se extraviera o destruyera ese testimonio, no dejaría de ser propietario del inmueble por que habría la posibilidad de acudir nuevamente con el Notario, con el objeto de solicitar nuevamente testimonio de dicho contrato.

La razón de que al perder dicho documento (testimonio) no se pierde el derecho de propiedad es por que dicho título carece del elemento incorporación. En síntesis, el derecho de propiedad no -- está incorporado en el papel.

El hecho de que un Derecho esté incorporado en el papel, significa que forma parte del mismo, y si se llega a perder el papel de igual manera se pierde el derecho. Davalos Mejía define el elemento incorporación de la siguiente manera: "la calificación de derecho que la Ley le da a un elemento físico otorgándole un rango jurídico superior a lo que sería un simple pedazo de papel, -- convirtiéndolo en ese momento, por ficción jurídica, en un derecho patrimonial de cobro".(7); y concluye diciendo que por la -- ficción jurídica de la incorporación, el derecho es el papel.

En caso de extraviarse o destruirse dicho título de crédito, hay los medios legales de cancelación o reposición del título extraviado o destruido, de acuerdo a lo previsto en los Artículos 74 y 75 de la Ley de la materia. De esta manera, tal y como lo -- determina la definición del Artículo 5 de la citada Ley, al calificarlo como documento necesario para ejercitar el derecho incorporado que en él se identifica, lo que ilustraremos con un ejemplo: si perdemos un billete de \$100.00 pesos, perdemos su valor; y así, si perdemos el título de crédito, de igual manera perdemos el derecho. Esta característica es confirmada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando en su Artículo 18 dispone que:

"La transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal en él -- consignado y, a falta de estipulación en contrario, la transmisión del derecho a los intereses y dividendos caídos, así como de las garantías y demás derechos accesorios"

LITERALIDAD. Decíamos en la parte inmediata anterior que - la incorporación es la calificación de derecho que le da la Ley a un pedazo de papel. Ahora bien, la literalidad es la amplitud de ese derecho, es decir, que el beneficiario de un título de crédito no puede exigirle más a su deudor de lo que no esté previsto - en el propio texto del documento. Así lo expresa claramente el -- Maestro Davalos Mejía al afirmar: "el límite más importante del de recho incorporado en el título es la cantidad que podrá ser exigi da en virtud del mismo. Esta cantidad por consiguiente deberá estar inscrita en el documento; podrá especificarse tanto en cifras como en palabras, pero en el caso de diferencia, la que prevalece es la que esté inscrita en palabras". (8)

Por otro lado, Astudillo Ursúa señala que: "la literalidad - en materia de títulos de crédito significa que presuntivamente la medida del derecho incorporado en el título, está determinado por el texto del documento". (9) Para concluir este apartado podemos afirmar que la literalidad significa simple y sencillamente que - lo escrito en el texto del documento es lo que constituye el dere cho.

AUTONOMIA. El hecho de que un título de crédito sea autono mo significa que no está ligado al acto jurídico que le dió ori-- gen, es decir, la causa de expedición de un documento de ésta naturaleza es irrelevante respecto de la deuda y la obligación de - pago en el consignado.

8. Ibidem. pág. 60

9. Los títulos de crédito. 2a ed. México Editorial Porrúa 1988, pág. 23

Otro autor que también hace un interesante estudio sobre los títulos de crédito afirma que: "el título de crédito endosado, -- destinado a circular y puesto ya en circulación, es independiente y autonomo respecto del negocio que le dió origen y lo que vale y obliga es únicamente lo que está inserto en el mismo".()

Debe distinguirse la separación existente entre el negocio - causal y el título de crédito. El negocio causal o subyacente que da abajo de una línea divisoria que se establece entre lo que fué el negocio que subyace, y lo que emerge de esa línea divisoria -- que es el título de crédito. El autor citado piensa que no hay au tonomía en la primera fase, en el caso de que el obligado princi pales el deusor del negocio causal y acreedor el beneficiario ori ginal, y si al título se le puso la cláusula "no negociable", en-- tonces no va a circular y quedará simplemente como un instrumento comprobatorio del negocio causal; pero aún cuando no le hubieran puesto ninguna cláusula y el beneficiario no la hubiera endosado, resulta ser que simplemente fue el documento que instrumento una obligación entre las partes contratantes.

En cambio, si el beneficiario original endosa el título a fa vor de una tercera persona ajena al negocio causal, a partir de z ese momento si habrá autonomía. Lo que exige que haya autonomía - respecto del negocio causal es de que se busca que sean los títu los de crédito adquiridos con toda seguridad y confianza.

Decíamos en páginas anteriores que la definición de Título de crédito dada por nuestra Ley, omite la calificación de autónomo distinguiéndose así de la tesis de Vivante y considerándose a demás como una característica esencial del título de crédito.

Para Cervantes Ahumada, lo que debe decirse que es autónomo es el derecho "que cada titular sucesivo va adquiriendo sobre el título y sobre los derechos en él incorporados, y la autonomía indica que el derecho del titular es un derecho independiente, - en el sentido de que cada persona que va adquiriendo el documento adquiere a la vez un derecho propio distinto del derecho que tenía o podría tener quien le transmitió el título".(11)

CIRCULACION. Es un elemento importante el que un título de crédito esté en posibilidades de circular libremente entre -- las personas que realizan diversas actividades económicas. Su importancia desde luego en la consecuencia comercial.

El Artículo 6^o de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que:

"Las disposiciones de éste Capítulo no -- son aplicables a los boletos, contraseñas fichas u otros documentos que no estén destinados a circular y sirvan exclusivamente para identificar a quién tiene derecho a exigir -- la prestación que en ellos se consigna".

Lo que quiso decir el Legislador en éste precepto es que no es aplicable (las disposiciones del Capítulo Primero Título Primero) a aquellos títulos que aún siendo de crédito no estén destina-

11. Títulos y Operaciones de Crédito. 14 ed. México Editorial Herrero 1988 pág. 12.

dos a circular, por ésta razón en Nuestro Derecho Mexicano es indispensable el elemento circulación.

Por otro lado, existe la posibilidad de que los signatarios del título de crédito puedan restringir la capacidad de circular del título de crédito, insertando simplemente en él las cláusulas "no a la orden", o bien, "no negociable", esto de acuerdo a lo previsto por el Artículo 25 de la Ley de la materia.

Davalos Mejía concluye su explicación de manera brillante sobre este particular diciendo: ". . .la inserción de la cláusula no a la orden o no negociable, es la confirmación de que el elemento circulación es indispensable en el Derecho Mexicano, ya que por definición aquello que no existe no puede ser restringido y por el contrario, lo que se restringe existe. Al no haber mayor diferencia, existen solamente dos tipos de títulos: aquellos cuya circulación está restringida voluntaria o legalmente, y todos los demás".(12)

LEGITIMACION. Resumiendo lo que hasta el momento hemos dicho tenemos que: el derecho de cobro consignado en un título está indisolublemente unido a un pedazo de papel (incorporación), su amplitud está determinada por el propio texto del documento (literalidad), es un derecho autónomo respecto de las causas del negocio que originó la documentación de una deuda (autonomía) y se creó cuando menos en Derecho Mexicano con la intención mas importante de circular en el Comercio (circulación).

Pero hasta el momento, no se ha determinado "quién" es la -- persona en cuyas manos está la posibilidad de ejercitar el derecho de cobro, es decir, quién es el tenedor de los derechos consignados en el título. La respuesta a ésta cuestión es precisamente el análisis de la Legitimación como elemento del título de crédito, o sea, la facultad que tiene el titular u poseedor de ejercitar el -- derecho de cobro.

Por medio de la Legitimación, quién tiene un título de crédito está facultado para exigir del suscriptor o endosante en su caso, el pago de la prestación en él consignada y de autorizar al obligado a solventar válidamente su deuda a favor del tenedor; y en caso de que el obligado no cumpla con la obligación, es evidente, que el poseedor de éste podría exigir el cumplimiento en forma --- coactiva mediante la intervención de las autoridades judiciales co rrespondientes. En este sentido, parece ser que no importa tanto -- quién sea el propietario , sino quién es el poseedor legítimo del mismo puesto que es al poseedor formal a quién se da el derecho de exigir del suscriptor o endosante del título la prestación consignada en él, y al obligado se da el derecho de solventar se deuda -- pagándole al poseedor formal del título.

Es imprescindible señalar la clasificación que hace la doctrina sobre los títulos de crédito, la cual queda como sigue: al -- portador, a la orden, y nominativos. En el mismo sentido, hay va-- rias formas de transmitir un título de crédito a otra u otras personas legitimamente como puede ser por simple tradición, endoso o cesión. De acuerdo a esto y atendiendo al tipo de título de crédito, tendremos la forma de legitimación del mismo.

En síntesis, si se trata de un título al portador, la legitimación la tendrá quien tenga en su poder el título de crédito, en virtud de que él es precisamente el portador y se cumple con el requisito físico de portar en su mano el título, ya que la Ley no exige nada más. En los títulos nominativos son tres las posibilidades de legitimación: primeramente, cuando el beneficiario original del título es quien se presenta a cobrarlo; o bien, cuando se transmitió por vía de endoso y también cuando hubo transmisión del título por medio distinto del endoso.

Para concluir, podemos afirmar que la legitimación no es sino la certeza jurídica de que el que cobra una deuda cambiaria es verdaderamente el que está facultado para ello.

EJECUTORIEDAD. Nosotros pensamos que existe una característica u elemento más en los títulos de crédito que es la ejecutoriedad. Esta es una característica esencial en dichos títulos en virtud de que un título de crédito es un título ejecutivo; esto quiere decir que es prueba preconstituida de la acción que se intenta en juicio. O bien, también puede considerarse como una confesión por adelantado que hace un deudor cambiario de que le debe a su acreedor la cantidad consignada en el papel. En resumen, los títulos de crédito son documentos que traen aparejada ejecución.

En materia mercantil el procedimiento ejecutivo puede intentarse cuando la demanda se funde en documentos que traigan aparejada ejecución. Este juicio generalmente se inicia en nuestro medio a partir de la deshonra e incumplimiento de los títulos de crédito

El fundamento legal de este Juicio Ejecutivo Mercantil lo en-

contramos en el Código de Comercio cuando estatuye en su Artículo 1391 lo siguiente:

"El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga a parejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

IV. Las letras de cambio, libranzas, vales, pagarés y demás efectos de Comercio en los términos que disponen los Artículos relativos de éste Código, observándose lo que ordena el Artículo - 534 respecto a la firma del aceptante".

Como puede verse, la fracción IV del Artículo 1391 del Código de Comercio remite al Artículo 534 y este precepto fué derogado -- por el Artículo 3^o transitorio de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en Diario Oficial de la Federación de 27 de agosto de 1932.

Por lo tanto, desde la Promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito la vía ejecutiva mercantil deberá fundarse en los Artículos 150, 151, 152, 153, 154, 159, 160, 161, 162 164, al 169, 174, 196 y relativos de esa Ley sobre títulos de crédito.

De acuerdo con la técnica procesal, el Juicio Ejecutivo Mercantil persigue el propósito de obtener el pago inmediato y llano del crédito demandado, o bien, que se pronuncie una sentencia condenatoria de los bienes que aseguren el pago del citado crédito, y no puede sujetarse dicho fallo a la condición de que la acreedora entregue las garantías del crédito para que proceda a efectuarse el remate, toda vez que esta condición además de no estar apoyada por precepto legal que así lo disponga contraría la naturaleza del Juicio Ejecutivo que impone al Juzgador dictar su Sentencia con -- puntos resolutive que condenen de inmediato al pago de las presta

ciones reclamadas y de no hacerlo, el remate de los bienes otorgados en garantía o secuestrados, según el Código de Comercio.

Generalmente son aceptados como elementos o características de los títulos de crédito aquellos a los que hemos hecho referencia en párrafos anteriores. Sin embargo, autores como Gomez Gordoa y Astudillo Ursúa nos hablan en sus obras de un elemento más: la abstracción del cuál sostienen que: "consiste en la inoponibilidad de excepciones y defensas derivadas del negocio causal de un título de crédito contra cualquier tenedor de buena fe que no esté ligado con aquél".(13) Agrega además que el tenedor de un título de crédito tiene un derecho autónomo por la necesaria separación que hay entre dicho título y la causa que lo originó, para proteger a posteriores acreedores contra excepciones, a menudo complicadas y desconocidas que podrían derivar del negocio subyacente.

Nosotros pensamos que con este punto de vista se confunde el elemento abstracción con el de Autonomía, por lo que preferimos la denominación de Autonomía tal y como ha quedado apuntado en la parte respectiva.

Finalmente Gómez Gordoa nos habla de la sustantividad de la - que se deben entender dos cosas: primero que en virtud de éste --- principio todos y cada uno de los actos integrados con en un título valen en si y por si mismo con independencia recíproca; y segunda, que los títulos tienen en si mismos vida jurídica plena, por lo que bastándose así mismos no necesitan ni pueden ni deben integrarse a ningún otro documento nuevamente. Respecto a esto, reiteramos nuevamente lo dicho en el caso de la abstracción aclarando - que la sustantividad es consecuencia de la autonomía.

13. Ob. Cit. pág. 26

D) La Letra de Cambio, el Pagaré, el Cheque y otros Títulos de Crédito.

Es pertinente recordar aquí que el propósito fundamental de la presente investigación es demostrar que es necesaria la adición de un delito patrimonial en una entidad federativa. Pero para ello es necesario hacer un estudio doctrinario que sienta las bases y dé fundamentos teóricos a nuestra proposición. Hablar del fraude - específico: libramiento de cheques sin fondos implica que se haga el estudio de esa institución mercantil que es el cheque, precisamente como institución mercantil dentro de la Teoría general de -- los títulos de Crédito, por la sencilla razón de que el cheque es un título de crédito.

Así lo previene el Artículo 1º de la Ley de la materia al establecer:

"Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su expedición, endoso, aval o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consig--nen, son actos de comercio. Los derechos y o--bligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmi--sión de títulos de crédito, o se hayan practi--cado con éstos, se rigen por las normas enumera--das en el Artículo 2º, cuando no se puedan e--jercitar o cumplir separadamente del título, y por la Ley que corresponda a la naturaleza ci--vil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos."

Por esta razón, es que estudiamos en este apartado, someramen--te a otros títulos tradicionales como son: la letra de cambio, el pagaré etc. por lo que nuevamente reiteramos que la finalidad es complementaria y enunciativa.

LETRA DE CAMBIO. Respecto de la Letra de cambio se ha dicho que es la portadora de la promesa (Heinecio en Holanda 1734) no es un documento que compruebe la existencia de ella, que fué el acto causal sino que en él mismo está la promesa. En efecto, el documento nace por virtud de un contrato, de una obligación que se asume pero no es ya el documento comprobatorio de una promesa que se hizo antes del documento, sino que aquella se crea, se documenta y se incorpora en el propio documento por virtud del acuerdo celebrado entre el girador y el beneficiario; en el que el girador da la orden al girado de que cumpla por él esa promesa y pague al beneficiario.

Hay varias teorías que pretenden explicar la naturaleza de la Letra de cambio. La primera de ellas es la teoría del contrato literal, para la que no interesa lo que hay detrás de la Letra de cambio, sino lo fundamental que es una promesa, una obligación de pagar. Importa lo que dice literalmente. Einert perfeccionó la Teoría del contrato literal con la tesis de que la Letra de cambio es el papel moneda de los comerciantes; que es el documento formal -- que contiene la promesa, es decir, de que en el documento está la promesa de pago. A él se debe la creación del endoso como medio jurídico cambiario que permite hacer circular la Letra de cambio nominativa.

El autor al que hacemos referencia habló entre otras cosas de la Teoría unilateral de la voluntad.

Oponiéndose a Einert, Tholl habló de la teoría contractual en la que expresaba que la letra de cambio es aquella en la que el -- suscriptor realiza la promesa de pago de una suma de dinero, o sea

contiene una promesa que es consecuencia de un contrato bilateral entre su creador y su tomador o beneficiario.

En síntesis, en Einert es la voluntad de uno. En Tholl es la voluntad de dos, mediante el contrato; y en Liebe la adopción de una forma escrita sacramental la que crea la promesa, no intervi-- niendo ni la voluntad de uno ni de dos, sino de un agente extraño que es el texto, la redacción, la forma sacramental como en la antigua Stipulatio romana. Puede ser que la intención de cumplir la promesa está latente en el acto contractual, pero no hay letra de cambio hasta en tanto no se adopte la forma literal sacramental - exigida.

La teoría de la creación sostiene que el título de crédito na ce con plenitud de efectos jurídicos en cuanto a que se han llena do sus requisitos formales, o sea, cuando contiene en su texto los elementos señalados en la Ley, en los que la firma del suscriptor es definitiva. Contrariamente a esto, la teoría de la emisión sostiene que la Letra de cambio tiene validés, cumplidos todos los de más requisitos legales, salvo cuando haya sido entregado al primer beneficiario.

Finalmente, nuestra Ley adopta la teoría de la creación tanto para los títulos al portador como para los nominativos, aún cuando no tiene Artículo expreso en el que se pudiera saber que se adopta determinada teoría.

EL PAGARE. Entendemos por pagaré un título de crédito en virtud del cuál una persona llamada suscriptor, promete y se obliga a pagar a otra llamada beneficiario, una determinada suma de dinero en un plazo con un interés o rendimiento. Reune las características de los títulos de crédito y es siempre un título nominativo, nunca al portador, y de acuerdo a la Ley puede transmitirse por medio de endosos.

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Artículo 170 dispone que:

"El pagaré debe contener:

- I. La mención de ser pagaré, inserta en el texto del documento;
- II. La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero;
- III. El nombre de la persona a quién de hacerse el pago;
- IV. La época y el lugar de pago;
- V. La fecha y el lugar en que se suscriba el documento, y
- VI. La firma del suscriptor o de la persona que firme a su ruego o en su nombre.

De la transcripción del precepto citado conviene hacer las siguientes reflexiones:

A. Surge la distinción con la Letra de cambio, ya que aquella es una orden incondicional de pagar, mientras que el pagaré es una promesa de pago. También en cada uno de los diversos títulos cambian los nombres de sus creadores: en el pagaré se llama suscriptor y no girador como en la Letra de cambio (Artículo 174)

B. No hay la figura de la aceptación y si es posible que se estipulen intereses en el pagaré.

C. En materia de intereses, el suscriptor señala la tasa -- que convenga al obligarse y prometer su pago como consecuencia --

del acto causal, no habiendo tope máximo ni mínimo sino que su monto es absolutamente libre: el que fija y promete pagar el suscriptor.

EL CHEQUE. Únicamente nos concretaremos a definirlo, en -- virtud de que en el capítulo subsecuente dedicaremos un estudio -- mas amplio sobre éste particular. La razón es de que en el capítu -- lo que nos ocupa definimos y enumeramos a los títulos de crédito -- para distinguirlos unos de otros.

Por principio de cuentas el cheque es un título de crédito por la calificación que la misma Ley le dá como cosa mercantil. -- Así pues, el cheque es un título de crédito en virtud del cuál -- una persona llamada librador da una orden incondicional de pago a -- una institución de crédito, para que contra la entrega del propio -- cheque, pague una suma determinada de dinero a la vista, al bene -- ficiario que puede ser una persona determinada o el portador de -- ese título de crédito.

