



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DELITO DE FRAUDE A QUE SE REFIERE  
LA FRACCION XII DEL ARTICULO 387  
DEL CODIGO PENAL ESTUDIO DOGMATICO

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
TEOFILO CRUZ ROMERO

MEXICO, D. F.

1 9 7 3



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

Este Trabajo es la <sup>4</sup> síntesis  
de una parte de mi vida  
es la expresión de mi existencia  
lo dedico...

A mis Padres

SR. VICTORIANO CRUZ MARTINEZ

SRA. ZENAIDA ROMERO DE CRUZ

Quienes me forjaron como hombre  
y como ente universitario.

Para ellos mi agradecimiento  
admiración y respeto  
por su sacrificio y empeño.

A mi abuelo

SR. PEDRO CRUZ MUÑOZ

Por su anhelo de que me  
realizara como hombre.  
útil a mis semejantes.



A mi esposa

MARINA ALVARADO DE CRUZ

Con cariño y en reconocimiento  
a sus virtudes como compañera  
de mi vida.

A mi hija

CLAUDIA

Alegría de mi hogar.

**AL DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA**

Quien me guió en la realización  
de este trabajo.

Con respeto y agradecimiento.

**AL LIC. FERNANDO CASTELLANOS TENA**

Con profundo agradecimiento  
por su apoyo estímulo y  
orientación.

A mis hermanas  
ISABEL Y HORTENSIA  
Con afecto fraternal  
por los alientos que me  
infundieron y la esperanza  
feliz que juntos acariciamos.

## P R O L O G O

El contenido de este trabajo estriba en hacer un análisis de uno de los Delitos catalogados en el Código Penal Vigente para el Distrito y Territorios Federales, como Delitos en contra de las Personas en su Patrimonio.

Dicho Delito es el Fraude, pero no el Genérico, sino el Fraude específico comprendido en la Fracción XII del Artículo 387 del Código Penal Vigente. En éste delito se encuentran comprendidos todos los "engaños" que pudieran cometer los fabricantes, empresarios, contratistas o constructores de una obra cualquiera, con respecto a la cantidad o calidad de los materiales empleados o respecto al engaño que pudiera recaer sobre la sustancia de la misma obra.

Uno de los propósitos de éste estudio ha sido aplicar los elementos del delito a un subtipo penal; que aun cuando se ajusta en todas sus formas o partes, en ocasiones ha sido necesario referirlos primeramente al tipo penal y posteriormente al subtipo y tener de esta manera una visión más clara de dicha aplicación.

Ahora bien éste delito tiene como todos trascendencia social, ya que mediante su consumación lesiona un bien jurídico que la Ley Penal protege y que no es otro que el patrimonio. Además mediante la lesión del patrimonio se impide también su ilícito acrecentamiento, acentuándose más todavía el daño social que se causa.

Por otra parte y naturalmente con las limitaciones propias de un incipiente investigador de la Ciencia del Derecho, que apenas va balbuceando lo que cree haber aprendido; y por consiguiente este trabajo estará lleno de errores, pero lo que no ha de faltarle es una ferrea voluntad de cumplir con una obligación académica. Por ello desde ahora ofrezco mis disculpas a los lectores, solicitando su indulgencia.

## CAPITULO I

### DEL DELITO EN GENERAL

- 1.- Noción del Delito
- 2.- Escuelas que estudian el Delito.
- 3.- Teorias que estudian el Delito.
- 4.- Teoría Tetratómica.
- 5.- Comentarios

## I.- NOCION DEL DELITO:

Sin lugar a duda que pretender dar una noción general e inmutable del delito resulta difícil, ya que el delito lo encontramos en íntima relación con la vida social y jurídica de cada pueblo y según las necesidades de la época, por tal razón resulta que aquellos hechos que en ocasiones han tenido carácter delictuoso, ya no se les considere así, sino como hechos lícitos, o al contrario, es decir, aquellos hechos que se les juzgue lícitos, pueden tener el carácter de delito. Es por tanto difícil elaborar una noción filosófica y con validez universal para todos los lugares y las épocas.

El delito a través de la historia siempre ha sido una valoración jurídica, por eso es que siempre cambia con ella; en el derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Prusia, en Israel, en la Grecia Legendaria y aún en Roma, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. (1)

La palabra delito deriva del latino (delinquere), que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. (2)

Una noción sencilla del delito es aquella que consiste en: Una negación del derecho o un ataque al orden jurídico, (Pessina) y esto es más que definirlo, es incidir en una flagrante petición de principio.

- (1) JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito, Editorial Andrés Bello. Pág. 250.  
(2) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos de Derecho Penal" Editorial Porrúa, Página 119.



Cuando la confusión entre delito y pecado, era general, la Setena Partida en su proemio definió los delitos como "Los malos fachos que se fazen a placer de una parte, o a daño, o a deshonra de la otra; caestos fachos a tales son contra los mandamientos de Dios y contra las buenas costumbres, y contra los establecimientos de las Leyes o de los fueros o derechos".  
(3)

EDUARDO NOVOA MONREAL, formula la noción de delito, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, tomando en cuenta "Dos aspectos que deben distinguirse nítidamente; uno es - la realidad de un hecho contradictorio con el derecho, ejecutado por un ser humano, culpable; y el otro, una valoración - política del legislador que decide que esa realidad debe ser sancionada penalmente para mayor conveniencia social". El delito no es un concepto delimitable a priori conforme a principios abstractos, ya que uno de sus factores está constituido por una apreciación política librada al buen camino, al buen sentido de la justicia y de la defensa del orden jurídico del legislador, lo que le confiere carácter contingente inmutable.

El delito es siempre una conducta (acto u omisión) reprobada (o sancionada). La reprobación opera mediante la amenaza de una pena (por las Leyes Penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que ésta amenace, es decir se anuncie como la consecuencia misma, legalmente necesaria.

(3) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, Página 170 y 172.

## 2.- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Las escuelas que se han ocupado del delito son la "clásica" y la "positiva". La primera lo observa como un ente jurídico, que en nuestro concepto es la que con mayor acierto lo examina. La segunda dice que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultante necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

El nombre de escuela clásica fue adjudicado, por Ferri con un sentido peyorativo, que no tiene en realidad la expresión "clasisismo", y que es más bien, lo consagrado, lo ilustre. Ferri quiso significar con este título lo viejo y lo caduco. (1)

La escuela siguió preferentemente, el método deductivo, o como dice Jiménez de Asúa, el método lógico abstracto. No es de extrañar tal método lógico por ser el adecuado a las disciplinas relativas a la conducta humana.

FRANCISCO CARRARA. Es considerado como el padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal, porque le dio una sistematización impecable: el conjunto de las Doctrinas de FRANCISCO CARRARA, representan el término de la evolución de la escuela clásica.

CARRARA con su concepto de "Ente jurídico" distinguió el delito de otras infracciones no jurídicas y precisó sus

(1) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos de Derecho Penal". Editorial Porrúa, página 77.

elementos más importantes. Lo consideró y dijo: el delito es 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. De tal definición destaca como esencial, - que el delito es una violación a la Ley, no pudiendo concebir otra como tal, no destacada precisamente por el Estado, con - la cual separa definitivamente la esfera de lo jurídico, de - aquellos pertenecientes al ámbito de la conciencia del hombre, precisando su naturaleza penal, pues sólo esta Ley se dicta - en consideración a la seguridad de los ciudadanos. Se precisa que tal violación debe ser resultado de un acto externo -- del hombre; CARRARA excluye de la tutela penal al pensamiento y limita el concepto de acción al acto realizado por el ser - humano, único dotado de voluntad, acto de naturaleza positiva o negativa, con lo cual excluye en la definición, la activi-- dad o inactividad, el hacer o el no hacer, en fin de acción u omisión, formas de manifestación de la conducta. La imputabi-- lidad moral fundamenta la responsabilidad del sujeto, y por - último la calificación de dañosa, (políticamente) dá su verda-- dero sentido a la infracción de la Ley y a la alteración de - la seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fue dicta-- da. (2)

(2) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Nociones de Derecho Penal - Mexicano. Tomo I. Editorial Jurídica Mexicana, página -- 159.

CARRARA dice que el delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior, lesivo del derecho y peligroso por el mismo. Para que el delito exista, precisa de un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral; que derive de él un daño social y se halle prohibido por una Ley positiva. (3)

El penalista EDUARDO NOVOA al referirse a CARRARA, expresa: No puede haber delito sino en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasociados, derechos que no pueden ser agredidos, sino por actos exteriores, procedentes de una voluntad inteligente y libre. Esto conduce a considerar la objetividad y subjetividad de todo delito, o sea las dos fuerzas concurrentes en él, la física y la moral, necesarias, puesto que el delito consiste en un choque entre un hecho humano y un derecho, los delitos se distinguen y clasifican según la diversa especie e importancia del derecho agredido y también por su cualidad, cantidad y grado. La cualidad designa el título criminoso que constituye el delito; la cantidad señalada la relación de más o menos del delito, atendiendo a la gravedad de los males que causa; el grado es referido a las diversas fases internas y externas del delito. (4)

(3) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos de Derecho Penal". Editorial Porrúa.

(4) NOVOA EDUARDO. "Curso de Derecho Penal Chileno" Editorial Jurídica de Chile. página 92.

ESCUELA POSITIVA.- En la segunda mitad del siglo XIX, surgieron las corrientes eminentemente materialistas, entre las cuales destacan el positivismo.

Según el positivismo, todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y en la observación mediante el uso del método experimental. Si el positivismo surgió como una consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales, es claro que se haya caracterizado por sus métodos inductivos de indagación científica, a diferencia a los deductivos hasta entonces empleados preferentemente.

El delito como tal es un concepto formado en la mente por uno de los llamados juicios sintéticos a priori; el contenido de este concepto no existe integrado en la naturaleza, sino que se integra por el hombre mediante una relación estimativa entre determinados actos, frente a la vida social (5).

Principales exponentes de la Escuela Positiva.

CESAR LOMBROSO. Quien hace el análisis del hombre delincuente para determinar los factores productores del delito, se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del derecho penal que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el que gira los principios básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica. Por esa razón,

(5) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos de Derecho Penal". Editorial Jurídica Mexicana, 1963 Pág. 85

aunque LOMBROSO fue médico y no jurísta, se le reconoce como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que habría de adquirir fuerza insospechada e influencia decisiva de las legislaciones penales de principios de siglo. (6)

Cuando todavía la escuela clásica estaba fuertemente adherida a fórmulas metafísicas, CESAR LOMBROSO, estableció que antes de estudiar el delito como entidad jurídica o como infracción a la Ley Penal, habría que estudiarlo como una acción humana, como un fenómeno humano y natural y social, teniendo en cuenta la psico-biología del delincuente. De aquí la face antropológica de la Escuela Positiva, que cedió el paso la sociología representada por FERRI. El delito es producto de factores antropológicos, físicos y sociales. (7)

La llamada escuela positiva encuentra en ENRIQUE FERRI - su mas brillante expositor, su obra máxima (Sociología Criminal publicada en 1881), contiene los principios básicos en que se apoya su escuela, destaca FERRI cual es el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las personas, a las que denominó sáciología criminal, de la cual el derecho penal solo sería una parte. (8)

- 
- (6) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal -- Mexicano" Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 58
- (7) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "Derecho Penal Mexicano" Antigua Librería "Robredo" Pág. 173
- (8) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal Mexicano". Editorial Jurídica Mexicana". Pág. 57

EDUARDO NOVOA, observa, al explicar la ideología de FERRI: La etiología de los delitos ha de hallarse principalmente en los factores que lo determina (condiciones económicas, políticas, culturales etc.). Sin desconocer con ello el valor de los factores individuales o antropológicos y de los factores físicos (clima, temperatura etc.).

La responsabilidad social y no la responsabilidad moral, es la base de la sanción. El hombre está fatalmente determinado a cometer el delito (determinismo).

En virtud de los factores diversos ya enunciados, pero también la sociedad está determinada a defender las condiciones de su existencia. Por ello se defiende de las agresiones del delincuente tan pronto se dan las condiciones de imputabilidad física. El hombre es responsable de sus acciones exteriormente delictivas, solo por que vive en sociedad y mientras vive en ella (responsabilidad social).

Dentro de este criterio no cabe considerar a los enajenados mentales como seres al margen del derecho penal.

FERRI comparte el criterio de LOMBROSO de que el delincuente es un ser anormal pero desarrolla el principio aumentando las categorías, por ello clasifica a los delincuentes en natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales. (9)

HAFANEL GAROFOLO, influyó decisivamente en la estructura-

---

(9) NOVOA EDUARDO. "Curso de Derecho Penal Chileno". Editorial Jurídica de Chile. Pág. 93



de la escuela positiva al elaborar su definición del delito - natural, concepto sociológico sin el cual no hubiera sido posible construir un sistema.

GAROFALO, se pone a buscar en la historia, incluso en la prehistoria, las acciones y omisiones que en todo tiempo y en todo lugar haya sido tratadas penalmente, es decir, que hayan sido consideradas como delitos, y hasta más aún consideradas como delitos naturales, según la terminología que aparece en él por primera vez. GAROFALO, intenta algunos procedimientos en su delito natural a estudio y finalmente se dice así propio: no vamos a estudiar los hechos, vamos a considerar los sentimientos; pero surge un problema: Será posible llegar a averiguar cuales son los sentimientos absolutamente necesarios para la convivencia social, es decir para el mantenimiento de la sociedad de los hombre, sin los cuales la sociedad se disolvería volviendo a los hombres al estado primitivo de naturaleza, imaginado por los antiguos filósofos del siglo XVIII, singularmente Rousseau.?

Analiza el autor si la religión, el patriotismo, el pudor, el honor, todos los altos valores sociales en que se cifra la mayor ansia de nuestro tiempo, se cuentan positivamente entre esta clase de sentimientos absolutamente precisos para la vida social. Pero se decepciona porque ninguno de los valores antes dicho, a pesar de su trascendencia actual, resiste a la prueba de ser considerado absolutamente necesario para la vida social. En cuanto a la religión, Garófalo, encuentra que-

pueblos primitivos en los que todo sentimiento religioso está ausente, a pesar de lo cual han vivido socialmente unidos. En cuanto al pudor, GAROFALO, nota las variaciones sorprendentes que este sentimiento experimenta, según las razas, las civilizaciones, las costumbres las clases sociales y hasta según la hora del día, pues hay pudor de día y pudor de noche.

Sin embargo hay dos sentimientos que resisten esta prueba absolutamente necesarios para la existencia social, sin las cuales la sociedad se disolvería. Estos dos sentimientos son: sencillamente la piedad y probidad. Así llega el autor a la primera mitad de su memorable definición. Delito natural es la "Violación los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad".

Pero en que medida?. Por que inmediatamente surge la observación de que una sociedad cualquiera, aunque sea muy reducida, no todos los individuos que la componen han alcanzado en el curso de su existencia el mismo grado de evolución de sus sentimientos respectivos, en su noción personal de la piedad y probidad. Entonces viene el final de la definición, ni lo uno ni lo otro: ni lo más avanzado ni lo más retrasado, sino el grupo medio que representa lo normal de la raza y el tiempo. Así la definición acaba con estas palabras: delito natural es: "La violación a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y de probidad, en la medida media en que -

los posee un determinado grupo social. (10)

A la concepción de GAROFLO se le enmarca entre las definiciones sociológicas del delito, porque para él, como también para Enrique Ferri y otros más, lo fundamental del delito es la oposición a las condiciones básicas, indispensables de la vida gregaria. (11)

TERZA SCUOLA. Como una postura ecléctica entre el positivismo y la escuela clásica y tratando de conciliar las posiciones opuestas de ambas, surge ésta tercera corriente con -- CARNEVALE Y ALIMENA.

Fundamentalmente recoge, de la escuela positiva, el método experimental; niega libre albedrío y proclama el determinismo positivista, pero negándose al delito un acontecimiento inevitable; refuta el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, adoptando el criterio de la defensa jurídica, viéndose en la sanción un medio intermediario, cuyo fin es la prevención general del delito. De la escuela clásica acepta -- únicamente la distinción entre imputables e inimputables. (1)

Concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo preconiza las conveniencias del método inductivo.

Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio --

- 
- (10) R. GAROFALO. I delitti come fenomeni sociali en el Tomo Studii giuridici Per l'Onoranza a Francesco Carrara. - Pág 321 y las siguientes. Turín 1900.
- (11) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos Generales de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana 1963 Pág. 89
- (1) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Editorial Jurídica Mexicana "Nociones de Derecho Penal". Pág. 59

de la responsabilidad legal, aceptando de la Escuela clásica - el principio de la responsabilidad moral. Niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad. -

(2)

### 3.- TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

#### ESTUDIO DEL DELITO.

El estudio del delito tradicionalmente se ha elaborado -- a través de dos corrientes o sentidos diversos que son:

- a).- En sentido Formal.
- b).- En sentido substancial.

a).- Por lo que se refiere al estudio formal Eugenio Cuello Calón nos expresa que el delito en su aspecto formal puede definirse como: "La acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena". Por su parte Filippo Grispine sostiene que el delito es: "Todo hecho que al ordenamiento jurídico hace seguir una pena como consecuencia jurídica".

