



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO
DE FRAUDE ESPECIFICO A QUE SE REFIERE LA
FRACCION 1 DEL ARTICULO 387 DEL
CODIGO PENAL.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

FRANCISCO FLORES OSORIO



México, D. F.

EXAMEN 1974
PROFESIONALES

1452



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis maestros y en especial:

AL MAESTRO FERNANDO CASTELLANOS TENA.
Forjador de generaciones universitarias, con mi más grande agradecimiento por su valiosa ayuda.

AL MAESTRO PEDRO HERNANDEZ SILVA
Con mi afecto y reconocimiento por su valiosa orientación.

AL LIC. GUSTAVO CARBAJAL
Con mi eterno agradecimiento.

AL LIC. JAVIER ALBA MUÑOZ
Con respeto y admiración.

AL LIC. MIGUEL VILORO TORANZO
Que con sus consejos y ayuda
constante hizo posible la ter-
minación de mi carrera.

AL LIC. JUAN PELAYO ALVARADO
Como un testimonio de grati-
tud a su generosidad.

AL C. CORONEL VICENTE GONZALEZ NUÑEZ
Con mi agradecimiento y respeto.

A DON JUAN OLLIVER ANDRE
Agradecido por su ayuda.

AL SR. JORGE SARQUIS
Muchas gracias por
su generosidad.

I N D I C E

CAPITULO I EL DELITO EN GENERAL

I.- NOCION DEL DELITO.....	1
II.- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.....	7
III.- TEORIA TETRATOMICA.....	11
IV.- ESTRUCTURA DEL TIPO DESCRITO EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 387.....	13
V.- ENUNCIADO PREVIO.....	14
VI.- PLAN GENERAL A SEGUIR.....	16

CAPITULO II DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

I.- LA CONDUCTA EN GENERAL.....	19
II.- FORMAS DE LA CONDUCTA.....	21
III.- AUSENCIA DE CONDUCTA.....	23
IV.- LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO.....	26
V.- AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO....	29

CAPITULO III LA TIPICIDAD

I.- CONCEPTO DE TIPO PENAL.....	32
II.- LA TIPICIDAD.....	35
III.- LA ATIPICIDAD.....	36
IV.- LA TIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.....	38
V.- LA ATIPICIDAD EN EL DELITO MATERIA DE ESTE ENSA YO.....	42

. CAPITULO IV
LA ILICITUD

I.- LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL.....	45
II.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	46
III.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.....	47
IV.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN ESTE DELITO.....	47

CAPITULO V
LA CULPABILIDAD

I.- LA IMPUTABILIDAD.....	50
II.- LA CULPABILIDAD EN GENERAL.....	51
III.- LOS GRADOS DE CULPABILIDAD.....	52
IV.- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.....	55
V.- LA INCULPABILIDAD EN EL DELITO QUE NOS OCUPA....	55

CONCLUSIONES.....	57
-------------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	59
-------------------	----

CAPITULO I

EL DELITO EN GENERAL

I.- NOCION DEL DELITO.....	1
II.- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.....	7
III.- TEORIA TETRATOMICA.....	11
IV.- ESTRUCTURA DEL TIPO DESCRITO EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 387.	13
V.- ENUNCIADO PREVIO.....	14
VI.- PLAN GENERAL A SEGUIR.....	16

CAPITULO I

EL DELITO EN GENERAL

I.- NOCION DEL DELITO.

Históricamente el delito ha sido una contradicción BASICA a los valores fundamentales del grupo dominante. Este es un concepto que corresponde al materialismo dialéctico pero no por ello deja de ser exacto. Cuando en el principio de las organizaciones humanas, - los componentes del grupo violaban los "tabúes", quien ocupaba la cúspide de la pirámide del poder ordenaba el castigo de quien había osado contradecir los mandamientos que eran la base de la organización y de la convivencia. En la época del bajo Imperio Romano, constituía delito de lesa majestad el desnudarse delante de la estatua del César; en la Edad Media, hubo el delito de brujería, y en la India en la época actual no obstante los esfuerzos gubernamentales para su abrogación --- existe una ley conforme a la cual constituye delito el comer carne e importunar a las vacas que deambulan por las ciudades.

Todo esto que parece anecdótico, se trae

a colación para demostrar que el contenido del fenómeno delictivo es necesariamente cambiante acorde con los valores que en un momento dado se entroniza como supremos.

El hecho de que sea cambiante y diverso el contenido del fenómeno delictual, obedece a la ley socio-psicológica conforme a la cual la superestructura de una sociedad corresponde necesariamente a las necesidades del grupo en el poder; sin embargo, el concepto básico del delito, independientemente del contenido del mismo, permanece inmutable si es que se le entiende según se dijo al principio, como la contradicción a los valores básicos del grupo dominante.

Cuando los reyes de acuerdo con la Iglesia alegaban tener un derecho "Divino" para gobernar, - el delito de lesa majestad fue el más grave; cuando la Iglesia detentó el poder compartiéndolo con los gobernantes en turno, creó una serie de delitos entre los -- que ocupaban el de HERESIA, y es bien sabido que se dictaba la sentencia por los Tribunales Eclesiásticos y se entregaba el reo al brazo secular, para ejecutar el --- fallo pues no quería la Iglesia manchar con sangre sus manos místicas.

En nuestros días, vemos cómo una gran -- cantidad de nuevas figuras delictivas van surgiendo, a

medida que los gobernantes estiman que debe reformarse alguna situación o sancionarse un determinado comportamiento; por ejemplo: se ha erigido en delito el dividir en lotes un terreno sin el permiso oficial, aun cuando no se obtenga lucro; delito es no anotar una determinada operación financiera en los libros de contabilidad, etc., lo que revela que a medida que se vuelve más compleja la sociedad moderna, el Estado recurre a la creación de figuras delictivas para reprimir las conductas que considera contradictorias de situaciones básicas.

Desde la época de las leyes de Alfonso X -- "El Sabio", se definió el delito como "UN HECHO DEL HOMBRE O UN ESCRITO O DICHO QUE OBEDECE A DOLO O CULPA, -- PROHIBIDO BAJO PENA POR UNA LEY VIGENTE Y QUE NO PUEDE EXCUSARSE POR NINGUNA CAUSA". (1)

Esta definición que tiene aproximadamente -- ocho siglos, sigue siendo válida desde el punto de vista jurídico, y el hecho de que de acuerdo con diversas corrientes se dé en algunas definiciones preferencia a unos de los caracteres del delito sobre los demás, lo único que significa es que los estudiosos se dejan llevar en ocasiones por una determinada corriente, pero -- que no se altera la esencia del fenómeno.

(1).- Cfr. FRANCISCO MARIANA.- Comentario a la Setena Partida.

Rafael Garofalo, enamorado de la naciente disciplina de la Sociología, estudió el fenómeno delictivo que él consideraba su aspecto sociológico, lo definió como "La contradicción de los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media en que son poseídos por una comunidad". (2)

CARRARA, el gran clásico, quien por su especial tendencia hubo de afirmar la imputabilidad moral, definió el delito como "La infracción de la Ley del Estado promulgada para seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañosos". (3)

En el momento de escribir este ensayo, hay una tendencia acentuada hacia los aspectos puramente técnicos del delito, y es que con el correr del tiempo se han ido separando las áreas correspondientes del Derecho y de lo que se conoce como sus ciencias auxiliares; no es que el Derecho ignore los factores criminológicos, lo que sucede es que se ocupa de la materia que le es propia y contempla el delito como una estructura técnica.

Bajo ese prisma en que el tecnicismo ocupa

(2).- Cfr. RAFAEL GAROFALO.- Según cita que hace de Sociología Criminal, RICARDO ABARCA en su obra Derecho Procesal Mexicano, Editorial "JUS" 1942.

(3).- Cfr. FRANCISCO CARRARA.- Programa del curso de Derecho Criminal, Editorial Themis, Bogotá 1964, Pág.25.

lugar preponderante, los juristas han terminado por --- afirmar que el delito se reduce a una conducta típica, - antijurídica y culpable.