Naturalmente que es necesario que exista previamente un con -- trato de depósito bancario de dinero considerado operación de crê -- dito. Además el depósitante tiene la facultad de entregar a su -- arbitrio, sumas de dinero en depósito a la institución bancaria y -- por el otro lado hay la obligación, a cargo de dicha institución -- de guardar y custodiar esas sumas de dinero y devolverlas al depo -- sitante en el momento que lo requiera mediante la expedición de -- cheques, para lo cual la institución de crédito entrega al deposi -- tante los esqueletos o formatos necesarios.

LAS ACCIONES SOCIETARIAS. Comúnmente se conocen tres acepciones para el término acción; primeramente como una parte alícuota del Capital social de una Sociedad Anónima o en Comandita por Acciones; en segundo lugar, designa el derecho que tiene el socio a dicha porción del Capital (derecho que corresponde a la aportación del socio) y finalmente como el título representativo del derecho del socio, de su Status como miembro de la corporación, es decir, como documento representativo de la cuota social.

En opinión de Cervantes Ahumada "la acción no es un título crediticio en sentido estricto por que no incorpora normalmente y como función principal un derecho de crédito, sino que atribuye a su titular la calidad de miembro (socio) de una entidad corporativa".(14) Esta situación trae como consecuencia derechos "políticos como el de voto, y efectivamente puede dar origen a derechos crediticios como en el caso de el reparto de dividendos.

En síntesis, la acción es un título corporativo que es atributivo de una cualidad jurídica general que es el Status del socio.

OBLIGACIONES. De acuerdo con lo establecido por el Artículo 208 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las Sociedades Anónimas pueden emitir obligaciones que representarán la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo a cargo de la Sociedad emisora.

Las obligaciones se crearán por declaración unilateral de la

voluntad de la Sociedad creadora, que se harán constar en Acta notarial (Artículo 213) dichas obligaciones.

Las principales diferencias entre la acción y la obligación son las siguientes:

1.- Las acciones son creadas por la Sociedad Anónima o la coman^{da} dita por acciones; la obligación es creada únicamente por la Socie^{dad} Anónima.

2.- Las acciones son nominativas o al portador; las obligacio^{nes} en la practica generalmente son al portador.

3.- La acción confiere a su tenedor la calidad de socio, de --- miembro de una entidad corporativa. En cambio, la obligación incor^{pora} un derecho de crédito contra la Sociedad creadora del título. Mientras que el accionista es partícipe en la Sociedad, el obliga^{cionista} es creador de ella.

4.- Las acciones son valores de renta variable, por que dan de^{recho} a un dividendo proporcional a las utilidades sociales. Las o^{bligaciones} son de renta fija y dan derecho a un interés, que no - depende del resultado de los negocios de la Sociedad y que debe pa^{gar} aún cuando los resultados arrojen pérdidas.

CERTIFICADO DE DEPOSITO Y BONO DE PRENDA. Es creado por los Almacenes Generales de Depósito que se encuentran reglamentados co^{mo} organizaciones auxiliares de crédito en los Artículos 50 al 61 de la Ley General de Organizaciones Auxiliares de Crédito, cuyo -- funcionamiento es el siguiente:

El depositante lleva su mercancía a guardar al almacen general, y una vez hecho el depósito, el Almacen expide desprendiendo de un

libro talonario y numerado en forma progresiva, un certificado de depósito que ampara las mercancías. Junto con el certificado debe anexarse un esqueleto de bono de prenda, para ser utilizado al -- constituirse una garantía prendaria sobre las mercancías ampara-- das por el certificado.

El bono de prenda acredita la constitución de un crédito --- prendario sobre las mercancías o bienes indicados en el Certificado de depósito correspondiente.

CERTIFICADOS DE PARTICIPACION. Los certificados de participación aparecieron en México por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de agosto de 1933, en donde se adicionó el Artículo 90 de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932. De igual forma, en al Ley Orgánica de nacional Financiera publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciem-- bre de 1940, se regulaba la emisión de certificados de participa-- ción por parte de dicha Institución Nacional al establecer en su - Artículo 21 fracción XI que serán nominativas o al portador y ha-- rán constar la participación que tienen los distintos copropieta-- rios en títulos o valores o en grupos de ellos que se encontrasen en poder de la institución o fuesen a ser circulados para ese objeto.

Concretamente se entiende por certificado de participación -- los títulos de crédito colectivos que representan derechos de sos-- tenedores de ciertos bienes o derechos específicos incorporados en ellos. Es posible distinguirlos de las obligaciones ya que mien--- tras en estas representan la participación individual de sus tene--

dores en un crédito colectivo y en los certificados de participación, los tenedores individuales no son acreedores sino propietarios o dueños de partes alícuotas en la propiedad de ciertos bienes o derechos reales.

Así pues, es desde el 31 de diciembre de 1946 en que se publica en el Diario Oficial de la Federación, el Capítulo V bis del Título primero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el tema de los certificados de participación.

Todos los títulos de crédito antes estudiados son los que tienen mayor aplicación hoy en día. Sin embargo, el hecho de que hayamos hecho mención de ellos obedece a la necesidad de enunciarlos y distinguirlos unos de otros, ya que el título de crédito que nos interesa en mayor grado a nuestra investigación es el cheque; al cual le dedicaremos todo un capítulo posterior. Con esto queremos decir que existen otros títulos de crédito que son de reciente --- creación del cual no haremos análisis alguno, ya que nos desviaría de nuestro propósito original.

Por las razones antes citadas solo nos limitamos a enunciarlos los cuales son:

- 1.- Certificados de aportación patrimonial.
- 2.- Los bonos bancarios.
- 3.- Las obligaciones subordinadas.
- 4.- Los Certificados de la Tesorería de la Federación.
- 5.- Pagarés de la Tesorería de la Federación.
- 6.- Los bonos del Gobierno Federal para el pago de la indemnización bancaria de 1982

7.- Los petrobonos.

8.- El papel comercial, y las aceptaciones bancarias
igualmente los bonos de desarrollo,,los Ceplata.Etc.

CAPITULO SEGUNDO

E L C H E Q U E

I. REFERENCIA HISTORICA DEL CHEQUE

El origen del cheque como orden de pago es antiguo, quizá igual como la letra de cambio. Sin embargo, el cheque moderno tiene su origen en el desenvolvimiento de los bancos de depósito de la cuenca del mediterraneo a fines de la Edad media y principios del Renacimiento.

Es el autor inglés Thomas Mun, quien reconoce en 1630, que ya los italianos y otros países tenían Bancos públicos y Bancos privados que manejaban en sus cuentas grandes sumas con el solo uso de notas escritas, y que de manera sorprendente eran casi desconocidas en Inglaterra; pero es Francia quien promulga en 1882 su Ley sobre el cheque que fué la primera Ley escrita sobre esta institución; le sigue Inglaterra en 1883 su " Bill of Exchange", y rápidamente otros países adoptaron formas similares, incluso el movimiento internacional de unificación del Derecho sobre el cheque tropezó con menos obstáculos que el que se hiciera sobre la letra de cambio obteniendo como resultado la Ley Uniforme de Ginebra sobre el cheque de 19 de marzo de 1931.

Podemos afirmar que el cheque solo puede perfeccionarse con la participación activa de una institución bancaria, y por ende, afirmar en el mismo sentido que la Historia del cheque está ligada a la del Banco. Las instituciones de crédito según las conocemos en la actualidad, apenas tienen un poco mas de cien años de existencia aunque si es posible encontrar en la Historia los organismos que dieron origen a las instituciones Bancarias o de crédito.

Decíamos, que después de que Francia había expedido ya su primera Ley sobre la materia en 14 de junio de 1865; es entonces cuando

do Inglaterra lo regula en 1882, aún cuando ya los usos disciplina**ban** al cheque. En México aparece el cheque en la segunda mitad del siglo XIX juntamente con los primeros grandes Bancos y muy espe--cialmente con el Banco de Londres, México y Sudamérica. El Código de Comercio de 1884 fué el primero en regular esta materia. Posteriormente sus disposiciones pasaron casi sin modificación al Código de Comercio de 1889 y que ha estado en vigor hasta que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo reguló con orientaciones mas modernas.

II.- CONCEPTO.

En el cheque , es indispensable la participación de tres elementos personales. Tiene similitud con la letra de cambio, en virtud de que intervienen tres personas, incluso algunas legislaciones definen al cheque como letra de cambio girada contra un Banco.

En páginas anteriores mencionabamos que el cheque es un título de crédito, en virtud del cual una persona llamada librador da una orden incondicional de pago a una institución bancaria para -- que mediante la entrega del propio cheque, pague una suma determinada de dinero a la vista al beneficiario, que puede ser una persona determinada o el portador de ese título de crédito. De esta manera mediante el cheque se permite al librador dispone del dinero de su propiedad que tiene depositado en el Banco librado; y el librado tiene la obligación de pagar ya que el dinero que tiene en su custodia no es de su propiedad, sino que precisamente lo tiene en custodia y sí, pertenece al librador.

El cheque es un representativo del dinero existente en las cajas de los Bancos, no es mas que un instrumento de movilización de esos depósitos inmovilizados físicamente en las cajas de la institución bancaria.

De acuerdo a lo previsto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe haber varios presupuestos para que el cheque pueda existir como tal. Uno de estos presupuestos se deriva de lo establecido en la Ley al exigir que el cheque sea librado -- contra un Banco y que solo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito y sea autorizado por ésta para librar cheques a su cargo. Así lo previene el Artícu

lo 175 de la Ley de la materia en los siguientes términos:

"El cheque solo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito. El documento que en forma de cheque se libre a cargo de otra persona, no producirá efectos de título de crédito.

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

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

Naturalmente, que previamente debe existir entre la institución de crédito y el librador, un contrato de depósito llamado también cuenta de cheques y que en la práctica bancaria se le denomina cuenta corriente de cheques, por que el cuentahabiente hace entrega de dinero, que se le abonan, y libra cheques que se le cargan al ser pagados por lo que la cuenta tiene una secuencia indefinida. Periódicamente el Banco envía al cuenta-habiente su estado de cuenta, en que aparece el curso de la misma.

El hecho de que existan fondos disponibles es también un presupuesto de la regularidad del cheque, dicho presupuesto no influye sobre la eficacia del título y si, su ausencia es sancionada también penalmente. Que un fondo sea disponible quiere decir que además de ser líquido y a la vista, el deudor tiene la obligación de mantener el fondo a disposición del acreedor, y que éste puede determinar el momento del retiro, por un requerimiento que depende de su voluntad.

El cheque debe reunir los requisitos establecidos por el Artículo 176 de la Ley y que son los siguientes:

"El cheque debe contener:

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

Es normal que el cheque al ser entregado a una persona, lo cobre a los dos o tres días; pero puede suceder que el librador del cheque no tenga fondos suficientes en el momento que lo expide, decidiendo hacer el depósito después, a tiempo de que cuando se presente el beneficiario a cobro ya estén los fondos.

Esta situación, es totalmente indebida y severamente penada por nuestras Leyes, pues el hecho de que deliberadamente no se tengan fondos y no se piense en tenerlos en cierto plazo y no obstante se obtiene el consentimiento del beneficiario para no cobrarlo poniéndole una fecha posterior a la de su libramiento, se distorsiona la naturaleza jurídica del documento convirtiéndolo en un instrumento de crédito a plazo.

III.- ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos personales que intervienen en la operación mecánica del cheque son: el librador, el beneficiario, y el Banco librado. Respecto del Librador debe tener fondos suficientes para el pago del mismo, y por ende, tener cuenta en el Banco en pleno funcionamiento; la firma que aparezca en el cheque como manifestación de voluntad del librador debe ser la registrada en el Banco como tal, así como que no presente alteraciones en el texto. El Banco Librado debe realizar el pago solo si se presenta el cheque al cobro dentro de los plazos legales establecidos. No obstante, el Banco está obligado a hacer el pago, aún si el beneficiario presenta el cheque después de los plazos legales si existen fondos suficientes para ello. Pero si no hay fondos y el cheque no es pagado, no se tipifica el delito de libramiento de cheques sin fondos, por la razón de que no fué presentado en tiempo.

Los plazos legales a que nos referimos en el párrafo anterior están determinados por el Artículo 181 de la Ley de la materia que establece:

"Los cheques deberán presentarse para su pago:

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

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

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

IV. Dentro de tres meses, si fueren expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación."

El librado puede ser a su vez beneficiario y el librador puede ser beneficiario al librar el cheque a la orden de si mismo y puede ser también librado cuando se trata de una institución de crédito que libre el cheque contra sus propias dependencias, como es el caso de los cheques de caja.

Existen varios supuestos que pueden darse en torno al pago o no pago del cheque a cargo del Banco librado.

El librador responde del pago del cheque y en caso de que este se presenta en tiempo y no sea pagado por causa que le sea imputable debe pagar al beneficiario no solamente el importe del cheque sino los daños y perjuicios que no serán inferiores al 20% del valor total del cheque, y no necesita el tenedor probarlos ni es necesario que se hayan causado, de tal manera, que mas que daños se trata de una pena convencional que la Ley impone.

Si el no pago del cheque presentado en tiempo no obedece a causa imputable al librador, en este caso el librado estará obligado a pagar el cheque pero no la pena convencional, pero no la pena a la que nos hemos referido en el parrafo anterior. El otro caso es el que el cheque sea presentado en tiempo y la institución Bancaria no tiene fondos que respalden el cheque y de esta manera se tipifica el delito de fraude específico libramiento de cheques sin fondos. El Banco librado no tiene obligación frente al beneficiario puesto que su obligación es con el librador y deriva del contrato de cheque.

IV.- ELEMENTOS FORMALES

Los títulos de crédito también son documentos esencialmente formales, en cuanto a que para su validez la Ley requiere que con tengan determinados requisitos y menciones, a falta de los cuales no se producirán los efectos rigurosos previstos en la Ley de la materia, a menos que ésta los supla expresamente a través de presunciones. Así, el Artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que ya nos hemos permitido citar en páginas anteriores, establece en forma estricta los requisitos y menciones que el cheque debe contener. En consecuencia, un documento que no reúna las menciones y requisitos señalados por el Artículo 176 de la Ley citada, en cuanto los mismos no sean suplidos por presunciones por la propia Ley, no será cheque y, por lo tanto, no podrá producir efectos como título de crédito.

En el precepto citado se contienen los requisitos que el cheque debe contener, a saber: 1) La mención de ser cheque, inserta en el documento (fracción I); 2) El lugar de expedición (fracción II); La fecha de expedición (fracción II); 4) La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero (fracción III); 5) El nombre del librado (fracción IV); 6) El lugar de pago (fracción - V); 7) y la firma del librador

No todos estos requisitos tienen igual importancia por que, solo la omisión de los señalados en la fracción II y V no producen invalidéz. En cambio, los señalados en las fracciones I, III IV y VI, si invalidan el documento como cheque.

V.- CARACTERISTICAS

A continuación mencionaremos algunas de las características del cheque:

- 1.- Es un título de crédito.
- 2.- Intervienen tres elementos personales.
- 3.- El librado siempre es una institución de crédito
- 4.- Pueden ser nominativos o al portador.
- 5.- La fórmula cambiaria utilizada es: "paguese a...".
- 6.- En el cheque hay la necesidad de un contrato para cumplimiento de la obligación cambiaria que es el contrato de cheques entre librador y librado.
- 7.- Hay necesidad de provisión previa, o al momento de la presentación.
- 8.- El cheque es un instrumento de pago.
- 9.- El tipo de vencimiento es exclusivamente a la vista.

VI.- CLASES DE CHEQUES

40

A.- Cheque postfechado.- Es viciosa la practica de librar cheques en que se inserta una fecha posterior a aquella en la que se libra, por que de esta manera se pretende acentuar que no habrá fondos disponibles para cubrirlos, sino hasta la fecha que aparece en el texto. La practica del cheque postfechado es observado con persistencia en muchos Países.

B.- Cheque cruzado.- Es aquel en el cual el librador o el tenedor traza dos rayas paralelas en forma diagonal y en su cara principal. Es muy utilizado hasta el punto de que algunas empresas solicitan a su banco que les talonarios que les proporcionan los cheques sean cruzados desde su origen; se pretende buscar una mejor legitimación al momento del cobro.

El cruzamiento tiene por objeto dificultar el cobro del documento a tenedores ilegítimos, pues como consecuencia del cruzamiento, el cheque solo podrá ser cobrado por una institución de crédito a la que deberá endosarse para los efectos del cobro. El cruzamiento puede ser de dos formas: general y especial; es general cuando entre las líneas que cruza el cheque no se pone el nombre de alguna institución y en este caso podrá ser cobrado por cualquier Banco, y es especial el cruzamiento cuando entre las líneas paralelas se anota el nombre de alguna institución Bancaria.

El cruzamiento general puede convertirse en especial, pero no viceversa, tampoco pueden borrarse las líneas del cruzamiento. Una vez cruzado el cheque no puede perder su naturaleza. De lo dicho se desprende que si el librado paga un cheque cruzado a quien no le corresponde legítimamente, será responsable del pago

C.-Cheque para abono en cuenta.- Este cheque tiene por objeto evitar que se pague en efectivo y solo pueda depositarse en la cuenta que tenga el beneficiario, o que vaya a abrir con esta finalidad. No es muy utilizado en la práctica. Sus principales características -- son de que debe cumplirse con la literalidad inscribiendo en su texto la expresión "para abono en cuenta"., además a partir de la inserción de esta cláusula no podrá ser borrada y el cheque se convertirá en no negociable, por lo tanto, para su cobro deberá ser endosado a un Banco; siempre será nominativo y nunca al portador.

D.-Cheque certificado.- Su regulación la encontramos del Artículo 199 al 207 y es aquel en el cuál la institución librada se obliga cambiariamente frente al beneficiario a pagarle su importe.

Con anterioridad hemos sostenido que en el cheque no hay relación jurídica entre el beneficiario y el Banco librado. Si el Banco no paga es responsable el librador quien si puede exigir responsabilidad a la Institución librada por que entre ambos si existe relación jurídica. Sin embargo, el cheque certificado es una institución especial por que el Banco se obliga cambiariamente también -- frente al beneficiario a pagarle ese cheque, produciéndose así una relación jurídica que no existía. Para cumplir con este cheque certificado es indispensable que la institución librada asiente o haga constar en su texto que se obliga a pagarlo al tenedor, y para ello anota en el texto del mismo documento, la palabra "acepto", "visto" "bueno", "certifico" u otro equivalente, en virtud de la cuál se -- obliga a pagar el importe de ese cheque precisamente a la persona -- en cuyo favor se expida.

El cheque de caja debe ser nominativo, no es negociable, o sea no puede ser endosado a otra persona, y solamente el beneficiario original tiene la facultad de presentarlo al cobro dentro del plazo de presentación a la Institución librada, quedando ésta obligada con las responsabilidades de un principal obligado. La operación es la siguiente:

El librador le solicita al Banco le certifique un determinado cheque; el Banco a su vez al certificarlo realiza un cargo -- contable en la cuenta de depósito bancario que lleva; y a partir de ese momento le disminuye su saldo con el importe precisamente de ese cheque, automáticamente abre una cuenta deudora a cargo - de la propia institución y a favor del beneficiario del cheque y queda a la espera de que llegue éste para pagárselo.

Las acciones contra la institución librada que certifica un cheque prescriben en seis meses contados a partir de la fecha en que concluya el plazo de presentación, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 207 de la Ley.