A este respecto cabe señalar siguiendo a nuestros maestros de Derecho Penal, que el sentido formal del delito no proporciona elementos suficientes para determinar su esencia, puesto que al expresar nuestro código penal vigente en su Art. 7, que el Delito "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, es tanto como no decir nada, en virtud de que pueda existir, y de hecho existen, conductas que llevan aparejadas excluyentes de incriminación; en otras palabras y como lo manifiesta Maggiore: decir que el delito es un hecho castigado, --

(2) FERNANDO CASTELIANOS TENA. "Lineamientos Generales de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana 1963 Pág. 97

equivale a decir: el delito es delito sin avanzar un paso.

En cuanto al sentido substancial del delito, debemos decir que existen múltiples definiciones, formuladas para determinar su concepto, de la que entresacamos la definición dada por EDMUNDO MEZGUER, ya que es motivo de atención en este capítulo: "El delito es la acción típicamente antijurídica y -- culpable.

Cabe señalar que cada autor ha elaborado su definición - substancial del delito, tomando como base el número de elementos que lo integran, así mismo manifestamos que por la variedad y diversidad de tales definiciones, no resulta conveniente transcribirlas en el desarrollo del presente trabajo, sin embargo, debemos de indicar que esta situación ha dado origen a que, dentro de la corriente atomizadora, existan concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, exatómicas, hepatatómicas del delito, según el número de elementos que lo integren.

Si realizáramos el estudio del delito, tomando como punto de partida el sentido formal, lo encontraríamos desde luego en lo descrito por la ley; y de esta manera no sería posible llegar a tener un conocimiento completo de lo que el delito es. En tal virtud consideramos lógico y adecuado, hacer - el estudio tomando como ángulo de conocimiento el estudio jurídico substancial.

Los autores han creado dos sistemas para llevar a cabo -

el estudio del sentido substancial del delito:

- a).- El unitario o totalizador.
- b).- El atomizador o analítico.

La primera corriente, sostiene que el delito constituye una unidad en sus elementos y que no puede ser fraccionado, - separado o dividido, por formar un todo orgánico, o sea como lo expresa Antolisei, es una especie de bloque monolítico, - que puede presentar ciertamente aspectos diversos, pero que - de ninguna manera es fraccionable. (1)

De la misma manera Giuseppe Betiol dice: "El delito se - presenta como una entidad que no permite se le escinda en elementos diversos que, para usar una expresión vulgar, no se deja cortar en tajadas. (2)

El sistema atomizador o analítico por su parte, estudia el delito descompuesto en sus propios elementos, es decir el ilícito penal, puede ser fraccionado, dividido o separado en sus elementos constitutivos para su análisis, o estudio, sin que eso sea motivo para negar su necesaria unidad, ya que el delito constituye una vinculación indisoluble, un todo orgánico.

Para dar un ejemplo claro de lo anterior transcribimos - el cuadro de los elementos del delito anotado por Jiménez de ASUA, a su vez tomado de Guillermo Sauer.

---

(1) ANTOLISEI FRANCESCO.. "Manual de Derecho Penal, Parte General, traducida por Juan del Rosal y Angel Torio, Edit.- UTHEA. Buenos Aires. Pág. 153

(2) BETIOL GIUSEPE. "Derecho Penal ".Parte General. Edit. - - Temis. Pág. 166

## ASPECTOS POSITIVOS.

- a).- Actividad.
- b).- Tipicidad.
- c).- Antijuricidad.
- d).- Imputabilidad.
- e).- Culpabilidad.
- f).- Condicionalidad objetiva.
- g).- Punibilidad.

## ASPECTOS NEGATIVOS.

- Falta de acción.
- Ausencia de tipo.
- Causas de justificación.
- Causas de inimputabilidad.
- Causas de inculpabilidad.
- Falta de condición objetiva.
- Excusas absolutorias.

4.- TEORIA TETRATOMICA.

Después de haber establecido que el estudio del delito - ha de hacerse tomando como base a la teoría atomizadora; que realiza un estudio de los elementos integrantes del delito de manera fraccionada o dividida, habremos de complementar dicho estudio con la tesis tetratómica de EDUNDO MEZGER, en cuya - definición comprende cuatro elementos que son: la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad; teoría a la que nos adherimos y por lo tanto no aceptamos como elementos integrantes del delito a la imputabilidad, porque es un presupuesto de la culpabilidad pero no elemento del delito. Tampoco a la punibilidad porque la pena se merece en virtud del comportamiento y menos a las condiciones objetivas de penalidad porque solo por excepción son exigidos por el legislador como - condición para la imposición de la pena.

El delito es acción. Esta acción tiene que caer bajo un tipo jurídico y no concurrir ninguna causa de justificación - del injusto. También la acción tiene que ser imputable al agente y por ende culpable.

El delito ha de ser siempre una acción. Lo que no es acción no interesa al Derecho Penal.



La acción para ser punible, debe además, ser antijurídica, pero esto solo no basta: la acción tiene que caer al mismo tiempo bajo un tipo legal. Ambas características no aparecen con independencia una de la otra, sino condicionándose recíprocamente: ¿Una acción que cae bajo un tipo legal es antijurídica en tanto no concorra una especial causa de exclusión del injusto.

La acción típica no justificada por una causa de exclusión del injusto (esto es y de modo abreviado, la acción típicamente antijurídica); necesita finalmente para ser punible, ser imputable. Salvo muy escasas excepciones que tienden a desaparecer, solo es "imputable una acción cuando es "reprochable", es decir cuando es culpable, una imputabilidad se rechaza por una conciencia jurídico penal purificada y en armonía con las ideas de la época.

De acuerdo con lo expuesto puede concluirse la definición con EDMUNDO MEZGER defensor de la teoría tetratómica que el delito es: "La acción típicamente antijurídica y culpable".

Las características acción antijurídica y culpabilidad se conciben aquí ante todo como determinadas situaciones de hecho sobre las que recae el juicio del Juez y que por tanto constituyen presupuestos indispensables de dicho juicio para la imposición de la pena.

Vemos, por tanto como para MEZGER la definición del delito se simplifica por un lado y por el otro aparecen en cone-

ción íntima dos elementos (la tipicidad y la antijuricidad).

Resulta por tanto MEZGER representante de una nueva --  
dirección en la construcción técnica del delito.

#### 5.- COMENTARIOS.

Si bien es cierto, que resulta difícil dar una noción --  
acertada del delito, tomando en cuenta su carácter contingen-  
te y cambiante; lo hemos intentado adoptando con sencillez el  
pensamiento de cada uno de los autores y así poder afirmar --  
que una noción del delito es aquella que entendemos como: (--  
(una negación del Derecho), o una agresión al orden jurídico.

De la noción "Clasica" del delito se ocupa CARRARA maxi-  
mo representante de la "Escuela"; quién antes de definir lo -  
que el delito es, lo estructura diciendo: es un ente jurídico  
que contiene a dos fuerzas, una física y otra moral; puesto -  
que el delito consiste en un choque entre un hecho humano y un  
derecho.

La "Escuela Positiva", también se ocupa del delito funda-  
mentandolo no en fórmulas metafísicas, sino principalmente -  
como un fenómeno del hombre determinado fatalmente a cometer  
delito. O como una oposición a las condiciones básicas, in--  
dispensables de la vida gregaria.

Para hacer un estudio del delito, tomamos como base el -  
sentido substancial mediante el sistema atomizador o analítico;  
que hace un estudio o análisis del delito, separando a los --

elementos que lo integran; ya que algunos autores sostienen - que son dos, tres, cuatro, los elementos que lo componen y algunos más sostienen que el delito contiene más de cuatro elementos.

Ante tal discrepancia, nos adherimos a la tesis tetratónica de MEZGER, quien señala que el delito: "La acción típica menta antijurídica y culpable.

Hemos dado los primeros apuntamientos de nuestro estudio del delito en general; habremos más adelante de continuar con la estructura del delito en particular sujeta a estudio o sea el fraude específico en su fracción XII.

**CAPITULO I I .****DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.**

- 1.- La Conducta en General.
- 2.- La Conducta en el Delito a Estudio.
- 3.- La ausencia de Conducta.
- 4.- Comentarios.

## I.- LA CONDUCTA EN GENERAL.

Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, si no también el hecho, elementos objetivo - 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 el delito lo integran una conducta, un hecho humano y dentro de la - prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito.

ANTOLISEI, ha dicho que el delito es ante toda acción humana; que el fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal, nunca puede constituir delito, y que sin la acción, el delito no es concebible.

"Primordialmente todo delito es acción pues únicamente - una acción humana puede hoy tener por consecuencia una pena.- No se puede llegar a determinar el concepto del delito, sin - referirse a la acción".

La conducta o el hecho según el caso, viene a constituir un elemento esencial general material, de todo delito (I).

Los autores no se han puesto de acuerdo respecto a que - debe entenderse por elemento objetivo del delito, ya que - --

---

(I) PORTE PETIT C. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 288

algunos se refieren a la acción, otros al acto, y otros al -- hecho.

ACCION, con relación a este vocablo existen dos corrientes a) la que opta por aceptar la acción como comprensiva de la acción y omisión, la acción en sentido lato. b) la que estima que no debe usarse el término acción como agotador de -- las dos formas de la conducta sino únicamente para designar -- "el hacer".

La palabra acción expresa FERRER SAMA, ha sido criticado y no sin motivo en el sentido de que el tener que utilizar la misma palabra como concepto específico frente a la omisión -- resultan repetidos los términos, genérico uno y específico el otro evitándose con el empleo, en referencia a las dos formas de presentarse la acción de las expresiones "comisión" y "omisión" los cuales por otra parte, hacen que adquiera precisión y claridad, el término de delito de "comisión" por omisión".

La expresión acción no es la adecuada porque no contiene o abarca a la omisión, al ser su naturaleza contraria a -- ésta.

La acción implica movimiento y la omisión todo lo contrario: inactividad. Vienen a constituir el anverso y reverso de una medalla, y si son términos antagónicos, uno de -- ellos no puede servir de género para el otro. (2)

(2) PORTE PETIT C.C. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 289.

CUELLO CALON, considera la acción en sentido amplio, como la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado, comprendiendo en su opinión tanto la conducta activa, hacer positivo o acción en sentido estricto como la conducta pasiva, negativa u omisión.

Con referencia a la acción en sentido estricto CUELLO CALON afirma: Consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales dirigido a la obtención de un fin determinado, recalcando, está constituido por actos voluntarios, quedando fuera de su concepto los actos reflejos y la fuerza física irresistible. (3)

El tratadista L. JIMENEZ DE ASUA, al ocuparse de este tema nos señala, el primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción lato sensu) y no hecho, por que hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta.

Adviértase además, que usamos de la palabra acto en una acepción más amplia comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión. Así aclarado el vocablo puede definirse el acto: Manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior. (4)

- 
- (3) CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal I 319. 12a. Edición Barcelona 1956.  
 (4) JIMENEZ DE ASUA LUIS. "La Ley y el Delito" Pág. 260. Editorial Andrés Bello.



CARLOS SALTELLI Y ROMANO DIPAICO, nos dicen que el acto es un elemento, una parte de la acción, en los casos en que esta no se agota en un acto único en un solo movimiento corporeo. Es decir "los actos son segmentos y partes de la acción o como dice Antolisei el acto no es más que un fragmento de la acción en los casos que este no se agota en un solo movimiento corporeo.

En atención a los conocimientos jurídico penales recibidos en la Facultad de Derecho se nos ha hecho entender que el elemento objetivo del delito es la conducta y así lo expresa el Doctor Celestino Porte Petit:

CONDUCTA. En consideración a las objeciones hechas a los términos anteriormente estudiados para designar la acción y la omisión, consideramos preferibles las voces conducta o hecho, según los casos. El término conducta es adecuado para abarcar la acción y la omisión, pero nada más, es decir, dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho que como expondremos más adelante, se forma por la concurrencia de la conducta (acción u omisión) del resultado material y de la relación de causalidad. La conducta sirve para designar el elemento objetivo del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta.

HECHO.- La palabra "hecho" declara Ferrer Sama, resulta inadecuada por excesiva amplitud, pues comprende tanto la actividad humana como los acontecimientos provenientes de los fenómenos naturales. Por su parte JIMENEZ DE ASUA asienta: no decimos hecho porque es demasiado genérico ya que, como BINDING señaló; con esta palabra se designa todo acontecimiento nazca de

la mano o de la mente del hombre o acaezca por caso fortuito un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado). En consecuencia si el elemento objetivo del delito puede estar constituido por una conducta, en el caso de un delito de mera conducta o de un hecho, - si estamos frente a un delito material o de resultado los términos adecuados son de conducta o de hecho, según la hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente a precisar que no se puede adoptar uno solo de dichos términos al referirse al elemento objetivo material, pues si aceptara conducta, sería reducido y no sería apropiado para los casos en que hubiera un resultado material y si se admitiera hecho, resultaría excesivo porque comprendería, además de la conducta el resultado material. (5)

El ilustre penalista y maestro de nuestra Facultad de Derecho Lic. Fernando Castellanos Tena es concreto en su concepto cuando nos dice: "Nosotros preferimos el término conducta; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo. Dice RADBRUCH, que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión bajo una de las dos categorías de la misma manera que no se puede colocar "a y no a" bajo uno de los dos extremos. Dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir,

(5) FORTE PETIT C.C. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana, 1969. Pág. 272 y s.s.

el hacer positivo y negativo, el actuar y el abstenerse de obrar". (6)

Por lo analizado concluiremos que el elemento objetivo del delito en general deberá de ser la conducta entendiéndose por esta el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, es decir, de acción o de omisión encaminado a un propósito.

Con esta designación de elemento objetivo del delito llamado de conducta está de acuerdo M. Jiménez Huerta y al ocuparse de ello nos señala: "No solamente por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino por reflejar también el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder afirmar que integran un comportamiento dado".

En la anterior consideración nos damos cuenta de la importancia que reviste este concepto para este autor por lo que se está identificando el elemento objetivo del delito con la conducta voluntaria del hombre. (7)

- (6) CASTELLANOS TERNA FERNANDO. "Lineamientos de Derecho Penal. Editorial Porrúa. Pág. 141.  
 (7) JIMENEZ HUERTA MARIANO. "Panorama del Delito". México - - 1950. Pág. 7.

## 2.- LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO.

Ya hemos dado en lineamientos anteriores, que la conducta es el comportamiento voluntario y humano de un hombre, encaminado a la realización de un propósito y que este se puede manifestar mediante una "acción o un hacer del hombre. Desde luego el subtipo a estudio que es el FRAUDE específico a que se refiere la fracción XII del artículo 387 del código penal vigente que señala: "Al fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra cualquiera, que emplee en la construcción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de él". Nos damos cuenta que el comportamiento que exige es el de una "acción del hombre, un hacer de este puesto que señala: Al fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra cualquiera, que emplee... etc. Aquí la acción la determina el verbo que el subtipo está empleando o sea la palabra "emplear", que es una acción.

No podemos desde luego como en otra circunstancia hablar de acto de omisión al no ser que se quisiera considerar como circunstancia omisiva el que el sujeto pasivo dejare de emplear los materiales correctos o adecuados o mano de obra; pero de conformidad con la expresión del subtipo consideramos que sólo existe la acción.

### 3.- LA AUSENCIA DE CONDUCTA EN GENERAL.

Nos ocupamos en el inciso primero de la conducta como elemento objetivo del delito, trataremos ahora, el aspecto negativo de la conducta, o sea la ausencia de conducta.

Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquella, abarca la ausencia de acción y de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad e inactividad no voluntarias. (1)

Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias o para decir con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos" por faltar en ellos la voluntad. (2)

Por lo que corresponde a nuestra parte, diremos que uno de los aspectos de la ausencia de conducta es la FUERZA FISICA IRRESISTIBLE llamada también VIS ABSOLUTA.

La fuerza física irresistible se presenta cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física -- humana e irresistible. CARRANCA y TRUJILLO, reconociendo en la fuerza física una ausencia de acción expresa con claridad y acierto: "El que por virtud de la violencia física que sufre sobre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica, si no sólo física; no ha -

- (1) PORTE PETIT C.C. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 405.  
(2) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS. "Nociones de Derecho Penal Mexicano. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 21.

querido el resultado producido, que no puede serle imputado - ni a título de dolo ni de culpa; por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejecuta sobre él la fuerza física.

La Vis Absoluta supone por tanto, ausencia de coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión relevante para el Derecho; quien actúa o deja de actuar se convierte en un instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el contreféido no ha podido materialmente oponerse.

NATURALEZA DE LA VIS ABSOLUTA.- Algunos autores estiman, que la fuerza física irresistible constituye una causa de imputabilidad; otros consideran que se trata de una causa de inculpabilidad; finalmente un gran número de autores sostienen que en la Vis Absoluta estamos frente a una ausencia de conducta.

En efecto la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra al sujeto de tal manera que hace que realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutar. En consecuencia, si hay fuerza irresistible, la actividad o inactividad forzadas, no pueden constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos: la voluntad. Vgr., cuando a un sujeto se le obliga, con la mano apresada, a que clave un puñal, a un individuo desconocido, a quien no quiere

ni herir ni matar, pero que es adversario de quien emplea la fuerza (si el agente no puede oponerse a ese movimiento corporal forzado).

Se desprende de la Vis Absoluta los siguientes elementos:

- a) Una fuerza.
- b) Física.
- c) Humana.
- d) Irresistible.

Nuestro ordenamiento penal señala también a la fuerza física irresistible, pero colocándola bajo otro punto de vista: El Art. 15 del Código Penal de 1931 declara: son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, obrar el acusado - impulsado por una fuerza exterior - irresistible.

Requisitos del artículo 15 fracción I.