Se habla de que el ilícito penal es fatalmente conducta humana, porque en los Códigos modernos y -- concretamente en el Código Penal para el Distrito y --- Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia Federal, fácilmente se advierte -- que los tipos, o sea el enunciado de las conductas de-- lictivas comprende exclusivamente comportamientos huma-- nos; también se observa que las diversas penas son apli cables a quienes cometen delito, están señaladas para - las personas humanas.

El problema de la responsabilidad de las -- personas morales lo resuelve el Código estableciendo su posible disolución, pero no debe olvidarse que la perso na moral tiene entidad legal y personalidad distinta a la de los socios que la integran, tan solo a virtud a - una ficción y en la mayoría de los casos dicha persona lidad lo es tan sólo para fines patrimoniales, pero el Derecho Penal que es esencialmente realista, no puede - ignorar que la persona moral actúa porque personas huma nas son las que la componen. En este caso la acepción original de persona, que era la de una máscara que uti-

lizaban los actores en el teatro, es absolutamente apropiada, ya que la persona moral no es sino la máscara -- tras de la cual actúan los socios. El artículo 11 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, establece lo siguiente: "Cuando algún miembro representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase con excepción de -- las instituciones del Estado cometen un delito con los medios que resulte cometido a nombre o bajo el amparo -- de la representación social o en beneficio de ella o el Juez podrá en los casos exclusivamente especificados en la ley decretar en la sentencia la suspensión de la --- agrupación o su disolución cuando lo estime necesario -- para la seguridad pública".

De la transcripción hecha se desprende que de acuerdo con el requerimiento legal federal las personas morales no responden penalmente de conductas ejecutadas en su beneficio o con los medios de la propia persona moral; con ello se sigue un criterio realista al -- mismo tiempo rigurosamente técnico, debido a que según se dijo la persona moral es tan solo una ficción.

Respecto a la suspensión o disolución que establece el artículo 11 puede observarse que a virtud de lo que consigna el artículo 40 del Código Penal para

el Distrito y Territorios Federales podría declararse - la disolución de la sociedad cuando se le utilice para la comisión delictiva.

II.- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Ha habido numerosísimas tendencias, relativamente uniformes en la consideración del delito; atendiendo a las más recientes y que han florecido en el transcurso de los últimos cien años, las más notables - son conocidas con los nombres de ESCUELA CLASICA, POSITIVA y la llamada Tercera Escuela que procuró hacer la síntesis de lo que estimó sobresaliente y válido de las dos tendencias que le precedieron.

Los caracteres distintivos de la Escuela Clásica son los siguientes:

1.- IGUALDAD.- El hombre ha nacido libre e igual en derechos.

Esta igualdad en derechos es equivalente a la de esencia, pues implica la igualdad entre los sujetos, ya que la igualdad entre desiguales es la negación de la propia igualdad.

2.- LIBRE ALBEDRIO.- Si todos los hombres son iguales, en todos ellos se ha depositado el bien y el mal; pero también se le ha dotado de capacidad para elegir entre ambos caminos y si ejecuta el mal,

es porque se quiso y no porque la fatalidad de la vida haya arrojado al individuo a su práctica.

3.- ENTIDAD DELITO.- El derecho penal debe volver sus ojos a las manifestaciones externas del acto, a lo objetivo; el delito es un ente jurídico, una injusticia.

4.- IMPUTABILIDAD MORAL.- (Como consecuencia del libre arbitrio) base de la ciencia penal para los clásicos.

5.- METODO DEDUCTIVO.- En relación con la Escuela Positiva, sus caracteres dominantes según opinión del Maestro Ignacio Villalobos, son los siguientes:

A.- El punto de mira de la justicia penal, es el delincuente, el delito no es sino síntoma revelador de su estado peligroso.

B.- La sanción penal para que derive del principio de la defensa social debe de estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción.

C.- El método es el inductivo experimental.

D.- Todo infractor de la ley penal, responsable o no, tiene responsabilidad legal.

E.- La pena posee una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de

los delitos y por lo tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

F.- El juez tiene facultades para determinar la naturaleza delictiva del acto y establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso.

G.- La pena como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptarlos a la vida social y segregar a los incorregibles.

Por nuestra parte, dice el Maestro Villalobos, consideramos de utilidad el siguiente cuadro sinóptico.

1.- El punto de mira de la justicia penal es el delincuente. El delito es sólo un síntoma revelador de su estado peligroso.

2.- Método Experimental.- (Se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo que pueda inducirse de la experiencia y de la observación).

3.- Negación de Libre Albedrío.- (El hombre carece de libertad de elección). El delincuente es un anormal.

4.- Determinismo de la Conducta Humana. Consecuencia natural de la negación de libre albedrío.- La conducta humana está determinada por factores de carác-

ter físico-biológico, psíquico y social.

5.- El delito como fenómeno natural y social.- Si el delito es resultado necesario de las causas imputadas tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social. (Notas comunes del positivismo Penal)

6.- Responsabilidad Social. Se substituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social.- El hombre se halla fatalmente impedido a delinquir; la sociedad se encuentra también olvidada fatalmente a defenderse.

7.- Sanción proporcionada al Estado Peligroso.- La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción sino a la peligrosidad del autor.

8.- Importa más la Prevención que la Represión de los delitos.- La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes re adaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas". (4)

Son principios básicos de la Tercera Escuela en opinión del gran Penalista Cuello Calón, las

(4).-Cfr. La síntesis anterior se ha obtenido de la obra del maestro Castellanos Tena "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". 3a. Edición. México 1968. Página 38, Editorial Jurídica Mexicana.

siguientes:

a).- Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre.

b).- La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica y,

c).- La pena tiene como fin la defensa social.

III.- TEORIA TETRATOMICA.

El que el delito sea conducta humana, es una afirmación que tiene su apoyo en la propia ley y según se ha dicho, basta la observación de los diversos Códigos Vigentes en la República para llegar a ella. La conducta humana se convierte así, en un aspecto del delito o si se quiere en un presupuesto de orden naturalístico, según lo ha dicho Mariano Jiménez Huerta.

Mientras que el aspecto conducta es una referencia a cuestiones ajenas a la técnica jurídica, los datos relativos a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son referencias de orden técnico. Desde la época de Beling, a principio de este siglo, se observó que todo delito está subordinado a un esquema legal, y dicho esquema se conoce con el nombre de tipo y por tipicidad se entiende, la adecuación formal de la conducta al tipo. El delito necesariamente contradice el deber

ser que predica el Derecho como un todo, de ahí que se afirme que es fatalmente antijurídico, en la inteligencia de que la antijuridicidad se entiende, como la oposición de la conducta al deber ser que implícitamente predica en las normas penales, deber ser que tiene como contenido último, la abstención de la ejecución delictiva. Si la ley predica como aplicable una pena para quien comete delito, es inconcuso que reprueba tal ejecución pues resultaría contradictoria el que se predicara una pena para una conducta no desaprobada. Mientras la antijuridicidad contempla la fase externa del comportamiento, la culpabilidad comprende el aspecto anímico. La antijuridicidad es el resultado de un juicio, desaprobatorio, sobre la fase externa de la acción, mientras que la culpabilidad se refiere a la fase interna del comportamiento.

Como en la culpabilidad hay desaprobación y ésta puede ser más o menos acentuada, la Ley establece los grados del reproche; al más intenso se le conoce con el nombre de dolo, y con el de culpa o imprudencia al menos intenso; la pena aplicable está en concordancia con el reproche a la fase interna; en los Códigos se advierte que la sanción aplicable a los delitos dolosos, es más enérgica que para los culposos.

La concepción del delito que lo entiende como conducta típica, antijurídica y culpable, se conoce con el nombre de concepción tetratómica, para significar de acuerdo con la filología griega del término, -- que contempla cuatro aspectos a que se redujo la original concepción de Guillermo Sauer, quien ideó su célebre cuadro contemplando siete aspectos. La concepción Saueriana era HEPTATOMICA.

IV.- ESTRUCTURA DEL TIPO DESCRITO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 387

La fórmula que será el principal objeto del presente estudio es la siguiente: "Artículo 387.- Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán: I.- Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio en un asunto civil o administrativo, si no efectúa -- aquélla o no realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma, o porque renuncie o abandone - el negocio o la causa sin motivo justificado".