E.- Cheque de caja.- Los cheques de caja deberán ser nominativos y no negociables, constituye un ejemplo típico de una restricción a la circulación de los cheques. Sirve de instrumento - de pago solo a la institución de crédito:

"Art. 200.- Sólo las instituciones de crédito pueden expedir cheques de caja a cargo de sus propias dependencias. Para su validéz estos cheques deberán ser nominativos y no negociables."

De acuerdo con el Artículo transcrito se nota que hay identidad entre librador e institución librada. El Banco lo utiliza para pagar los servicios que utiliza como: renta de locales, luz, tele-

fonos; y sería absurdo que el Banco no pudiera usar el cheque y tuviera que pagar en efectivo. Para ello utiliza el cheque de caja.

F.- Cheque de ventanilla.- Podemos definirlo como el cheque de emergencia puesto al servicio de los clientes de una sucursal determinada, en el caso de que el cuentahabiente necesita retirar fondos de su cuenta, y no tiene chequera, por haberse extraviado o terminado los cheques de su talonario y en ese momento la sucursal no puede proporcionarle un talonario nuevo; puede entonces, librar cheques de ventanilla justamente del talonario que toda institución tiene para tal efecto. Algunas características de este cheque son la siguientes:

- Tienen inscrita la leyenda "cheque de ventanilla".

- Son intransmisibles, no negociables y no pueden salir ni aún del local de cada sucursal;

- Al ser suscritos a nombre del cuentahabiente, este, debe endosar el cheque antes de entregarlo al ventanillero.

- Solamente las personas que tengan cuenta de cheques en esa sucursal pueden hacer uso de esta chequera.

- El cheque de ventanilla no está reglamentado por el Derecho Mexicano.

- Es una figura que la practica bancaria mexicana ha perfeccionado y organizado eficientemente.

G.- Cheque de viajero.- Se encuentra regulado expresamente en el Artículo 202 de La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra señala:

" Los cheques de viajero son expedidos por el librador a su propio cargo, y pagaderos por su establecimiento principal o por las sucursales o corresponsales que tenga en la República e el extranjero. Los cheques de viajero pueden ser puestos en circulación por el librador, o por sus sucursales o corresponsales autorizados por él al efecto."

Gomez Gordoia piensa que el precepto citado es deficiente y oscuro por la razón de que no aclara que dicho cheque debe expedirlo una institución de crédito a cargo de sí misma. Pero recordemos -- que el principio fundamental del cheque es que el librado sea una institución de crédito, por que éste es uno de los elementos personales del cheque.

Es factible diferenciar claramente al cheque de viajero con el cheque de caja; en virtud de que el primero, es decir, el pago del cheque de viajero puede hacerse por un establecimiento del librado ya sea el principal o sus sucursales o por los corresponsales en la República o en el extranjero. De igual manera, en el cheque de caja también el librador es el mismo librado pero el pago se hace solo por sus dependencias matriz o sucursales.

Mencionamos en el párrafo anterior que el pago puede hacerse por algún corresponsal del librador. Se entiende por corresponsales otras instituciones de crédito distintas que han celebrado con el librador un contrato en virtud del cual pueden hacer pagos y se obligan en condiciones especiales, obligándose el librador a reembolsar las sumas que al efecto cubra.

De esta manera, se atienden las necesidades de viajeros que no quieren correr los riesgos de portar dinero en efectivo; así les permiten obtener el efectivo en cualquier lugar del mundo por medio de esa red de corresponsales.

Los cheques de viajero serán, precisamente, nominativos, y en el momento del pago del cheque debe verificarse la autenticidad de la firma del beneficiario con la que aparezca certificada por el que haya puesto los cheques en circulación; así lo previene el Artículo de la Ley de la materia. La operación mecánica de este cheque es la siguiente:

El adquirente entrega el importe del cheque de viajero (la institución puede darle crédito), lo hace firmar en su presencia en la parte superior del cheque que ha de ser nominativo; al firmar en presencia de funcionarios del Banco emisor, está reconociendo que esa es su firma, es decir, está autenticando que esa es la firma que usará después al firmar nuevamente como beneficiario. Esta segunda firma debe ir en la parte de abajo del cheque.

La parte de abajo del cheque de viajero permite que se identifique plenamente el beneficiario, ante quien va a hacer el pago y por esta razón, deberá volver a firmar abajo. De tal suerte, que el que paga puede comprobar que la firma que está poniendo es la misma que está arriba. Por eso es suficiente que se haga un cotejo de firmas para que el que paga quede satisfecho de saber que el tenedor del cheque es el propio beneficiario del mismo; si hay discrepancia en las firmas, se abstendrá de pagar.

El cheque de viajero no debe circular y como volvemos a repetir, sirve solo para que su tomador que va por el mundo con cheques de viajero, cada vez que necesite dinero vaya a alguna dependencia o corresponsal y mediante la firma de abajo, comprueba que es legítimo poseedor y resuelve sus problemas de dinero en efectivo.

La acción contra el que expida o ponga en circulación los cheques de viajero prescriben en un año, a partir de la fecha en que los cheques son puestos en circulación. Así lo establece el Artículo 207 en su segundo párrafo de la Ley.

El protesto es un acto que tiene por objeto, comprobar fehacientemente que un título de crédito fué presentado en tiempo para su aceptación o pago y no fué aceptado o pagado total o parcialmente. El protesto es un acto de naturaleza formal, que se practica -- por medio de un funcionario que tenga fé pública; dicho funcionario puede ser un corredor público titulado o un notario, y en los lugares donde no haya ni corredor ni notario, levantará el protesto la primera autoridad política del lugar.

El protesto se encuentra expresamente regulado en los Artículos del 139 al 149 de la Ley General de Títulos y Operaciones de -- Crédito y estos a su vez forman parte de la sección octava dentro del capítulo II de la misma Ley, que se refiere a la Letra de cambio. En el mismo sentido, dichos preceptos son aplicables en lo conducente a otros títulos de crédito; en lo que se refiere al Pagaré es en el Artículo 174 donde se señala que preceptos se aplicarán en lo conducente, al pagaré.

También en el Artículo 196 de la Ley se señalan se habla de -- cuales Artículos se aplicarán en lo conducente al cheque. De lo dicho se desprende que :

En el cheque, para ser protestado, también puede hacerse por medio de notario o corredor público, ante quien debe realizarse el protesto. Cuando debe levantarse. y En sí todas las reglas generales del protesto son aplicables al cheque.

Por otra parte es posible protestar el cheque de otra manera, de acuerdo a lo establecido por el Artículo 190 que establece que - si el cheque se presenta en cámara de compensación y no se paga, la

cámara certificará en el cheque dicha circunstancia y que el documento fué presentado en tiempo. Esa anotación hará las veces del -- protesto. Textualmente la Ley señala en dicho numeral:

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

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

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

Esa anotación hará las veces de protesto.

La anotación que el librado ponga en el -- cheque mismo, de que fué presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente, surtirá los -- efectos del protesto.

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

De este Artículo se desprende que el protesto es un acto obligatorio para el tenedor con el que se verifica en forma absoluta -- que un título de crédito se presentó para su pago, y que la Ley, -- como en este caso, en que autoriza esta anotación de la cámara de compensación o de la institución librada. Además, en materia de -- cheques son aplicables, en lo conducente, los Artículos que señala el Art. 196.

VIII.- LA ACCION CAMBIARIA EN EL CHEQUE.

Se le llama acción cambiaria a la acción ejecutiva derivada de la letra de cambio. Ordinariamente los documentos privados para aparejar la ejecución necesitan ser reconocidos formalmente. En Derecho cambiario no es necesario reconocer la firma de la letra para despachar ejecución, por que la ejecución va aparejada en el mismo documento sin necesidad de reconocimiento. Así lo establece el Artículo 167 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

"Art. 167.- La acción cambiaria contra -- cualquiera de los signatarios de la letra es - ejecutiva por el importe de ésta, y por el de los intereses y gastos accesorios, sin necesidad de que se reconozca previamente su firma - el demandado.

Contra ella no pueden oponerse sino las - excepciones y defensas enumeradas en el artículo 8^o."

La acción cambiaria puede ser directa o en vías de regreso, - notese que no le llamamos indirecta por que dicho término es inconveniente. La directa se ejercita contra el aceptante o sus avalistas; la de regreso contra cualquier obligado endosante anterior. Ambas acciones tienen como base títulos de crédito, es decir, se funda en el procedimiento de la acción propia del derecho cambiario - en el que el tenedor de un título ejercita el derecho incorporado en el propio documento. El derecho incorporado en el título faculta a su titular para cobrar con el auxilio del Poder Judicial en - contra del principal obligado de la persona que fatalmente tiene - que pagar la Letra de cambio pues el aceptante contra el que se ejercita la acción directa.

La acción cambiaria se ejercita cuando ha habido falta al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el título de crédito.

Respecto de los casos en que se ejercita la acción cambiaria, la Ley los especifica de manera expresa en el Artículo 150:

"Art. 150.- La acción cambiaria se ejercita:

I. En caso de falta de aceptación o de aceptación parcial;

II. En caso de falta de pago o de pago parcial;

III. Cuando el girado o el aceptante fueren declarados en estado de quiebra o de concurso.

En los casos de las fracciones I y III, la acción puede deducirse aun antes del vencimiento por el importe total de la letra, o tratándose de aceptación parcial, por la parte no aceptada."

La presentación es un acto cambiario obligatorio pero como en si vale poco, tiene que ser continuada por el acto del protesto y así se llama al funcionario con Fé Pública para que confirme que el girado no quiso aceptar o pagar la letra, luego entonces ya cuando el notario dió fe del hecho y ésta se insertó en el documento, nace la acción cambiaria.

Cuando se ejercita la acción cambiaria directa contra el aceptante o sus avalistas, no es necesario el protesto puesto que se va a ejercitar contra el principal obligado, que sabe perfectamente si pagó o no pagó. En cambio, si es necesario el protesto para el ejercicio de la acción cambiaria cuando ésta va a ejercitarse contra -- los demás obligados, esto es, contra cualquiera de los endosantes o el propio girador.

IX.- EL ENDOSO.

En el capítulo primero señalamos que una de las características de los títulos de crédito es la circulación; o sea los títulos de crédito están destinados a circular. Pues bien, la circulación de los títulos de crédito se hace por medio del endoso y es a Einert, a quien se debe esta forma cambiaria de transmitir la propiedad de un título de crédito nominativo; aunque por otro lado, puede impedirse la circulación si se inserta por cualquier tenedor, en el propio texto del documento o en el de un endoso cualquiera, la cláusula "no a la orden" o "no negociable" u otra equivalente que surta el mismo efecto desde la inserción.

En opinión de Garrigues, que a su vez toma los elementos de la definición dada por Vivante, entiende por endoso: "la cláusula accesoría, e inseparable del título, en virtud de la cual el acreedor cambiario pone a otro en su lugar, transfiriéndole el título con efectos limitados o ilimitados". (15) Que la cláusula sea inseparable significa que debe ser inserta en el mismo título y no en hoja adherida a él, por que una transmisión anotada en papel separado fuera del título no surte efectos cambiarios.

Son elementos personales del endoso: el endosante y el endosatario. Es endosante, la persona que transfiere el título, y endosatario la persona a quien se transfiere el título. Una simple cesión ordinaria como dispone el Artículo 27 de la Ley no surte efectos cambiarios. Esto es importante por que la autonomía solo funciona si el título se transmite por el medio cambiario de transmitir: el endoso.

La Ley exige los siguientes requisitos para que pueda darse el endoso:

"Art. 29.- El endoso debe constar en el título relativo o en hoja adherida al mismo, y -- llenar los siguientes requisitos:

- I. El nombre del endosatario;
- II. La firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso a su ruego o en su -- nombre;
- III. La clase de endoso.
- IV. El lugar y la fecha."

En el endoso hay una negociación en virtud de la cual el endosante y el endosatario que es la persona a quien se transmite la -- propiedad del título , llegan a un acuerdo: el primero transmite la propiedad del documento al segundo y se lo entrega en base a un negocio causal semejante al que dió origen al título, pero lo que --- trasciende no es ese negocio causal sino su efecto, a través del en doso, que es una declaración unilateral de la voluntad. Esto se explica, por que como hemos visto, los títulos de crédito tienen un elemento mas que los caracteriza: la autonomía, es decir, no está - ligado al acto jurídico que le dió origen.

De acuerdo a lo que hemos dicho, el endosatario puede a su vez transmitir la propiedad a un nuevo endosatario y así sucesivamente; cualquier endosatario posterior puede demandar el cumplimiento de la obligación a todos los endosantes anteriores (o sea cualquiera de ellos) y estos a su vez solamente pueden oponer las excepciones señaladas en el Artículo 8 de la Ley, es decir, las derivadas del - propio título y las personales que el nuevo tenedor tenga contra el endosante, pero no las causales que tenga el primer beneficiario -- contra el girador.

A diferencia del endoso, la cesión de derechos que tiene por objeto un título de crédito, hay un cedente que es la persona que en un momento dado es dueño del título y un cesionario, que es la persona a la que se le transmite la propiedad del mismo; si el cesionario transmite a su vez la propiedad del título a un ulterior cesionario, este puede oponer las excepciones personales que tuvo o pudo oponer el primer cedente.

Un primer elemento de diferenciación lo encontramos en la forma: el endoso es un acto de naturaleza formal, en tanto que la cesión no lo es; El primero debe constar precisamente en el título -- mientras que la cesión puede hacerse separadamente. Un segundo elemento es la autonomía en el endoso, o sea, que no está ligado al acto jurídico que le dió origen; en cambio, si el título se transmite por cesión pueden oponerse al cesionario las excepciones que pudieron oponerse al cedente.

En los efectos se encuentra otra causa de diferenciación; el cedente que cede un crédito responde en los términos del derecho civil de la existencia del crédito, pero solamente de su existencia, y no de la insolvencia del deudor; la situación del endosante es -- distinta por que el solo hecho de endosar el título se convierte ordinarily en deudor, obligado al pago del título en caso de que el primer obligado no lo pague. Otro elemento que los diferencia claramente es que la cesión es un contrato en el que, desde luego, crean o transfieren derechos y obligaciones entre cedente y cesionario. En cambio, los derechos y obligaciones nacidos del endoso no son derivados de un contrato, sino de un acto unilateral por el -- cual el tenedor pone a otro en su lugar.

Otra diferencia puede ser la extensión del objeto en la cesión y en el endoso. Un crédito puede ser cedido parcialmente, por ejemplo si se tiene un crédito contra una persona y dicho crédito es de \$1000-, se puede celebrar un negocio jurídico con un tercero cediéndole \$500; pero una letra de cambio no se puede endosar por \$500 -- por que se trata de una cosa mueble indivisible; el endoso parcial indica la Ley, es nulo.

Una diferencia mas es la forma de perfeccionar el acto, la cesión es consensual y el endoso es real. La cesión se perfecciona con el mero consentimiento de las partes; mientras que el endoso se perfecciona por la simple formalidad de escritura y mediante la entrega del título. La cesión puede ser condicional, y el endoso nunca puede someterse a condición alguna, debe ser puro y simple.

Por último tenemos las clases de endoso. La mayoría de autores reconocen la existencia de únicamente tres clases de endoso y ello se debe a que esos son los que regula la Ley y así tenemos que hay endoso en propiedad, en garantía y en procuración.

En el endoso en propiedad el endosante transmite la propiedad del título en totalidad jurídica al endosatario. A este respecto la Ley establece:

"Art. 34.- El endoso en propiedad transfiere la propiedad del título y todos los derechos a él inherentes. El endoso en propiedad no obligará solidariamente al endosante, sino los casos en que la Ley establece la solidaridad.

Quando la Ley establezca la responsabilidad solidaria de los endosantes, éstos pueden librarse de ella mediante la cláusula "sin mi responsabilidad" o alguna equivalente."

En el endoso en procuración convierte al endosatario en un mandatario, es decir, transfiere únicamente la posesión del título

con el objeto de presentar el documento a aceptación, cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para protestar la falta de pago y reenderlo en procuración.

"Art. 35.- El endoso que contenga las cláusulas "en procuración" "al cobro", u otra equivalente, no transfiere la propiedad; pero da facultades al endosatario para presentar el documento a aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo en su caso. El endosatario tendrá todos los derechos y obligaciones de un mandatario. El mandato contenido en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, y su revocación no surte efectos respecto de tercero sino que desde que el endoso se cancela conforme al Artículo 41.

En el caso de este Artículo, los obligados solo podrán oponer al tenedor del título las excepciones que tendrían contra el endosante."

El endoso en garantía opera de la siguiente manera: el endosante transfiere al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario respecto del título endosado y los derechos en él inherentes. El endoso en garantía es una forma de establecer un derecho real de prenda sobre la cosa mercantil: título de crédito. El derecho que el endosatario en prenda adquiere es un derecho autónomo, ya que posee el título en su propio interés. En síntesis, el título de crédito puede ser dado en garantía prendaria contra la obtención de una prestación determinada, por la razón de que el título de crédito es un bien mueble, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 754 del Código Civil y que por la característica de incorporación tienen un valor cierto e intrínseco. El endoso en garantía es diferente del endoso que debe hacerse en un título cuando va a constituirse en prenda mercantil; en este caso será endoso en propiedad, en aquel es endoso en garantía. La persona a quien se endosó en garantía tiene plenas -

facultades para actuar jurídicamente en defensa de los derechos contenidos en el título ya que son esos derechos, gracias a los que probablemente aceptó recibir esa garantía, contra la prestación que debió haber recibido del endosante. La Ley es explícita a este respecto

"Art. 36.-El endoso con las cláusulas "en garantía", "en prenda", u otra equivalente, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario respecto del título endosado y los derechos a él inherentes, comprendiendo las facultades que confiere el endoso en procuración.

En el caso de este Artículo, los obligados no podrán oponer al endosatario las excepciones personales que tengan contra el endosante.

Cuando la prenda se realice en los términos de la sección 6^a del capítulo IV, Título II de esta Ley, lo certificarán así en el documento, el corredor o los comerciantes que intervengan en la venta, y llenado ese requisito, el acreedor endosará en propiedad el título, pudiendo insertar la cláusula "sin responsabilidad"

Finalmente es importante hacer notar que el endosatario en garantía puede endosar nuevamente en procuración, pero no en propiedad por que no es propietario sino acreedor prendario.

Es una garantía cambiaria de pago total o parcial de un título de crédito. Su naturaleza jurídica aún no está determinada, así lo sostiene Gomez Gordoa al decir: "Hay discusión respecto de su naturaleza jurídica, pero ha de advertirse que es un acto específicamente cambiario y que esta figura jurídica no se encuentra en ninguna parte de nuestro Derecho, mas que en materia de títulos de crédito. Tiene ciertas semejanzas y diferencias sustanciales con otras formas de garantía de tipo mercantil, como puede ser la fianza mercantil. Como veremos mas adelante las características del aval están perfectamente definidas y no dejan lugar a dudas de su naturaleza jurídica cambiaria en el Artículo 109."(16)

El aval es en consecuencia una institución accesoria de garantía, y en esto radica su semejanza con la fianza, así lo establece el Art. 109:

"Mediante el aval se garantiza en todo o en parte el pago de la letra de cambio"

El aval tiene dos elementos personales: el avalista que es quien presta la garantía, y el avalado que es aquella persona por la que la garantía se presta. El aval se expresará en la fórmula "por aval" "en garantía" u otra equivalente. Pero la sola firma de un individuo puesta en la letra de cambio, si no se le puede atribuir otra calidad se le tendrá como aval. El avalista deberá indicar por quién presta la garantía y estará obligado con todos los acreedores del avalado, pero será acreedor cambiario del propio avalado y de todos los que en virtud de la letra sean sus deudores. Ejemplificando tendríamos que:

[6 Ob. Cit. pág. 132

Se presta el aval por el endosante 5: el avalista estará obligado con todos los signatarios de la letra, del seis en adelante y se rá acreedor del 5 y de los anteriores. Si el avalista no indicó a quién avala, se entenderá que presta el aval por el obligado que li bere mayor número; esto es por el aceptante y si no lo hubiere, por el girador.