- 1) Obrar el acusado.
- 2) Impulsado.
- 3) Por una fuerza humana.
- 4) Física.
- 5) Exterior.
- 6) Irresistible.

Trataremos ahora, lo que se ha denominado como Vis Mayor; entendiéndose, como la presión o energía proveniente de causas naturales o subhumanas en contra de quien realiza el acto con ausencia de voluntad.

LA FUERZA MAYOR O VIS MAYOR.- Se presenta similar fenómeno al de la Vis absoluta: actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. (3)

Si comparamos la Vis absoluta y la Vis mayor, se observa que en ambas hay ausencia de conducta y por ende, la fuerza mayor igualmente constituye un aspecto negativo de la conducta.

En la Vis absoluta y en la Vis mayor hay: a) una fuerza b) física c) exterior d) irresistible e) una ausencia de conducta.

Por lo que hace a las diferencias, encontramos únicamente que en la fuerza mayor, la fuerza física e irresistible, proviene de la naturaleza o de los animales, a diferencia de la vis absoluta en que la fuerza física proviene del hombre.

Señalaremos finalmente lo que respecta al SUEÑO, HIPNOTISMO Y SONAMBULISMO, que algunos autores lo toman como aspecto negativo de la conducta y otros de la culpabilidad; estos últimos señalan que el presupuesto para el elemento culpabilidad lo es la imputabilidad y un sujeto que obra en el estado que hemos señalado, no es capaz por faltarle la conciencia, pero una gran mayoría de autores sostiene que, lo que no existe en el caso es conducta ya que no hay voluntad.

(3) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Naciones de Derecho Penal Mexicano. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 25.



**SUEÑO.**- El maestro C. Porte Petit afirma: que quien está dormido o sea el durmiente, no tiene dominio sobre su voluntad y de aquí, la tajante diferencia entre el durmiente y el que se encuentra en estado de vigilancia, debiéndose concluir, que el sueño constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado, no existe la voluntad, la cual forma parte integrante de aquella como elemento de la misma. (4)

El sueño, estado fisiológico, normal de descanso del cuerpo y de la mente conciente, puede originar un movimiento involuntario del sujeto con resultado dañoso. Así por ejemplo, si una mujer de agitado sueño, al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, colocado ahí por el padre sin el consentimiento de aquélla, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad, un hacer, más falta el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del derecho; - al no integrarse la conducta, por faltar la voluntad, habrá - - inexistencia del hecho y por ende del delito.(5)

**SONAMBULISMO.**- La simple realización de una conducta de acuerdo con los ensueños e irrealidades que se desarrollan en la mente durante el sueño, es ya más bien el dominio, del sonambulismo en el cual el sujeto se mueve y ejecuta actos sin la dirección de una verdadera conciencia, sino regido por imágenes

(4) PORTE PETIT C.C. "Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 418.

(5) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal Mexicano. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 27

de la subconciencia que se provocan por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos, los cuales sufren una incorrecta asociación y dan al sujeto una impresión, una especie de conciencia que no corresponde a la realidad.(6)

El estado sonambúlico es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido. Hay movimientos corporales inconcientes y por ello involuntarios.

Problemática del sonambulismo:

1.- Es responsable el sonámbulo cuando en ese estado realiza una conducta o hecho tipificado en el Código Penal?

Unos estiman que es una causa de imputabilidad y otros una ausencia de conducta.

2.- Es responsable el sonámbulo, cuando se aprovecha de ese estado para realizar una conducta o hecho tipificado por ley?

Pensamos que en este caso se trata de un delito doloso.

3.- Es responsable el sonámbulo a virtud de una conducta culposa?

En los casos de que prevea el resultado o haya podido preverlo, estamos frente a un delito culposos, es decir ante una culpa con o sin representación.(7)

EL HIPNOTISMO.- El hipnotismo constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia ha sido totalmente unifi

(6) VILLALOBOS IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa. Pág. 409

(7) PORTE PETIT C.C. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 420.

cada en múltiples experiencias. Consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial, tales manifestaciones pueden ir desde un simple estado de somnolencia, hasta un sonambúlico, pasando -- por diversas fases en las cuales se acentúa, en sus características externas, el grado del hipnotismo.

El estado sonambúlico del hipnotizado se identifica por la ausencia de dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hipnótico, cuando se despierta de él. Durante el sueño hipnótico, el sujeto, animado de vida ajena, obra por mandato del hipnotizador, puede ocurrir que también obre por sugestión post-hipnótica, y ya en estado de vigilia.(8)

#### Problemática del Hipnotismo.

Con relación al hipnotizado pueden presentarse los siguientes casos:

1o.- Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una conducta o hecho tipificado por la ley penal.

En este caso el sujeto no es responsable. Unos piensan que se trata de una ausencia de conducta y otros de una causa de inimputabilidad.

2o.- Que se hipnotice él con su consentimiento con fines delictuosos.

(8) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal - Mexicano. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 31.

En esta hipótesis el sujeto es responsable, pues estamos ante la actio libere in causa, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

3o.- Que se hipnotice, al sujeto con su consentimiento — sin intención delictuosa por parte de éste.

En esta hipótesis, el sujeto es responsable de un delito culposo, con representación o sin ella, según el caso.

#### 4.- COMENTARIO.

Haciendo una breve reflexión de los conceptos dados a estudio, habremos de decir: Que para determinar el elemento objetivo del delito, preferimos el término "conducta, en virtud de que abarca tanto la acción como la omisión, o sea el hacer o el no hacer; ahora bien es indiscutible que la conducta constituye el primer elemento del delito y que es suministrado por el hecho típico o sea aquel conjunto de elementos materiales referibles a la conducta del agente.

No aceptamos el término acción, por que sólo contiene el hacer, ya que no puede abarcar en su contenido a la omisión por ser contraria a su naturaleza.

Se afirma de esta manera la conducta como elemento objetivo del delito, entendiéndose por esta como: "El comportamiento humano y voluntario, que se manifiesta a través de un hacer o no hacer, encaminado a una finalidad o propósito.

En relación a la conducta en el delito a estudio; apuntaremos que el comportamiento que señala la fracción XII del Art. 387 del Código Penal Vigente, es sin duda el de un hacer, el de una acción del hombre; enmarcada por la figura gramatical "emplear", cuando dice: "Al fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra cualquiera, que emplee... luego entonces se trata de una acción.

Con respecto al aspecto negativo de la conducta, es claro que se refiere a la ausencia de acción y de omisión involuntarias.

Así mismo vemos que los aspectos de la ausencia de conducta los encontramos en la vis mayor y en la vis absoluta, entendidas o comprendidas como la actividad o inactividad no voluntarias, pero ejecutada por una fuerza física irresistible, ajena al sujeto.

Con relación al sueño, hipnotismo y sonambulismo; pensamos que se trata de la ausencia de conducta y no de otra figura jurídico penal como podría ser el aspecto negativo de la culpabilidad.

### CAPITULO III

#### LA TIPICIDAD.

- 1.- Tipo y Tipicidad en general.
- 2.- Tipo y Tipicidad en el Delito a Estudio.
- 3.- El Bien Jurídico Tutelado.
- 4.- Clasificación del Delito en Orden al Tipo.
- 5.- Atipicidades.



## 1.- TIPO Y TIPICIDAD EN GENERAL.

### CONCEPTO DE TIPO.

Continuando con el análisis de los elementos que integran el delito; y habiendo señalado con toda precisión a la conducta como elemento objetivo del delito, analizaremos a la tipicidad como segundo elemento del delito; pero dicho estudio hace necesario previamente el análisis del tipo para precisar su -- concepto y su contenido.

Desde el punto de vista gramatical, tipo viene de *typus*, que significa símbolo, figura representativa o figura principal a la cual se le suministra una fisonomía propia o una denominación.

Tipo en sentido amplio, se considera al delito mismo, a -- la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hiciera referencia como vieja aceptación del término ERNESTO -- VON BELING y FRANZ VON LIZT.

Tipo es "la terminante descripción de una conducta humana antijurídica contenida en la ley".

El maestro don Fernando Castellanos Tena nos dice: No debemos confundir el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta -- con la descripción legal formulada en abstracto.(1)

(1) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos elementales de -- Derecho Penal". Editorial Jurídica Mexicana. México 1965. Pág. 215.

Edmundo Mezger. El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal.

JIMENEZ DE ASUA. Lo define como la abstracción concreta - que ha trasado el legislador, destacando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

Para FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, el tipo legal lo señala dándole una connotación jurídico penal propia como: La descripción concreta hecha por la ley de una conducta, a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal.

Tal concepto es diverso al de tipicidad al cual damos significado idéntico al de adecuación típica.(2)

El carácter concretizador de lo injusto, por parte del tipo, ha sido observado de antiguo, razonándose en el sentido de que el legislador sólo crea los tipos penales configurando conductas (posiblemente antijurídicas), pues carecería de sentido formular tipos en donde se recogieran conductas indiferentes o neutras. Se dice que el tipo penal concreta lo injusto, por ser éste, anterior a aquel; lo antijurídico precede en el tiempo a su descripción, como veremos con claridad al estudiar las

(2) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal - Mexicano". Parte General. Tomo II Pág. 41.



normas de cultura dentro del capítulo relativo a la antijuricidad. En forma excepcional el tipo señala lo injusto, cuando el hecho en sí no era anteriormente antijurídico, pero se convirtió en tal al formularse el tipo.

En la actualidad nadie duda de la función concretizadora que de la antijuricidad realiza el tipo, pues como lo ha destacado Jiménez Huerta, que la tipicidad va unida a lo injusto, - pues los tipos de delito son ante todo tipos antijurídicos.

#### LA EVOLUCION DEL TIPO.

De acuerdo con la teoría de Beling llamada de la "pura -- coordinación", se concibe al tipo como meramente objetivo o -- descriptivo.

La concepción alemana del tipo (tatbestand) anterior a -- Beling se entendía, como el total delito, es decir la suma de todos sus elementos constitutivos tanto objetivos como subjetivos. Con Beling tal concepto se limita, con él surge la primera fase en la evolución del concepto del tipo, llamada por Jiménez de Asúa fase de la independencia.

En la obra de Beling (1900) el tipo cumple una función de mera descripción y se separa completamente de los elementos -- antijuricidad y culpabilidad. Precisar si la acción típica es injusta y su autor culpable, son cuestiones ajenas al tipo, -- correspondientes a la valoración de la misma acción; ella cae en el ámbito de lo antijurídico y lo culpable. Por tanto tipicidad y antijuricidad son elementos independientes del delito,

aún cuando su concurrencia sea necesaria para su integración.

**Carácter Indiciario del Tipo.**- En esta fase no es ya una mera descripción. MAX ERNESTO MAYER (1915) desarrolla una doctrina en la cual pretende otorgar al tipo mayor importancia -- que la que se le dio en la obra de Beling. Para MAYER el tipo cumple función más importante, pues tiene valor indiciario de la antijudicialidad de la conducta o del hecho (acción), constituyendo, el fundamento para conocerla. Frente a la tesis de Beling, según la cual la creación del tipo no implica valoración de la acción, pues en él hay total ausencia de contenido de valor, en la de MAYER el tipo es ratio cognoscendi, fundamento cognoscitivo de lo injusto. No obstante MAYER pregona la independencia entre tipicidad y antijudicialidad, queriendo colocar con ello las cosas en su justo sitio; la primera es sólo indicio de la segunda.(3)

El maestro Porte Petit al referirse a la tesis del indicio nos dice: Mayer atribuye al tipo penal, un valor indiciario de antijudicialidad o sea, que toda conducta que se ha conformado a un tipo, debe estimarse presuncionalmente antijudicial; - en forma más simple, la conformidad al tipo, es un indicio de la ilicitud.(4)

Edmundo Mezger es el representante de la fase de la identidad o de la superación (1926).

(3) PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal - Mexicano". Parte General, Tomo II, Pág. 43 y 44.

(4) PORTE PETIT C.C. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana, Pág. 426.

En ella el tipo es ratio escendi de la antijuricidad.

Al referirse al tipo, como fundamento de la antijuricidad, expresa: "El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto.

El tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico - posee, por tanto, la más amplia significación en orden a la -- existencia de la antijuricidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (ratio escendi) de la -- antijuricidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad. Recordemos que Mezger define al delito, como la acción típicamente antijurídica y culpable, superando el criterio independizador del tipo de la antijuricidad, los cuales aparecen fundidos e íntimamente ligados en su construcción. El autor alemán se ocupa del estudio del tipo dentro de la sección relativa a la antijuricidad, en la cual ésta, es contemplada no sólo como característica de la acción punible, sino también como injusto típico e injusto material.

El delito es acción antijurídica, expresa Mezger, pero al mismo tiempo típicamente antijurídica.

La decisión respecto a si una determinada conducta cae en la esfera del derecho punitivo resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuricidad especial, tipificada, típica. No toda acción

antijurídica es punible; para que ésto ocurra es preciso que el derecho penal mismo lo haya descrito previamente en un tipo especial.

FRANCISCO BLASCO (1942).- Sostiene la tesis, "La Antijuricidad como ratio escendi del tipo". Advirtiéndose que invierte la estimación del papel guardado entre el tipo y lo injusto en la estructura del delito. BLASCO precisa que si una conducta llega a ser tipificada en la ley en virtud de su grave antijuricidad por cuanto contraría las normas de cultura en las -- cuales el Estado encuentra su base jurídico política, lo que -- justifica su declaración de delictiva y su sugestión a la sanción penal.(5)

JOSE ARTURO RODRIGUEZ NUÑOZ (1950).- Sostiene la teoría -- "del tipo como elemento de concreación y de conocimiento", y -- nos señala; el tipo tiene una función de concreación, cuando -- existiendo la norma anteriormente la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica; y de conocimiento, cuando se observa encuadramiento de la conducta al tipo, que además de -- llevarnos a la tipicidad, nos conduce a la antijuricidad.

DAHUM, es el representante de la fase destructiva, porque contrariamente a las demás; la verdadera misión del tipo debe encontrarse cuando ésta permita a la analogía, desde un punto de vista de la creación del delito no podemos negar que la an-

(5) PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal - Mexicano". Parte General. Tomo II. Pág. 47.

tijuricidad tenga carácter fundamental del tipo (o sea que la antijuricidad sea antes del tipo), sin embargo, desde un punto de vista del conocimiento, de acuerdo con el pensamiento del - juez del tipo debe existir antes que la propia antijuricidad.

RAUL CARRANCA y TRUJILLO NOS SEÑALA: Que es aceptado en - nuestro derecho, el dogma Nullun Crimen Sine Lege y correlativamente el de que no hay delito sin tipo legal al que no co- - rresponda la acción, puede afirmarse que la tipicidad es elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería inclinable la acción, a la vez equivale Nullun Crimen Sine Lege a Nullun Crimen Sine Tipo.(6)

JIMENEZ DE ASUA nos dice que la tipicidad tiene una función predeterminadamente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y que -- hay una relación con la antijuricidad, por haber una concreación dentro del ámbito penal.(7)

#### ELEMENTOS DEL TIPO.

Si bien es cierto que el núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión trascendente para el derecho, expresado generalmente por un verbo y excepcionalmente por un sustantivo - - (atentar, destruir, poseer, vender, traficar, privar, ejecutar

(6) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "Derecho Penal Mexicano. Tomo I Editorial Robredo. México 1955, Pág. 215.

(7) JIMENEZ DE ASUA LUIS.- "La Ley y el Delito". Editorial -- Sudamericana. Buenos Aires, 1963, Pág. 252.

o emplear).

Cierto es también que dichas expresiones gramaticales son determinantes en la formación del tipo legal que se presenta, de ordinario, como una mera descripción de la conducta humana.

**ELEMENTOS OBJETIVOS.**- Son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que puede ser materia de imputación y de responsabilidad penal.

Son igualmente elementos objetivos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etc. conectados a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal.

a) Calidad referida al sujeto activo.- A veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo al cual queda subordinada, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo. Ello excluye la posibilidad de ejercicio de la conducta (acción u omisión) por cualquier sujeto y por tal se les ha denominado delitos propios. Así por ejemplo el artículo -- 112 de nuestro Código Penal que sanciona el ejercicio indebido o abandono de funciones públicas, requiere en el sujeto activo, la calidad de funcionario o empleado público.

b) Calidades referidas al sujeto pasivo.- En ocasiones la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, y cuando -- éste no las reúne se da el fenómeno de la ausencia del elemen-

to típico y por consecuencia de la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto. Ejemplo, - son calidades exigidas por la ley en el sujeto pasivo, el ser ascendiente del autor en el parricidio (artículo 323).

Referencias temporales y espaciales. La punibilidad de - la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la no concurrencia de tales elementos del tipo trae como consecuencia la - inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión, ejemplo, - artículo 325 del Código Penal (muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento).

Referencias a los medios de comisión. Aún cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta principal o para hacer aparecer alguna agravación de la pena. Ejemplo, artículo 265 - - (cópula obtenida mediante la violencia física o moral).

Referencias al objeto material. El objeto material es -- aquel sobre el que recae la conducta, es decir, al objeto material o corporal de la acción. Ejemplo, cosa ajena mueble (artículo 367 del Código Penal).(8)

ELEMENTOS NORMATIVOS.- Son aquellos que forman parte de - la descripción contenida en los tipos penales, y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplica

(8) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal - Mexicano". Parte General. Tomo II, Pág. 50 y 51.

ador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo con un criterio extrajurídico. O como dice Mezger son presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho.