Contemplada la disposición desde el punto - de vista técnico debe catalogarse, como tipo anormal - puesto que comprende elementos normativos y subjetivos. (5).

(5).- Cfr. LUIS JIMENEZ DE AZUA.- La Ley y el Delito. Editorial Andrés Bello. Caracas, Venezuela. 1944.

Ahora bien, no es el momento de hacer un análisis pormenorizado de dicha disposición; sin embargo debemos sostener en forma previa a reserva de pretender explicarlo, que se trata de una figura subordinada al llamado fraude genérico, puesto que su realización entraña necesariamente la existencia del engaño y la obtención del lucro. Como en la fracción I del Artículo 387 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales se estableció el engaño y el lucro este segundo como efecto del primero resulta que aún en el caso que dicha fracción no existiera podría sancionarse tal conducta SUBSUMIDA dentro del tipo básico comprendido en la parte I del artículo 386. (6)

V.- ENUNCIADO PREVIO

Contemplando el contenido de la fracción I del artículo 387 en relación con la fracción II del 232, se advierte de inmediato que lo dicho en el inciso anterior tiene plena validez; ello es, la fracción I -- del 387 entraña la existencia de un engaño y un lucro. En efecto, dentro del capítulo relativo a "Delitos de -- abogados, patronos y litigantes", se comprende en la -- fracción II del artículo 232 la disposición siguiente:-- "Además de las penas mencionadas (de un mes a dos años

(6).- Cfr. MARIANO JIMENEZ HUERTA.- La Tutela Penal del Patrimonio. Página 250 y siguientes. Antigua Librería de Robredo.

y multa de cincuenta a quinientos pesos), se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión : II.- "Por abandonar la defensa de un cliente sin motivo justificado y causando daño".

A primera vista parece que la conducta descrita en la norma que se caba de copiar, también encaja en la fracción I del 387, puesto que en esta última se habla de no efectuar o no realizar la defensa, o abandonar el negocio sin causa justificada. Ahora bien, tal vez exista un concurso aparente de leyes puesto que dos normas que tienen vigencia coetánea captan la misma conducta, sin embargo, para un observador agudo, es fácilmente perceptible que no hay tal concurso aparente de normas ya que independientemente de que los tipos tutelan bienes jurídicos distintos, sin subordinarse a especie alguna, en el caso de la fracción I del 387 es indispensable la obtención de un lucro (al que obtenga dinero, valores o cualquier otra cosa); en cambio dentro de la hipótesis de la fracción II del 232, la noción del lucro está ausente aún cuando según puede observarse en la parte final, se exige la causación del daño. - Dicho daño debe ser entendido no sólo en su forma negativa crematística sino también en el más amplio de los sentidos, al grado de que la mera dilación en la resolu

ción del negocio puede entrañar la presencia del daño. Si se entendiera que la expresión "causando daño" se refiere a la obtención de un lucro en perjuicio del cliente, se estaría saliendo de la fracción II del 232 y penetrando en el terreno de la fracción I del 387.

Esta es una cuestión de orden técnico que -- posteriormente se explicará en forma detallada. (7)

VI.- PLAN GENERAL A SEGUIR

Siguiendo la orientación dogmática cuyos máximos exponentes en nuestro medio son los maestros Celestino Porte Petit y Fernando Castellanos Tena, intentaremos hacer el estudio correspondiente de acuerdo con el planteamiento tetratómico del delito. Se hará lo anterior porque se estima desde el punto de vista técnico que el delito no es sino una conducta típica, antijurídica y culpable.

El ya superado estudio que se sintetiza en el cuadro de Guillermo Sauer comprendía como aspectos positivos los siguientes: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad e impunidad. (8)

Los estudiosos han demostrado que la imputa

(7).- Cfr. Ver más adelante el Capítulo 3o. de esta Tesis.

(8).- Cfr. JIMENEZ DE AZUA.- La ley y el Delito. Página 274 y siguientes. Editorial Andrés Bello. Caracas, Venezuela 1944.

bilidad no es elemento de delito, sino un presupuesto de la culpabilidad, que desde el punto de vista de la sistemática y de la metodología no tiene por qué referirse al fenómeno del delito, por ser un predicado del sujeto activo del mismo.

Se han eliminado las condiciones de punibilidad porque no son sino referencias típicas que forman parte integrante de la descripción legal. Por último, resulta innecesario hacer referencia de la punibilidad porque dicha situación está comprendida dentro del concepto tipicidad, ya que el tipo no es mera descripción objetiva desprovista de valoración, sino que es descripción de conducta como acreedora de pena. Las nociones de tipicidad y punibilidad son consubstanciales.

CAPITULO II

DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

I.- LA CONDUCTA EN GENERAL.....	19
II.- FORMAS DE LA CONDUCTA.....	21
III.- AUSENCIA DE CONDUCTA.....	23
IV.- LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO.....	26
V.- AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO.....	29

CAPITULO II
DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

I.- LA CONDUCTA EN GENERAL

Fue ya superada la época en que se sancionaba la producción de un resultado dañoso independientemente de que su autor fuera una persona humana. La historia penal está llena de episodios que para el pensamiento actual resultan anecdóticos, entre los cuales resulta el muy conocido de JERJES el rey persa que irritado porque la mar se agitó e impidió el paso de su ejército, dictó una sentencia "en cumplimiento de la cual mil esclavos azotaron las olas".

Los ejemplos se multiplicaron y demuestran la peculiar confirmación psicológica de la época que trataba de castigar lo que a juicio de los poderosos era la causa productora del daño.

En nuestros días la afirmación de que el delito tiene como presupuesto una conducta humana, se ha vuelto axiomática y tal afirmación ni siquiera se discute.

El delito es necesario e indispensable el producto de un comportamiento humano. Mucho se ha escrito a propósito de lo que debe entenderse por con-

ducta dentro de la acepción Penal, y resultaría imposible resumir siquiera las muy variadas doctrinas que se han formulado al respecto. Como la finalidad que se persigue es hacer el estudio dogmático del fraude a -- que se refiere la fracción I del artículo 387, se hará el enunciado de la doctrina que se considera dominante y que para la mayoría de los pensadores modernos es la correcta. (9)

Desde la época de Beling se opinó que la conducta "es comportamiento humano voluntario"; debe aclararse para evitar confusiones ulteriores que en la problemática de la acción, el fenómeno volitivo se contempla únicamente en relación con el comportamiento en sí y no en lo referente al resultado; de involucrarse en la temática de la acción la voluntariedad del resultado, nos encontraríamos invadiendo el terreno que en forma privativa correspondiente a la culpabilidad, y se incidiría en el error de mezclar dos temas que aun cuando relacionados, son ideológicamente distintas. La afirmación que generalmente se hace respecto a la acción en el sentido de que en ella se observan tres elementos a saber: comportamiento, resultado y relación de causalidad, es muy discutible.(10)

(9).- VON BELING.- La Doctrina del Delito Tipo. Traducción de Sebastian Soler, Pág. 120 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires 1945.

(10).- Cfr. REIRHARDT MAURACH.- Tratado de Derecho Penal. Traducción de Ricardo C. Núñez. Editorial de Palma. Buenos Aires 1962.

Esta posición ha venido siendo sostenida con firmeza por los más notables autores del Derecho, aún cuando sin que esto signifique faltar al respeto intelectual los sostenedores de esta doctrina merecen, pueda disentirse y afirmar que la problemática de la acción se reduce al comportamiento en sí mismo. El resultado del comportamiento que es sin duda indispensable para que el delito se integre, encuentra su lugar dentro de la metodología jurídica en el campo de la tipicidad, si es que se le contempla desde el punto de vista formal, y en el de antijuridicidad si lo que lo estudia es el aspecto valorativo del propio resultado.