Finalmente, en virtud de lo establecido por el Artículo 196 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son aplicables al cheque en lo conducente, los Artículos del 109 al 116 que se refieren al aval.

XI.- EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS.

El cheque es uno de los títulos de crédito que mayor uso tienen en la actualidad; es de gran utilidad puesto que ofrece grandes ventajas y es a la vez un eficaz instrumento de pago. Su Operación mecánica consiste en un libramiento que hace el librador, es decir, en dar una orden incondicional de pago a una institución de crédito para que pague una suma de dinero al beneficiario. Esto se funda en el presupuesto de que el librador debe tener cuenta de cheques en la institución librada y además que tenga provisión de fondos suficientes para hacer el pago del cheque. En caso de no reunir estos requisitos, se está incumpliendo una obligación y lógicamente que va a traer como resultado que haya consecuencias civiles y consecuencias penales, por medio de las cuales, el beneficiario puede valerse de ellas para hacer efectivo su cobro.

A.- Consecuencias Civiles.- Hemos sostenido de manera reiterada que el título de crédito es un instrumento de pago y en este caso el cheque; puesto que es un documento necesario para ejercitar el derecho literal consignado en el mismo, como lo establece la Ley, y de acuerdo al título y a su vencimiento debe presentarse al cobro.

La Ley establece claramente que los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición "salvo buen cobro". La explicación es la siguiente: cuando pagamos una deuda con un título de crédito queda liquidada y sobre ella nuestro acreedor no puede intentar acción, pero la entrega del título es en si misma una deuda que sustituye a la anterior; desde luego, que aquella deuda saldada con un título no quedará pagada si al presentar el título a su

cobro, el deudor no la paga o sea, si no se realiza un buen cobro -- del título dado en pago. En este caso, la deuda cubierta con el título se retrotrae a sus condiciones originales y vuelve a convertirse en una deuda en la que continuamos obligados.

De no existir la condición salvo buen cobro, podríamos pagar -- deudas con títulos de crédito y éstas mismas quedarían cubiertas si se pagaran o no los títulos a su vencimiento, pero afortunadamente no es así.

Entonces, a falta de pago de un título de crédito el beneficiario puede ejercitar alguna de las tres acciones de las cuales dos -- son ejecutivas y tienen como fundamento o base legal el propio documento: la acción cambiaria directa, y la acción cambiaria en vias de regreso. La tercera acción no tiene como base de la acción el título mismo, sino la causa de este, y es por eso que se le denomina acción causal. Hay un sujeto que está obligado a pagar el título por que -- fué él quien lo creó, y puede haber una o mas personas que también -- lleven parte de la responsabilidad de su pago, por que se hayan valido de él para obtener un beneficio patrimonial. Es por ello, que se habla de obligado al pago (el sujeto cuya firma aparece en el título como aceptación de la obligación contraída) y de responsable al pago (sujetos que son a la vez endosantes y endosatarios del título, es -- decir que en un momento dado fueron beneficiarios pero que después al transmitirlos, serán responsables de que el título es válido y de pago seguro).

El Código de Comercio dispone en su Artículo 1391 que el procedimiento ejecutivo puede intentarse cuando la demanda se funde en documentos que traigan aparejada ejecución; y en su fracción IV, hace --

mención de las letras de cambio, libranzas, pagarés, y demás efectos de comercio en los términos que disponen los Artículos relativos de este código, observándose lo que ordena el Artículo 534 respecto a la firma del aceptante. De dicho precepto se desprende que no tan so lo los títulos de crédito pueden dar origen a un procedimiento ejecu tivo mercantil.

Cuando se pretende iniciar un procedimiento por la vía ejecu tiva mercantil, por no haberse pagado un título de crédito, la acción que se intentará es precisamente la cambiaria, ya sea directa o en vías de regreso. Si un título de crédito no se paga, el acreedor -- cambiario puede iniciar diligencias de ejecutivo mercantil con base en la acción cambiaria, y entonces se iniciará dicho procedimiento.

La naturaleza de los títulos de crédito es ejecutiva, ya que -- constituyen prueba preconstituida de la existencia de una deuda. Por lo tanto, la ejecución de dicha prueba confesional debe ser mediante un procedimiento igualmente ejecutivo; por eso, la instrumentación procesal debe ser ejecutiva mercantil.

Opina Davalos Mejía en su obra jurídica que: "si un sujeto acep ta deber a otro, y que el plazo para pagar está vencido, como la -- prueba se inicia y se agota en el título mismo, será suficiente con su presentación para que el Juez ordene, mientras se resuelve la -- procedencia de la oposición al pago, se garantice el adeudo diligencia que en Derecho Procesal se llama embargo".(20)

Al demandar en la vía ejecutiva mercantil y en ejercicio de la acción cambiaria directa y si el actor prueba su acción, el demandado estará obligado a el pago de la cantidad del cheque por concepto de suerte principal, el pago de la cantidad en concepto de indemnización a que se refiere el Artículo 193 de la Ley; el pago de intereses moratorios causados hasta la fecha, a razón del tipo legal y los intereses que se sigan causando hasta la total solución del adeudo.

B.- Consecuencias penales.- En el caso de que el librador, libere un cheque a cargo de una institución de crédito y no tenga cuenta en dicha institución, o bien, teniendo cuenta no tenga los fondos suficientes que respalden el pago del cheque estará cometiendo el delito de fraude específico, de acuerdo a lo dispuesto al Artículo 387 fracción XXI del Código Penal para el Distrito Federal.

Anteriormente dicho delito se encontraba tipificado en el Artículo 193 párrafo segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el cual establecía: "el librador sufrirá la pena del fraude, si el cheque no es pagado por no tener fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviera antes de que transcurriera el plazo de presentación, o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del Banco librado".

De este párrafo se desprendía que el libramiento de cheques no era el delito de fraude, sino que era precisamente el libramiento de cheques sin fondos; si se mencionaba el fraude era para decir que el librador sufrirá la pena del fraude, se decir, para fijar la punibilidad. Además, dicho tipo penal podía concebirse en tres aspectos: primero, librar un cheque sin tener fondos suficientes; se-

gundo, librar un cheque sin tener cuenta; y tercero, teniendo cuenta y fondos suficientes al momento del libramiento, disponer de ellos - antes de concluido el término de presentación.

Nosotros creemos que es necesario que esté tipificado como deli to la conducta del libramiento de cheques sin fondos o sin cuenta. - Sin embargo, Cervantes Ahumada no piensa como nosotros, por motivo - de no creer necesaria una sanción penal a este respecto. Así sostiene: "creo que la circulación del cheque no amerita ser protegida con sanción penal. No es exacto que la sociedad esté interesada en que - los cheques merezcan la confianza del público como sustitutivos del dinero, y no merecerán tal confianza a base de sanciones penales. -- Practicamente se seguirán recibiendo en el comercio en el comercio - los cheques de las personas a quienes el tomador tenga confianza por conocimiento personal, o aquellos en los que se incorpore responsabi lidad del Banco librado." (18)

Si bien es cierto que cuando el delito de libramiento de cheques sin fondos estaba incluido en el segundo párrafo del Artículo 193 de la Ley de la materia, era incorrecto puesto que nada tenía que ha-- cer ese tipo penal en la Ley comercial y que mas bien, debía estar en la Ley penal. Con base en la anterior regulación, el criterio de la Corte fué de que se consideraba como un delito formal con elemen- tos constitutivos propios y su conclusión era; de que la acción es - punible independientemente de la existencia del dolo y de la causa-- ción del daño. Pero afortunadamente con el decreto de 1984 fué dero- gado ese párrafo del Artículo 193 de la Ley, para ser incluido en la

fracción XXI del Artículo 387 del Código Penal, para ser considerado como fraude específico y de esta manera dar fin a los grandes problemas que se suscitaban en virtud de la aplicación de el segundo párrafo del Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de -- Crédito.

C.- Fraude civil y Fraude penal.- Seguramente al leer el sub titulo del tema que nos ocupa, se piense que estamos ante un gran error en virtud de que el fraude es penal por que su ubicación es -- dentro del derecho penal y no civil. La razón es obvia. Su naturaleza ha sido discutida ampliamente en todas las épocas y aún sin embar go no ha habido consenso respecto a ello; mientras que el delito de robo se manifiesta mediante una grosera violación de un derecho real o sea, un apoderamiento sin derecho, en el delito de fraude se engen dra en ocasión de una sutil relación jurídica derivada de su natura leza obligacional.

Manzini y Soler niegan la distinción, sostiene el primero: "la distinción entre fraude civil y penal no solo es superflua y arbitra ria sino también productora de confusiones perjudiciales, pues induce en el error de hacer creer que no obstante concurrir en un hecho todos los requisitos del delito de estafa, puede el hecho ser considerado, con base en una de las innumerables teorías formadas al res-- pecto, como un mero fraude civil. Y el segundo concluye que distin-- guir el fraude civil del fraude penal significa ocuparse de un falso problema"(19)

La diferenciación se hace imposible conforme al ordenamiento vi gente, habida cuenta de que los elementos estructurales del llamado fraude civil y del denomiando fraude penal son semejantes como se -- comprueba si se relacionan y comparan los Artículos 1815 del Código Civil del que se presume que describe el fraude contractual. En efec to dicho numeral establece:

19. Cit por Jimenez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano Vol. IV 6a ed. México Editorial Porrúa 1986 pág. 133

"Art. 1815.- Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Si se compara el Artículo citado con el primer párrafo del - Artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, e incluso si se nos exigiera una mayor precisión en nuestras afirmaciones, podríamos agregar que quizá son mas intensos los elementos del -- fraude penal, por que en el dolo civil se habla del empleo de sugestión o artificios para inducir a error a uno de los contratantes, mientras que en el fraude se habla de un engaño o de un aprovechamiento del error en que éste se halla.

CAPITULO TERCERO

**LA NECESIDAD DE ADICIONAR EL DELITO DE FRAUDE
ESPECIFICO LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN FONDOS
EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE GUERRERO.**

I.- EL DELITO

A.- Concepto.-

La palabra delito proviene del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley.

Los tratadistas en todo tiempo han tratado de elaborar una definición de validez universal y que al decir de ellos mismos, esto no ha sido posible pues argumentan que, lo que en un tiempo y un lugar determinado es considerado como delito, en otros no lo es; por ello señalan que no se puede dar una definición de validéz universal del delito. No obstante lo anterior, los autores se empeñan en estructurar un concepto de delito, y así encontramos infinidad de definiciones que han sido desarrolladas desde distintos puntos de vista.

En la Escuela clásica, sus exponentes hicieron diversas definiciones de delito, destacándose la de Francisco Carrara quien lo define como: la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo -- del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Para Carrara, delito es la infracción a la Ley, en virtud de que con un acto se convierte en delito únicamente cuando choca dicho acto contra ella; y para distinguirlo con la Ley moral, afirma que es la Ley del Estado la que se infringe; y que debe ser -- promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, lo que la hace al mismo tiempo obligatoria.

Rafael Garófalo el Jurista del positivismo define el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del in

dívduo a la colectividad.

Desde el punto de vista jurídico se han estructurado definiciones de delito de tipo formal y de carácter sustancial. Mencionemos algunas de ellas.

Para muchos autores la verdadera noción formal del delito la su ministra la Ley positiva, mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, por ello afirman que el deli to se caracteriza por su sanción penal; "sin una Ley que sancione -- una determinada conducta, no es posible hablar del delito"(22). Para Edmindo Mezguer el delito es una acción punible; pero no siempre pue de hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del deli to.

Pero las nociones formales del delito no penetran en la verdate ra naturaleza del mismo. Es también el mismo Mezguer quien propone -- una definición jurídico sustancial al expresar que: "el delito es -- la acción típicamente antijurídica y culpable"(23).

Para Cuello Calón delito es la acción humana antijurídica, típi ca, culpable y punible. Por su parte, Jimenez de Asúa textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal "(24). Como puede verse, en la de finición del Maestro Jimenez de Asúa, se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad

22. Castellanos Tena Fernando, Lineamientos elementales de Dere cho penal. 26a ed. México, EDITORIAL PORRÚA, 1989. pag. 128.

23. Ibidem. pág. 129.

24. Ibidem. pág. 130.

la culpabilidad, la punibilidad y la condiciones objetivas de punibilidad. El Código Penal para el Distrito Federal define al delito en los siguientes términos:

"Art. 7: Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes penales.

El delito es:

I. Instantaneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

El citado precepto legal es incompleto por que solo menciona = dos elementos constitutivos: la conducta y la punibilidad. Como sabemos, el delito está constituido por siete elementos según la teoría heptatómica. Por su parte, el Código Penal para el Estado de Guerrero establece:

"Art. 11.- Delito es la conducta típica, antijurídica e imputable."

En este precepto, a diferencia del anterior se le reconocen -- cuatro elementos constitutivos. Para comprender la naturaleza de -- los elementos, es necesario que hagamos referencia a las teorías -- que intentan explicarlos

Son dos los sistemas principales para realizar el estudio jurídico esencial del delito: el unitario o totalizador, y el atomizador o analítico. De acuerdo a la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble, lo consideran un bloque monolítico, el cual no es en modo alguno fraccionable. Por otra parte, los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos y es así como las teorías atomizadoras se mue-

ven desde la bitómica, hasta la heptatómica de acuerdo al número de elementos que le atribuyen al delito.

En la definición del Artículo 11 del Código anteriormente citado se reconocen cuatro elementos constitutivos del delito, a saber: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, y la imputabilidad. Pero para Nosotros la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, y no elemento, por esta razón consideramos incorrecta la denominación, puesto que no se habla de la culpabilidad como elemento del delito. hecha la excepción de lo que preceptúa en su Artículo 2 cuando dice que:

" A nadie podrá sancionarse por una acción u omisión, si estas no han sido realizadas culpablemente"

Pavón Vasconcelos opina que: "la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna " (23). Contrariamente, Celestino PortePetit afirma: " la punibilidad es una consecuencia mas o menos ordinaria del delito, pero no es un elemento esencial del mismo" (24).

Nuestra opinión al respecto es la siguiente: delito es la -- conducta típica, antijurídica y culpable. Mas adelante, cuando hagamos referencia a los elementos del delito explicaremos el porque le atribuimos dichos elementos.

23. Cit. por Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág 131

24. Idem.

En la definición del Artículo 11 del Código Penal estatal parece ser que se adoptó el concepto u definición dada por Max Ernesto Mayer, al decir que el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable, cuya substitución del concepto culpabilidad por -- imputabilidad se explica , al darle a este elemento una mayor amplitud y comprender en él al primero.

Pavón Vasconcelos reconoce cinco elementos en el delito al sostener: "El delito es la conducta o el hecho, típico, antijurídico, -- culpable y punible". (25) Pero tal y como señala en otra parte de su obra y basando su dicho en el decir de Cisneros y Garrido, afirma: "aunque en algunos Códigos se ha pretendido dar una definición de delito, como en el Distrito Federal en el cual se le hace consistir en el acto u omisión que sancionan las Leyes penales (Art. 7) tal concepto es puramente formal al caracterizarse por la amenaza de sanción a ciertos actos u omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delitos. Los propios autores del Código de 1931 han admitido lo inesesario de la inclusión del precepto definitario, por no re portar utilidad alguna y por el inconveniente de ser como toda definición, una síntesis incompleta".(26)

25. Manual de Derecho Penal. Parte General. P 5logo de Mariano Jiménez Huerta. 6a ed. México Editorial Porrúa 1984, pág.161

26. Idem.

C.- Elementos del delito.-

Para el estudio de los elementos del delito se hace necesario establecer en primer término la jerarquía o el orden entre los mismos. Los tratadistas han discutido también sobre este respecto acerca de que si existe prioridad lógica entre estos o bien, si existe una prelación lógica de los elementos del delito. Los que opinan que existe prioridad lógica creen que debe determinarse la jerarquía entre los elementos del delito. Contrariamente a ellos, los que sostienen que hay una prelación lógica, niegan que haya -- prioridad, es decir, superioridad entre cada uno de los elementos del delito, sino que la ordenación que se hace de ellos es solamente con efectos didácticos, pues todos los elementos al cometer el delito se presentan al mismo tiempo. Por tanto, no se puede hablar de prioridad temporal pues no aparece uno y después otro, sino todos al mismo tiempo; pero para estudiarlos, se ordenan en la forma que ya hemos indicado, esto es: conducta, tipicidad, antijuricidad imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, y punibilidad; por que se considera mas lógico estudiarlos en ese orden.

CONDUCTA. No todos los autores coinciden en denominar este -- primer elemento como conducta. Jimenez de Asúa emplea la palabra -- acto, y lo hace por que dicho término comprende el aspecto positivo "acción" y el negativo "omisión". Otros prefieren usar la denominación acción. Porte Petit y Castellanos Tena prefieren utilizar el -- término conducta, por que dentro de el se pueden incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo; el actuar y el abstenerse de actuar. En el mismo sentido, Porte Petit aún cuando se muestra partidario del término conducta, también utiliza la denomi-

nación hecho para designar el elemento objetivo del delito. Según su terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta si el tipo penal describe simplemente una acción u omisión, y en otras ocasiones es el hecho cuando la Ley requiere además de la acción u omisión, la producción de un resultado material unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, de be hablarse de conducta; de hecho cuando el delito es de resultado material según la descripción legal del tipo.

Porte Petit sostiene que: "pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material del delito según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que al delito lo integran -- una conducta o un hecho humanos. Y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del mismo."(27)

Así pues Porte Petit distingue la conducta del hecho; diciendo que el hecho se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. Nosotros pensamos que puede utilizarse uno u otro término con la única salvedad de que por hecho también se entiende lo ocurrido o acaecido y el actuar humano también es un hecho (con o sin resultado material). Además en nuestro curso respectivo, hemos estudiado que se habla del hecho jurídico para designar los acontecimientos a los cuales el Derecho atribuye ciertas consecuencias.

27. Porte Petit Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 13a. ed. México Editorial Porrúa 1990, pág. 229

En síntesis, la acción se integra con una actividad (ejecución) voluntaria, la omisión y la comisión por omisión se conforma con una inactividad, con la distinción de que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, mientras que en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse. El acto y la omisión debe corresponder al hombre, por que él es el único posible sujeto activo del delito de las infracciones penales. Es el único ser capaz de voluntariedad.

Nosotros, siguiendo el criterio de Castellanos Tena, sostenemos que conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un proposito. O bien, como el hacer o no hacer voluntario encaminado a un proposito o finalidad.

El estudio de la conducta como elemento esencial del delito ha sido objeto de profundos estudios jurídicos por muchos autores y ello ha dado origen a la creación de dos corrientes:

1.- la causalista o tradicional

2.- La finalista

Estas corrientes le dan una concepción diversa a la conducta - pues mientras a la primera le interesa tan solo el comportamiento humano positivo o negativo, la segunda va mas allá, por que comprende el fin para el que se lleva a cabo. Para la corriente causalista es este el primer momento del estudio de la conducta, se va a avocar al movimiento o abstención corporales, de si el sujeto quiso llevarlos a cabo; y en un segundo momento que es la culpabilidad -- volverá a retomar el estudio de la conducta para ver la intención final.