En nuestro derecho positivo podemos mencionar, como ejemplos de tipos con un contenido jurídico normativo los siguientes, artículo 178 (al que sin causa legítima reusare prestar un servicio de interés público); artículo 179 (al que sin causa legal se negare a comparecer); otro ejemplo del elemento normativo con valoración cultural cuando el código expresa: "casta y honesta" (artículo 262) "acto erótico sexual" (artículo 260).(9)

ELEMENTOS SUBJETIVOS.- Son aquellos que están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita o como dice Villalobos son elementos subjetivos cuando radican y deben estudiarse en la conducta del agente del delito.(10)

JIMENEZ DE ASUA expresa al respecto: "En numerosos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados - -

(9) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Nociones de Derecho Penal - Mexicano" Parte General, Tomo II. Pág. 52.

(10) VILLALOBOS IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano" Editorial - Porrúa, Pág. 269.



ánimicos del autor en orden a lo injusto.(11)

#### DISTINTAS CLASES DE TIPOS PENALES.

a) TIPOS NORMALES Y ANORMALES.- Si las palabras empleadas en la descripción se refieren a situaciones permanentes objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Ejemplo, el homicidio.

TIPOS ANORMALES.- Existen cuando se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica. Ejemplo, el estupro.(12)

b) TIPOS FUNDAMENTALES O BASICOS.- Son aquellos que tienen plena independencia, o sea son aquellos que tienen una descripción que sirve de base a otros tipos derivados.

c) TIPOS ESPECIALES.- Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial.

d) TIPOS COMPLEMENTADOS.- Estos tipos se integran con un tipo fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevocía, etc.).

Los especiales y complementados pueden ser agravados o privilegiados, según sea o no un delito de mayor entidad. Así, el parricidio constituye un tipo especial agravado por sancio-

(11) JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. "La Ley y el Delito." Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1963. Pág. 253.

(12) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa, Pág. 162.

narse más severamente mientras el homicidio en rifa o duelo -- puede calificarse como complementado privilegiado.

e) TIPOS AUTONOMOS O INDEPENDIENTES.- Son los que tienen vida propia. Son los que tienen existencia autónoma o independiente, ejemplo (robos simples).

f) TIPOS SUBORDINADOS.- Son aquellos que necesitan para su existencia del tipo fundamental o básico y que adquiere vida en razón de éste, se subordina pero sin que se origine un delito autónomo (ejemplo, homicidio en rifa).

g) TIPOS DE FORMULACION LIBRE.- Son aquellos en los cuales se describe, en forma genérica, la conducta o el hecho delictivos, de tal manera que en su amplia fórmula pueden comprenderse multitud de variedades con fisonomía común. Se caracterizan por el hecho de que cualquier actividad produce determinado resultado; como sucede en el homicidio, tipo de formulación libre cuya esencia está constituida por el fenómeno de la privación de la vida de un hombre, resultado al cual puede arribarse mediante cualquier conducta eficaz para producirlo.

h) TIPOS DE FORMULACION CASUISTICA.- Son aquellos en que se señala casuísticamente la conducta productora del resultado típico o sea son aquellos en que el legislador prevee todas y cada una de las formas como puede darse el delito, ejemplo, el artículo 288, delito de lesiones y en el cual se comprende, -- "no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la sa--

lud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa".

Se subdividen en: Casuístico alternativo y casuístico -- acumulativo.

Casuístico alternativo, es aquel que permite darse en una u otra forma de las previstas. Por ejemplo: El estupro por medio de la seducción o el engaño.

Acumulativamente formados.- Requieren necesariamente que se den todas las circunstancias descritas por el tipo. Ejemplo, en el delito de usurpación de funciones, se requieren -- dos circunstancias, que el sujeto se ostente como funcionario, y que además realice tales funciones.

#### i) TIPOS DE DAÑO Y DE PELIGRO.

DE DAÑO.- Requiere para su consumación la destrucción o -- disminución del bien jurídico tutelado o protegido por la ley. Por ejemplo, violación o el robo.

DE PELIGRO.- Se dan con la simple probabilidad de la destrucción del bien jurídico, para que pueda darse el tipo. -- Ejemplo, asociación delictuosa, disparar una arma de fuego.

## 2.- TIPO Y TIPICIDAD EN EL DELITO ESTUDIO.

Hemos dicho que por tipo entendemos, desde un punto de -- vista jurídico, la descripción terminante que de una conducta hace la ley.

Ahora bien, antes de entrar al análisis del tipo que co-- rresponde a nuestro delito en particular, debemos de aclarar; que tenemos la más profunda convicción de que la fracción XII del artículo 387 (fraude específico), es un subtipo penal y -- por tanto es la descripción terminante que de una conducta hu-- mana hace la ley, pero para los efectos de estudio detallado -- de esta figura delictiva habremos de referirnos al tipo básico señalado en el artículo 386 (fraude genérico simple), tomando en cuenta que el mismo Código Penal vigente hace referencia al tipo básico ya que al señalar las penas que se aplicaran en el artículo 387 dice que serán las mismas que se aplican en el -- artículo 386.

ARTICULO 386.- "Comete el delito de fraude al que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se ha-- lla, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro inde-- bido.

El delito de fraude se castigará con las penas -- siguientes:

I.- Con prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, cuando el valor de lo defraudado --

no exceda de esta última cantidad.

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

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

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trate a virtud, no sólo de engaños, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hallan -- empleado, la pena señalada en los artículos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años.

Artículo 387: Las mismas penas señaladas en el -- artículo anterior, se impondrán: a las fracciones I hasta la -- XVIII.

Los elementos constitutivos del delito de fraude son:

- a) Un engaño o el aprovechamiento de un error.
- b) Que antes se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido.
- c) Relación de causalidad entre el primer (actitud engañosa), y el segundo, o sea que el elemento hacerse, -- "hacerse de la cosa o alcanzar un lucro" sea a conse-- cuencia del engaño empleado por el sujeto activo o del aprovechamiento que hace del error en que se encuentra

la víctima. Estos tres elementos constitutivos son in separables; no basta probar la existencia de uno o de dos; es necesaria la concurrencia de los tres.

a) Por engañar a una persona debe comprenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción; el engaño, mutación o alteración de la verdad, supone la realización de cierta actividad más o menos externa en el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva. El aprovechamiento del error es por el contrario, una acción negativa, mejor dicho, de abstención por parte del protagonista del fraude; supone que la víctima de antemano tiene un concepto equivocado, erróneo, falso, de las circunstancias que recae en los hechos o cosas objeto del delito; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente, conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para llevar a cabo su finalidad dolosa. Lo común al "engaño" y al "aprovechamiento del error" es el estado psicológico en que se encuentra la víctima; una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude.

b) El segundo elemento tiene la característica de una disyuntiva por el empleo de la palabra o: que el sujeto activo se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido. La primera parte de la disyuntiva se refiere a las cosas, es decir, a los bienes corporales de naturaleza física, compren--

diéndose los muebles y los inmuebles por no establecerse distinción alguna en el precepto que analizamos. Dado el amplio significado gramatical de la frase "se haga ilícitamente de alguna cosa", pueden entenderse en examen ligero, que es elemento se confunde con la noción del apoderamiento material de las cosas; en otras palabras, que basta que la gente del delito tome la cosa, para que se tenga por reunida la constitutiva. Sin embargo esta primera interpretación no puede prosperar, -- si se analiza el precepto completo, ajustando o embonando sus constitutivas y comparándolo con diferentes artículos del mismo Código Penal en que se emplea la palabra "apoderamiento" -- con un significado técnico jurídico preciso.

En el robo el apoderamiento consiste no sólo en hacerse de la cosa, sino en realizarlo sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, de lo que resulta que la palabra "apoderamiento" debe entenderse como la aprehensión de las cosas en ausencia de todo consentimiento de la víctima de la infracción.

Igual circunstancia acontece en el delito de rapto en que se emplea la misma palabra, aplicada a la mujer, y en que se sucone su ausencia de consentimiento, salvo casos especiales -- en que se utiliza seducción o engaño.

En el fraude sucede lo contrario; la obtención física o virtud de las cosas se logra, no contrariando la voluntad de la víctima, ni siquiera en ausencia de su consentimiento, sino -- precisamente contando con su anuencia, salvo que esa voluntad

derive de la existencia de un error provocado por el engaño -- preexistente sin intervención del sujeto activo.

Los lucros indebidos a que en segundo lugar se refiere la disyuntiva, son aquellos ilícitos beneficiosos, utilidades o ganancias económicas que se obtienen explotando el error de la víctima. Consisten en esencia en la usurpación fraudulenta de bienes incorpóreos tales como la apropiación o adueñamiento de derechos patrimoniales ajenos.

c) La tercera consecutiva racional del fraude que nos ocupa es precisamente la relación de causalidad lógica entre el primer elemento y el segundo. El engaño causado a el error -- aprovechado deben ser el motivo del enriquecimiento indebido -- del infractor. La obtención de la cosa o del lucro deben ser de consecuencia de la falacia, de la intriga, de la falsedad, de la mentira, empleada por el delincuente, o al menos de su malicia al no revelar las circunstancias verdaderas que erróneamente ignora el que sufre su acción. El fraude existirá, -- condición sine qua non, cuando por resultado del engaño o del aprovechamiento del error, el autor logra la entrega o apropiación de cosas o derechos patrimoniales ajenos; por supuesto no deberá exigirse precisamente la demostración de una entrega material, pues la remisión de la cosa, para emplear el artificio so léxico del derecho privado, puede ser virtual.



### LA TIPICIDAD EN EL FRAUDE.

La tipicidad en este delito existe cuando la conducta de un sujeto se adecúa al tipo de que acabamos de describir o sea aquella conducta humana, aquél comportamiento que se ajusta - con toda precisión a la descripción legal contenida en el artículo 386 del código penal vigente.

Los Sujetos en el Fraude.- a) Sujeto Activo.- Es el que engaña o se aprovecha del error para hacerse flicitamente de alguna cosa o bien alcanza un lucro indebido. Sin embargo puede acontecer que quien se beneficie sea: a') El que engaña o se aprovecha del error o b') Un tercero.

b) El sujeto pasivo del fraude es la persona que reciente el daño patrimonial, aunque en ocasiones no se identifica con la que ha sido víctima del engaño o del aprovechamiento del error.

Ahora bien el tipo comprendido en el artículo 386 del código penal no establece calidad especial alguna en los sujetos pasivo o activo del delito, razón por la que cualquier persona <sup>ser</sup> puede en el supuesto de la ley, con la única excepción de que el activo debe ser un sujeto plenamente capaz, imputable pues solo así podrá responder ante el poder público del hecho ilícito cometido.

Pero en cuanto a la aplicación de este sujeto activo, - - existe una notable diferencia en nuestro delito a estudio o - sea en subtipo de fraude señalado en la fracción XII del artículo 387; en cuanto que al sujeto activo o sujetos activos so-

lo podrán ser el fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra cualquiera, que emplee en la construcción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de él. Como se ve el sujeto activo en el fraude específico, al igual que en el genérico el sujeto debe ser capaz, pero además con una calidad especial en el fraude específico o sea la de ser fabricante, empresario, contratista o constructor.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, puede ser también cualquier sujeto que ha virtud de la realización del ilícito penal sea el que recienta el daño patrimonial.

#### 4.- CLASIFICACION DEL DELITO DE FRAUDE EN ORDEN AL TIPO

Por razón evidente el fraude es un tipo anormal en virtud de que hace expresa referencia a la flicitud del resultado típico de la acción u omisión (se hace flicitamente de algo o alcanza un lucro indebido) teniendo este elemento naturaleza normativa en el amplio sentido del término, por implicar un juicio valorativo de él por el juzgador.

Constituye también un tipo básico, por cuanto que de sus elementos se originan otros tipos penales o subtipos. En efecto el fraude genérico calificado (fraude maquinado) ha sido construido en la ley en el último apartado del artículo 386 del código penal vigente que expresa "cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata ha virtud no sólo

de engaños, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado. La pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años.

El fraude genérico simple tiene el carácter de tipo autónomo e independiente, pues no requiere de ningún otro tipo legal para tener existencia propia.

El fraude es, asimismo, un tipo de formulación casuística y alternativamente formado por incluir en su descripción los medios comisivos del engaño y aprovechamiento del error, igualmente alternativo debe considerarse con referencia al resultado exigido en el tipo, pues éste lo hace consistir en la obtención de la entrega de la cosa (se hace ilícitamente de una cosa) o en alcanzar un lucro indebido; es decir que de cualquiera de tales resultados integran el hecho.

Corresponde el fraude también, a los tipos de daño pues mediante su consumación trae consigo la destrucción o disminución del bien jurídico tutelado o protegido por la ley, y que en este delito es el patrimonio del sujeto pasivo del delito.

En cuanto a la clasificación de los tipos penales en relación a la fracción XII del artículo 387 del código penal, motivo de nuestro estudio y que debemos decir, que encuadra o se ajusta dentro de los tipos anormales en virtud de que el legislador habrá de hacer un análisis valorativo de la condición jurídica contenida en la fracción XII del artículo 387 cuando dice: al fabricante, empresario, contratista o constructor de

una obra cualquiera, que emplee en la construcción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de el. De tal manera que la integración del ilícito penal esta condicionada a que el fabricante, empresario... hubiera recibido el precio o parte de el y de esta manera se íntegre el lucro indebido con el correspondiente daño patrimonial.

Asimismo encuadra dentro de los tipos subordinados en virtud de que necesita para su existencia el tipo fundamental básico señalado para este caso el artículo 386 del código penal vigente y que corresponde al fraude genérico.

Debe considerarse dentro de los tipos de formulación libre pues al decir: ... de una obra cualquiera, puede comprenderse no una obra determinada sino bien podría ser una construcción o una obra de pintura luego entonces se comprenden una variedad de obras pero con una fisonomía común dentro de las circunstancias previstas en la fracción XII.

Corresponde también a los tipos de daño ya que mediante el empleo de materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada, causará sin lugar a dudas un daño al bien jurídico tutelado o protegido por la ley, que en este caso sería el patrimonio.

#### 4.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO

EDMUNDO MEZGER nos dice que el objeto del injusto "es la lesión o puesta en peligro, de determinados intereses vitales o de un bien jurídico.

Nos da una explicación, de lo que entiende por bien jurídico, dice "que el bien jurídico se ha determinado como bien, protegido por cada uno de los diversos tipos penales".

Define el bien jurídico en forma sencilla, diciendo que es el valor objetivo que la ley penal considera necesario dar protección (1).

Es decir, el fin reconocido por el legislador en los diversos tipos penales.

Por lo antes expuesto, debemos decir que el objeto jurídico que se tutela tanto en el fraude genérico simple del artículo 386, como en el fraude específico de la fracción XII del artículo 387, queda identificado plenamente con el bien tutelado por la norma prohibitiva y no es otro que el patrimonio.

La lesión patrimonial es normalmente correlativa a la "antijurídica ventaja" (lucro indebido) obtenida por el autor del hecho, concepto de claro contenido económico por cuanto atiende exclusivamente, al valor de esa índole que lesiona el patrimonio. Consideramos necesario admitir que no todo lucro indebido implica disminución en el activo patrimonial de la víctima, pero si impide su lícito acrecentamiento.

(1) MEZGER EDMUNDO.- Tratado de Derecho Penal, tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1955, Pág. 403.

## 5.- ATIPICIDADES

La atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad. Esta atipicidad se presenta cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal. Es decir la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

La atipicidad no equivale a la ausencia de tipo. La atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito. La ausencia de tipo, constituye el aspecto negativo del tipo, y se da esta ausencia de tipo cuando una conducta no esta descrita en la norma penal. - Por tanto como dice Jiménez de Asúa, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso - aunque sea antijurídica. (1), o como dice acertadamente el - maestro Castellanos Tena, se da la ausencia de tipo cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. El artículo 14 constitucional establece de manera precisa que: "En los juicios de 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 trate".

---

(1) JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. Editorial Buenos Aires. 1967. Pág. 263.

Por lo que respecta al delito objeto de nuestro estudio, el código penal en su artículo 387 fracción XII habla de un fraude específico, por lo que se encuentra reconocido el tipo y por tanto también la tipicidad es posible.

Cuando la conducta del fabricante, empresario, contratista o constructor no se puede adecuar a la hipótesis legal del artículo 387 fracción XII del código penal vigente, se dará una atipicidad de tal comportamiento de estos sujetos, y tendremos ausencia de tipo.

#### LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD SON:

a) Ausencia de calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos. En el delito de la fracción XII del artículo 387 (fraude específico), habrá atipicidad, cuando los sujetos activos, no tengan la calidad de fabricante, empresario, contratista o constructor.

b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; es decir, si falta la lesión en el patrimonio del sujeto pasivo.

c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo. En el delito a estudio de fraude específico, no se dan causas de atipicidad por falta de referencias de tiempo y de lugar, en virtud de que dicho delito no exige ninguno de estos elementos.

d) Referencias a los medios de comisión. (Al no realizarse el hecho por los medios señalados en la ley). En el delito

de fraude específico no se pueden dar casos de atipicidades - por falta de medios comisivos; pues si faltaren los medios comisivos a través de los cuales se ejecuta el delito o sea mediante el empleo de materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada; sencillamente no existiría delito, puesto que a través de estos - dos medios comisivos es como se configura el delito, el engaño que sufre el sujeto pasivo.

Donde si podrá darse la atipicidad por falta de medios de comisión es en el fraude genérico simple del artículo 386 ya - que la "ausencia del engaño" o del "aprovechamiento del error" para obtener la cosa o el lucro, hace desaparecer el delito.