Por otra parte, siendo también obvio que entre el comportamiento y el resultado debe existir una relación de causalidad, tal relación corresponde al campo de la lógica más que a la doctrina jurídica. La causalidad está presente dentro de la fenomenología que el hombre conoce inclusive en el terreno de las cuestiones no humanas, y es por ello que desde la época de MERKEL, hay una corriente que afirma lo innecesario del estudio de la causalidad de las disciplinas jurídicas. (11)

II.- FORMAS DE LA CONDUCTA

La conducta humana entendida como el compor-

(11).- Cfr. FAUSTINO BALLVE FALLISE.- Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito. Pág.24, Tesis Profesional. México 1953.

tamiento tiene dos direcciones básicas: la activa y la omisiva; es decir, el sujeto puede actuar o dejar de hacerlo y su conducta será relevante para el derecho, si se produce el resultado típico.

La idea más difundida a propósito de lo que se llama acción y omisión, como especies o formas de la conducta, predica que en la acción se contradice una norma prohibitiva, y la omisión una preceptiva. -- Tal afirmación toma en cuenta únicamente la norma que en forma inmediata se contradice, porque en realidad todo delito ya sea que su forma de ejecución deba ser catalogada activa u omitiva contradice en último término una norma prohibitiva subyacente en los tipos y que en forma implícita prohíbe su realización dentro de los presupuestos de la punibilidad.

Esto merece una explicación: cuando el Legislador erige las conductas en tipo, manifiestamente las reprueba, pues resultaría absurdo afirmar que el Estado no reprocha un comportamiento, no obstante que predica una pena para quien lo realiza; esa comisión de la pena a quien ejecuta la conducta descrita en los tipos revela en forma indudable que el derecho prohíbe semejante realización y que quien contradice semejante prohibición habrá de sufrir las consecuen---

cias correspondientes.

Hecha la explicación anterior, resulta ya - clara la posición expresada renglones arriba conforme a la cual todo delito, ya sea que se ejecute por acción u omisión entraña en último término la contradicción a una norma prohibitiva. La afirmación conforme a la cual el delito por acción contradice una norma -- prohibitiva y el por omisión una preceptiva, toma en cuenta la norma que en forma inmediata se contradice, pero siendo exacta resulta sin embargo incompleta.

III.- AUSENCIA DE CONDUCTA

Dentro de la concepción llamada tetratómica conforme a la cual el delito es conducta típica, antijurídica y culpable, para fines didácticos se acostumbra contraponer a cada uno de dichos aspectos, otros que vienen a ser su contrapartida; así encontramos que a los aspectos positivos, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; corresponden las negaciones, ausencia de conducta, tipicidad, causa de justificación y causa de inculpabilidad.

Ahora bien, desde el punto de vista teórico el aspecto negativo de la conducta será la falta de comportamiento, el que se da a virtud de lo que se conoce como "Vis absoluta" y que el Código Penal capta -

en la fracción I del artículo 15 dentro del cuadro de las llamadas excluyentes de responsabilidad, refiriéndose a dicha falta de comportamiento en la forma siguiente: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: I.- Obrar el acusado impulsado por una fuerza física "exterior irresistible". Claramente se advierte que habrá la falta de comportamiento puesto que el sujeto se convierte en mero instrumento de una fuerza extraña sin que medie acto volitivo alguno de parte suya. Desde luego que la expresión: "obrar el acusado" resulta impropia, ya que filológicamente el vocable tiene un significado de movimiento autónomo; sin embargo, el intérprete deberá entender que el Legislador lo que capta en la fracción transcrita es la falta de acción; si quien sirvió como instrumento fue impulsado por conducta ajena, será el tercero quien deba responder de las consecuencias delictivas. Debe insistirse abundando en la idea expresada en el inciso primero de este capítulo en que si no hay acto volitivo, no habrá comportamiento; si existe acto volitivo, aun cuando se trate de una voluntad viciada por violencia moral, no habrá culpabilidad, pero si habrá comportamiento. Imagínese el caso característico del temor fundado en este caso, desde el punto de vista puramen-

te penal, existe el comportamiento y la falta de responsabilidad surge no por ausencia del mismo sino a virtud de una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. (12)

Las doctrinas afirman que tampoco habrá acción desde el punto de vista penal en los casos de hipnotismo y en el estado de sonambulismo. Desde luego que sus razones tendrán quienes ello afirman; sin embargo para el profano en cuestión de hipnotismo y sonambulismo resulta un tanto inexplicable dicha afirmación, puesto que partimos los no concededores de la base conforme a la cual en el hipnotismo es indispensable el asentimiento del hipnotizado para que el hipnotizador pueda actuar sobre él y en esas condiciones la conducta de quien actúa en estado hipnótico deberá ser considerada como una acción libre en su causa, ya que el sujeto se colocó voluntariamente bajo el influjo del hipnotizador.

Si a virtud de conducta exclusiva del hipnotizador y sin que el hipnotizado preste su consentimiento, es sometido al estado hipnótico, creemos que dicha situación debe manejarse con la técnica del trastorno mental transitorio involuntario por parte de quien lo sufre, provocado por un tercero y nuevamente.

(12).- Cfr. CASTELLANOS TENA.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 3a. Edición, Editorial Jurídica Mexicana 1965.

se impone la afirmación de que hubo comportamiento aún cuando se estará en presencia de una causa de inimputabilidad. (13)

En lo que se refiere al sonambulismo y haciendo la advertencia de que quien esto escribe está muy lejos de ser experto en la materia, diremos que todo indica que debe manejarse con la técnica del trastorno mental transitorio, porque en el sonambulismo hay actuación del inconsciente que pone en movimiento el sistema psicomotor y habrá por lo tanto conducta pero no imputabilidad.

IV.- LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO.

Atenta la estructura del tipo, encontramos que es de aquéllas que pueden considerarse complejas, puesto que requieren una serie de actitudes Físico-Psíquicas, pero de acuerdo con lo expresado en párrafos anteriores la conducta es la parte objetiva del delito; para hacer el estudio correspondiente, habrá que ocuparse en forma exclusiva del comportamiento material ya sea activo u omisivo.

Diríase que las diversas hipótesis del delito que nos ocupa tienen como denominador común las siguientes:

(13).-Cfr. RAUL CARRANCA TRUJILLO.- Las causas que excluyen la Incriminación. Editorial Porrúa.

La obtención de algo mediante un ofrecimiento que no se cumple.

Ahora bien, la obtención puede tener por objeto "dinero, valores o cualquiera otra cosa"; es por -- ello que se afirma que el denominador común es la obtención de algo. Debe entenderse que al utilizar la Ley el presente de indicativo del verbo, exige el asentimiento del titular original que cede cualquier derecho sobre diversos valores u otra cosa. No se trata de una acción en que la cosa se atraiga sino en que se recibe.

Para la obtención a la que se acaba de hacer referencia, es indispensable que medie un ofrecimiento que tiene como contenido el hacerse cargo de la defensa "de un procesado o reo" o bien hacerse cargo de la dirección o patrocinio "en un asunto civil o administrativo", y para que se integre el delito en cualquiera de las hipótesis es indispensable que ese ofrecimiento no se cumpla, pudiendo dicho incumplimiento no tener lugar "porque no se haga cargo legalmente de la defensa", "o porque renuncie y abandone el negocio sin motivo justificado". Puede observarse que la figura -- entraña la presencia de comportamientos activos (la obtención de algo mediante un ofrecimiento), y es indis-

pensable además una conducta omisiva (incumplimiento).

Son noventa las posibles formas de integración del tipo, y resulta innecesario ir presentando cada una de ellas. Tan solo con un propósito meramente ejemplificado vamos a enunciar algunas, a).- Obtener dinero ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado si no se efectúa dicha defensa por no hacerse cargo legalmente de la misma.- b).- Esta hipótesis puede ser triple con solo subsistir la expresión "dinero" -- por la de "valores o cualquiera otra cosa". Sigue aumentando el número de hipótesis sustituyendo el término de procesado por el de reo y tendremos otras tres -- si sustituimos la expresión "porque no se haga cargo legalmente de la misma" o por la de "renuncia sin motivo justificado", tendremos seis hipótesis más, etc.,-- etc.