Por otra parte, la corriente finalista dice: no debemos desmembrar la conducta pues ello nos llevaría a errores, por lo tanto debe estudiarse íntegramente; de ahí que la corriente finalista se interese de que si se quiso hacer el movimiento o la abstención y además la finalidad de estos. Estas corrientes coinciden en la denominación.

Decíamos en páginas anteriores, que los autores definen la conducta como el hacer o no hacer voluntarios encaminados a un fin, - también, como la acción u omisión voluntarios dirigidas a un proposito. De estas definiciones es posible desprender los elementos de la conducta, estos son:

Para la corriente causalista:

- un hacer o no hacer

- una voluntariedad referida al hacer o no hacer
- un resultado
- un nexo causal

Para la corriente finalista los elementos de la conducta son - estos mismos cuatro elementos, mas uno que es la voluntariedad referida al resultado.

El hacer o no hacer no es otra cosa mas que los movimientos -- corporales que realiza o debe realizar el agente activo del delito para con ellos configurar la conducta.

La voluntariedad referida al hacer o no hacer consiste no solo en la intencionalidad, sino además comprende el conocimiento que el agente activo debe tener al momento de realizar ese movimiento corporal o esa abstención.

El resultado es la consecuencia jurídica penal que se produce por virtud de ese hacer o no hacer y que puede ser de naturaleza jurídica o material. Cuando el resultado que se presenta es jurídico o formal, se dice que estamos en presencia de un delito de mera conducta pues no se requiere alteración del mundo exterior. En cambio, se dice que el resultado es material cuando se produce un cambio en el mundo exterior.

Respecto al nexa causal han surgido diversas teorías que se agrupan en dos grandes rubros: corriente totalizadora o universalizadora y las corrientes individualistas. Dentro de la universalizadora tenemos la teoría de la equivalencia o concausas que explica que todas las causas tienen el mismo valor para la producción del resultado; que no debe establecerse distinción o diferencia entre ellas.-- Pensamos que esto es válido desde un punto de vista lógico, sin em-

bargo, debe restringirse su aplicación por que puede llevar a errores garrafales. Los seguidores de la corriente universalizadora opinan que debe aplicarse dicha teoría, pero con sus respectivos atenuamientos, o sea, que debe aplicarse solamente en cuanto a aquellas causas participes de la idea criminosa del resultado a conseguir. Dentro de las teorías particularizadoras o individualizadas destacan la de la condición adecuada o eficaz y la teoría de la condición mas proxima o inmediata. La primera nos dice que se considera como causa del resultado solamente aquellas que sean capaces por sí solas de producir un resultado. Esta teoría es criticable en cuanto a que deja fuera de contemplación a los partícipes y solo es aplicable al autor material y excepcionalmente al autor intelectual.

La otra corriente individualista es la de la causa inmediata o de la mas proxima, que como su propio nombre lo indica, solo debe buscarse como causa del resultado la última o la mas proxima al resultado. Esta teoría señala a la causa última como la única productora del resultado. Como puede verse, es notoriamente inefectiva y de poca aplicación practica por que con este criterio resultaría imposible, al igual que en la teoría anterior, la de sancionar a los partícipes del delito.

AUSENCIA DE LA CONDUCTA. Señalamos anteriormente que para que pueda existir la conducta, se requiere de la concurrencia de los - elementos de la conducta que ya hemos señalado. En consecuencia, cuando falta alguno de estos elementos estaremos ante la ausencia de la conducta.

De esta manera, las causas de ausencia de la conducta son:

- 1.- Cuando falta el hacer o no hacer habiendo un resultado.
- 2.- Cuando habiendo un hacer o un no hacer no hay resultado.
- 3.- Cuando habiendo un hacer o un no hacer y un resultado, no hay nexo causal entre ellos.
- 4.- Cuando falta la voluntariedad referida al hacer o no hacer.
- 5.- Cuando falta la voluntariedad referida al resultado.

En el Código Penal del Distrito Federal, encontramos en la -- fracción I del Artículo 15 el aspecto negativo de este elemento del delito, esto es, la ausencia de la conducta:

"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

- I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias;"

TIPICIDAD. En términos generales, entendemos por tipicidad, el encuadramiento de la conducta al tipo penal. O sea, en la tipicidad debe haber una adecuación de la conducta al tipo penal que describe al delito. En este sentido, a consideración nuestra el tipo penal es la descripción legal que hace el legislador de una conducta y de las circunstancias que le rodean y que en un tiempo y un lugar determinado se va a considerar como delito.

En cambio, la norma penal se define como la disposición dictada por el Estado prohibiendo u ordenando la realización de una conducta y a la que le asocia una sanción; a su vez se integra con un precepto primario llamado propiamente norma o tipo penal y que es la parte que contiene el deber jurídico de la misma, esto es, el mandato o la prohibición. La norma penal se integra también con un precepto secundario llamado sanción, y ésta es la amenaza que existe por parte del Ley a quien viole un deber contenido en la norma primaria.

De esta manera, también reconocemos la existencia de la clasificación de las normas en preceptivas y prohibitivas. Las primeras cuyo deber jurídico contenido en ella consiste en un deber de obrar esto significa que la obligación que tiene el sujeto es de realizar los movimientos corporales necesarios para cumplir con la norma. -- por su parte, la norma prohibitiva es la que prohíbe realizar determinada conducta.

Si bien es cierto, que la tipicidad es el encuadramiento de la conducta al tipo penal; dicho tipo penal se encuentra integrado con una serie de elementos que son los generales y los especiales, por eso en primer término cuando estamos en presencia de una conduc

ta debemos analizar primero que conducta describe; en segundo lugar para deducir todos y cada uno de los elementos que exige el tipo. Una vez hecho esto debemos comparar si la conducta satisface todos y cada uno de los elementos que exige el tipo, por eso se dice que el tipo penal es el delito desde el punto de vista hipotético y normativo. En cambio, la tipicidad es el delito desde el punto de vista fáctico o de hecho.

En tales circunstancias debemos concluir que la tipicidad es la concretización de todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo. En este orden de ideas, podemos afirmar que estaremos ante un caso de atipicidad cuando falta de concretizar alguno de los elementos exigidos por el tipo. En consecuencia, serán casos de atipicidad los siguientes:

- a) la falta de calidad o cantidad del sujeto activo.
- b) la falta de calidad o cantidad del sujeto pasivo
- c) cuando falta el bien jurídico protegido.
- d) cuando falta el objeto material.
- e) Cuando falta la conducta descrita en el tipo.
- f) cuando no se produce el resultado exigido por el tipo
- g) cuando no se dan los medios de comisión.
- h) cuando no se satisface la referencia ya sean la espacial o temporal o de ocasión.

i) cuando falta el elemento subjetivo o el elemento normativo

Cuando estamos en presencia de la atipicidad debemos distinguir si es absoluta o relativa. Es absoluta, cuando falta un elemento exigido por el tipo y no se adecúa al tipo particular pero tampoco a ningún otro. Por otro lado, la atipicidad relativa se --

presenta cuando faltando un elemento del tipo no se da la tipicidad del particular tipo, sino que se da una variación de tipo, es decir la conducta encuadra a otro tipo penal.

Antijuridicidad. En relación a este elemento, nos encontramos ante la imposibilidad de definirlo por ser un término negativo: un anti. Por lo tanto no es susceptible de definir sino que lo que debe definirse es su aspecto positivo.

Autores de gran prestigio como Porte Petit y Castellanos Tena nos dicen que la antijuridicidad es lo contrario a derecho, y de -- ahí que definan a la conducta antijurídica como toda conducta típica que no se halla amparada por alguna causa de justificación, pero para poder definir la antijuridicidad se hace necesario tomar en cuenta que de acuerdo con el Derecho Penal y la Teoría del delito -- es considerada como un elemento positivo. Por otra parte, debemos -- tomar en cuenta que las normas penales se encuentran estructuradas en forma diversa a las demás normas de Derecho como son: las civiles, mercantiles, constitucionales, etc. en que su redacción es directa, esto es, que el deber jurídico de actuar o de abstenerse se encuentra claramente expresado. En cambio, en las normas penales -- se redacta lo que es contrario a Derecho.

Por la razón apuntada en el párrafo anterior, debemos deducir que el deber jurídico implícito en la norma y derivado de ello es que se afirma que la conducta se ajusta a la norma, pero es contraria a Derecho, no siendo aplicable por lo tanto, el principio de -- Derecho civil de que lo antijurídico es lo contrario a la norma, -- puesto que en Derecho penal, el sujeto activo hace lo que indica la norma.

Diversos autores como Mayer y Mezguer reconocen que la antijuricidad se compone de dos antijuricidades: una formal, que se presenta cuando la conducta es típica, esto es, que al darse la tipicidad en ese momento surge la antijuricidad formal; y cuando la conducta viola el deber jurídico implícito en la norma y lesiona el bien jurídico estamos en presencia de la antijuricidad material. Con la concurrencia de estas dos antijuricidades se integra la antijuricidad como elemento esencial del delito. A esta última, nosotros la definimos como la violación del deber jurídico implícito en la norma con la consecuente lesión del bien jurídico protegido por la misma.

Opina Antolisei Francesco: "no existe una antijuricidad objetiva. La antijuricidad, refiriéndose al delito en su conjunto, no puede ser ni objetiva ni subjetiva: es simplemente la relación de contradicción entre el hecho, unitariamente considerado y los dictámenes del orden jurídico".(28)

No coincide tampoco con nuestro pensamiento el autor citado en virtud de que él considera que: "la antijuricidad es solo una y precisamente la que emana de la oposición entre el hecho y las normas del ordenamiento jurídico positivo. Naturalmente, el Juez que se encuentra ante una disposición que considera en contraste con los principios constitucionales y que no esté en condiciones de recirla a ellos dentro de los límites consentidos a la interpretación, tendrá que suscitar la cuestión de legitimidad y no negar la antijuricidad de la norma sobre la base del derecho libre o de la afirmada exigencia de una inmediata adecuación a los valores sociales"(29)

28. Manual de Derecho Penal, Parte General. 8a ed. Corregida y actualizada por Luigi Conti, Bogotá Colombia Edit. Temis 1988 pág. 140

29. *Ibidem.* pág. 141

Vela treviño aporta un concepto similar a la idea que hemos sostenido respecto de la antijuridicidad. En este sentido afirma: "la antijuridicidad es el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone a la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado".(30)

CAUSAS DE JUSTIFICACION. Desde páginas anteriores hemos venido estudiando los factores positivos y negativos del delito, por lo que se hace necesario que examinemos brevemente la ausencia de antijuridicidad. Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación; luego entonces, estas causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

Son causas de justificación: la legítima defensa el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el impedimento legítimo, obediencia jerárquica, y el ejercicio de un derecho. Es pertinente aclarar en esta parte que en el Artículo 15 del Código penal al que nos hemos venido refiriendo se abarcan todos los casos del aspecto negativo del delito y en las fracciones III, IV, V, VII, y VIII se habla del aspecto negativo de la antijuridicidad.

Por su parte el Código Penal para el Estado de Guerrero establece en su Artículo 22 que: "Son causas excluyentes de responsabilidad cuando:

30. Antijuridicidad y Justificación. 2a ed. México, Editorial Trillas, 1986 pág. 130

I. La actividad o inactividad del agente sean involuntarias;

II. Falte alguno de los elementos de la descripción legal;

III. Se repela una agresión actual e inminente, sin derecho, en protección en bienes jurídicos, propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como legítima defensa, salvo prueba en contrario, el hecho de causar un daño a quien, a través de la violencia, el escalamiento, o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier otra persona, que tenga la obligación de defender, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelan la posibilidad de agresión;

IV. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro grave, actual o inminente, no ocasionado dolosa o culposamente por el agente, que no tuviera el deber jurídico de afrontar, lesionando otro bien de igual o menor valor que el salvaguardado;

V. Se actúe en virtud de obediencia jerárquica legítima;

VI. Se obre en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio legítimo de un derecho;

VII. Se actúe con consentimiento del titular del derecho, en los casos en que éste sea disponible de acuerdo con la Ley;

VIII. Se contravenga lo dispuesto en una Ley penal por impedimento legítimo o insuperable;

IX. Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca trastorno mental transitorio o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito de aquel o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio agente haya provocado dolosa o culposamente esa incapacidad.

Tratándose de desarrollo intelectual retardado, se estará a lo dispuesto por el artículo 29 de este Código. En el caso de trastorno mental transitorio se observarán las mismas prevenciones sólo si el sujeto requiere tratamiento; en caso contrario se le pondrá en absoluta libertad;

X. Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos objetivos esenciales --

que integran la descripción legal, o por el mismo error estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud, o cuando el hecho se realice por error invencible sobre la existencia de Ley Penal o del alcance de ésta;

XI. Atentas a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta anti-jurídica, no sea posible exigir al agente -- una conducta diversa a la que realizó, en -- virtud de no haberse podido autodeterminar -- conforme a derecho;

XII. Se produzca un resultado típico por caso fortuito.

Las causas excluyentes de responsabilidad se averiguarán y se harán valer de oficio.

Este Código Penal estatal es el que rige actualmente en el Estado de Guerrero, y que fué publicado en el Periódico -- Oficial del Estado el 14 de noviembre de 1986. Tal y como consta en su expedición de motivos su elaboración fué encomendada al -- Doctor Celestino Porte Petit Candaudap quien como todos sabemos, es un eminente penalista mexicano.

Realmente la distinción que podemos señalar en cuanto a las causas excluyentes de responsabilidad entre este Estado y la legislación del Distrito Federal, no es de fondo por que en general tienen el mismo sentido. Podríamos decir que hay diferencia en la redacción, y en que el Código Penal en su fracción XI, se refiere a la no exigibilidad de otra conducta, en la fracción II se dice: "cuando falta alguno de los elementos de la descripción legal en la XII, se habla del caso fortuito, aspectos estos no incluidos en el Código Penal para el Distrito Federal. Por su parte establece éste último en su Artículo 15:

"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias;

II. Padecer el inculpado, al cometer la infracción, transtorno mental o desarrollo intelectual retardado - que le impide comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto - en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente:

III. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agregado o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo pruebas en contrario, respecto de aquel que cause un daño a quién a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio -- trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancia tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

IV. Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance;

V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho;

VI. Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente;

VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituye un delito, - si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía;

VIII. Contravenir lo dispuesto en una Ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo;

IX. (Derogada)

X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas

XI. Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible."

Sin embargo, cabe hacer mención que en el Artículo citado quedan comprendidos todos los casos de los aspectos negativos del delito, esto es: las causas de ausencia de la conducta, causas de justificación, causas de ininputabilidad, causas de inculpabilidad, de ahí que resulte inadecuado llamar a la legítima defensa, estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, o cumplimiento de un deber, impedimento legítimo y la obediencia jerárquica como causas excluyentes de responsabilidad y que para evitar confusiones, lo correcto es llamarlas causas de justificación o de licitud, términos que significan desde luego y dan a entender con toda precisión lo que es contrario a lo antijurídico.

Relacionando las causas de justificación con lo dispuesto en el Artículo 15 del Código Penal, quedaría como sigue:

Legítima defensa, fracción III

Estado de necesidad, fracción IV

Ejercicio de un derecho

Cumplimiento de un deber, fracción V

Impedimento legítimo, fracción VIII

Obediencia jerárquica, fracción VII.

IMPUTABILIDAD. La imputabilidad ha sido objeto de numerosos estudios por Tratadistas, los cuales no se ponen de acuerdo en cuanto a su naturaleza jurídica y así encontramos diversidad de opiniones al respecto; por ejemplo, hay quienes dicen que la imputabilidad es un presupuesto del delito, otros consideran que es un presupuesto de la conducta, hay quienes señalan que es un elemento de la conducta, otros mas dicen que es un elemento autonomo esencial del delito. También hay quien afirma que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, y hay quienes sostienen que es un elemento de la culpabilidad.

Como puede verse se ubica de diversa manera, por lo que es difícil de determinar su naturaleza jurídica. Pero si hay coincidencia en cuanto a su contenido que es uno de los aspectos que mas nos interesan; y también la definición es de manera similar.

Castellanos Tena sostiene: " Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá mas adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de querer y entender, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito según pretenden algunos especialistas" (31). En el mismo sentido, define a la imputabilidad como "la capa-

idad de querer y entender en el campo del Derecho Penal" (32)

Esto significa que será imputable, como sostiene Carrancá y Trujillo, todo aquel que posea al momento de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente; o sea, la imputabilidad está determinada por un número físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental. Por que por regla general es que siempre el desarrollo mental se relaciona con la edad.

De acuerdo a lo dicho, tenemos que los elementos de la imputabilidad son: a) Capacidad legal. b) Capacidad física o psíquica.

La capacidad legal la determina la Ley, así en el campo del derecho penal se adquiere cuando el sujeto cumple los 18 años, pues el legislador ha considerado que a esa edad el sujeto adquiere plena madurez y ya tiene capacidad de saber lo que es conforme o contrario a Derecho. La capacidad física o psíquica se adquiere normalmente con el nacimiento y consiste en el correcto desarrollo de las facultades mentales. En estas condiciones el sujeto es imputable en el Derecho penal cuando al realizar su conducta es mayor de 18 años y se encuentra bien de sus facultades mentales. En consecuencia, podemos deducir que cuando falta alguna de estas capacidades el sujeto será inimputable.

Los casos de inimputabilidad se hallan contemplados en la fracción II del Artículo 15 del Código penal para el Distrito Federal.

32. Ibidem, pág. 218

Para Mezguer la imputabilidad que constituye una parte de la - Teoría de la culpabilidad consiste en: "una determinada disposición o estado de la personalidad del agente y declara imputable a quien posea al tiempo al tiempo de la acción, las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad". (33)

Igual que nosotros, Jimenez de Asúa le reconoce presupuesto psicológico a la culpabilidad al decir: "es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente". (34)

Respecto a la ininputabilidad la explicación es la siguiente: si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, en consecuencia, la ininputabilidad es la ausencia de esa capacidad. La Ley penal mexicana adopta en su Código penal - un sistema biopsicológico-psiquiátrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de ininputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológicas (minoría de edad) como psiquiátricos (estados de inconciencia y enfermedades mentales).

En resumen, la legislación penal mexicana vigente en el Distrito Federal aplicable en materia federal, nos revela que son causas de ininputabilidad las contenidas en la fracción II del Artículo 15 y fracción IX del Artículo 22 del Código penal para el Estado de Guerrero, a los que ya hemos hecho referencia en páginas anteriores.

33. Cit. por Pavón Vasconcelos Francisco, Imputabilidad e ininputabilidad. 2a ed. México Editorial Porrúa 1989 pág 66

34. Ibidem. pág. 68

Culpabilidad. Este elemento del delito ha sido definido por Jimenez de Asúa de la siguiente manera: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".(35) Afirmaba este maestro que al llegar a la culpabilidad es donde el interprete ha de extremar la finura de sus armas para que - quede lo mas ceñido posible, en el proceso de subyunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró.