**CAPITULO IV**  
**DE LA ILICITUD.**

- 1.- La Antijuricidad.
- 2.- Causas de Justificación en General.
- 3.- La Antijuricidad en el Delito a Estudio.
- 4.- Causas de Justificación en el Delito a Estudio.

## 1.- LA ANTIJURICIDAD

Una vez constatada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para que dicha conducta pueda llegar a considerarse, en última instancia como delictiva, necesario es que sea además de típica, para calificar una conducta como antijurídica, necesario es comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita. No todo hecho relevante penalísticamente es siempre un hecho antijurídico. Matar a otro es un hecho penalmente relevante; sin embargo, este hecho no siempre es antijurídico.

Ya CARRARA decía: El delito es una disonancia armónica. Hay en delito armonía, en tanto implica identidad de la conducta del hombre con el hecho que describe el tipo penal; pero esta armonía es disonante, en cuanto representa una contradicción con las normas de valoración que el propio tipo tutela y protege (1).

BETIOL nos dice respecto a la antijuricidad: que no hay, entre los elementos constitutivos del delito, ningún otro que destaque tanto, como el de la contradicción del hecho con la exigencia del Derecho, es decir, el choque entre el hecho y la norma.

La antijuricidad consiste, ni más ni menos, en una valoración que realiza el juez acerca del carácter lesivo de un com-

---

(1) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Imprenta Universitaria. México - 1952. Pág. 10 y 11.

portamiento humano. Se trata, en realidad, de poner en relación entre sí el hecho y el valor.

Ya hemos dicho que el Derecho en su esencia, es tutela de valores sociales, conjunto de normas destinadas a tutelar las dominantes exigencias ético-sociales. Más allá de la consideración de los valores el Derecho pierde su razón de existir y se transforma fatalmente en un instrumento de terror o en medio técnico de profilaxis social. En todo caso viene a situarse fuera de aquéllas exigencias que constituyen la columna vertebral de la vida social.

Son los valores los que dan contenido y razón de ser a las figuras particulares de delito. De nada sirve que un hecho reúna en sí las características de una figura delictuosa abstracta, de nada sirve que el sujeto actor haya creído consciente y libremente realizar un hecho delictivo, si objetivamente falta el valor por el cual el hecho debe resultar "desconocimiento, si falta lo que con un término técnico hemos llamado, el objeto jurídico del delito, el bien, el interés, término de relación tutelado por la norma.

Todos los elementos del delito se orientan, pues, hacia la antijuricidad. El delito es un hecho típico y culpable dirigido a la lesión de un bien jurídico. Y adviertasé, no sólo los elementos del delito sino todos los problemas del derecho penal, adquieren significado solo en cuanto se ponen en -

relación con la antijuricidad. (2)

CUELLO CALON de la antijuricidad nos dice: Es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia que, para algunos, no es un mero carácter o elemento del mismo, sino su misma esencia, su intrínseca naturaleza. La acción humana, sigue diciendo, para hacer delictiva, ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución; ha de ser antijurídica; obra antijurídicamente, el que contraviene las normas penales. La antijuricidad presupone un juicio, acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo cual la antijuricidad tiene carácter objetivo. (3)

De la antijuricidad CARLOS BINDING nos señala que: Normalmente aceptamos que la antijuricidad es lo contrario a derecho, pero en caso particular del Derecho penal, el realizar una conducta que sea antijurídica, no es estar en contra de la ley penal, sino al contrario, es decir, al realizar o ejecutar lo previsto por la ley penal, se ajusta a lo previsto por dicha ley.

---

(2) GIUSEPE BETTIOL. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá 1965. Pág. 241 y 242.

(3) CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal. Novena Edición. Editorial Nacional. México 1961. Pág. 309.

**MAX ERNESTO MAYER:** Le da un contenido concreto a la anti-  
juricidad, señala que es la contradicción a las normas de cul-  
tura, reconocidas por el Estado. Pretende dar un contenido étic-  
o a un concepto eminentemente jurídico: para el, la norma -  
cultural comprende: costumbres, medios, sentimientos patrios,  
religiosos, etc. (4)

El maestro Don Fernando Castellanos Tena opina: "común-  
mente se acepta como antijurídico, lo contrario al derecho.(5)

**Francisco Pavón Vasconcelos** considera que la antijurici-  
dad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo -  
entre el hecho del hombre y las normas del Derecho. (6)

**Mariano Jiménez Huerta**, quien hace un estudio especial a  
este elemento de la antijuricidad empieza por considerar delic-  
tiva una conducta cuando lesiona un bien jurídico y ofende los  
ideales valorativos de la comunidad. De ahí que en su crite-  
rio una conducta será antijurídica, cuando resulte contraria -  
una norma. Adentrándose en el problema considera que la anti-  
juricidad, presupuesto general de la punibilidad, matiza y ti-  
ñe la conducta de un colorido o tonalidad especial, matiz, to-  
no y color que surge del juicio formulado sobre la propia con-  
ducta, en el cual "se afirma su contradicción con las normas -

(4) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal.  
Editorial Porrúa. México 1971. Pág. 165.

(5) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal.  
Editorial Porrúa. México 1967. Pág. 167.

(6) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Nociones de Derecho Penal -  
Mexicano. Parte general tomo II. Pág. 77.

del Derecho. Lo antijurídico implica desvalor. Surge como un predicado de la conducta expresado negativamente, y significa una reprobación jurídica que recae sobre el hecho al ser éste puesto en relación y contraste con las esencias ideales que integran el orden jurídico.

En cuanto al objeto sobre el que recae la antijuricidad, dice: "la conducta es un acontecimiento o suceso externo, que, unas veces, adquiere por si solo valor ante el orden jurídico y otras se plasma en un estado o resultado material.

El orden jurídico valora, según las exigencias de la propia vida, tanto las conductas como los resultados. Unas veces proyecta su valoración simplemente sobre la conducta; otra, además, sobre sus consecuencias fácticas. Tan antijurídica es la conducta del que pone en ejecución actos externos con el fin de matar a otro, como el estado de muerte producido como efecto de la conducta. La valoración jurídica debe proyectar pues, sus rectilíneos rayos tanto sobre la dinámica como sobre la estática del acontecimiento o suceso humano. Los estados o resultados que no pueden conectarse directa o indirectamente con un comportamiento humano; ejemplo, las muertes o pérdidas causadas por fenómenos naturales no son susceptibles de valoración jurídica, aunque pueden ser constatadas como datos que de hecho dañan la vida de la colectividad. (7)

---

(7) JIMENEZ HUERTA MARIANO. "La Antijuricidad". Imprenta Universitaria 1952. Pág. 12.

Creemos que los tratadistas al hablar el problema de la -  
antijuricidad coinciden en darle a esta la característica de -  
desvalor jurídico un juicio en el que se afirma su contradic-  
ción con las normas del Derecho.

✓

## ANTI JURICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

Franz Von Litz. Desarrolla la concepción dualista de la antijurisdiccion, en la que establece una diferencia esencial, entre lo antijurídico formal lo antijurídico material.

Para el jurista Alemán, es formalmente antijurídica la acción que infringe una norma estatal, es decir una norma establecida por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; desde un punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta antisocial.

El tratadista mexicano Ignacio Villalobos, acepta ambas formas de antijurisdiccion, argumentando van unidas de ordinario constituyendo una la forma y la otra el contenido de una misma cosa.

El orden jurídico supone normas de necesidad moral cuya violación daña o hace peligrar la tranquilidad, la justicia - la seguridad y el bien común, las cuales derivan de la naturaleza humana y de las cosas. La violación de esas obligaciones o el ataque a esos derechos, el atentado contra esas normas jurídicas, es lo que tiene el carácter de antijurisdiccion material, porque viola intereses vitales de la organización social, intereses que al ser protegidas por la organización jurídica constituye una institución o bien jurídico (como la propiedad o la libertad), y por eso se dice que una sociedad organizada jurídicamente o en un Estado, el antijurídico material o el contenido material de la antijurisdiccion consiste -



en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o -- de los intereses jurídicamente protegidos, o en el solo antentado contra el órden instituido por los preceptos legales. -- (8)

Jiménez Huerta nos dice: "Esta diversa manera de contemplar la cuestión, a dado lugar, desde la época de Lizt a una concepción dualista de la antifjuricidad, que, en puridad, carece de razón y de sentido pues trata de escindir en dos partes diversas lo que no es más que aspectos distintos y parciales de un mismo concepto" (9).

Jiménez de Asúa, no esta de acuerdo con el dualismo de - considerar que exista antifjuricidad material y formal; porque dice que todo se reduce a que Von Lizt confunde la antifjuricidad formal con la tipicidad.

En suma la antifjuricidad formal es la tipicidad y la - - antifjuricidad material, es la antifjuricidad propia. (10)

Por lo que respecta a nosotros nos adherimos al criterio de que solo se dá una antifjuricidad, que es la objetiva, contradicción a los valores creados por el Estado.

---

(8) VILLALOBOS IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano. Editorial - Porrúa, México 1960 Pág. 249.

(9) JIMENEZ HUERTA MARIANO. "La Antifjuricidad". Imprenta Universitaria. México 1952. Págs. 30 y 31.

(10) JIMENEZ DE ASUA LUIS. "Tratado de Derecho Penal". Tomo 3o. Buenos Aires 1954. Pág. 877.

## 2.- CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.

Es el aspecto negativo de la antijuricidad al que habremos de referirnos, tomando en cuenta en principio que dicho aspecto negativo ha sido denominado por los autores como: Causas de licitud, causas eliminatorias de antijuricidad o como generalmente se utiliza la expresión "Causas de justificación" o sea aquella manifestación negativa de la antijuricidad. Es decir, la conducta u hechos realizados no son contra el Derecho sino conforme a Derecho, y esta conformidad puede provenir de la Ley Penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico Público o Privado.

El Jurista CELESTINO PORTE PETIT, expresa: pensamos que existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la Ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia un interés preponderante (1).

ANTOLISEI al respecto expresa. Es aquella especial situación en la que un hecho que normalmente está prohibido por la Ley Penal, no constituye el delito por el existencia de una norma que lo autoriza o lo impone (2)

---

(1) PORTE PETIT CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana 1969. Pág. 493 .

(2) ANTOLISEI FRANCESCO. "Manual de Derecho Penal". Editorial Uteha. Argentina Buenos Aires, 1900 Pág. 201

JIMENEZ DE ASUA las define así: Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que -- puede subsumirse en un tipo legal; ésto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva -- pero en los que faltan, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más -- importante del crimen. (3)

JIMENEZ HUERTA nos dice respecto de las causas de justificación: si, como hemos visto, lo antijurídico se caracteriza conceptualmente en una lesión de intereses jurídicos y en una ofensa de los ideales valorativos de la comunidad, obvios es que no puede juzgarse antijurídica la acción que no lesione bienes e intereses jurídicos y que no ofende ideales de la -- comunidad. Son circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad, tanto que el titular del interés protegido penalmente concienta válidamente en la acción que sin su voluntad implicaría una lesión a un bien jurídico, como que la acción lesiva de un bien jurídico se considere, al ser juzgada y valorada en las circunstancias en que se realizó; como no -- ofensiva para los intereses de la comunidad, habida cuenta -- de que, si bien lesiona bienes e intereses jurídicos ajenos -- salvaguarda bienes e intereses preferentes desde el punto de vista social. En cualquiera de éstos dos casos, el juicio -- sobre la conducta enjuiciada no arroja un resultado antijuri-

---

(3) JIMENEZ DE ASUA LUIS. "La Ley y el Delito" Editorial -- bello. Caracas Pág. 356.

dico. (4)

El maestro Don FERNANDO CASTELLANOS TENA opina: las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad. Son impersonales, porque son válidas en general para todos. Son reales favorecen a -- cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan -- cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde -- con el derecho. (5)

El Código Penal Vigente en su Artículo 15 regula las -- causas de justificación, denominadas "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad. Dichas causas de justificación se -- encuentran señaladas en las fracciones III, IV, V, VII y VIII y son las siguientes: a).- Legítima defensa b).- Estado de -- necesidad c).- Cumplimiento de un deber d).- Ejercicio -- de un derecho e).- Obediencia jerárquica f).- Impedimento legítimo.

#### A).- LA LEGÍTIMA DEFENSA.

La legítima defensa constituye el supuesto mas claro y -- palmario de las causas de justificación.

MAURACH. De la legítima defensa se expresa así: es la de -- fensa necesaria para repeler, de sí mismo o de un tercero la-

(4) JIMÉNEZ HUERTA MARIANO. "La Antijuricidad". Imprenta -- Universitaria. Pág. 117.

(5) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos de Derecho Penal" Editorial Porrúa. México 1971 Pág. 171

agresión actual y antifjurídica. (6)

Para CUELLO CALON, la legítima defensa, es la defensa — necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor (7).

Para JIMENEZ DE ASUA, la legítima defensa, "es la repulsa de la agresión legítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin transpasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios, empleados para impedirle o repelerle". (8)

Para el Penalista mexicano Don FERNANDO CASTELLANOS TENA: "La legítima defensa es una repulsa de una agresión antifjurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin transpasar la medida necesaria para la protección". (9)

PAVON VASCONCELOS dice: "La legítima defensa, es la repulsa inmediata necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente, para bienes tutelados por el derecho" (10).

- 
- (6) MAURACH REINHART. "Tratado de Derecho Penal". Ediciones - Ariel. Barcelona Pág. 377
- (7) CUELLO CALON EUGENIO. "Derecho Penal" Editora Nacional -- México 1961. Pág. 317
- (8) JIMENEZ DE ASUA LUIS. "La Ley y el Delito" Editorial Sud americana. Buenos Aires, 1963 Pág. 289
- (9) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos de Derecho Penal" Editorial Porrúa. México 1967. Págs. 177 y 178.
- (10) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal - Mexicano. Editorial Porrúa. México 1967 Pág. 287.

## FUNDAMENTO DOCTRINAL DE LA LEGITIMA DEFENSA.

El Derecho Canónico se ocupó de la legítima defensa al establecer: "Todas las Leyes y todos los derechos permiten -- repeler la fuerza con la fuerza.

Para la Escuela Clásica, la legítima defensa descansa -- en la necesidad; ante la imposibilidad de que en un momento -- dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo -- que él se defienda; así, la defensa privada es substitutiva -- de la pública.

Para los positivistas la legítima defensa, se trata de una acción de justicia social. Si el agresor muestra su temblor al atacar injustamente, resultará lícito cuanto se haga para rechazarlo; y el sujeto que se defiende no es peligroso.

El Código Penal Vigente regula la legítima defensa en -- su Artículo 15 fracción III y señala:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal.

III.- Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino una de las circunstancias siguientes:

- 1o. Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella.
- 2o. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por --

otros medios legales;

3o. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la -  
defensa y

4o. Que el daño que iba a causar el agresor era facilmente --  
reparable después por medios legales o era notoriamente-  
de poca importancia, comparando con lo que causo la defensa  
sa.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima de--  
fensa, respecto de aquél que durante la noche rechazará, en -  
el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o --  
fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o de-  
partamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que seg  
el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá, al que causará cualquier --  
daño a un intruso a quién sorprendierá en la habitación u ho-  
gar propio de su familia o de cualquier otra persona que ten-  
ga la obligación de defender o en el local en donde se encuenn  
tran bienes propios o respecto de los que tenga la misma oblig  
gación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche-  
o en circunstancia tales, que revelen la posibilidad de una -  
agresión.

De la definición de la legítima defensa contenida en --  
nuestro Código Penal, entresacamos los siguientes elementos -  
configurativos:

- 1.- Debe existir una agresión, es decir debe traer consigo -- la infracción a un o unos bienes jurídicos protegidos, -- pertenecientes a un tercero.
- 2.- La agresión debe ser actual e inminente, es decir, que -- esté aconteciendo, o sea que no esté por realizarse ni -- que ya sea haya realizado, sino que debe ser presente.
- 3.- Que la agresión sea ilegítima, es decir, en contra del derecho, y por lo mismo el rechazo sea legítimo.
- 4.- Que la repulsa sea necesaria o porporcional, que el atacado no le haya quedado otro recurso que el de repeler la agresión; y porporcionalmente, que no resulte mayor la -- repulsa que el ataque, sino que sea proporcional.
- 5.- Que la repulsa sea llevada a cabo por el atacado o en su defecto por un tercero.

Los ataques a las personas pueden ser en su vida, integridad corporeal y en su libertad física y sexual.

El Artículo 16 del Código Penal Vigente regula el exceso en la legítima defensa y nos dice:

El que se exceda en la defensa legítima, por intervenir la -- tercera o cuarta circunstancias de las enumeradas en la segunda parte de la fracción III del Art. 15, será penado como -- delincuente por imprudencia.



## PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA.

### Riña y Legítima Defensa.

El Art. 314 del Código Penal, define a la Riña "Como la contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas".

De esta manera en la riña los contendientes colocan su actuación en un plano antijurídico, a virtud de la intención de causarse daño empleando la acción física. En la segunda (Legítima Defensa), sólo la conducta del agresor es injusta, mientras la del que se defiende coincide con los propósitos del ordenamiento jurídico.

**Legítima Defensa Recíproca.** Frente a la agresión injusta, la Ley reputa lícita la defensa y el daño originado por ella. De esta manera es imposible la concurrencia de una legítima defensa recíproca, pues implicaría la existencia en ambas partes de una conducta jurídica frente a una conducta antijurídica, lo cual es inaceptable.

**Legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa.** en nuestro derecho parece adoptarse una solución negativa, -- pues el artículo 15 Fracción III, declarará desintegrada la excluyente cuando el agredido haya provocado la agresión dándocausa inmediata y suficiente para ella.

**Legítima defensa del inimputable.** Se admite plenamente la inexistencia del delito por la conformación de la legítima

defensa del inimputable, con independencia de su falta de --  
capacidad para ser acreedor a una consecuencia penal a virtud  
de su inculpabilidad.

Legítima Defensa contra inimputable. También es prudente la legítima defensa, pues, como ya decíamos lo que se califica es la acción no a la persona, claro que en éste caso -- la conducta agresiva del inimputable si puede ser injusta y -- dá lugar a que la defensa sea legítima.

B).- ESTADO DE NECESIDAD.

FRANZ VON LISZT.- Considera al estado de necesidad: una - situación de peligro actual a los intereses protegidos por el - Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de - los intereses de otro, jurídicamente protegidos (11).

PAVON VASCONCELOS.- Expresa que: Es una colisión de intere- res pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, ha- ce imprescindible el sacrificio de intereses ajenos como único - medio para salvaguardar el propio. (12)

JOSE ALMARAZ.- Lo estima "Una situación de peligro ac--- tual grave e inminente, que forza a efectuar una acción u omi--- sión delictuosas para salvar un bien propio o ajeno. (13)

El maestro Don FERNANDO CASTELLANOS TENA.- Dice. es el -- peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos que solo pueden evitarse mediante la lesión de bienes también - jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona. (14)

---

(11) VON LISZT FRANZ. "Tratado de Derecho Penal" 3a. Edición - Madrid Traducción Luis Jiménez de Asúa.

(12) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO "Nociones de Derecho Penal Me- xicano Parte general Tomo II. Pág. 121

(13) ALMARAZ JOSE. "Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal II", Pág. 547 México 1948 .

(14) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos elementales de -- Derecho Penal". Editorial Porrúa Pág. 187.

La Fracción IV del Artículo 15 de nuestro Código Penal -- Vicente, regula el estado de necesidad al expresar: ... "La necesidad de salvar a su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave, e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial:--

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel -- que por su empleo o cargo tenga el derecho legal de sufrir el -- peligro".

Del texto de éstos párrafos entre sacamos los siguientes elementos del estado de necesidad:

- 1.- Una situación del peligro, real, grave e inminente.
- 2.- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídico tute-- lado.
- 3.- Un ataque por parte de quién se encuentra en estado neces-- rio.
- 4.- Ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

Casos de Estados de Necesidad Regulados en la Ley:

El aborto terapéutico (Artículo 334) y el Robo de fármaco (Ar-- tículo 379).

Artículo 334.- No se aplicará sanción: cuando de no pro-- vocarse el aborto, la mujer embarazada corra el peligro de muer-- te, al juicio del médico que le asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que eso fuera posible y no sea peligro--

sa la demora.

Artículo 339.- No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

Diferencias del estado de necesidad con la legítima defensa. Según CARRARA. La legítima defensa es una "Reacción" en tanto que el estado de necesidad constituye una "acción" que implica ataque a bienes jurídicos.

C).- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

CARRANCA y TRUJILLO expresa: el que por razón de su situación oficial o de servicio está obligado o facultado para actuar en forma en que lo hace, pero el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinada por la obligación o la facultad señalada u ordenada por la ley. Sigue diciendo el autor, cuando se trata del cumplimiento de un deber legal, los tratadistas distinguen dos casos:

- 1.- Los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal, resultante del empleo, autoridad, o cargo público, que pesa sobre el sujeto, por ejemplo, el agente judicial que catea un domicilio obedeciendo a la orden recibida.
- 2.- Los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal, que pesa sobre todos los individuos por ejemplo, la aprehensión

de un delincuente, infragantí. En uno y en otro caso las acciones son lícitas, ya que carecen en lo absoluto de antijuricidad (15).

El Código Penal Vigente se refiere al cumplimiento de un deber como causa de justificación en el artículo 15 Fracción -- V: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal": -- V. obrar en cumplimiento de un deber consignado en la Ley. En tal virtud tenemos que el cumplimiento de un deber es la realización o ejecución de un hecho, dando cumplimiento a un deber, por mandato de la Ley.

#### D).- EJERCICIO DE UN DERECHO.

El ejercicio de un derecho es la actualización de una -- facultad otorgada por la Ley.

La Fracción V del artículo 15 de nuestro ordenamiento -- jurídico Penal, establece como causas excluyentes de responsabilidad el "Obrar, en ejercicio de un derecho consignado en la Ley".

SEBASTIAN SOLER.- Expresa, un derecho debe ser legítimamente ejercido, es decir, por la vía autorizada por la Ley.

El examen de los casos particulares, nos darán las soluciones correctas; pero en principio negamos las vías de hecho -- como medio lícito, por no estar autorizados por la Ley para --

(15) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "Derecho Penal". Tomo II Editorial Porrúa México 1950 Págs. 100 y 110

ejecutar el derecho que la misma reconoce y ampara.

El primero de los casos del ejercicio de un derecho tenemos: el homicidio y las lesiones consideradas en la práctica de los deportes, pues en éste caso, si hay lesiones u homicidio, - estos se llevarán a cabo con apego a los reglamentos previamente autorizados es evidente que en estos casos opera una causa - de justificación, que consisten en ejercicio de un derecho. Se consideran también aquellas lesiones que se causen en ejercicio de la patria protestad, o de corregir a quienes estén sometidos a tales disposiciones; se sostiene ésta justificación el Artículo 294 del Código Penal Vigente.

Otro caso de ejercicio de un derecho son; las lesiones y la muerte causadas en tratamientos médico quirúrgicos. El fundamento de dicha licitud radica en el hecho de que tal actividad corresponde a un alto interés social. La cura del enfermo, el cual es reconocido por el Estado autorizando, disciplinando y favoreciendo la actividad médica.

#### E).- OBEDIENCIA JERARQUICA.

FRANCO SODI.- Define a la obediencia jerarquica como: "La obligación de obedecer, se puede originar en las relaciones de dependencia jerarquica familiar o doméstica y ésta obligación al cumplirse, puede plantear un problema de Derecho Penal, - -

cuando el superior ordene la comisión de un delito y el inferior la ejecute. (16)

El Artículo 15 Fracción VII de nuestro ordenamiento penal nos dice: "Son excluyentes de responsabilidad penal: obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se aprueba que el acusado la conocía".

Según PORTE PETIT.- Cuando el superior legítimo ordena al inferior un mandato dentro del orden jerárquico, se pueden presentar las siguientes hipótesis:

- a).- La orden es lícita.- En ésta hipótesis o sea obedecer a un superior con relación a un mandato legítimo, no existe ningún aspecto negativo del delito por ser la orden lícita.
- b).- La orden es ilícita, conociéndola el inferior y sin obligación de acatarla, es decir, teniendo poder de inspección.- Cuando se cumple tal orden el sujeto es responsable.
- c).- La orden es ilícita, conociendo o no su ilicitud el inferior y por obligación de cumplirla, es decir sin tener poder de inspección. En éste caso se trata de una causa de justificación.
- d).- La orden es ilícita creyéndola lícita el inferior, por error invencible. Estamos frente a una causa de inculpabi

---

(16) FRANCO SODI CARLOS. "Nociones de Derecho Penal", 2a. Edición, Ediciones Botas. México, 1940. Pág. 90



lidad.

e).- La orden es ilícita pero no se puede exigir al sujeto una conducta distinta de la que realizó. Existe una causa - de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

De esta manera vemos que la hipótesis c), constituye la - obediencia jerárquica como causa de justificación.

F).- IMPEDIMENTO LEGÍTIMO.

El impedimento legítimo opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmandose en consecuencia, un tipo penal.

Dicho comportamiento omisivo, contraviene lo dispuesto - en una Ley penal por causa de un impedimento.

El Código Penal Vigente en su artículo 15 Fracción VIII - establece. "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal" Contravenir lo dispuesto en una Ley penal dejando - de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo.

3.- LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

En el inicio de éste capítulo ya describimos lo que debe entenderse por antijuricidad o antijuridicidad, y que es el - desvalor o sea lo contrario al derecho.

Al tratar la naturaleza de la antijuricidad en nuestro -- delito en particular, diremos en principio que de la redacción

del artículo 386 del Código Penal Vigente, que describe el -- fraude genérico simple, inferimos que a virtud del emgaño o -- aprovechamiento del error, el agente "Se hace ilícitamente -- de una cosa o alcanza un lucro indebido". Ambos términos: -- "Ilícitamente e indebido", usado por el texto legal, son com- -- pletamente inecesarios; los dos califican de antifjuridico el -- resultado.

Debiendo tener presente que la antifjuricidad es esencia- -- de todo delito sin que la ley deba declararlo expresamente -- en su texto. Tales términos resultan pleonásticos, pues el -- daño que reciente el patrimonio, para constituir delito, debe -- ser siempre contra el Derecho.

Ahora bien en tratandose de la esencia misma de la anti- -- juricidad en nuestro delito a estudio encuadrado como fraude -- específico y comprendido en la fracción XII del Artículo 387 -- diremos que: será siempre antifjurídica la conducta del agente -- desde el momento que realizó la conducta requerida por el sub- -- tipo penal o sea cuando el fabricante, empresario, contratista -- o constructor de una obra cualquiera, que emplee en la construc- -- ción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a -- la convenida o mano de obra inferior a la estipulada, siempre -- que haya recibido el precio o parte de él.

La Ley Penal Mexicana en éste aspecto no sólo se refiere al engaño que el agente hace al sujeto pasivo al emplear materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada; sino además condiciona la realización de la ilicitud al hecho de haberse recibido el precio o parte de él.

En conclusión al fraude, decimos que el hecho es antijurídico, cuando no se encuentra amparado en una causa de justificación. La antijuricidad es inherente tanto a la acción (fraudulenta) como el resultado (ilícito), por expresa referencia en la ley a carácter injusto del aprovechamiento obtenido.

#### 4.- CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO A ESTUDIO.

En el Delito a Estudio a juicio nuestro operan como causas de justificación: el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

La presencia de tales causas de justificación se hacen patentes si se consideran que en las mismas, el sujeto persigue un fin lícito.

Estado de Necesidad.- Es la situación de peligro actual e inminente, cuya evitación sólo se logra mediante la lesión a bienes jurídicos pertenecientes a otra persona. Pero para que opere como causa de justificación, el bien debe ser de menor valía al sacrificado.

Existe justificación por estado de necesidad porque el fin lícito no es sino la superación del estado de peligro sacrificando el bien menor (Patrimonio ajeno) para salvar el mayor (la vida o la integridad corporal) de la gente, u otra persona y sus bienes.

El cumplimiento de un deber.- Es la realización o ejecución de un hecho, dando cumplimiento a un deber, por mandato de la Ley.

Aceptamos esta justificación porque la licitud puede emanar directamente de un precepto legal que justifica la acción u omisión de la gente, aunque normalmente se deriva de un mandato de autoridad que se apoya en la Ley.

Ejercicio de un Derecho.- Es la actualización de una conducta por una facultad otorgada en la Ley.

Se dá la justificación del ejercicio de un derecho cuando por ejemplo, el agente recupera la cosa propia que está en poder de otro, que usó del engaño, no existe antijuricidad en su proceder, su conducta está justificada en la Ley.

**CAPITULO V**  
**LA CULPABILIDAD.**

- 1.- Imputabilidad e Inimputabilidad.
- 2.- La Imputabilidad y su Ausencia en el Delito a Estudio.
- 3.- La Culpabilidad en General.
- 4.- La Culpabilidad en el Delito a Estudio.
- 5.- Inculpabilidad.
- 6.- La Inculpabilidad en el Delito a Estudio.

## 1.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

Tomando en cuenta que el examen de cada uno de los elementos del delito lo hemos realizado adoptando la tesis Mezgeriano que considera como elementos de delito a: La conducta, a la tipicidad, a la antijuricidad y a la culpabilidad. A los tres -- primeros elementos ya nos hemos referido haciendo un análisis -- completo de ellos. Es a la culpabilidad a la que habremos de -- enforzar nuestro estudio, para determinar tanto su continente -- como su contenido y para conocer de su contenido será imprescin -- dible hablar de la imputabilidad.

Algunos tratadistas otorgan a la imputabilidad el carácter de elemento autónomo del delito; otros les dan un amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella a la imputabilidad -- y una tercera posición de los autores, entre ellos el maestro -- Don FERNANDO CASTELLANOS TENA, sos tiene que la imputabilidad -- constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Para PORTE PETIT, "La imputabilidad no constituye un elemento del delito. Es un presupuesto general del mismo. (1)

DON FERNANDO CASTELLANOS TENA, dice: a la imputabilidad -- preferimos entenderla como presupuesto o soporte del elemento -- culpabilidad y no como presupuesto general del ilícito penal, --

---

(1) PORTE PETIT C.C. "Programa de la parte General del Derecho Penal". U.N.A.M. México 1958 Pág. 388.

porque al analizarse el aspecto subjetivo del delito, es cuando se debe determinar si el sujeto que ejecutó el hecho era capaz de realizarlo con conciencia y voluntad, correspondiendo entonces indagar si poseía las facultades de juicio y decisión.<sup>(2)</sup> Tomando en cuenta que, para ser culpable un sujeto, se necesita - que antes sea imputable; si en la culpabilidad como se verá más adelante, interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilícitud de su acto y quiera realizarlo, debe -- tener capacidad de entender y de querer.

La imputabilidad es, "El conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento de -- acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo" - En síntesis podemos entenderla "Como la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal".

MANZINI, define a la imputabilidad de la siguiente forma: "La imputabilidad es un conjunto de condiciones físicas y psíquicas, puestas por la Ley, para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada eficiente de la violación de un precepto penal. Se trata de una relación entre el hecho y el -- autor (3).

(2) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa. 1969 Pág. 208

(3) MANZINI VICENZO. "Tratado de Derecho Penal". Tomo II Editorial Ediar, Buenos Aires 1948. Pág. 125



IGNACIO VILLALOBOS opina: "La imputabilidad debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: Capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de ésta última y por lo mismo difiere de ella como difiera la potencia y la capacidad abstracta de su ejercicio-concreto en actos determinados. Puede haber imputabilidad -- sin culpabilidad, pero no ésta sin aquélla. Y tener presente que la imputabilidad no se refiere a calidades del acto sino del sujeto. (4)

La Imputabilidad para FRANZ VON LIZT, es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

#### LA INIMPUTABILIDAD.

Habiendo precisado que la imputabilidad constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad; de ésta manera, trataremos ahora lo referente a su aspecto negativo de la misma o sea la inimputabilidad.

La inimputabilidad es el conjunto de circunstancias a través de las cuales un sujeto es considerado como incapaz ante el Derecho Penal; ya sea carente de conocimiento o de voluntad.

(4) VILLALOBOS IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano". Editorial-Porrúa S.A. México 1960 Pág. 277



O como expresa CUELLO CALON: cuando el agente carece de - la capacidad de conocer y de querer es inimputable. (5)

Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal son:

- a).- Estados de inconciencia (transitorios y permanentes).
- b).- El miedo grave.
- c).- La sordomudez.
- d).- Los menores de edad.

A).- ESTADOS DE INCONCIENCIA.  
TRANSITORIOS.

El Código Penal Vigente en su Artículo 15 Fracción II - - y dentro del cuadro de las excluyentes de responsabilidad, se refiere a los trastornos de carácter transitorio que nulifican en el sujeto la capacidad de entendimiento y voluntad sobre los actos realizados; dicho artículo nos dice, son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: II "Hallarse -- el acusado, al cometer la infracción en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o enervantes - o por un estado toxinfecioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

(5) CUELLO CALON EUGENIO. "Derecho Penal". Editora Nacional - Mexico 1961, Pág. 407.

Del texto del anterior artículo se deduce: a').- Cuando -- por el empleo de una sustancia tóxica (v.g.r. quinina, atropina, yodoformo, ácido salicílico, tropocaina etc.) se produce una intoxicación que provoca un estado de inconciencia -- patológica, las acciones que en tal estado se ejecutan no son propias del sujeto, si no puede decirse que le son ajenas. -- La imputabilidad es obvia.

b').- Por el padecimiento de una enfermedad de tipo infeccioso o microbiano, a veces sobrevienen trastornos mentales, como la tifoidea, la rabia o la poliomielitis. En estos casos el sujeto enfermo puede llegar a la inconciencia.

c').- El trastorno mental de carácter patológico, se requiere que sea involuntario es decir no provocado ni dolosamente ni imprudentemente.

Según CARRANCA Y TRUJILLO, por trastorno mental se entiende de "Toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas -- (6). Comprendemos como trastornos mentales involuntarios de carácter patológico, a la psicosis, psicopatías. Todos éstos estados son trastornos mentales transitorios de naturaleza patológica motivados por causas involuntarias y accidentales -- lo cual elimina la imputabilidad del autor por carecer éste,--

(6) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "Derecho Penal Mexicano". Tomo II. Editorial Porrúa. Pág. 42.

al cometer el hecho, de la capacidad del entendimiento y de voluntad.

#### PERMANENTES.

El Artículo 68 de nuestro Código Penal Vigente expresa: -  
"Los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufren cualquier --  
otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales y que hayan --  
ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como deli --  
tos, serán reclusos en manicomios o en departamentos especia --  
les por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos --  
con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo. En --  
igual forma procederá el Juez con los procesados o condenados --  
que enloquezcan, en los términos que determina el Código de --  
Procedimientos Penales.