Lo que importa en función del propósito que se persigue, es precisar que según se ha dicho, la base objetiva del delito que nos ocupa está constituida, en todas sus hipótesis por dos comportamientos activos, a saber: la obtención de algo mediante un ofrecimiento y luego un comportamiento omisivo. En cualquiera de las hipótesis que puedan presentarse, fatalmente aparecerán dichos comportamientos.

Precisar cada una de las posibles formas de integración resulta por lo tanto innecesario.

V.- AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO.

Precisado en el inciso anterior que en cualquiera de las hipótesis captadas en la fracción I del 387 del que nos ocupamos es indispensable la obtención de algo mediante un ofrecimiento que no se cumple, y como a virtud de las peculiaridades de la descripción legal se precisan los medios comisivos, resultará una situación aparentemente desconcertante -- cual es la siguiente: si no hay obtención de algo, no habrá conducta y dicha ausencia de conducta traerá como consecuencia una atipicidad formal y material, -- pues ni siquiera se adecuaría letrísticamente dicha situación a la descripción legal, ni realizaría los presupuestos de la pena.

Imaginemos que alguno gratuitamente ofrece hacerse cargo de la defensa de un procesado, y si ni siquiera se hace cargo de la misma, resulta que no habrá conducta con relación al tipo de la fracción I -- del artículo 387.

Aún cuando podría integrarse una de las hipótesis de la fracción II del artículo 232, según veremos más adelante.

Sintetizando lo expresado en este capítulo lo diremos que la conducta en el delito material del presente estudio, puede catalogarse como compleja, -- pues requiere dos situaciones que aisladamente consideradas deben calificarse como activas y luego una -- conducta omisiva. Debe tenerse en cuenta una directriz de orden técnico que es frecuentemente olvidada y que es la siguiente: la conducta en sentido técnico se integra por una serie de actos y la unidad del comportamiento la da el tipo; ello es, la multiplicidad de actos que pueden exigir la descripción legal para que el delito se integre, no puede constituir diversas acciones desde el punto de vista penal, sino que dichos actos al estar aprisionados por la estructura típica, constituye un solo comportamiento. (14)

(14).- Cfr. VON BELING.- La Doctrina del Delito Tipo. Traducción de Sebastian Soler, Página 120 y siguientes . Editorial La Ley. Buenos Aires 1945.

CAPITULO III

LA TIPICIDAD

I.- CONCEPTO DE TIPO PENAL.....	32
II.- LA TIPICIDAD.....	35
III.- LA ATIPICIDAD.....	36
IV.- LA TIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.....	38
V.- LA ATIPICIDAD EN EL DELITO MATERIA DE ESTE EN- SAYO.	42

CAPITULO III
LA TIPICIDAD.

I.- CONCEPTO DE TIPO PENAL.

Dentro de la moderna técnica, puede afirmarse que la norma penal descriptiva cumple una función múltiple, pues no solamente delimita las conductas punibles sino que es también un instrumento técnico para la solución de cualquier problema que se presente.

Fue a principios de este siglo cuando "el alemán VON BELING escribió una célebre monografía en que por primera vez trató del tipo y la tipicidad".(15)

De la observación del artículo 59 del Código Penal del Imperio, dedujo Beling que toda conducta para ser delictiva, debe estar subordinada a un esquema básico al que llamó "Delito Tipo" y a las descripciones concretas de las conductas delictivas "tipos de delito".

En su concepción originaria BELING fue un tanto confuso, no tanto en la exposición, cuanto en la sistematización de las consecuencias de su descubrimiento. Incluso veinticuatro años después de que por

(15).- Cfr. VON BELING.- La Doctrina del Delito tipo. Traducción de Sebastian Soler. Página 120 y siguientes. Editorial La Ley. Buenos Aires 1945.

primera vez expusiera su doctrina, nuevamente hizo un estudio en que replanteó algunos temas, pero no logró unificar sus conclusiones, sino que fueron otros los pensadores que vinieron a sistematizar el planteamiento Belingniano hasta convertir el tipo en un instrumento técnico y en la idea central unificante de la fenomenología Jurídico Penal.

En el planteamiento original de BELING, el tipo es la descripción de una conducta desprovista de valoración.

Puede afirmarse que desde el punto de vista técnico, cualquiera de las justificantes, inimputabilidades o inculpabilidades, son en último término, -- verdaderas atipicidades, puesto que, su presencia sus trae la conducta ejecutada al régimen de la punibilidad, y por ende la conducta al quedar fuera de dicho supuesto resulta materialmente atípica.

Enfocado así el problema aparece plenamente válida la afirmación de MEZGER (16) conforme a la cual la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad, pues al describirse la conducta como acreedora de pena se está revelando plenamente su desaprobación y la estimativa social y cultural tendrá que ceder an

(16).- Cfr. EDMUNDO MEZGER.- Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Página 115 y siguientes. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1968.

te la estatal. Hay casos en que la Ley erige en tipo conductas que desde el punto de vista cultural no se consideran antijurídicas y pueden catalogarse como socialmente aceptadas, pero la Ley las considera delictuosas porque quienes crearon dicha Ley estimaron que eran reprobables, tal es el caso de los actos de culto externo que considera delictivos el artículo 60., de la Ley de Cultos en México.

Resulta innecesario hacer una exposición extensa sobre la problemática del tipo y sus aplicaciones como instrumento técnico, pero es indispensable referirse cuando menos a los elementos de que puede estar constituido.

Siendo el tipo una descripción, es obvio -- que dentro de la misma se utilizan los términos del -- lenguaje. Ahora bien, si el término que utilizó el legislador significa algo sensorialmente apreciable, se estará, en presencia de un elemento objetivo; si el vocablo utilizado entraña una valoración jurídica o cultural, se habla de la presencia de un elemento normativo, y si el término que se utiliza describe un estado anímico, estaremos ante un elemento subjetivo. (17)

En tipos como el del estupro se advierte la

(17).--Cfr. EDMUNDO MEZGER.-- Tratado de Derecho Penal.-- Tomo I, Página 250 y siguientes. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1968.

presencia de las tres clases de elementos a que se ha hecho mérito, en efecto, los términos "cópula" así como "mujer menor de 18 años", son vocablos que significan situaciones sensorialmente apreciables; en cambio los términos "casta y honesta" que son predicados de la mujer, pasivo del delito, significan situaciones de orden cultural; por último la obtención del consentimiento mediante seducción o engaño, describe un estado anímico de lo pasivo y del activo; tal es en síntesis el esquema del tipo.

II.- LA TIPICIDAD

Desde el punto de vista formal, una conducta es típica cuando encuadra letrísticamente en la descripción legal. Puede suceder que aún encajando en la descripción, la conducta no sea delictiva; ya en el inciso anterior se hacía notar que mediando la justificante conocida como defensa legítima, la privación de la vida que se realice será típica en cuanto encuadra en la descripción del artículo 302 del Código Penal vigente, pero no será delictiva.

Debe diferenciarse entre tipicidad formal y tipicidad material; la primera es, según se ha dicho, la mera adecuación letrística de la conducta al tipo, en tanto que la segunda implica la total realización

de los presupuestos de la punibilidad. Una conducta - para ser típica en sentido material tendrá ineludiblemente que encajar letrísticamente en el tipo, ejecutarse dentro de un marco de ilicitud por sujeto imputable, y además obedecer a un proceso anímico reprochable: sólo lo realizado cada uno de estos presupuestos podrá decirse que hay tipicidad material.

III.- LA ATIPICIDAD

Dentro de la exposición que se hace a base de aspectos positivos y negativos del delito, la contrapartida de la tipicidad lo constituye la atipicidad, entendida esta última como la no adecuación de la conducta a la descripción legal entendida en su aspecto puramente formal.

Ya se dijo anteriormente que desde el punto de vista de la tipicidad material, cualquier causa de exclusión de la pena es una atipicidad, si es que se entiende la tipicidad material como la cabal realización de los presupuestos de la punibilidad.