Porte Petit y Castellanos Tena definen la culpabilidad como: "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".(36) y además aclara: "posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado".(37)

También sobre este particular se han elaborado teorías entre - las que destacan: la teoría psicológica y teoría normativa.? Para la corriente psicológica el contenido de la culpabilidad es -- subjetivo, esto es, lo encontramos en lo interno en la mente del su jeto, y por eso definen a la culpabilidad como el nexo psicológico y emocional que une al sujeto con el resultado de su acto. Para dicha corriente la culpabilidad contiene dos elementos: uno volitivo y el otro emocional. El primero indica la suma de dos querereres; la conducta y el resultado; y el segundo, el intelectual implica el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

Por otro lado, para la teoría normativa la culpabilidad tiene un caracter valorativo pues consiste en el juicio de desvalor que -

-
35. Cit. por Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho penal. 6a. ed. México Edit. Porrúa 1980 pág. 353
36. Castellanos Tena Fernando, Ob. Cit. pág. 234
37. Ibidem pág. 234

se hace de la conducta, es decir, para la corriente normativa la culpabilidad no es solamente una liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver en la sola psiquis del autor, pues la culpabilidad considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.

En resumen, si para el psicologismo la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado, en el normativismo es el juicio de reproche a una motivación del sujeto; hay oposición subjetiva, es decir, que el autor se encuentra también en pugna con el orden jurídico.

La culpabilidad reviste dos formas: el dolo o la culpa. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones exigidas por el Estado para la vida social. La Ley penal lo regula de la siguiente manera cuando divide a los delitos en intencionales, no intencionales o de imprudencia, y preterintencionales:

- "Art. 8.- Los delitos pueden ser:
 I. Intencionales;
 II. No intencionales o de imprudencia;
 III. Preterintencionales"

"Art. 9.- Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, ---quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, -- que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, - si aquél se produce por imprudencia."

Sin temor a equivocarnos creemos que el Código penal para el Estado de Guerrero utiliza mejor técnica legislativa al dividir y definir a los delitos. Ello lo expresa de la manera siguiente:

"Art. 15.- El delito puede ser cometido dolosa, culposa o preterintencionalmente.

Obra dolosamente el que conociendo las circunstancias objetivas del hecho típico, quiere o acepta el resultado previsto por la descripción legal.

Obra culposamente el que realiza el hecho típico que no previó siendo previsible o previó confiado en poder evitarlo, infringiendo un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mas grave al querido, habiendo dolo directo respecto del daño deseado y culpa con relación al daño causado."

INCUPLABILIDAD. Si bien es cierto que consideramos a la culpabilidad como elemento esencial del delito y que dentro de aquella (la culpabilidad) reconocemos la existencia de dos elementos: el volitivo y el intelectual, siendo el primero, la suma de querer, es decir, querer la conducta y querer el resultado; y el intelectual saber que significa la conducta una infracción a la Ley penal. Luego entonces, cierto es que de faltar un elemento, ya sea el volitivo o el intelectual o ambos, estaremos en el caso de la inculpabilidad. En este sentido, si no se integra la culpabilidad, a nuestro juicio no hay delito, en virtud del concepto que hemos propuesto de delito, como la conducta típica antijurídica y culpable.

Generalmente coinciden los autores en señalar como causas de inculpabilidad: el error y la no exigibilidad de otra conducta. Aun que debemos tomar en cuenta lo que opina Castellanos Tena cuando di

ce: "por nuestra parte creemos que aún no se ha logrado determinar - con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cual de los dos elementos de la culpabilidad queda anulado en presencia de ella pues el Código Mexicano se afilia a la teoría psicologista".(38) Opinión desde luego respetada por Porte Petit en el prólogo de su misma obra.

La ignorancia y el error son actitudes del sujeto. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho y el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación. --- "mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce pero se conoce mal. La ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento por que nada se conoce, ni errónea ni certeramente".(39)

El error entendido como género comprende a dos especies: el error de hecho y el error de derecho.

Cuando un sujeto ignora la Ley o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad pues como dijeron muchos pensadores: la ignorancia de las Leyes no beneficia a nadie. Principio universal recogido también por nuestra legislación civil cuando en una parte de su Artículo 21 señala:

"La ignorancia de las Leyes no excusa su cumplimiento; ..."

En otro sentido únicamente beneficia pero en cuanto a la aplicación de la sanción y como atenuante de la pena.

38. Ibidem pág. 258

39. Ibidem. pág. 259

El error de Hecho se subdivide en : error esencial y error accidental (inescencial). El error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito de caracter esencial. En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo - actuar jurídicamente, o sea, que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye el aspecto negativo del elemento entelectual del dolo.

El error esencial vencible (aquel en el que el sujeto pudo y debió preveer el error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable.

El error accidental o inescencial no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, incluyendo en esta los llamados casos de aberración (aberratio ictus y aberratio in persona). En el primero hay error en el golpe y - en el segundo hay error en la persona. Nosotros pensamos que ya sea una u otra la culpabilidad en el sujeto es plenamente notoria y el hecho de que sea un error inescencial en nada varía la subjetividad del hecho imputable. Esto significa que este error es irrelevante - para la Ley pues el autor responderá por delito doloso (ejemplo un caso de homicidio).

Respecto de la no exigibilidad de otra conducta, ciertamente no tiene fundamento legal en cuanto al Distrito Federal, pero como hemos visto, el Código Penal estatal de Guerrero si la reconoce en sus causas excluyentes de responsabilidad. Independientemente de ello, la inexibilidad ha entrado al campo del Derecho penal en México y - su primer antecedente data del mes de mayo de 1959 cuando se discu-

tió en la Suprema Corte de Justicia de la Nación el Amparo 2934/58 pero esto unicamente viene a ser un medio mas de que dispone el Juez para cumplir su alta misión de impartir Justicia.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. Desde luego que los que sostienen que las condiciones objetivas de punibilidad es elemento del delito son los seguidores de la corriente heptatómica. Los otros, - los que niegan tal caracter, entre otros, Castellanos Tena y Portepetit. Ahora bien, quienes sostienen la existencia de tales condiciones dicen que en ocasiones el legislador exige dentro de la descripción legal que se satisfagan los requisitos de orden objetivo para que sea posible la aplicación de la sanción. Pero ante esta situación nos encontramos que no en todos los delitos lo encontramos, y debido a que el legislador los exige para algunos tipos, bajo esta idea pensamos que mas que elementos del delito son elementos del tipo.

Puede decirse que las condiciones objetivas de punibilidad son los requisitos de procedibilidad, esto es, que hasta entonces no se satisfagan, no podrá ejercitarse la acción penal contra el delincuente. Su aspecto negativo, o sea, la ausencia de condiciones se presenta cuando el tipo no las exige.

PUNIBILIDAD. Pavón Vasconcelos al definir al delito como: "la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible" (40), le reconoce a la punibilidad el rango de elemento constitutivo del delito. En el mismo sentido, entiende por punibilidad: "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social". (41)

Para nosotros, la punibilidad no es elemento del delito, aun que si le reconocemos una gran importancia a esta consecuencia del delito. Sebastian Soler al definir al delito como: "la acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal -- conforme a las condiciones objetivas de ésta". (42) Expresa además que definir al delito como acto punible y decir que es un acto antijurídico, culpable y punible; sería caer en el error de incluir en él, los elementos de la definición lo que es el objeto definido. Concluye diciendo que la punibilidad es una consecuencia del delito.

Villalobos sostiene el mismo criterio reduciéndolo a una frase: " un acto es punible por que es delito, pero no es delito por que es punible"(43)

Pretendemos ser claros en este aspectos, De ninguna manera le restamos importancia a la sanción penal, es decir, a la punibilidad. El hecho de que exista dicha punibilidad, evita en gran medida el

40. Manual, Ob. Cit. pág. 420

41. Idem.

42. Ibidem. pág. 422

43. Idem.

quebrantamiento del orden jurídico y la consecuente lesión de los bienes jurídicos que las normas penales protegen. De hecho ésta es la línea conductora de nuestra investigación que busca demostrar que es necesaria la existencia del delito que es objeto de estudio de la presente; por que de existir como tal y al establecerse una sanción, las personas emisoras de cheques preferirán no incurrir en una sanción que esté expresamente determinado en la norma penal del Código estatal, y esté allí descrita en ese ordenamiento el delito hipotético en abstracto.

Para nosotros es justificable la existencia de la punibilidad y tan es así que la consideramos como el objeto o consecuencia derivada de la aplicación de la norma abstracta al caso concreto.

Evidentemente que el estudio de la punibilidad, su naturaleza y su relación con la pena, da lugar a una investigación mucho mas amplia y que sin lugar a dudas resultarán valiosos puntos de vista.

Por todo lo dicho, le asiste la razón a Pavón Vasconcelos --- cuando afirma: "la norma que pretende imponer una obligación a través de un mandato o una prohibición, sin ligar a ellos la amenaza de una pena (sanción penal), pierde su eficacia y se convierte en una norma puramente declarativa". (44)

44. Manual de Derecho Penal, Ob. Cit. pág. 425

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD. (excusas absolutorias)

Jimenez de Asúa las define como: " las causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen que un acto típico, antijurídico , imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública".(45) Castellanos Tena al considerarlo también como una consecuencia del delito, precisa que se habla de ausencia de punibilidad cuando realizado el delito, la Ley no establece la imposición de la pena. Así entendida la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias. Estas son:

En el Código Penal para el Distrito Federal son excusas absolutorias: Artículo 55, 151, 247 fracción IV, 280 fracción II, 333, 375, 400 b).

Finalmente sobre este aspecto el Maestro Castellanos Tena dice que son causas de ausencia de punibilidad: "son aquellas causas que dejando subsistente el caracter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de una pena".(46)

45. Cit. por Pavón Vasconcelos Francisco Ob. Cit. pág 427

46. Ob. Cit. pág. 278

II.- EL FRAUDE GENERICO

A.- Concepto.-

El delito de fraude es un delito patrimonial, por que el sujeto pasivo de la conducta delictuosa sufre un menoscabo en su patrimonio. No siempre ha sido utilizada la expresión "delitos contra el patrimonio"; en los Codigos penales anteriores ha sido denominado como "delitos contra la propiedad". Desde luego que siempre ha sido mejor la utilización del primer término, ya que debido a que su contenido es mas amplio, por que en él se comprenden a ciertos delitos que no protegen tal derecho real de propiedad, sino otros diversos aunque de la misma naturaleza.

Autores como Cuello Calón admiten lo inexacto de la designación "delitos contra la propiedad" que emplea el Código español - "pues las infracciones reunidas bajo tal epígrafe no atentan solamente contra el derecho de propiedad, sino también respecto de otros como el de posesión, aduce que la expresión "propiedad" debe entenderse en un amplio sentido como comprensiva de los delitos - que integran el patrimonio económico"().

Sebastian Soler establece una variante dentro de este criterio, pues considera que la expresión citada puede impugnarse por tener el inconveniente del exceso, por que dado a lo abstracto del concepto hace incluir en él no solo a los bienes sino también a las deudas. Por esta razón propone su limitación denominandole "parte activa del patrimonio", es decir, contra el estado patrimonial en un momento dado.

Pero nos hacemos la siguiente interrogante: ¿Existe una doctrina del patrimonio dentro del Derecho penal?. Desde luego que sí, hay dos teorías que pretenden resolver ese problema, la teoría de la identidad en la que opinan sus exponentes que la identidad de dos nociones, es decir, el derecho civil y el derecho penal reconociéndole a éste último carácter exclusivamente sancionador. Por otro lado, la teoría de la autonomía la cual señala que no siempre es posible transferir los conceptos civiles en la esfera ya restringida o mas amplia señalada por la necesidad de la tutela penal.

Además como sostiene Jiménez Huerta al argumentar que: " el Derecho penal persigue diversa finalidad que el Derecho civil, -precisa la orientación de la teoría en la influencia que dicha -finalidad pueda tener respecto a la significación de un instituto referido en dos normas una civil y la otra penal, para externar la opinión de que tal problema no puede resolverse en forma general y excluyente sino en razón del caso concreto". (48)

En el Código penal de 1871, el delito de fraude estaba incluido en el título I del libro Tercero llamado "delitos contra la --propiedad", denominación que como hemos dicho es equivocada por que parecía ser que el único derecho que se protegía era el de -propiedad, cuando es evidente, que mediante el robo, el fraude o cualquier otro delito patrimonial podían lesionarse derechos de posesión, de un usuario, de un acreedor, o en general de cualquier titular de derechos sobre los bienes en que recaiga el delito. También el Código penal de 1929 conservó la deficiente de-

nominación "delitos contra la propiedad".

Ahora bien, el título vigésimo segundo del Código penal vigente para el Distrito Federal señala "delitos en contra de las personas en su patrimonio en el que se incluyen los siguientes delitos: robo, abuso de confianza, fraude, extorsión, de los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, despojo de cosas inmuebles o de aguas, y daño en propiedad ajena.

Desde luego que es acertada la denominación "delitos en -- contra de las personas en su patrimonio", con el entendido que -- sujetos pasivos de estos delitos pueden ser tanto las personas -- físicas como las personas morales, a diferencia por ejemplo, de los delitos contra la vida y la integridad corporal en que sólo -- mente pueden ser sujetos pasivos las personas físicas. En cambio sujetos activos del delito de fraude únicamente pueden ser las -- personas físicas, tomando en cuenta, desde luego, lo que establece el Artículo 11 del Código penal para el Distrito Federal en -- los siguientes términos:

"Art. 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones -- del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez podrá en los casos exclusivamente especificados -- por la Ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, -- cuando lo estime necesario para la seguridad pública"

La consecuencia directa de los delitos patrimoniales es la -- injusta disminución de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo

Conforme a su doctrinaria noción penal, el fraude es un delito patrimonial que consiste en términos generales, en obtener mediante falacias o engaños, o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la usurpación de cosas o derechos ajenos. El fraude delito de técnica mas avanzada requiere en el defraudador una determinada superioridad intelectual para la presunta victima para hacer que ésta sucumba al engaño o al error.

Los atentados de simple apoderamiento pacífico o violento, son sustituidos por aquellos en que la victima hace voluntaria entrega de sus bienes que le son defraudados por el engaño que sufra o error que padece.

El fraude en virtud de ser un delito complejo, resulta difícil y arduo encontrar una definición que comprenda íntegramente en reducidos términos la complejidad del fraude; se prefiere hacer una lista detallada de casos de incriminación, provistos cada uno de constitutivos especiales pero comprendidos todos ellos bajo la denominación común de fraude. Por eso, el Artículo 386 del Código penal vigente establece:

"Art. 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, -- cuando el valor de lo defraudado no exceda de ésta 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 excediere de -- diez pero no de quinientas veces el salario;

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

Por su parte el Código penal para el Estado de Guerrero al definir el fraude en su Artículo 171, establece:

"Art. 171.- Al que engañando a alguien o aprovechándose del error en que éste se encuentra, obtenga ilícitamente alguna cosa ajena o alcance un lucro indebido para sí o para otro, se le aplicarán las penas del artículo 163, pero si el monto de lo defraudado excede de mil veces el salario, se aplicarán de seis a quince años de prisión a quince días multa".

"Art. 163.- Al que se apodere de alguna cosa mueble ajena, con ánimo de dominio sin consentimiento de quien pueda otorgarlo conforme a la Ley, se le aplicarán las siguientes penas:

I. Prisión de tres meses a un año y hasta treinta días multa,, cuando el valor de lo robado no exceda de cincuenta veces el salario;

II. Prisión de uno a cuatro años y de treinta a ciento veinte días multa, cuando el valor de lo robado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario, y;

III. Prisión de cuatro a diez años y de ciento veinte a trescientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de quinientas veces el salario."

La palabra fraude proviene del latín *fraus*, *udis*, *fraudis* que es genitivo de *fraus* y que significa engañar, usurpar, despojar, burlar con fraude; *fraudentus*, equivalente a *fraudento*, engaño, fingido, falaz, malicioso. Gramaticalmente es engaño o acción contraria a la verdad o rectitud.

Es en el ámbito del Derecho penal, que es donde tiene mayor cabida este vocablo, se estima que la esencia del delito de fraude, es el engaño de que se vale el agente, para hacerse en perjuicio de otro, de un objeto de ajena procedencia. En este delito, es el patrimonio el principal interés que se protege dentro de la sociedad.

B.- Elementos.-

Si hacemos un análisis detenido de la descripción legal hecha por el Artículo 386 del Código penal para el Distrito Federal y del numeral respectivo en el Código estatal, podremos establecer los siguientes elementos constitutivos de dicho delito. Así - pues, son elementos del delito de fraude:

a) un engaño o el aprovechamiento de un error.- Por engañar a una persona se entiende como la actitud mentorosa empleada por - el sujeto activo que hace incurrir en una falsa creencia al sujeto pasivo de la infracción. Esto a la vez supone la realización de cierta actividad mas o menos externa en el autor del delito. Por el contrario, el aprovechamiento del error es una acción negativa (el engaño es positivo) o mejor dicho, de abstención por parte del protagonista del fraude, se supone que la víctima de - antemano tiene un concepto equivocado, erróneo, o falso de las - circunstancias que recaen en los hechos o en las cosas objeto - del delito.

En el aprovechamiento del error el sujeto activo del delito no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima sino - que simplemente conociéndolo se abstiene de hacerle saber a su - víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para - llevar a cabo su finalidad dolosa. Lo común al engaño y al aprovechamiento del error es el estado mental en que se encuentra la víctima: una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude.

b) Que el autor se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido .- En este segundo elemento el empleo de la palabra "o" es disyuntiva y significa que el sujeto activo se haga ilícitamente de alguna cosa; o bien, alcance un lucro indebido. - La primera parte se refiere al hecho de los bienes corporales de naturaleza física ya sean muebles o inmuebles en su caso. El significado gramatical de la frase utilizada por la Ley es bastante amplia y puede llevar a complicaciones, de no hacerse una buena interpretación del precepto; por que puede entenderse (en su primera parte) que se confunde con el apoderamiento material de las cosas; nosotros deducimos que la interpretación del precepto debe ser en conjunto, o sea, con los demás elementos constitutivos del mismo delito.

En relación al hecho de obtener un lucro indebido opina González de la Vega: " Son aquellos ilícitos beneficios, utilidades, ganancias económicas que se obtienen explotando el error de la -- víctima. Consisten en esencia en la usurpación fraudulenta de bienes incorporales (diferente a las cosas), tales como la apropiación o adueñamiento de derechos patrimoniales ajenos".(49)

c) Relación de causalidad entre el primer elemento y el segundo.- Esto quiere decir que la actitud engañosa y el segundo elemento, o sea, "hacerse de la cosa o alcanzar un lucro", sea consecuencia del engaño empleado por el sujeto activo o del aprovechamiento del error en que se encuentra la víctima.

49. Gonzalez de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano
23a ed. México, Editorial Porrúa 1990, pág. 252

El fraude siempre existirá cuando como resultado del engaño o del aprovechamiento del error, el autor logra la entrega o apropiación de cosas y derechos patrimoniales ajenos.

El diccionario Jurídico Mexicano le reconoce tres elementos constitutivos al delito de fraude, a saber:: a) la conducta falaz b) acto de disposición; un daño y un lucro patrimonial. (50)

El inciso a) es similar a la explicación que ya hicimos anteriormente, acto de disposición que se manifiesta dentro de la esencia del propio fraude, pues de suyo el agente pasivo hace voluntaria entrega al sujeto activo del delito de la cosa objeto del delito. Es decir, el aprovechamiento del error conduce al agente pasivo a efectuar un acto de disposición patrimonial en beneficio del agente activo, que puede recaer sobre el dinero, muebles, inmuebles, servicios, derechos etc.

El daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado se manifiesta mediante una disminución apreciable del dinero, o en conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona.

C) Características.-

Respecto a las características de este delito podemos mencionar lo siguiente:

A.- Es un delito patrimonial toda vez que el sujeto pasivo sufre un menoscabo o disminución en su patrimonio, a causa de la conducta delictuosa realizada por el sujeto activo.

B.- En términos generales el delito de fraude es un delito de acción y omisión por que dicho acto, el de defraudación consiste en un engaño (actitud activa) o bien, consiste en el aprovechamiento del error en que se encuentra el sujeto pasivo.

C.- El bien jurídico tutelado en este delito es el patrimonio y no la propiedad como piensan algunos autores.

D.- En cuanto al alcance de la tutela jurídica el fraude es un tipo simple por proteger como único bien el del patrimonio. Recordemos que Jimenez Huerta al clasificar los tipos penales expresa:

"Algunos tipos de delitos tutelan contemporaneamente no uno, sino dos o mas bienes jurídicos... Los tipos de delito que tutelan un solo bien jurídico se denominan simples; complejos, los que tutelan dos o mas bienes jurídicos".(51)

E.- En este delito la idea de violencia desaparece y es sustituida por recursos intelectuales.

F.- Dada la astucia del defraudador dificulta la previsión y evitamiento del delito.

51. Cit por Pavón Vasconcelos, Comentarios de Derecho Penal, Ob. Cit. pág. 211

III.- EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO LIBRAMIENTO DE CHEQUES
SIN FONDOS.

A) Concepto.-

En Derecho Penal hay el principio "nullum crimen sine lege", cuyo significado es que no hay delito sin Ley (es nulo el crimen sin Ley). Cuestión esta de gran importancia en Derecho Penal por que no es posible aplicar penal alguna que no esté contenida en la Ley; principio además recogido por nuestra Constitución política - al establecer en el párrafo tercero del Artículo 14 Constitucional lo siguiente:

"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 de que se trata".

Nótese que dicho párrafo dice: pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Pensamos que es por ésta razón que se han creado los fraudes específicos en un intento de lograr una adecuada aplicación de la sanción. Y para poder aplicar dicha sanción debe existir correcta tipicidad, o sea, exacta adecuación de la conducta al tipo específico descrito en la Norma penal.

En reiteradas ocasiones han recurrido los particulares ante la representación social que es el Ministerio Público, a hacer de su conocimiento hechos que pueden ser constitutivos de delito y al mismo tiempo solicitan se practiquen cuantas diligencias sean necesarias para esclarecer dichos hechos, y si de ello resulta la comi

sión de un delito, se pide se proceda a la consignación penal de los responsables.

Pero en ocasiones dicho pedimento no puede ser satisfecho -- por la autoridad administrativa en razón y con motivo de que de acuerdo con su criterio no existe tipicidad, y por ende, no hay delito y en consecuencia no se puede proceder legalmente. Hemos visto casos en que se dan dichas situaciones y es precisamente -- con el libramiento de cheques sin fondos.

En síntesis, se trata de crear una exacta aplicación de la Ley con la creación de los fraude específicos y se pretende no dejar lugar a dudas de que hay un estricto apego a la legalidad establecida en el ya citado Artículo 14 Constitucional.

Aunque parezca demasiado reiterativo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su ámbito espacial de validés se circunscribe a todo el territorio Nacional, lo que a la vez es confirmado por la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero en su Artículo 1^o que establece:

"En el Estado de Guerrero toda persona gozará de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de las señaladas en la presente Constitución.

El poder público del Estado garantiza a sus habitantes el goce de sus derechos".

Por otra parte, los fraudes específicos se derivan de acuerdo a lo que actualmente se encuentra en vigor en el Artículo 386 y -- que por su parte el Artículo 387 del Código Penal a través de 21 fracciones, contiene el mismo numero de hipotesis de fraudes espe-

cíficos lo que ha originado múltiples críticas, por que muchas de ellas en ocasiones implican una reiteración del contenido del frau de genérico y solo la minoría podrían estimarse como verdaderamente específicos, por contener ingredientes diferentes a los requeri dos en la fórmula del fraude genérico.

En efecto, el Artículo 386 del Código Penal vigente para el - Distrito Federal dispone:

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

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes

I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de ésta 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."

Enseguida el Artículo 387 del mismo ordenamiento que contiene la regulación respectiva de los fraudes específicos señala:

"Las mismas penas señaladas en el Artículo anterior, se impondrán:

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

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

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

Hacemos la pertinente aclaración de que únicamente transcribimos en este caso, a la fracción XXI por así convenir al interés de la presente nuestra investigación. Este numeral contiene, como hemos dicho, 21 fraudes específicos.

En su numeral respectivo, el Código Penal para el Estado de Guerrero regula de mejor manera el fraude genérico, no siendo así en lo que se refiere al fraude específico.

"Art. 171.- Al que engañando a alguien o aprovechándose del error en que éste se encuentra, obtenga ilícitamente alguna cosa ajena o alcance un lucro indebido para sí o para otro, se le impondrán las penas del Artículo 163, -- pero si el monto de lo defraudado excede de -- mil veces el salario, se aplicarán de seis a quince años de prisión y de trescientos a quinientos días multa.

También existe una regulación similar en éste código estatal en lo que se refiere al fraude específico, pero únicamente se contienen cinco fracciones y en ninguna de ellas se habla del libramiento de cheques sin fondos. Es precisamente el Artículo 172 que textualmente establece:

"Se impondrán las mismas penas previstas en el Artículo anterior :

I. Al que habiendo recibido mercancía -- con subsidio o franquicia para darles un destino determinado, las distraiga de ese destino o en cualquier forma desvirtúe los fines perseguidos por la franquicia o el subsidio;

II. A los constructores o vendedores de edificios en condominio, casas o construcciones en general y a los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos que obtenga dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir esos gravámenes, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro.

Para los efectos de éste delito, se entenderá que un constructor, vendedor o intermediario no ha dado su destino o ha dispuesto en todo o en parte del dinero, títulos o valores obtenidos en la operación, si no realiza su depósito en la institución respectiva dentro de los treinta días siguientes a su recepción, a favor de su propietario o poseedor, a menos que dentro de ese término lo hubiese entregado al vendedor o al deudor del gravamen real, o devuelto al comprador o acreedor del mismo gravamen;

III. A los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de administración o de dominio o administradores de las personas jurídicas colectivas que no cumplan o hagan -- cumplir la obligación a que se refiere el párrafo anterior. El depósito se entregará por la institución de que se trate, a su propietario o al comprador.

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

Si antes de que se formulen conclusiones en el proceso respectivo, el sujeto activo de los delitos a que se refieren las fracciones II y III devuelve a los interesados lo obtenido con su actuación, se le aplicarán -- las sanciones previstas en la fracción I del Artículo 163;

IV. al que valiéndose de su caracter de servidor público o del cargo que desempeñe en cualquier agrupación sindical o de sus relaciones con servidores públicos o dirigentes sindicales, obtenga dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o un aumento de salario u otras prestaciones, o

V. Al que por sí o por interpósita persona cause perjuicio público o privado al fraccionar y transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno urbano o rústico, propio o ajeno, con o sin construcciones sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes, o cuando existiendo éste no se hayan satisfecho los requisitos en él señalados.

éste delito se penará aún en el caso de falta de pago total o parcial.

Para los efectos penales, por fraccionar se entiende la división de tierras en lotes."

Los preceptos que nos hemos permitido transcribir contienen situaciones que los creadores de éste Código creyeron importantes. Nosotros no criticamos ésta finalidad, es decir, no consideramos estas disposiciones incorrectas sino por el contrario son acertadas. Nuestra crítica va encaminada en el sentido de que debe adicionarse una fracción más en éste Artículo puesto que las existentes son insuficientes.

En la exposición de motivos del Código Penal para el Estado de Guerrero de 1986 se habla de:

"Abandonando la errónea técnica legislativa de establecer un precepto genérico y simultáneamente reglamentar en forma casuística determinado número de hipótesis, se adoptó el criterio de establecer una fórmula general del fraude y desechar supuestos específicos que, en la práctica, su mayor utilidad ha sido la de dificultar la buena administración de Justicia.

En el Artículo 172 se contemplan algunos casos de fraude equiparado, con el objeto de evitar la proliferación de este tipo de conductas que en los últimos tiempos han sido generadoras de graves problema de carácter social."(52)

Desde luego que diferimos de la opinión vertida en la exposición de motivos. Se tendrá como consecuencia que algunas conductas no se sancionarán, por que al no estar éste delito en una Ley federal como se encontraba regulado anteriormente; y si tampoco existe en la legislación local, no será posible sancionarlos. Situación totalmente negativa por lo que reiteramos: es necesaria y justificable su existencia. En cambio, coincide con nosotros -- Gonzalez de la Vega al afirmar: "las razones que demandan enérgica seguridad para la circulación de los títulos de crédito en general, cobran fuerza tratándose de los cheques, por que estos instrumentos están determinados preferentemente a servir como medio de pago al contado de las deudas ya vencidas; al sustituirse por medio del cheque la circulación 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 fé en la emisión, en la rápida circulación y en el exacto pago del documento." (53)

52. Periódico Oficial. Organo del Gobierno del Estado de Guerrero. Año LXVII número 91, 14 de noviembre de 1986 pág. 20

53. Ob. Cit. pág. 262

B) Elementos.-

En el estudio del delito que nos ocupa reconocemos la existencia de los siguientes elementos:

- 1.- El acto de librar un cheque contra una cuenta bancaria.
- 2.- Que el cheque sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito.
- 3.- Que el motivo del rechazo sea por no tener el librador -- cuenta en la institución o fondos suficientes que respalden el -- pago del cheque.
- 4.- Que haya una certificación relativa a la inexistencia de -- la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago.
- 5.- Que dicha certificación se haga por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad -- nacional de crédito .
- 6.- Que el libramiento tenga como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

Respecto a los elementos propuestos es necesario atender las siguientes reflexiones:

Para que pueda hablarse de este delito, la conducta debe consistir en librar un cheque, es decir, suscribir y entregarlo al -- tomador o beneficiario. Además dicho libramiento debe ser contra una cuenta bancaria, que es también elemento, la institución de -- crédito en la operación mecánica del cheque.. Igualmente el cheque debe ser rechazado por la institución de crédito, es decir, -- no pagarlo en virtud de no existir cuenta; caso en el cual estaré

amos ante un verdadero fraude, o bien, no existir fondos suficientes en esa cuenta bancaria para el pago.

Finalmente debe existir una certificación hecha por el Banco respecto de la situación presentada de no existir cuenta o fondos suficientes. Dicha certificación, de acuerdo a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito hará las veces de protesto..

D.- Presupuestos.-

En este apartado nos vamos a referir a los requisitos de existencia necesarios para poder configurar el delito de libramiento de cheques sin fondos, es decir, supuestos previos que necesariamente han de darse para constituir el delito.

Uno de los aspectos mas importantes es la existencia de una cuenta de cheques, que el girador tenga con el Librado. En efecto, en nuestro Derecho Mexicano el Artículo 175 de la Ley de la materia señala que el cheque solo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, sea autorizado por ésta para librar cheques a su cargo. Joaquín Rodríguez opina que no basta que una persona sea acreedor de un Banco para que pueda girar cheques a cargo de éste, ya que necesita además que el Banco haya autorizado este giro. Para Rodríguez, la autorización es lo que se llama contrato de cheque.

Por otro lado, también Octavio Hernández le denomina contrato de cheque y además dice: "Contrato de cheque es aquel mediante el cual una de las partes, institución de crédito autorizada para efectuar operaciones de depósito en cuenta de cheques, dá su consentimiento para que la otra parte pueda disponer de la provisión con que cuenta en la propia institución, valiéndose para ello de cheques." ()

Indica además que comúnmente el contrato de cheque es accesorio o adicional al Contrato de depósito o al de apertura de crédito.

to. Para otros autores como Cervantes Ahumada el Contrato de cheque es un presupuesto de la regularidad pero no de la esencia del cheque. Es de vital importancia esta consideración hecha por este autor.

Por otro lado sostiene Bauche Garciadiago que: " puede una -- persona librar cheques sin haber celebrado el contrato respectivo con el Banco; y como el cheque es un título abstracto, no importará su validéz la ausencia de aquél contrato; el cheque será válido y el tenedor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra los obligados e incluso el librador sufrirá una sanción penal por el libramiento irregular del cheque." (55)

Igualmente respecto a su forma no se requiere formalidad especial en el contrato de cheque, por que la Ley presume su existencia por el hecho de que el Banco proporcione talonarios al cliente, o simplemente le reciba y acredite depósitos a la vista. Luego entonces con el libramiento del cheque, siendo ausente dicha cuenta, se estará ante el delito previsto en la fracción XXI del Artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal.

La provisión de fondos también es necesaria como presupuesto regular del cheque. Para que un cheque pueda ser emitido válidamente, precisa que se cumplan una serie de condiciones que la propia Ley establece. Una de estas condiciones es la provisión de fondos a que se refiere el Artículo 175 de la Ley de la materia que ya hemos mencionado. Dicha provisión implica el derecho de crédito del

girador contra el Banco, resultante del depósito hecho por aquel en éste o de la apertura de crédito que el Banco concede al librador

La provisión no es mas que el derecho de crédito del librador contra el Banco librado. Este derecho de crédito puede ser resultado de un depósito hecho por el librador, pero también puede ser -- consecuencia de una apertura de crédito que haya hecho el banco en favor del Librador del cheque; ya sea que se trate de uno o de otro, de cualquier manera deben ser anteriores al giro del cheque.

Otra consideración importante es que el fondo disponible no está sujeto a prescripción, por que la obligación del deudor es la de mantener en disponibilidad , y en consecuencia no es un crédito exigible, por que no es de plazo vencido sino que vence a voluntad del acreedor, a la vista, o sea a la presentación de la orden de -disposicion que éste gire.

De cualquier manera, si al momento de la presentación del cheque en ventanilla no es pagado por la falta de provisión de fondos suficientes para el pago, se estará tipificando el delito de fraude específico.

En otros países también se trata de proteger al cheque, estatuyendo en sus respectivos ordenamientos, figuras delictivas de fraudes específicos. Aunque en su forma de redacción son distintos, no lo es así de fondo, pues persiguen la misma finalidad: sancionar el libramiento de cheques sin fondos.

En Rusia el Código Penal, en su Artículo 169 sanciona a --- quien libre un cheque a sabiendas de que no puede ser pagado; al librador que bloquee el cheque sin motivo suficiente o realice cualquier otro hecho encaminado a impedir el pago del importe del cheque, al tomador que transfiera un cheque a sabiendas de la imposibilidad de su pago. Se considera que el dolo ha de estar constituido por el conocimiento por parte del librador de que el cheque librado no puede ser pagado.

En el Código penal de Costa Rica el Artículo 243 Sección III que se denomina "Delitos contra la confianza pública. Libramiento de cheques sin fondos.

"Art. 243.- Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años o sesenta a cien días multa, el que librare un cheque, si concurren las circunstancias siguientes y el hecho no constituye el delito contemplado en el Artículo 221:

a) girarlo sin tener provisión de fondos o autorización expresa del girado de hacerlo en descubierto.

b) Si diere contra orden para su pago fuera de los casos en que la Ley lo autoriza para ello.

c) si lo hiciera a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado.

d) si a sabiendas recibiera un cheque girado en las condiciones especificadas en los incisos anteriores.

En todo caso, el librador deberá ser informado de la falta de pago, mediante acta notarial o por medio de autoridad que conozca el proceso, quedando exento de pena si abonare el importe del cheque dentro de los cinco días siguientes a la notificación".

En el Código Penal de Cuba se considera el giro de cheques - sin fondos hecho con ánimo de defraudar, como un caso particular de estafa. Está regulado en el Título: "Delitos contra la propiedad, contra la economía nacional y popular" Artículo 550 (No. 21) que señala:

"Incurrirá en las sanciones señaladas en el Artículo anterior:

21. El que con ánimo de defraudar expida un cheque o letra sin previa provisión de fondos, después de haber retirado dicha provisión retirándola antes de que el cheque o letra pueda ser legalmente presentado al cobro o antes de haber avalado su expedición por -- cualquiera de las formas que en derecho procedieren".

Con el mismo sentido siguen el mismo criterio las Legislaciones siguientes: Código Penal Colombiano (Artículo 357), Legislación Peruana, Legislación Italiana, Código Penal Argentino, Código penal Brasileño, de Francia, Bélgica, Derecho Inglés, Código Penal Ecuatoriano, Código penal de Guatemala, de Nicaragua, el -- Salvador, Código penal Boliviano, español, República Dominicana, Legislación Alemana, etc.

El Fraude específico consagrado en la fracción XXI participa de todos y cada uno de los elementos del delito y que estudia la Teoría general del delito, la cual estudiamos en el inicio de éste capítulo. Pero reafirmamos nuevamente, para Nosotros delito es la conducta típica antijurídica y culpable, por lo que le reconocemos cuatro elementos constitutivos. Esto significa que pensamos que el fraude específico está constituido por cuatro elementos constitutivos a saber: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

respecto a la conducta, en este delito se materializa en librar un cheque. Este libramiento es la acción material y positiva que integra este primer elemento importantísimo en el perfeccionamiento del tipo penal. Esta acción consiste en una orden de pago escrita contra un Banco para que proceda al pago. La acción es librar un cheque con las consecuencias penales correspondientes.

El delito solo lo comete el librador y es a la vez su autor material y directo cuando emite el cheque con los requisitos que la Ley preceptúa.

En el campo de la actividad mercantil los cheques pueden ser girados no solo por una persona sino que pueden llevar las firmas de dos o de varias, en especial en las cuentas corrientes de las personas jurídicas, y en estos casos como giran dos personas, -- pueden tener responsabilidad penal.

Respecto a la tipicidad sabemos que es el encuadramiento de la conducta al tipo descrito en la norma penal. Dicho encuadramiento debe ser tal y como se señala en la Ley. Es válido para este caso, el comentario que hicimos cuando hablamos del Artículo 14

Del mismo modo, al librar un cheque sin fondos se presenta la antijuridicidad. Es decir, aquel que emita un cheque en las condiciones previstas en el Artículo 387 fracción XXI del Código penal para el Distrito Federal, comete un hecho ilícito que va -- contra la Ley y además produce daño o menoscabo en el patrimonio de un tercero. Sin embargo puede eliminarse la antijuridicidad -- cuando interviene alguna causa de justificación; y en consecuencia no habrá delito. Además si recordamos la última fracción del precepto citado, que señala que no se procedera contra el agente cuando el libramiento no haya tenido como fin el procurarse ilícitamente alguna cosa u obtener un lucro indebido.

Respecto a la imputabilidad, si los cheques que originan el delito son expedidos por ininputables, personas que son menores de edad o que padecen de alteraciones mentales graves, enfermedades que constituyan una causa excluyente de responsabilidad, estarán -- exentos de responsabilidad penal.

En relación a la culpabilidad, entendemos por ésta el nexo intelectual y emocional que liga al autor de la conducta con el resultado, lo que implica a la vez la suma de dos querereres: la conducta y el resultado. Y además de ello el conocimiento de la antijuridico de la conducta. En consecuencia, el libramiento de cheques sin fondos puede darse de manera dolosa o culposa, aunque nosotros pensamos que éste delito es predominantemente doloso.