Consideramos que el Artículo anterior en su contenido ad --  
mite, la responsabilidad de los locos, idiotas, imbeciles, a --  
pesar de la incapacidades de éstos.

Respecto a éste problema VILLALOBOS, dice: Basta leer ---  
la declaración categórica del Artículo 80., sobre qué delitos --  
son intencionales o de imprudencia, y recordar las nociónes --  
unánimemente admitidas respecto del dolo y de la culpa, para --  
comprender que los actos de un alienado, aún cuando sean típi --  
camente antijurídicos, no constituyen delito por falta del --  
elemento subjetivo de la culpabilidad, que todo demente se --  
haya por lo mismo, exento de responsabilidad penal

(aún cuando su excluyente sea supralegal); y que sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no de penas. (7)

La Comisión redactora del ordenamiento penal que nos rige (o sea el de 1931) disponía de dos soluciones para redactar la causa de inimputabilidad correspondiente: La primera sostenida por la Escuela Clásica, según la cual a los enfermos mentales se les considera irresponsables por estar privados de la conciencia de sus actos; y la segunda propuesta por la Escuela Positiva, que estima a los enfermos mentales responsables socialmente.

Esta tesis fue adoptada por la Comisión cosa que ya se había adoptado en la legislación de 1929, consistente en apoyar la responsabilidad social en éstos casos.

Cabe reflexionar sí, como pretendieron tal afirmación los autores de la Ley, efectivamente existe dicha responsabilidad social. Declarar de plano la inimputabilidad de los enajenados y retrasados mentales (Trastornos mentales permanentes) no equivale a desentenderse socialmente de ellos, pues existe la posibilidad de la imposición de restricción tales como la internación en establecimientos adecuados para su vigilancia-

---

(7) VILLALOBOS IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano" Editorial - Forrúa, Pág. 404

y curación como auténticas medidas de seguridad, cuya naturaleza es bien diversa de las sanciones penales.

Dichas medidas restrictivas tienden a nulificar su peligrosidad bajo el control de los organismo adecuados, con el fin último de reintegrarlos a la vida comunitaria.

#### B).- MIEDO GRAVE.

Por miedo entendemos, la perturbación angustiosa del ánimo ante un mal o daño inmediato, desarrollado en la imaginación del sujeto que lo hace obrar con descontrol absoluto de sus actos.

Nuestro Código Penal en su Artículo 15 Fracción IV, regula el miedo grave como excluyente de responsabilidad, expresando: IV el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor.

El maestro Don FERNANDO CASTELLANOS TERNA, expresa al respecto: en la fracción transcrita se habla del miedo grave y del fundado, que técnicamente no pueden identificarse. El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad. El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor tiene su origen en procesos materiales.

El miedo se engendra con causa interna y el temor obedece

a una causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de fuera para adentro (8).

C).- SORDOMUDEZ.

El Artículo 67 del Código Penal Vigente establece: "A los sordomudos que contravengan los proceptos de una Ley penal, - se les recluirá en escuela o establecimiento especial para -- sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su -- educación e instrucción.

El maestro IGNACION VILLALOBOS, de la sordomudez se expresa así: especialmente se hallan los sordomudos en la imposibilidad de recibir y asimilar las ideas abstractas del bien y - del mal, de la moral, del Derecho, de la s6lidadad, del deber y por tanto carecen de una conciencia jur6dica que les -- haga responsables de sus actos.

El precepto al que nos hemos referido, sigue diciendo, -- resulta con demasiada extensi6n al no hacer distingos entre - sordomudos que son de nacimiento o que contraieron su mal - - dentro de la primera infancia, y los que perdieron sus facultades auditivas y fon6ticas despues de su formaci6n y quiz6 -

---

(8) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, Editorial Porrúa, Pág. 217.

cuando habian alcanzado grados en la cultura, es en cambio -- estrecho al suponer que todo enfermo de ésta naturaleza es -- causa única de su delincuencia la falta de formación cultural (9).

Los entendidos de la materia afirman; que la capacidad y responsabilidad de los sordomudos solo puede ser determinada en cada individuo. Y más aún consideramos que solo sería causa de inimputabilidad, aquella sordomudez de nacimiento o que contrajera su mal dentro de la primera infancia y en la que el sujeto no haya sido incorporado al ambiente sociocultural.

#### D).- LOS MENORES DE EDAD.

Los menores cuya particular situación es reconocida debido a su inmadurez mental, lo que los coloca como incapaces de -- determinarse plenamente frente a la Ley, quedan sujetos a medidas tutelares derivadas de la comisión de hechos tipificados en el Código como delitos. De tal manera que dicho ordenamiento expresa en su artículo 119: "Los menores de diez y ocho años que cometan infracciones a las leyes penales serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa.

---

(9) VILLALOBOS IGNACIO. " Derecho Penal Mexicano". Editorial-Porrúa. Pág. 406

Las medidas para los menores pueden ser. Reclusión a domicilio, en escuelas, en hogar honrado, patronato o instituciones similares, en establecimiento médico o de educación técnica o correccional, y otros (artículos del 119 al 122 del Código Penal).

Creemos que el caso de los menores ante el Derecho Penal es muy discutido, se afirma generalmente que los menores de diez y ocho años son inimputables es decir son incapaces para el derecho penal. Pero también se dice que habrá o puede haber personas de 16 ó 17 años que poseen ya un adecuado desarrollo mental y por lo mismo pueden ser imputables.

## 2.- LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO A ESTUDIO.

Partiendo del concepto de la imputabilidad, y entendida como la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal. Será imputable en el delito de fraude específico referido en la fracción XII. Todo aquel sujeto que se comporte como fabricante, empresario contratista o constructor de una obra; que además sea mayor de diez y ocho años y que posea una normal capacidad física para querer y entender su conducta.

Considerando que cuando el sujeto carece de esa capacidad de entender y de querer y que por lo tanto es inimputable; creemos que será causa de inimputabilidad y que se puede dar en nuestro delito a estudio, el estado de inconciencia tran--



sitorio a que se refiere la fracción II del Artículo 15 del Código Penal, o sea hallarse el fabricante, empresario, contratista o constructor, en un estado de inconciencia de sus actos determinado por el empleo accidental o involuntario de substancias tóxicas embriagantes o enervantes, o por un estado toxifeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio al cometer el hecho delictuoso. Es decir empleando en la construcción de la obra materiales en calidad o cantidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada; motivada dicha acción o conducta por un estado de inconciencia transitorio.

En atención con nuestra Legislación Penal, el fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra... Y sea cualquiera de éstos menor de diez y ocho años se encuentran encuadrados estos, dentro de una causa de inimputabilidad por carecer de capacidad o sea de las facultades de juicio y decisión.

### 3.- LA CULPABILIDAD EN GENERAL.

El propósito en éste capítulo es estudiar en forma técnico-jurídica a la culpabilidad como elemento esencial del delito. Teniendo presente que MEZGER define al delito: "Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

En consecuencia, una vez estudiada la conducta, tipicidad y antijuricidad, vamos a proceder, a analizar la culpabilidad,

siguiendo el orden que no señala la prelación lógica existente entre los elementos del delito.

Modernamente se reconoce con unanimidad el principio "No hay pena sin culpabilidad" y ésto que parece tan simple no ha sido reconocido siempre, sino que es la consecuencia de un largo desarrollo histórico. Actualmente en Derecho Penal para que un acto punible pueda ser imputado a un sujeto, tiene que ir acompañado de culpabilidad. Ante un hecho punible concreto el juez tiene que hacer un minucioso examen del elemento subjetivo, saber si el autor conocía plenamente la ilegitimidad del acto y si su decisión de cometerla era libre. En el momento del delito el delincuente tiene ante sus ojos las prohibiciones establecidas. Por el orden jurídico, siendo conciente de éste y de las obligaciones que le impone; y a pesar de ello se decide contra tales prohibiciones y para ejecutar su decisión realiza el delito. Esto es un ejemplo de una violación culpable del derecho.

En razón de éste proceso interno y externo atribúyese la acción al autor como causa. La misma le es imputada porque la ha cometido en virtud de una decisión conciente. No se es culpable cuando objetivamente se ha realizado el hecho desaprobado, sino solo cuando con entendimiento y voluntad libre se ha ejecutado. El Derecho Penal trata de captar el derecho del hombre no como una mera alteración del mundo exterior, --

sino como una expresión de la conducta del sujeto: para el --  
derecho Penal moderno no hay pena sin culpa.

El hecho delictivo es lo que nos pone ante la necesidad -  
de estudiar el sujeto que lo cometió, penetrar en su mente y  
enterarnos de cual fue su comportamiento anímico ante el he-  
cho concreto.

El sujeto será culpable cuando su comportamiento psíquico  
sea el que la Ley exige para que responda del delito el agen-  
te.

La culpabilidad, salvo raras excepciones, la encontramos  
en todo precepto penal, ya que expresamente o en forma impli-  
cita. Así por ejemplo, tenemos el delito de homicidio, aun--  
que la definición del mismo no haga mención a ningún elemento  
psíquico, debemos entender que significa oposición a dicha fi-  
gura no únicamente objetiva, sino también subjetivamente y --  
así analizando todos los tipos del Código Penal encontramos -  
necesariamente algún hecho psíquico; cuya existencia es previa  
al reproche de la culpabilidad, porque es lo que lo funda.

Si bien los Códigos no nos dan la definición de la cul---  
pabilidad, si encontramos en ellos conceptos positivos de dolo  
y culpa, conceptos que habremos de analizar más adelante como  
especies de aquella; pero sobre todo la palabra intención fi-  
gura en todos como requisito de las infracciones penales.

CUELLO CALON expresa: "Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada". Hay pues en la culpabilidad, a más de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de aquel motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues a quebrantado su deber de obedecerla ejecutando un hecho distinto del mandado por aquella. Se reprocha al agente su conducta y se reprocha ésta porque no ha obrado conforme a su deber. De acuerdo con estas ideas la culpabilidad puede definirse como: "un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley. (1)

ANTOLISEI define a la culpabilidad como: "la actitud contraria al deber de la voluntad que ha dado origen al hecho material requerido para la existencia del delito". (2)

VILLALOBOS de la culpabilidad dice: la culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a

- 
- (1) CUELLO CALON EUGENIO. "Derecho Penal". Editora Nacional. México 1961, Pág. 357.
- (2) ANTOLISEI FRANCESCO. "Manual de Derecho Penal". Parte general. Editorial UTEHA. Argentina. Pág. 242.

los propios deseos, en la culpa. (3)

Don FERNANDO CASTELLANOS TENA, define a la culpabilidad como.

"El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (4)

SOLER así entiende a la culpabilidad: "La culpabilidad viene a ser la situación psicológica en que el sujeto se haya en el momento de la acción con respecto al hecho que produjo. Esa situación psicológica requiere el análisis de las exigencias del Derecho con respecto a la capacidad general de la persona para realizar acciones jurídicamente relevantes (imputabilidad).(5)

#### FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD

Son dos corrientes las que han pretendido desentrañar la naturaleza jurídica del elemento denominado culpabilidad; la corriente psicologista y la normativista.

##### 1) CONCEPCION PSICOLOGISTA.

Característica común a los psicologistas es la de hacer consistir la culpabilidad en la conciencia y voluntad del acto. El hecho psicológico da el contenido total a la misma. La culpabilidad toma cuerpo bien en el dolo, bien en la culpa,

(3) VILLALOBOS IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, Pág. 272.

(4) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Jurídica Mexicana. 1965, Pág. 297.

(5) SOLER SEBASTIAN. "Derecho Penal Argentino", Tomo II Edición Argentina, Buenos Aires 1951, Pág. 14.

no va más allá, su estudio se reduce al análisis de estas formas de manifestación. Son las formas en que según la ley puede vincularse psicológicamente su autor al hecho ilícito. O sea que considera esencial para la construcción de la culpabilidad al hecho psicológico.

El contenido de la culpabilidad ésta en la conciencia y voluntad del sujeto y su exclusión opera siempre que se anule voluntad o conciencia, o ambas, sin admitir que ello suceda en ningún otro caso. Para los psicólogos las únicas causas de exclusión de la culpabilidad son las enumeradas taxativamente en los códigos penales.

El código mexicano se afilia a la teoría psicologista, - pues en su artículo 8 expresa: 8.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales y

II.- No intencionales o de imprudencia.

## 2) CONCEPCION NORMATIVISTA

Se designa con el nombre de concepción normativa de culpabilidad, aquella doctrina, que ve en la misma una situación de hecho valorada normativamente y no la simple afirmación de una situación de hecho psicológico.

La esencia de la corriente normativista radica en despla-

zar a la culpabilidad de su base psicológica, hacerle recaer - indistintamente ya en su reprochabilidad, ya en su contrariedad a las normas del deber.

Para esta corriente, la esencia de la culpabilidad ya no radica en la voluntad, como creen los psicólogos, sino en - la "exigibilidad". Esta existe cuando el sujeto <sup>que</sup> obrado con dolo o culpa lo ha hecho en circunstancias tales, que le han - permitido una motivación normal.

### ESPECIES DE LA CULPABILIDAD

Después de haber definido y fundamentado a la culpabilidad como elemento esencial del delito, procederemos a analizar las especies de este delito que venimos estudiando, a saber: dolo y culpa; algunos tratadistas incluyen también a la preterintencionalidad como especie de la culpabilidad aunque se encuentra muy discutido en la doctrina penal.

### EL DOLO

El dolo es una de las formas tradicionales y la más importante de la culpabilidad.

De MIGUEL GARCILÓPEZ, dice que el dolo puede ser definido "como la consciente determinación de la voluntad para realizar un hecho en contradicción con la norma penal. (6)

(6) GARCILÓPEZ DE MIGUEL. "Derecho Penal". Parte general. Primera Edición. Madrid, 1940, Pág. 142.



MAGGIORE define al dolo como: "la intención de causar un resultado antijurídico". (7)

Para Don FERNANDO CASTELLANOS TENA: El dolo es el actuar conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. (8)

Para explicar la naturaleza del dolo se han elaborado entre otras teorías la de la representación y la de la voluntad, que consideramos las más importantes.

#### A) Teoría de la Voluntad.

Para los representantes de esta teoría la esencia del dolo radica en la voluntad, no en la voluntad de violar la ley, - sino de realizar el acto. Para que haya dolo lo esencial es - que el resultado sea querido, radicando en este querer del evento, la distinción entre dolo y culpa.

Para que se de un fraude doloso se requiere que voluntariamente el agente haya engañado a la víctima y además, debe tener la voluntad dirigida a la realización del evento delictivo.

---

(7) MAGGIORE GIUSEPPE. "Derecho Penal". Editorial Themis, Bogotá, 1954, Tomo I, Pág. 576.

(8) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos de Derecho Penal" Editorial Porrúa. México 1967. Pág. 223.



## B) La Teoría de la Representación

Es la visión anticipada del hecho que constituye el delito (momento cognoscitivo o intelectual). O dicho de otra forma es la visión anticulpable que puede tenerse de un resultado de llevarse a cabo una conducta delictuosa.

## C) Teoría Ecléctica

La Teoría Ecléctica ha sido elaborada vinculando a la teoría de la voluntad y a la de la representación en virtud de que únicamente la combinación de las dos teorías puede explicar satisfactoriamente el delito doloso, ya que éste se da cuando el resultado dañoso que es producido por la acción u omisión "es previsto y querido" por el agente.

Don FERNANDO CASTELLANOS TENA. Hace una subdivisión de las especies del dolo: Dolo directo, dolo indirecto, dolo indeterminado y dolo eventual.

Dolo directo. El resultado coincide con el propósito del agente (ejemplo, decide privar de la vida a otro y lo mata).

Dolo indirecto. El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos (ejemplo, para dar muerte a quien va a abordar un avión, se coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese

individuo, perderan la vida otras personas y se destruyera el aparato).

Dolo indeterminado. Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial (ejemplo, anarquista que lanza bombas.)

Dolo eventual. Se desea un resultado delictivo, previniéndose la posibilidad de que surgan otros no queridos directamente. (ejemplo. Incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.)

#### LA CULPA

Habiendo analizado al elemento subjetivo del delito en su forma dolosa, cuya característica se da porque el sujeto quiere el resultado delictivo, nos corresponde ahora analizar el grado menor de la culpabilidad o sea la culpa; que en términos generales consiste en la producción de un resultado contrario a derecho, sin haber querido éste (el resultado).

Hay que considerar que si bien la culpa no se encuentra en una abierta rebeldía contra la ley, existe una desobediencia en cuanto el autor a faltado a ciertos deberes, cuya observancia es indispensable para la vida social.

Otros autores como CUELLO CALON al definir a la culpa nos

dicen: Que es el actuar sin intención y sin la diligencia de vida causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley; la culpa pues esta sustentada en la previsibilidad y la inevitabilidad que son los aspectos que habrán de conjugarse -- siempre en esta figura. (9)

VILLALOBOS de la culpa dice, "que se da cuando un sujeto obra de tal manera que por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuricidad propia no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previo o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo, refiriéndose a este sujeto.(10)

El maestro Don FERNANDO CASTELLANOS TENA nos señala: -- "existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas. (11)

- 
- (9) CUELLO CALON EUGENIO. "Derecho Penal". Editora Nacional - México 1961, Pág. 393.
- (10) VILLALOBOS IGNACIO. "Derecho Penal". Noción Jurídica del Delito. México 1952. Pág. 151.
- (11) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa, Pág. 226.