Los puristas de la técnica afirman que la atipicidad puede darse por inexistencia del tipo y por no integración de los elementos del propio tipo. Si no existe en la Ley la descripción de la conducta como constitutiva de delito y quien actúa cree estar

realizando una conducta delictiva, habrá una atipicidad por inexistencia del tipo. A esta situación se le conoce con el nombre de delito putativo; en cambio, cuando existe la descripción de la conducta que el sujeto trata de ejecutar y dicha descripción se considera en la Ley como integradora de una figura delictiva, pero no se realiza alguno de los elementos de la norma punitiva, habrá atipicidad por no integración de los elementos -- del tipo. Los ejemplos a los que con mayor frecuencia se recurre para explicar el delito putativo (inexistencia del tipo) y el imposible (no integración de los elementos del tipo), son los de la vivisección y ataque a una persona ya muerta; en el primer caso el sujeto secciona el cuerpo vivo de un animal silvestre y cree que está cometiendo delito, pero no hay tal, puesto que la ley no capta dicha conducta como delictiva; en el otro caso, alguien da de puñaladas al cuerpo de una persona que acaba de fallecer creyendo que aún vive y que tan solo está dormida; en este último caso no se integra el tipo porque no existe privación de la vida, aún cuando la conducta que trataba de ejecutarse era delictiva y -- específicamente descrita en la Ley como tal.

Para que no se confunda el delito imposible con la tentativa, debe tenerse presente que mientras en

el delito imposible el tipo existe pero no puede integrarse por ausencia del bien tutelado, o porque el medio que se utiliza es absolutamente inidóneo, en la tentativa el tipo no se integra, pero el bien jurídico --- existe y es puesto en peligro.

IV.- LA TIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Entendida la tipicidad como adecuación del comportamiento a la descripción legal, habrá de afirmarse que una conducta es típica si encaja dentro de un precepto penal. Observese que hemos hablado de un precepto penal y no de otro, porque puede suceder que una conducta determinada se adecúe a una norma civil, administrativa o laboral, etc., y no obstante su adecuación no puede calificársele de típica en sentido técnico: "El tipo y la tipicidad son privativos de las cuestiones penales". (18)

Entrando al estudio de la tipicidad de la conducta en el delito materia del presente estudio, diremos que dentro de las posibles noventa hipótesis a -- que se hizo referencia en el inciso d) en el capítulo anterior, todas ellas serán típicas en sentido formal -- si caben letrísticamente en la descripción legal.

En el capítulo I se afirmó que estamos en --

(18).- Cfr. VON BELING.- Esquema de Derecho Penal. La -- Doctrina del Delito Tipo. Editorial La Ley, Página 115 y siguientes, traducción de Sebastian Soler. -- Buenos Aires 1945.

presencia de lo que la doctrina conoce como "tipo anormal", entendiendo como tal la descripción que comprende elementos distintos a los puramente objetivos.

Se trata de un tipo relativamente "abierto" - puesto que dentro de su estructura comprende la expresión "o cualquiera otra cosa" como objeto de la obtención del lucro, pues a ello se reduce la frase "al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa".

Sería prolijo referirse a cada una de las hipótesis de tipicidad del delito en cuestión. Lo correcto es captar hasta donde sea posible el contenido de la conducta descrita; pero como se trata de un tipo "anormal" resulta que su tipicidad formal entraña fatalmente su tipicidad material, significando con esto último que la conducta será indiscutiblemente antijurídica y culpable y por ende, punible. Este es un problema de orden técnico sobre del cual habremos de exponer algunas ideas en los capítulos siguientes.

El tipo comprende entre sus elementos "patrocinio en un asunto civil o administrativo"; bueno es -- tratar de diferenciar los dos conceptos: Un negocio será civil cuando se refiera a cuestiones patrimoniales - surgidas a virtud de actividad distinta a la mercantil; será también civil cuando tenga su origen en cuestiones

familiares que se conocen en el lenguaje usual como problemas del estado civil; ello es, relativos a filiación, matrimonio, divorcio, tutela, etc., etc.

Lo administrativo implica una relación de gobernante a gobernado en cuanto el primero organiza los servicios públicos; lo administrativo se reduce a la relación de servicio del Estado a los componentes del mismo. El Estado, por lo menos en un planteamiento como el que la Constitución predica, está para servir y no para ordenar, y si alguna vez ordena debe hacerlo en función del servicio que presta. Un Estado que pretenda ordenar sin finalidades de servir, será un Estado autoritario y cualquier hombre libre está legitimamente autorizado a luchar en contra de semejante tiranía.

Hay un tema que no por muy explorado puede considerarse definitivamente resuelto; nos referimos a la situación procesal llamada cuerpo del delito.

Los procesalistas acordes con la vieja idea de que el cuerpo del delito se integra por la materialidad de los elementos del tipo, llevaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a sostener en jurisprudencia firme, que "el cuerpo del delito está constituido por los elementos materiales, descritos en la Ley, - hecha abstracción del dolo y la culpa". (19)

(19).- Cfr. Cuerpo del Delito, Concepto de. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia 1917-1965. 2a. Parte. 1a. Sala, página 186 a 187.

Semejante tesis jurisprudencial parte de un desconocimiento de la noción procesal del cuerpo del delito; en efecto, cuando el artículo 19 Constitucional - consigna como garantía del acusado el que ninguna detención podría exceder del término de 72 horas sin que la justifique un auto de formal prisión en el que deben --comprobarse plenamente el cuerpo del delito y la existencia de datos para ser probable la responsabilidad -- del acusado, significa que debe acreditarse en términos absolutos la materialidad del hecho, ello es, la Constitución exige que si alguien va a ser sometido a proceso, se demuestre cuando menos que el hecho imputado existió materialmente, lo que vale tanto como decir que no podrá procesarse a persona alguna por un hecho de existencia dudosa.

Si atendiéramos a la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encontraríamos que bastaría la comprobación de elementos materiales del tipo para afirmar la existencia del cuerpo del delito; pero si un tipo no tiene elementos materiales resultaría que no hay cuerpo del delito. Imaginemos el caso del -ESTUPRO a que se refiere el artículo 262 del Código Penal Federal: bastaría que alguien copule con una mujer menor de 18 años para que existiera el cuerpo del delito, pues los elementos "casta y honesta, obteniendo su

consentimiento por medio de seducción o de engaño", no son elementos materiales sino que tienen el carácter de normativos o subjetivos. A mayor abundamiento, en el caso del fraude llamado genérico descrito en el artículo 386 del Código que se viene citando, de aceptarse la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, sería imposible comprobar el cuerpo del delito, puesto que -- los elementos del tipo son subjetivos o normativos. Ahora bien, si en un esfuerzo para seguir la Jurisprudencia, se procurará en función del cuerpo del delito comprobar los elementos materiales descritos en el tipo, -- resultaría que basta que alguien obtenga algo para que el cuerpo del delito se acredite, lo que sería monstruoso, pues lícitamente se puede obtener un lucro y ello -- no constituye delito.

Lo anterior demuestra hasta que punto el Derecho Penal está por escribirse.

V. LA ATIPICIDAD EN EL DELITO MATERIA DE ESTE ENSAYO

La atipicidad es, según se dijo en el inciso c) del presente capítulo, lo que no encaja en la descripción legal.

Una conducta será atípica cuando no realice fácticamente lo que comprende la norma penal.

A virtud de la estructura de la fracción I'

del artículo 387 del Código Penal Federal es imposible. que haya tipicidad formal, sin que exista tipicidad material; es decir, no es posible que una conducta encaje en el tipo sin que sea antijurídica y culpable.

. CAPITULO IV

LA ILICITUD

I.- LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL.....	45
II.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	46
III.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.....	47
IV.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN ESTE DELITO.....	47

CAPITULO IV
LA ILICITUD

I.- LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL

De acuerdo con las enseñanzas de MEZGER (20) "actúa antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del Derecho que se convierten así en normas de valoración". El profesor alemán expresa con ello que el actual material será antijurídico si es distinto al que la norma implícitamente exige o espera. El problema es de un gran tecnicismo, pero se reduce a lo siguiente: una conducta es antijurídica cuando materialmente es distinta a la que el derecho exige. El problema culpabilidad debe tratarse separadamente.