En ocasiones se habla del delito de libramiento de cheques -- sin fondos, cuando al momento de librarlo no haya fondos en el Banco. Ello dependería del mismo beneficiario y quizá del librador,

por que el primero se encuentra en libertad de cobrar un cheque - cuando crea conveniente hacerlo, pero siempre y cuando sea dentro de los plazos legales. En éste caso, puede ocurrir que al momento del libramiento no había fondos; pero cuando el cheque se presenta en ventanilla ya hay fondos, en virtud de un depósito muy oportuno. Pensamos que el delito se concretiza únicamente cuando al momento de la presentación al pago en ventanilla, no es pagado -- por no haber fondos suficientes para el pago del mismo o por no existir cuenta en la institución de crédito.

Otra cuestión de fundamental importancia es la de determinar cual es el bien jurídico tutelado con éste delito. Hay diversidad en opiniones doctrinarias respecto al bien jurídico que se -- protege. Algunos piensan que es el orden económico y el orden social, otros señalan a la confianza pública, la seguridad del comercio, de la economía, y la seguridad del tráfico mercantil.

En cuanto a la seguridad del tráfico mercantil, Muñoz Conde en el Derecho Español reafirma ésta tesis al decir: "El primer problema que plantea la reforma es el de determinar el bien jurídico protegido en este delito . La finalidad perseguida por el legislador es clara: proteger la seguridad del tráfico mercantil a través de la protección del título valor abstracto así, con la independencia de cual sea la causa que ha generado el libramiento del cheque o talón".(^b Nosotros pensamos que es éste el bien jurídico que se protege: la seguridad del tráfico mercantil que lleva implícita otras situaciones también protegidas.

Si bien es cierto que la denominación Fuente se utiliza para designar el origen del Derecho Positivo, cierto es también que por fuente se entiende los procesos de creación de las normas jurídicas. En este sentido se habla de fuentes reales, formales, históricas etc. y dentro de las reales se habla de aquellas situaciones u elementos o factores que determinan el contenido de las normas.

La creación del Derecho obedece también a situaciones prácticas; es necesario regular determinadas situaciones que suceden hoy en día, que en épocas pasadas no se presentaban. Es enteramente distinto hablar de procesos de creación de las normas jurídicas caso ante el cual estaríamos refiriendonos a la Legislación (proceso legislativo); con el contenido de las normas, es decir, hacer alusión a aquellas situaciones u elementos que en vía práctica exige una adecuada regulación jurídica. Necesidades económicas, sociales, culturales etc de las personas a quienes la Ley está destinada, pero sobre todo la exigencia de Justicia, seguridad jurídica y el Bien común.

Nuestra investigación la hemos intitulado como la necesaria a dición de un delito patrimonial en una entidad federativa ¿por que? Generalmente se oye decir que el mundo se transforma de manera rápida y constante, y el derecho también se transforma. Pero dicha transformación no debe ir de la mano con lo que podríamos llamar como "irrespetabilidad por el Derecho"; por que el Derecho en sí no se transforma sino lo que cambia es su contenido, y dicho contenido así como los preceptos de Derecho no deben perder su naturaleza.

Señala la exposición de motivos del código penal del Estado de Guerrero: "los profundos cambios operados en las últimas décadas en la realidad socioeconómica, política y cultural, han sido de mayor entidad que los avances de nuestros ordenamientos jurídicos, particularmente en materia penal, no obstante los esfuerzos legislativos - realizados para su adecuación a la dinámica de la sociedad guerrerense." (57)

"La gran desconexión del vigente Código Penal con la realidad social, obliga a no seguirlo conservando, por ser notoriamente caduco respecto a las crecientes exigencias de una sociedad cambiante y -- pluralista como la nuestra, evidenciándose la necesidad de un cambio sustancial en el que se recepten los criterios político criminales mas modernos y acordes con nuestra estructura sociojurídica y se -- reafirman los principios del Estado de Derecho". (58)

Nosotros creemos que no obstante siendo el Código actual de reciente creación y que su revisión y redacción fué realizada por una comisión de juristas sobresalientes; no resultó satisfactorio en lo que se refiere a los delitos patrimoniales, principalmente en los fraudes específicos, la regulación actual no resulta satisfactorio por lo que en consecuencia se hace necesario impulsar nueva revi--

57. Periódico Oficial, Ob. Cit. pág. 2

58. Idem.

sión en lo que respecta a ésta parte y crear una nueva disposición que resuelva la situación actual que desde que se derogó el delito contenido en el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ha quedado el camino libre para que los defraudadores abusen de los beneficiarios con los que realizan operaciones contractuales de diversa índole.

El desarrollo del comercio desde hace varios siglos ha proliferado por todo el mundo llegando hasta rincones inimaginables. El Estado de Guerrero de Hoy no es el mismo al de hace varias décadas éste Estado al igual que la mayoría de los integrantes de la República representan hoy en día Estados con gran actividad económica que contribuyen enormemente al desarrollo económico de nuestro país al mismo tiempo que son captadores de buen número de entrada de di visas al País. además de ello, en estos se realizan practicas comerciales que encuadran en las disposiciones contenidas en las Leyes Federales, practicas y usos comerciales que requieren de una mejor regulaci3n para, de esta manera, proporcionar mayor seguridad al público al mismo tiempo haya mas confianza al recibir un pa go con un título de crédito, como es el cheque.

Por nuestra parte y siguiendo el Código Penal para el Distrito Federal , creemos conveniente la adición de la fracción sexta en el Artículo 172 del Código Penal del Estado de Guerrero, para quedar en los siguientes términos:

"Se impondrán las mismas penas previstas en el Artículo anterior:

VI. Al que libre un cheque contra una -- cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva, o por no tener fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago deberá hacerse por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito.

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

Para poder hacer referencia a los procesos de creación de - Leyes o de modificación de las mismas, en las entidades federativas, se hace necesario hablar de disposiciones constitucionales que dan fundamento legal a esa creación de Leyes o modificaciones. Algunas de estas disposiciones son las siguientes:

"Art. 40.- Es voluntad del pueblo mexicana no constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concierne a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental. "

"Art. 116.- El poder público de los Estados se dividirá para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Juedicial, y no podrán reunirse dos o mas de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo.

Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la constitución de cada uno de ellos,..."

"Art. 124.-Las facultades que no están expresamente concedidas por esta constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados."

Por otra parte, en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero se regula tanto la división de poderes como el proceso legislativo en la creación de las Leyes Locales. A continuación los transcribimos:

ARTICULO 23. El Estado de Guerrero es parte integrante de la Federación mexicana, adopta el sistema de Gobierno Republicano, Representativo Democrático, Federal, y está sujeto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917.

El Estado tiene facultades para concertar --

con sus municipios, la Federación y las demás - Entidades Federativas, todos aquellos convenios que redunden en beneficio propio o común".

"ARTICULO 24. El Estado de Guerrero es Libre y Soberano en su régimen interior y podrá darse las Leyes necesarias para su organización y desarrollo, sin contravenir lo estipulado por la Constitución Federal."

"ARTICULO 26. El poder Público del Estado se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse o más de estos Poderes en una persona o corporación ni depositarse el Legislativo en un individuo."

"ARTICULO 28. El Poder Legislativo se ejerce por una Cámara de Diputados que se denomina CONGRESO DEL ESTADO, el cual deberá renovarse totalmente cada tres años.

La elección de los miembros del Congreso Local será directa y en los términos que disponga la Ley Electoral respectiva."

"ARTICULO 47. Son atribuciones del Congreso del Estado:

I. Expedir Leyes y Decretos en todas aquellas materias que no sean de la competencia exclusiva de la Federación, en términos del Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II. Ejercer ante el Congreso de la Unión el derecho de iniciativa de Leyes o Decretos conforme al Artículo 71, fracción III, de la Constitución General de la República;

III. Elaborar las Leyes Locales cuya expedición haga obligatoria la Constitución Federal."

"ARTICULO 50. El derecho de iniciar Leyes corresponde:

I. Al Gobernador del Estado;

II. A los Diputados al Congreso del Estado;

III. Al Tribunal Superior de Justicia, entrándose de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y

IV. A los Ayuntamientos en el ámbito de su competencia."

"ARTICULO 52. Para la discusión y aprobación en su caso, de todo proyecto de Ley o Decreto se necesita de la votación de la mayoría de los Diputados presentes."

"ARTICULO 53. Discutido y aprobado un proyecto de Ley o Decreto por el congreso se remitirá al Gobernador del Estado, quien si no tuviere observaciones que hacer lo promulgará y ordenará su publicación en el Periódico Oficial.

Se reputa aprobado por el Ejecutivo todo proyecto de Ley o Decreto que no devuelva al Congreso con las observaciones que consideren pertinentes en un término de diez días hábiles, a no ser que al estar corriendo este término el Congreso hubiere cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerla el primer día hábil en que el mismo esté reunido.

El proyecto de Ley o Decreto vetado en todo o en parte por el Ejecutivo será devuelto con sus observaciones al Congreso, el cual, será -- discutido nuevamente y si fuere confirmado por las dos terceras partes de los miembros que lo integran el proyecto será Ley o Decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación."

"ARTICULO 56. Para reformar , derogar o abrogar las Leyes, se observarán los mismos trámites que para su formación

CONCLUSIONES

Despues de analizar en varios aspectos y desde distintos puntos de vista el tema que nos ocupa, consideramos pertinente llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. El cheque es el título de crédito, en virtud del cuál - una persona llamada librador, da una orden incondicional de pago a una institución de crédito para que contra la entrega del propio cheque pague una suma determinada de dinero a la vista al beneficiario, que puede -- ser una persona determinada o el portador de ese título de crédito. Por medio de este título de crédito el librador dispone de dinero de su propiedad que tiene depositado en el Banco librado.

Al cheque le es aplicable el concepto de título de crédito como documento necesario para ejercitar el derecho literal en él consignado, participa además de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad, autonomía, ejecutoriedad (provisto de fuerza ejecutiva) El cheque también es un documento de naturaleza formal, en cuanto a que la Ley exige para su validéz que contenga determinados requisitos y menciones y en ausencia de estos no se puede considerar como un título de crédito. El cheque es un instrumento de pago, creado para suplir el dinero y para que el inversionista ponga sus capitales ociosos en una institución u sociedad de crédito y

se produzca una actividad económica y al mismo tiempo cumpla con una función social. El cheque es por su naturaleza jurídica un título de crédito que sirve como instrumento de pago.

SEGUNDA. Al ser el cheque un instrumento de pago, si el librador no tiene fondos en el Banco o no los piensa tener - en lo posterior después del libramiento, se desvirtúa - la naturaleza jurídica del cheque convirtiéndolo de un eficaz instrumento de pago a un simple instrumento de crédito a plazo; y además ya no se cumple con la función social y económica que es el objeto primordial de la creación de ésta institución.

TERCERA. A pesar de la existencia de la condición existente - en el Artículo 7^o de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, llamada condición "salvo buen cobro" es necesario que el público beneficiario que recibe un cheque por concepto de alguna compraventa u otro acto - contractual se encuentra protegido por la Ley de la materia. Es cierto que tiene acción en contra del librador, pero como hemos dicho es necesario que se sancione esa conducta, y de ésta manera, como sabemos, las personas prefieren no incurrir en sanciones de carácter penal. Con esto queremos decir, que en el Estado de Guerrero se hace necesaria la protección penal del cheque.

CUARTA. Antes de la Reforma de 1984, el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contenía una sanción penal contra el libramiento de cheques sin fondos. Regulación que desde un principio fue muy inconveniente al mismo tiempo que despertaba polémicas en la doctrina, en cuanto a su naturaleza. Igualmente los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación -- fueron variables. Nosotros concluimos que no se trataba de un delito de fraude, sino que se señalaban las penas del fraude para quien cometiera la conducta descrita en ese supuesto. Nuestra inclinación es en este sentido, - toda vez que si se hacía alusión al fraude era para señalar que al que incurriera en ese delito se le aplicarían las penas del fraude.

QUINTA. Dado el carácter de federal de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el delito que se encontraba previsto en ese Artículo 193 también era federal, lo que significa que conocían de estos asuntos autoridades federales. El castigo a los infractores de este delito se aplicaba ya fuera que se realizara la conducta en el Distrito Federal o en cualquier entidad federativa, dada la federalidad de la Ley citada. Acertadamente se resolvería el problema doctrinario a que se había enfrentado dicho delito que originó estudios jurídicos en torno a éste, derogándolo del precepto de la Ley federal, para incluirlo en la fracción XXI del Código

penal para el Distrito Federal. Desde luego que el problema quedaría resuelto parcialmente, por que en lo que respecta a las entidades federativas quedaron la puertas abiertas para que los defraudadores continuaran con la practica negativa de librar cheques sin fondos; practica que se ha extendido a lo largo del país y que en el Estado de Guerrero en gran numero de casos se da esta situación que continuará mientras no se tipifique como delito el librar cheques sin fondos o sin cuenta. -- Los defraudadores han encontrado una protección en la no existencia de ese delito.

SIXTA.

Con la conducta de librar cheques sin fondos se va perdiendo cada vez mas la seguridad y confianza que debe tenerse en los cheques y además si lo importante y lo que interesa a nuestro país es que las personas que tengan dinero en sus casas no lo guarden inactivo sino que entre al torrente circulatorio en los Bancos y realizen los grandes objetivos que desarrolle a nuestro País y mejore la economía del mismo. Pero dichos capitales no entraran en los Bancos si con la no existencia de este delito en el Estado de Guerrero se prosiga con la ya muy arraigada y pésima costumbre de librar cheques sin fondos.

SEPTIMA. El fraude específico consagrado en la fracción XXI - del Artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal y el que hemos propuesto en el inciso e) del - Capítulo tercero de la presente investigación , participa de todos y cada uno de los elementos del delito. Reafirmamos nuevamente que para nosotros, delito es la conducta típica antijurídica y culpable, por que le - reconocemos cuatro elementos. En consecuencia , si es esa nuestra opinión respecto del delito en general; - particularmente pensamos que el fraude específico está constituido también por cuatro elementos constitutivos: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad.

En lo que respecta a la conducta, en este fraude - específico se materializa en librar un cheque; este libramiento es la acción material y positiva que integran este primer elemento importantísimo en el perfeccionamiento del tipo penal. La acción consiste en una orden de pago escrita contra un Banco para que proceda al pago.

Este delito solo lo comete el librador y es a la - vez su autor material y directo, al emitir el cheque con los requisitos que la Ley preceptúa, pero sin tener fondos suficiente en el Banco que respalden el pago del cheque.

OCTAVA. Al realizarse la conducta descrita, también se da la tipicidad que como hemos dicho reiteradamente es el encuadramiento de la conducta al tipo penal descrito - en la norma. Dicho encuadramiento debe ser de acuerdo a lo que establece la Ley respectiva y sobre todo a lo dispuesto por el Artículo 14 Constitucional.

Como consecuencia de la tipicidad, y a la vez como elemento del delito, se presenta la antijuridicidad. Es decir, aquel que emita un cheque en las condiciones previstas por el Artículo 387 fracción XXI del Código Penal para el Distrito federal, comete un hecho ilícito - que va en contra de la Ley. De igual manera, se presentaría la antijuridicidad si en la Legislación Penal del Estado de Guerrero se regulara éste delito de la manera como lo hemos propuesto.

NOVENA. Es justificable pensar en la adición por que si atendemos a lo dispuesto por nuestra Constitución Política, - notaremos que existe el fundamento legal para dicha adición y no se invade la Competencia Federal. Así, el fundamento legal lo encontramos en el Artículo 124 Constitucional que nos señala que las facultades que no estén expresamente concedida por ésta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados. Además, los Estados integrantes de la Federación

pueden darse sus propias Leyes que sean necesarias y -- que requieran las condiciones económicas y sociales de ese Estado, pero respetando siempre el principio de supremacía Constitucional y sin contravenir a los disposto por la propia Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos.

DECIMA. El problema existente es la inadecuada regulación actual en materia de fraude en la legislación penal local, en virtud de que únicamente se señalan V fraudes específicos; y queda fuera el libramiento de cheques sin fondos. Actualmente se dan muchos de estos casos los cuales quedan impunes, en virtud que no existe disposición exactamente aplicable que sancione esta conducta de librar - cheques sin fondos o sin cuenta.

B I B L I O G R A F I A

DOCTRINA

- ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal. Parte General 8a ed. Corregida y actualizada por Luigi Conti. Bogotá Colombia, Editorial Temis 1988 614 p.
- ASTUDILLO URSUA, Pedro. Los títulos de Crédito. Parte General 2a - ed. México, Editorial Porrúa 1988. 270 p.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. 7a ed. México Editorial Porrúa 1989 1058 p.
- BAUCHE GARCADIAGO, Mario. Operaciones Bancarias. 4a ed. México, - Editorial Porrúa, 1981 477 p.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. 26a ed. México, Editorial Porrúa 1985 359 p.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 14a ed. México, Editorial Herrero 1988
- DAVALOS MEJIA, Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras.-- México, Editorial Harla 1984 652 p.
- DE PINA VARA, Rafael. Teoría y practica del cheque. 3a ed. México Editorial Porrúa 1984 474 p.
- DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo. La tutela penal del cheque. 3a ed. México Editorial porrúa, 1981 260 p.
- GAMIZ PARRAL, Máximo N. Derecho Constitucional y Administrativo de las Entidades Federativas. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990 628 p.
- GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 7a e. México Editori al Porrúa, 1981 969p.
- GOMEZ GORDOA, José. Títulos de Crédito. 2a ed. México, Editorial - Porrúa 1991 285 p.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. El Cheque. 4a ed. México, Editorial Porrúa , 1983 203 p.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Código Penal Comentado. 10a ed. Mé XICO , Editorial Porrúa 1992 547 p.

- Derecho Penal Mexicano. 23a ed. México Editorial Porrúa, 1990 469 p.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Vol. IV 6a ed. México, Editorial Porrúa, 1986 409 P.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. 6a ed. México, Editorial Porrúa 1989 288 p.
- Imputabilidad e ininputabilidad. 2a e. México, Editorial Porrúa, 1989 p.
- Manual de Derecho Penal. Prólogo de Mariano Jimenez Huerta. México, Editorial Porrúa, 1984 524 p.
- La causalidad en el Delito. 3a Ed. México, Editorial Porrúa 1989. 181 p.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestina Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 13a ed. México, Editorial Porrúa. 1990 508 p.
- SILVA SILVA, Hernan. El delito de giro doloso de cheques. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile 1989 374 p.
- VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. México, Editorial Trillas 1a reimpresión 1977 415 p.

LEGISLACION CONSULTADA.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 92a. ed
México. Editorial Porrúa, S.A., 1991.
- Código de Comercio, 57a. ed. México. Editorial Porrúa, S.A., 1992.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 37a.ed.México.
Editorial Porrúa S.A., 1992.
- Código Penal Para el Distrito Federal, 50a. ed. México. Editorial
Porrúa S.A., 1992.
- Código Civil para el Distrito Federal, 60a. ed. México. Editorial
Porrúa S.A., 1992.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero, -
Comisión Electoral del Estado 1992.
- Código Penal del Estado de Guerrero, 2a. ed. México. Editorial -
Porrúa S.A., 1990.

OTRAS FUENTES.

- DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 17a. ed. México. -
Editorial Porrúa, 1991, 529 p.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Me-
xicano. 4a. ed. México, Editorial Porrúa. 1991. 4 tomos. 810 p.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. México, Edito-
rial Mayo, 1990. p.