## TEORIAS SOBRE LA CULPA

La doctrina a elaborado varias teorías tratando de encontrar la esencia de la culpa.

### A) Teoría de la Previsibilidad.

Esta doctrina sostiene que la esencia de la culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido. Al autor se le reprocha el haber violado la obligación de preveer las consecuencias de su conducta.

### B) Teoría de la Previsibilidad y Evitabilidad

Esta teoría, es sostenida por BINDING, completa la anterior teoría diciendo: que no ha lugar el juicio de reproche, cuando siendo previsible el resultado, se puede evitar el daño.

### C) Teoría del Defecto de la Atención

Esta es sostenida por ANGLIONINI, en el cual el sujeto - viola el deber de atención, exigido por las normas jurídicas - obligatorias.

## LOS ELEMENTOS DE LA CULPA

1.- Una acción u omisión voluntaria del sujeto pero no - intencional (conducta descuidada del sujeto).

2.- Una norma jurídica obligatoria.

3.- Infracción a la ley causando un resultado delictuoso no querido, ni deseado por el sujeto.

4.- Relación de causalidad.

Desde el punto de vista legal, el código penal en su fracción II del artículo 8º. denomina a la culpa como delito "no - intencional o de imprudencia".

Artículo 8.- Los delitos pueden ser: I.- Intencionales y II.- No intencionales o de imprudencia.

#### CLASES DE CULPA

Podemos dividir a la culpa, en la siguiente forma: A) - culpa consciente con previsión o con representación; B) culpa inconsciente sin previsión o sin representación.

A) La culpa consciente con previsión o con representación; es aquella en la cual el agente prevee el resultado, pero no lo quiere; es decir existe por parte del sujeto la esperanza de que el resultado no se produzca. Ejemplo, podemos citar una volcadura o daño en propiedad ajena; el sujeto no quiere la realización del resultado, pero, a pesar de ello, desarrolla la conducta produciéndose el resultado.

B) Culpa inconsciente sin previsión o sin representación.-

Es aquella en la cual no se prevee un resultado previsible. -- Existe voluntad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Ejemplo; es el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas; sin medir el alcance de su conducta, se produce el disparo y resulta muerto o lesionado alguno de los presentes. El evento era previsible por saber todos lo peligroso del manejo de las armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe, al no prever la posibilidad de un resultado que debio haber previsto y evitado.

PRETERINTENCIONALIDAD

Después de haber estudiado a la culpabilidad en su forma dolosa y culposa; nos corresponde ahora, analizar la figura denominada preterintencionalidad, cuya naturaleza a dado motivo a polémicas entre los autores. La preterintención se caracteriza porque el resultado punible que se produce, va más allá de la intención que tuvo el agente al emprender su acción. O dicho de otra manera "es la conducta inicialmente dolosa que por una intensificación o demasía en la ejecución del objetivo perseguido, se produce un resultado no querido."

Don FERNANDO CASTELLANOS TENA hace observar que GONZALEZ BUSTAMANTE "con base en las disposiciones de derecho positivo, asegura que la ley penal del distrito no contempla la preter--

intencionalidad, pues el artículo 8º, solo alude al dolo y a la culpa, y con una tendencia dogmática, en todos los delitos o se quiere el resultado (dolo) o no se desea, pero surge la actuación descuidada o imprudente del agente (culpa) sin ser dable admitir una tercer especie de culpabilidad mixta. (12)

Para algunos autores creen encontrar la preterintencionalidad en el párrafo II del artículo 15 del código penal.

PAVON VASCONCELOS expresa: para nosotros resulta innegable que la ley recoge hipótesis de delitos preterintencionales, pero esto no equivale a sostener la admisión en nuestro derecho de la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, pues ambos asertos son distintos. (13)

Por nuestra parte pensamos que los delitos solo pueden ser dolosos o culposos. Por lo tanto no aceptamos que pueda conjugarse a las dos especies de la culpabilidad para sacar una tercera.

- 
- (12) CASTELLANOS TENA FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 304-305.
- (13) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, S.A. México 1967, Pág. 362.



#### 4.- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Habiendo analizado a la culpabilidad en forma técnico jurídica y como elemento esencial del delito, corresponde ahora hablar de la culpabilidad en el delito a estudio o sea el delito de fraude específico comprendido en la fracción XII del artículo 387 del código penal. Tomando en cuenta para ello que no basta que la conducta sea típica y antijurídica sino que es necesario para que se configure el delito, que además la conducta sea culpable y más aún precisar si la culpabilidad es a título de dolo o de culpa.

Continuando con la secuela que nos hemos trazado al analizar cada uno de los elementos del delito, encuadrándolos primeramente, en el tipo básico, que en el caso a estudio corresponde al fraude genérico comprendido en el artículo 386 del código penal; diremos: existe culpabilidad en el fraude ya que se requiere para ello el despliegue de una actividad tendiente a producir error, o bien el aprovechamiento del mismo, el fraude es un delito intencional o doloso, excluyéndose necesariamente la forma culposa o imprudencial.

La actividad engañosa debe haber sido desplegada intencionalmente, debe consistir en una maniobra subjetivamente dirigida al fin de engañar.

En conclusión hay dolo en el fraude cuando el agente re--



presenta el resultado (hacerse flicitamente de una cosa u obtener un lucro indebido); tiene conciencia de su flicitud y actua en forma voluntaria para llegar a aquél.

Ahora bien por lo que corresponde a la culpabilidad en el delito de fraude específico comprendido en la fracción XII del artículo 387, será siempre de ejecución dolosa (o sea la conducta consciente y voluntaria encaminada a la consecución de un resultado típico y antijurídico) y nunca en forma culposa (o sea el actuar sin intención y sin las diligencias debidas causando un resultado dañoso previsible) por tanto se desprende de la ejecución dolosa al parafrasear el tipo legal contenido en el artículo 387 fracción XII del código penal: "al fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra cualquiera que emplee en la construcción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a la convenidad o mano de obra inferior a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de él." Es innegable que el delito de fraude específico tiene la característica de injusto doloso; el agente ejecuta la acción ilícita siempre de un modo consciente y voluntario, es decir el comportamiento del fabricante contratista o constructor de una obra, es de naturaleza intencional delictiva.

Debemos de agregar que en este delito a estudio se da el dolo directo, en virtud de que el agente obra con voluntad y -

consciente de que se va a producir el resultado que el espera, es decir, a través de su comportamiento engañoso de emplear materiales o mano de obra en cantidad o calidad inferior a la -convenidad y causar con ello un daño patrimonial en perjuicio del sujeto pasivo y correlativamente para el (agente) alcanzar un lucro indebido.

#### 5.- LA INCULPABILIDAD

El aspecto negativo de la culpabilidad es la denominada -inculpabilidad; y que se refiere al conjunto de causas, condiciones y circunstancias que determinan la falta del elemento -culpabilidad y que impiden que el sujeto sea declarado culpable, a pesar de haber ejecutado un acto típicamente antijurídico, y siendo aquel imputable.

Dichas causas eliminatorias de la culpabilidad atacan directamente el contenido subjetivo del delito dejándolo insubsistente. El sujeto, sin perder su imputabilidad, actúa sin conciencia de flicitud, por ignorar esenciales elementos constitutivos del tipo penal.

Existen diferencias notables entre las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad en las primeras el sujeto es incapaz; se encuentra por su minoría de edad, impedido psicológicamente para comprender la significación del acto realizado, o -teniendo la edad legal requerida para llegar a la madurez men-

tal, actúa inconscientemente. En cambio, el inculpable obra conscientemente, pero sin dañada intención.

La inculpabilidad se da, cuando se encuentran ausentes alguno o ambos elementos esenciales de la culpabilidad o sea: - el conocimiento y la voluntad.

La inculpabilidad, representa el examen último del aspecto negativo del delito. Así, solamente puede obrar en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una causa de justificación ni en lo interno una de inimputabilidad. (14)

Podemos englobar en dos grandes fórmulas las causas de inculpabilidad.

A) Error

B) No exigibilidad de otra conducta

EL ERROR.- El error es un falso conocimiento que se tiene de la realidad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente. La ciencia psicológica distingue - la ignorancia del error. 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;

---

(14) FERNANDEZ DOBLADO LUIS. "Culpabilidad y Error". Anales de Jurisprudencia, Año XVIII, Tomo XVIII, México, 1950, Pág. 238.

la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce ni errónea ni certeramente.

El error se subdivide en: error de Derecho y error de hecho.

**Error de Derecho.-** Esta clase de error no impide el nacimiento de la culpabilidad. La mayoría de las legislaciones acogen expresamente el principio romano "ignorantia legis non excusa".

El error de Hecho se subdivide en: error esencial y error accidental.

**Error accidental.-** El error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. se subdivide en error en el golpe; se da cuando el resultado no es precisamente el querido. Error en la persona; se da cuando el error versa sobre la persona objeto del delito. Error en el delito; se da si se ocasiona un suceso diferente al deseado. Esta clase de error accidental no constituye causa de inculpa- bilidad por recaer sobre elementos no esenciales.

**Error esencial.-** Es el desconocimiento de los hechos primordiales y fundamentales de la realidad, es aquel que recae sobre el elemento necesario, para constituir el delito: se subdivide en: error esencial de hecho vencible (aquel que el

sujeto pudo y debió preveer el error); y error esencial de hecho invencible, es el único error que produce causa de inculpabilidad.

Por lo que respecta a la no exigibilidad de otra conducta, creemos que no puede darse como causa de inculpabilidad; pero si, como excusa absolutoria entendida ésta, como aspecto negativo de la punibilidad, dejando subsistente la culpabilidad del sujeto.

El maestro PORTE PETIT, nos señala que son causas de inculpabilidad el error y la no exigibilidad de otra conducta, aun cuando en esta última forma existen varias opiniones ya que el mismo maestro CASTELLANOS TENA, expresa al respecto. "Que no se ha llegado a precisar la naturaleza jurídica de dicha figura refiriéndose a la no exigibilidad de otra conducta, ya que no se puede señalar cual elemento del delito se anula. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). De esta última se observa que el sujeto supeditado al influjo de la coacción, elige la ejecución del acto típico y antijurídico; pero esta elección no es producto de su libertad, de su espontánea capacidad de obrar; es una decisión fundada en la viciada voluntad. La actitud subjetiva es de no querer, ni aceptar, la acción lesiva; de ahí que se esculpe la conducta del cajero, que atemorizado entrega el dinero al asaltante que le amenaza seriamente con un -

revólver.

Son causas de inculpabilidad legal, el temor fundado y la obediencia jerárquica que se encuentran regulados en el artículo 15, fracciones IV y VII del código penal para el Distrito y Territorios Federales.

En cuanto a los Elementos Putativos, que eliminan la culpabilidad del sujeto, tenemos las siguientes: La Defensa Putativa, el Estado de Necesidad Putativo, el Cumplimiento de un Deber Putativo y el Ejercicio de un Derecho Putativo. Vemos que estos elementos Putativos no los reglamenta el código penal vigente, pero se trata de un error esencial de hecho el cual elimina la culpabilidad.

#### 6.- LA INCULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Después de haber señalado que la inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad y que por inculpabilidad entendemos: El conjunto de causas, condiciones y circunstancias que eliminan la culpabilidad de una conducta típica y antijurídica.

Por lo que se refiere a las causas de inculpabilidad que pueden operar en el delito que hemos venido examinando (fraude específico de la fracción XII del artículo 387 del código penal vigente), diremos: que para fijar con toda precisión di-

chas causas; señalaremos primeramente las que se comprenden o encuadran en el fraude genérico simple (artículo 386), el cual hemos tomado como tipo básico y para desmembrar de él las causas que se ajustan a nuestro delito.

Habrán casos de inculpabilidad, en el delito de fraude, cuando por virtud de un error de hecho de carácter esencial e invencible, se impide el nacimiento del dolo al faltar el elemento psicológico, en cuya situación, el hecho objetivamente antijurídico, no es culpable.

De la misma manera la Vis moral, impide, igualmente, el juicio de reproche, porque a la acción u omisión del sujeto falta, en el plano subjetivo, la libre voluntad indispensable para integrar el dolo.

Por cuanto al fraude específico de la fracción XII del artículo 387 motivo esencial de nuestro estudio; considero que la única causa de inculpabilidad que se podría dar en este delito, sería: la coacción sobre la voluntad. O sea cuando el fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra cualquiera, empleara en la construcción de la misma materiales o mano de obra en cantidad o calidad inferior a la convenida, a virtud o bajo la amenaza, o el temor de sufrir un mal grave e inminente por parte de algún sujeto interesado en la obra; si es que este no emplea en la construcción de esa obra mate-

riales o mano de obra inferior a la estipulada. En el ejemplo anterior, aunque en forma muy difícil, podría darse una causa de inculpabilidad por coacción de la voluntad.



## CONCLUSIONES

- 1.- En la fracción XII del Artículo 387 del Código Penal Vigente quedan subsumidos cuantos engaños pudieran cometer los fabricantes, empresarios, contratistas o constructores de una obra cualquiera, en la cantidad o calidad de los materiales que hubieran empleado, pues la frase "en cantidad o calidad inferior a la convenida" es por si sola suficientemente clara.
- 2.- Por lo que se refiere al engaño que recaé sobre la substancia de la obra, entendemos que también existe una inequívoca referencia a ésta modalidad del engaño, en la frase ... "o mano de obra inferior a la estipulada".
- 3.- En la fracción XII se condiciona la integración del delito a que el fabricante, empresario contratista o constructor de una obra cualquiera hubieran recibido el precio o parte de él. Requisito que integra el lucro indebido y él correlativo perjuicio patrimonial de tal manera que el lucro del sujeto activo y el perjuicio del pasivo nacen del pago de la parte entregada.
- 4.- Creemos que este delito fue creado para detener la ola creciente de fraudes cometidos principalmente en las construcciones. Por otra parte pensamos que podría presentarse el problema de que el contratista habiendo recibido parte del precio, no se diera el perjuicio patrimonial, consecuencia de enriquecimiento ilegítimo del sujeto activo; por que bien puede suceder que tenga exacta compensación la cantidad recibida y la cantidad o calidad de los materiales em-

pleados en dicha construcción; pero este problema no co---  
rresponde su solución al ámbito del Derecho Penal sino que  
habra de ventilarse en el campo del Derecho Civil.

## BIBLIOGRAFIA

- Almaraz José Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal. México 1948.
- Antolisei Francesco Manual de Derecho Penal. Editorial UTHEA, Buenos Aires.
- Betioli Giuseppe Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá 1965.
- Carranca y Trujillo Raúl Derecho Penal Mexicano. Editorial Robledo. México 1950.
- Castellanos Tena Fernando Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1967.
- Juello Calón Eugenio Derecho Penal I. Editorial Nacional. México 1961.
- Maurach Reinhart Tratado de Derecho Penal. Ediciones Ariel. Barcelona.
- Mezger Edmundo Tratado de Derecho Penal. Editorial Revistá de Derecho Privado. - Madrid 1955.
- Novoa Eduardo Curso de Derecho Penal Chileno. - Editorial Jurídica de Chile.
- Pavón Vasconcelos Francisco Nociones de Derecho Penal Mexicano. Editorial Jurídica Mexicana.
- Porte Petit Candadaup Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana.
- Franco Sodi Carlos Nociones de Derecho Penal. Ediciones Botas. México 1940.

Garcilópez de Miguel	Derecho Penal. Madrid 1940.
Jiménez de Asúa Luis	La Ley y el Delito. Editorial Buenos Aires. 1967.
Jiménez Huerta Mariano	La Antijuricidad. Imprenta Universitaria. 1952.
Magiore Giuseppe	Derecho Penal. Editorial Temis. - Bogotá. 1954.
Manzini Vincenzo	Tratado de Derecho Penal. Editorial Ediar. Buenos Aires 1948.
Soler Sebastian	Derecho Penal Argentino. Editorial Argentina. Buenos Aires. 1951.
Villalobos Ignacio	Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1960.
Von Liszt Franz	Tratado de Derecho Penal. Tomo II Madrid. Editorial Reus 1929.

# S U M A R I O

## CAPITULO I

### DEL DELITO EN GENERAL

- 1.- Noción del Delito.
- 2.- Escuelas que estudian el Delito.
- 3.- Teorías que estudian el Delito.
- 4.- Teoría Tetratómica.
- 5.- Comentarios.

## CAPITULO II

### DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

- 1.- La Conducta en General.
- 2.- La Conducta en el Delito a Estudio.
- 3.- La Ausencia de Conducta.
- 4.- Comentarios.

## CAPITULO III

### LA TIPICIDAD

- 1.- Tipo y Tipicidad en General.
- 2.- Tipo y Tipicidad en el Delito a Estudio.
- 3.- El bien Jurídico Tutelado.
- 4.- Clasificación del Delito en Orden al Tipo.
- 5.- Atipicidades.

## CAPITULO IV

### DE LA ILICITUD

- 1.- La Antijuricidad.
- 2.- Causas de Justificación en General.
- 3.- La Antijuricidad en el Delito a Estudio.
- 4.- Causas de Justificación en el Delito a Estudio.

CAPITULO V  
LA CULPABILIDAD

- 1.- Imputabilidad e inimputabilidad.
- 2.- La Imputabilidad y su ausencia en el Delito a Estudio.
- 3.- La Culpabilidad en General.
- 4.- La Culpabilidad en el Delito a Estudio.
- 5.- Inculpabilidad.
- 6.- La inculpabilidad en el Delito a Estudio.