Lo antijurídico es por supuesto lo contrario al derecho, pero decir ello no es una explicación de la antijuridicidad. Para entender el concepto de antijuridicidad debe precisarse que el delito es una conducta desaprobada; la desaprobación en la fase ejecutiva en su aspecto material, da origen a un juicio de reproche conocido con el nombre de antijuridicidad. Para explicar en términos absolutos lo que es lo antijurídico diremos que es lo desaprobado en cuanto a "la fase

(20).- Cfr. EDMUNDO MEZGER.- Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Página 245 y siguientes. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1968.

material de la acción típica". (21)

II.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Como corolario de lo dicho en el inciso anterior deberá afirmarse que si el Estado mediante su -- Ley exige o autoriza una conducta determinada, no podrá afirmarse que la reprueba. Esta es una cuestión obvia. En el artículo 15 del Código Penal Federal se consignan lo que en el lenguaje de la Ley se designa con el nombre de "excluyentes de responsabilidad", entre tales deben comprenderse las descritas en las fracciones III y V. En la III se capta la defensa legítima y la V el -- cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho; debe agregarse como justificante la fracción VIII relativa al impedimento legítimo.

Diremos que desde el punto de vista técnico hay dos justificantes entendidas como contrapartida de la antijuridicidad, y son ellas el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. La defensa legítima es ejercicio de un derecho, específicamente reglamentado; ahora bien, cuando la Ley habla de ejercicio de un derecho y a ello se refiere en la fracción V, artículo 15, comprende únicamente derecho concretamente autorizado, y cuando en la citada fracción consigna el

(21).- Cfr. MARIANO JIMENEZ HUERTA.- La Antijuridicidad. Revista Universitaria. México 1952.

cumplimiento de un deber, debe entenderse que es el deber concretamente exigido. Para mayor claridad vamos a ejemplificar: cuando el jefe de la policía impone un -- arresto al subordinado por faltas reglamentarias, está en el ejercicio de un derecho concretamente autorizado por el reglamento relativo, y por supuesto que no comete delito. Cuando el verdugo ejecuta al condenado a -- muerte, su acción aún cuando es formalmente típica, pues to que ha privado de la vida, no es antijurídica, ya -- que lo hace en cumplimiento de un mandato del Estado.

El impedimento legítimo entraña el cumplimiento de un deber que ampara conductas omisivas: tal -- es el caso del abogado que se niega a declarar en el -- proceso de quien fue su cliente ya que la Ley le impone el silencio, y tan es así que si lo hiciera estaría dentro del tipo de revelación de secretos comprendido en -- el artículo 210 del Código Penal.

III.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

Habida cuenta que el tipo requiere que la -- conducta se ejecute "sin motivo justificado", resulta -- que la tipicidad formal, entraña necesariamente la ilicitud del comportamiento. Decir otra cosa es ignorar -- la Ley.

IV.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN ESTE DELITO.

Si la conducta es formalmente típica, será indudablemente antijurídica y por ende no es posible - que en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un - derecho, se obtenga lucro, "sin motivo justificado". - No hay posibilidad alguna de que opere alguna justifi- cante.

CAPITULO V
LA CULPABILIDAD

I.- LA IMPUTABILIDAD.....	50
II.- LA CULPABILIDAD EN GENERAL.....	51
III.- LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD.....	52
IV.- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.....	55
V.- LA INCULPABILIDAD EN EL DELITO QUE NOS OCUPA...	55

CAPITULO V
LA CULPABILIDAD

I.- LA IMPUTABILIDAD

En el cuadro de Guillermo Sauer se comprende como elemento del delito de imputabilidad". (22)

Si se entiende que es imputable quien es activo de delito, deberá admitirse que no se trata de un elemento de la figura delictual, sino un predicado de quien la ejecuta. La imputabilidad es capacidad de ser sujeto activo de delito, y por ende no puede ser elemento de la conducta sino de quien la ejecuta.

La imputabilidad significa de acuerdo con los lineamientos modernamente aceptados, una capacidad intelectual y una mayoría de edad que la Ley expresamente consigna. A contrario sensu el artículo 119 del Código Penal Federal señala el límite objetivo de la imputabilidad al expresar que los menores de 18 años al ser internados para su corrección educativa, están fuera del régimen represivo. Por otra parte el artículo 68 del Código en consulta establece que "Los locos, idiotas, imbeciles o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan -

(22).- Cfr. LUIS JIMENEZ DE AZUA.- La Ley y el Delito. Editorial Andrés Bello. Caracas, Venezuela 1944, página 245 y siguientes.

ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidas como delitos, serán reclusos, en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y sometidos con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo". Todo indica que el legislador partió de la base de que cualquier locura, -- además de la atención médica requiere "un régimen de -- trabajo". Eso demuestra que se requiere algo más que saber criminología para legislar en materia de inimputables, si es que se trata de individuos cuya salud -- mental está afectada.

II.- LA CULPABILIDAD EN GENERAL

De acuerdo con la doctrina dominante, -- culpabilidad es reprochabilidad al proceso psicológico que genera el delito".(23)

La reprochabilidad existe porque se contradice un orden de valores y cuando recae sobre la fase externa del comportamiento, recibe el nombre de antijuridicidad, y de culpabilidad cuando el juicio de -- reproche recae sobre la motivación que tiene necesariamente un contenido anímico. Antijuridicidad y culpabilidad son al anverso y reverso de una cuestión valorativa que tiene resultados desaprobatorios; por eso se

(23).- Cfr. JAMES GOLDSCHMIDT.- La Concepción Normativa de la Culpabilidad. Traducción de Ricardo C. Núñez. Editorial La Ley, Buenos Aires 1948.

ha dicho que en el delito existe un dato de carácter axiológico y que semejante proceso de valoración da origen a la antijuridicidad en cuanto contempla la fase externa de la conducta y al de culpabilidad cuando el objeto de la valoración es el comportamiento anímico.

Desde luego que no todo el proceso subjetivo corresponde necesariamente a la culpabilidad, y prueba de ello es el caso en que existen elementos subjetivos de la antijuridicidad, que se reducen a situaciones de carácter anímico que sin son utilizados como medio para valorar la fase externa de la acción reciben el nombre de elementos subjetivos del injusto; en cambio si tales situaciones anímicas no son el medio que se utiliza para valorar la fase externa, sino el objeto de tal valoración, serán entonces parte del problema de la culpabilidad, puesto que se está valorando el proceso anímico en sí mismo y no en relación con la fase externa de la conducta.

III.- GRADOS DE LA CULPABILIDAD

Desde la época romana se distinguió el dolo y la culpa, y la totalidad de los Códigos Penales captaban la antiquísima distinción referentes a la cul

pabilidad". (24)

El dolo corresponde al reproche más enérgico y la culpa a uno que resulta atenuado en relación con el dolo.

La Ley habla de delitos intencionales y no intencionales o por imprudencia, y semejante terminología corresponde a lo que doctrinariamente se conoce como dolo y culpa.

A propósito del dolo debe decirse que si bien es cierto existe una voluntad inicial de contenido típico, la no coincidencia entre la voluntad y el resultado no hace desaparecer el dolo; puede suceder que el sujeto activo tenga el propósito de producir un resultado concreto y no obstante ello se produzca uno distinto; la producción de ese resultado se reprochará como dolosa no porque el sujeto la haya querido sino a virtud de haber penetrado voluntariamente al terreno de la tipicidad". (25)

Hay numerosas divisiones hechas por los juristas a propósito del dolo y la que mayor importancia tiene, es la que distingue entre dolo directo y dolo eventual.

En el dolo directo el sujeto quiere el re--

(24).- Cfr. EUGENE PETIT.- Derecho Romano. Editorial Sopena. Barcelona 1932.

(25).- Cfr. JOSE AGUILAR MARABOTO.- El Error Accidental. México 1966. Tesis Profesional.

sultado, en cambio en el eventual, colocado el activo ante la posibilidad de que se produzca el daño típico y sabiendo que esto pueda producirse acepta las consecuencias de su acto; es por lo que se afirma que en el dolo directo se quiere el resultado y en el dolo eventual no se quiere el resultado pero se acepta.

A propósito de la culpa, debe precisarse -- que su elemento distintivo en relación con el dolo es la ausencia de voluntad o de aceptación de resultado. -- Mientras que en dolo se requiere o acepta la producción típica, en la culpa no hay aceptación ni voluntad de la misma.

La división básica a propósito de la culpa, distingue la culpa con representación llamada también culpa consciente y la culpa sin representación conocida con el nombre de culpa inconsciente.

En la culpa con representación el sujeto -- prevee el resultado pero tiene la esperanza que NO se produzca; por otra parte en la culpa sin representación el sujeto no prevee un resultado que desde el punto de vista lógico-fáctico es previsible.

Siendo el dolo el grado más intenso del reproche, la Ley fija una sanción más enérgica para esa clase de delitos, y concomitantemente una que resulta

atenuada en relación con la que corresponde al delito doloso para el caso de delito por culpa.

La penalidad que se fija en los diversos artículos de la Ley, corresponde al grado doloso de la ejecución, y el artículo 60 fija una sanción uniforme para los culposos, sea cual fuere el tipo realizado.

IV.- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Atenta la estructura del tipo debe afirmarse que se trata de un delito de necesaria ejecución dolosa. Ya en el capítulo I se hizo notar la diferencia que existen entre la figura descrita en la fracción I del artículo 387, y el que describe la fracción II del 232; mientras que en el primero es indispensable la obtención de un lucro, en el segundo está ausente la obtención de ventaja alguna para el activo. Al comprender la Ley como elemento del tipo la expresión "sin motivo justificado" está claramente revelando que tanto en el aspecto antijuridicidad como la culpabilidad, la conducta será necesariamente dolosa puesto que el ofrecimiento de encargarse al patrocinio de los intereses de una persona fue el causal de lucro correspondiente.

V.- LA INCULPABILIDAD EN EL DELITO QUE NOS OCUPA

Siendo la inculpabilidad la contrapartida del

reproche al proceso de motivación, y como su límite - está constituido por el error esencial insuperable, - la no exigibilidad de otra conducta y el caso fortuito, es difícil imaginar se pueda actuar inculpablemente no obstante la material ejecución de la conducta - descrita. Se dice lo anterior porque si no se hizo - el presunto activo cargo del negocio, lo abandonó, re - nunció al mismo, y lo hizo por un motivo justificado, entonces no se trata de una inculpabilidad sino de -- una atipicidad. Cualquiera otra solución que se dé - al problema chocará con la letra misma de la Ley, por comprenderse en el tipo la ausencia de motivos justificados. Incluso si a virtud de una VIS compulsiva - (amenaza) el presunto activo abandona el negocio o no se hace cargo del mismo, seguirá habiendo una atipicidad, al consignarse como elemento del tipo las pala-- bras "sin motivo justificado".

CONCLUSIONES.

I.- El tipo consignado en la fracción I, -- del artículo 387 del Código Penal Federal, debe catalogarse como anormal, en atención a que comprende elementos normativos.

II.- No hay concurso aparente de leyes entre la Fracción I, del artículo 387 y la fracción II del artículo 232, porque independientemente de que tutelan bienes jurídicos distintos, en la fracción II del artículo 232, no se requiere que el activo obtenga lucro.

III.- El delito a que se refiere la fracción I del artículo 387, puede considerarse como complejo - en orden a la conducta, debido a que requiere un comportamiento activo constituido por el ofrecimiento de un servicio a virtud del cual se obtiene un lucro, y - comprende además un comportamiento omisivo que se integra por la falta de cumplimiento del ofrecimiento hecho.

IV.- En atención a que la frase "SIN MOTIVO - JUSTIFICADO" rige todas las hipótesis relativas a no - efectuar la defensa o no hacerse cargo de la dirección o patrocinio del negocio, al igual que el no hacerse -

cargo de la defensa o renunciarla, resulta que la tipicidad formal, entraña necesariamente la antijuridicidad del comportamiento.

V.- La única justificante que puede imaginarse en el caso del delito a estudio, es la relativa al impedimento legítimo, pero al operar ella dejaría de integrarse el elemento "SIN CAUSA JUSTIFICADA" comprendido en la parte última de la descripción y por lo tanto debería de hablarse de atipicidad y no de la operancia de una causa de justificación, a virtud de la primacía lógica de la tipicidad sobre la antijuridicidad.

VI.- Dada la estructura del tipo, comprendido en la fracción I del artículo 387 cualquier inculpabilidad se resuelve en atipicidad, precisamente por la inclusión de la frase " SIN MOTIVO JUSTIFICADO". Ahora bien, ese motivo justificado puede generarse en situaciones que aisladamente pueden considerarse como inculpabilidades como serían los relativos a un temor fundado, o a un estado de necesidad. La inculpabilidad por error esencial e insuperable en el delito a estudio es extremadamente difícil que pueda darse en un caso real, aún cuando pueda imaginársela en algunos ejemplos prácticamente irrealizables .

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

- AGUILAR MARABOTO JOSE.- El error accidental. México 1966. Tesis Profesional.
- ABARCA RICARDO.- Derecho Penal Mexicano. Página 200 y siguientes. Editorial Porrúa. México 1960.
- BALLVE FALLISE FAUSTINO.- Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito. Página 24. Tesis Profesional. México 1953.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO.- "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". - 4a. Edición, México 1968. Editorial Jurídica Mexicana.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- Derecho Penal Mexicano. Página 8, Editorial Porrúa. México 1938.
- CARRARA FRANCISCO.- Programa del Curso de Derecho Criminal. Editorial Themis. Bogotá 1964.
- CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.
- FONTECILLA RIQUELME RAFAEL. Concurso de Delincuentes de Delitos y Leyes Penales y sus Principios Jurídicos. Página 86 y siguientes. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1956.

- FERNANDEZ DOBLADO LUIS.- Culpabilidad y Error. Tesis Profesional. México 1951.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- La Tutela Penal del Patrimonio. Página 250 y siguientes. Antigua Librería de Robredo.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- Panorama del Delito. Página 10 y siguientes. - Editorial Imprenta Universitaria. México 1952.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- La antijuridicidad. Revista Universitaria. México 1952.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS.- La Ley y el Delito. Página 274 y siguientes.- Editorial Andrés Bello 1955. Caracas, Venezuela.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS.- Ley y el Delito. Editorial Andrés Bello. Caracas, Venezuela 1944. Página 245 y siguientes.
- JAMES GOLDSCHMIDT.- La concepción Normativa de la Culpabilidad. Traducción de Ricardo C. Núñez. Editorial La Ley. - Buenos Aires 1948.
- MEZGER EDMUNDO.- Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Página 26 y siguientes. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1962.
- MEZGER EDMUNDO.- Tratado de Derecho Penal. Tomo I, página 115 y siguientes. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1958.

- MEZGER EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, página 250 y siguientes. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1968.
- MEZGER EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, página 245 y siguientes. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1968.
- PORTE PETIT CELESTINO. La Concepción Dogmática - del Delito y los Principios que la siguen. Literatura Penal que corresponde a una Conferencia dictada en marzo de 1944, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.-Manuel de Derecho Penal - Mexicano. Editorial Porrúa. México 1967.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.-Comentarios de Derecho Penal. Parte General. Editorial Jurídica Mexicana. - México 1964.
- PETIT EUGENE. Derecho Romano. Editorial Sopena. Barcelona 1932.
- TABIO EVELIO. Temas de Derecho Penal. - Tomo III. Editorial Libertad. La Habana, Cuba 1952. pág. 140 y siguientes.
- VON BELING ERNST. La Doctrina del Delito Tipo. Traducción de Sebastián Soler. Pág. 120 y siguientes. Editorial La Ley. Buenos Aires 1945.
- VON BELING ERNST. Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo. Editorial La Ley. Pág. 115 y siguientes. Traducción de Sebastián Soler.

VON BELING ERNST.

Esquema de Derecho Penal.
La Doctrina del Delito Tipo. Traducción de Sebastián Soler. Editorial La Ley. Pág. 65 y siguientes. Buenos Aires 1945.

JURISPRUDENCIA 1917-1965

Cuerpo del Delito, concepto de. Primera Sala. Segunda Parte. Quinta Epoca. Suplemento 1956, pág. 178.