

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL ARTICULO 389 BIS DEL CODIGO PENAL

(ANALISIS DOGMATICO)

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

HECTOR ZIRES CATANO.

CIUDAD UNIVERSITARIA

MEXICO, D.F.

1972.



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.

A mis padres
con mi mejor cariño
y poranne gratitud.

A mis hermanos
con el afecto de
siempre.

A Aurora
principio y fin
de mis anhelos.

Al Sr. Lic. Don
Fernando Castellanos "ena
por las bondades de su
orientación y amistad.

A la familia Ramírez
por su apoyo y aliento.

A mis amigos de siempre
con simpatía y afecto.

A todos y cada uno
de mis maestros y
compañeros de la Facultad
de Derecho.

	Pág.
CAPITULO IV	
ANTI JURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTI- FICACION.....	71
1.- Concepto de Antijuricidad.	
2.- Antijuricidad en el Fraude Admi- nistrativo.	
3.- Causas de Justificación en Gene- ral.	
4.- Referencia a las Justificantes - en Particular y su Aplicación en el Fraude Administrativo.	
 CAPITULO V	
CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL FRAUDE ADMINISTRATIVO.....	85
1.- El Presupuesto de la Culpabili- dad.	
2.- La Imputabilidad y su Ausencia - en el Fraude Administrativo.	
3.- Culpabilidad en General.	
4.- Culpabilidad en el Fraude Admi- nistrativo.	
5.- Inculpabilidad en el Fraude Admi- nistrativo.	
 CAPITULO VI	
PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTO- RIAS.....	109
1.- Punibilidad y su Ausencia.	
2.- Breve Referencia a la Condiciona- lidad Objetiva.	
 CONSIDERACIONES FINALES.....	114
 BIBLIOGRAFIA.....	118

C A P I T U L O I.

GENERALIDADES.

1.- Nuestro Propósito. 2.- La Dogmática Jurídico Penal. 3.- Análisis Dogmático de los delitos en particular. 4.- Los elementos del delito.

1.- NUESTRO PROPOSITO.- Es conveniente hacer referencia a la situación que guarda el Derecho Penal en relación con las diferentes ramas del conocimiento jurídico, pues si bien es cierto que el Derecho, ampliamente entendido, se encarga de regular en sus diferentes aspectos las relaciones inter-humanas de los miembros integrantes de la sociedad en un Estado de Derecho como lo es el nuestro, también lo es, que el Derecho Penal forma parte importantísima de ese todo genérico, al ocuparse, entre otros aspectos, de proteger el bien fundamental, o presupuesto sine qua non para la existencia gregaria, a saber: la vida. Resulta, pues, que el Estado como ente integrado con personalidad jurídica propia, tiende a favorecer y regular las relaciones de sus miembros integan

tes, entre si y para con el propio Estado; es aquí -- donde resulta definitivo hacer notar que el Derecho Penal se encarga de normar dichas relaciones, en lo que a su ámbito corresponde, e imponer sanciones de diferente naturaleza, según la gravedad de la falta, a los sujetos que violen tales disposiciones. Dicho de manera más breve: Es el Derecho Penal el encargado de velar por la seguridad de ciertos aspectos esenciales del individuo mismo y de la sociedad.

Si se admite, pues, como resulta indiscutible, que la vida es el elemento primario que permite el desarrollo del individuo en sociedad, no podemos relegar a un término secundario lo que en el momento actual constituye uno de los aspectos fundamentales de esa vida, como lo es el patrimonial, referido no solamente a su aspecto privado, sino, en relación también, con la problemática planteada al Estado, a consecuencia de la transmisión de ciertos derechos patrimoniales sobre bienes inmuebles. Procuraremos, en consecuencia, llevar a cabo un análisis, de acuerdo con la Dogmática Jurídico Penal, del artículo 389 BIS del Código Penal para el Distrito y Territorios -

Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, a fin de concluir que tan eficiente resultó la creación de tal disposición, según Decreto expedido por el H. Congreso de la Unión, publicado en el Diario Oficial de fecha 11 de enero de 1972, y en que medida responde el propio artículo a las necesidades normativas del Derecho Penal, en el aspecto que pretende regular.

El mencionado artículo a la letra --
dice:

ARTICULO 389 BIS.- "Comete delito de fraude el que por sí o por interpósita persona, -- cause perjuicio público o privado al fraccionar y --- transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno urbano o rústico, propio o ajeno, con o sin construcciones sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes, o cuando existiendo éste no se hayan satisfecho los requisitos en él señalados. Este delito se sancionará aún en el caso de falta de pago total o parcial.

Para los efectos penales se entiende por fraccionar la división de terrenos en lotes.

Este delito se sancionará con las penas previstas en el artículo 386 de este Código, -- con la salvedad de la multa mencionada en la fracción tercera de dicho precepto, que se elevará hasta cincuenta mil pesos."

A reserva de tratar en su oportunidad y de manera más amplia cuál fué el motivo que inspiró la creación del artículo que nos ocupa, se puede considerar que el alarmante aumento de casos en los que se celebraron actos traslativos de dominio, sobre predios que carecen de los requisitos administrativos para su venta, con las nefastas consecuencias que esto acarrea, dió origen al intento de frenar mediante su tipificación en el Código Penal, a la generalizada costumbre establecida por individuos sin escrúpulos, consistente en llevar a cabo actos de dominio sobre inmuebles que por sus propias características, impiden a los adquirentes su pleno disfrute.

Dadas las condiciones socio económicas por las que actualmente atraviesa el país, y de manera especial, tomando en consideración el problema habitacional, nos parece loable que el legislador haya querido dotar de mayor protección a aquellos individuos que hasta ahora habían sido objeto de innumerables abusos, pues evidentemente, el Derecho Civil ha sido insuficiente para remediar situaciones iguales o similares a la que contempla el precepto normativo materia de este tema.

Así mismo cabe mencionar que la celebración de actos jurídicos carentes de los requisitos administrativos correspondientes, plantean al Estado innumerables problemas, relativos a la dotación de -- los servicios públicos que resultan necesarios para -- la funcionabilidad de los predios objeto de dichos actos.

2.- LA DOGMATICA JURIDICO PENAL.- En nuestro sistema jurídico, al igual que en otros de tipo liberal, la aplicación de una pena como consecuen-

cia resultante de la comisión de un hecho ilícito, se encuentra limitada por la Ley, constituyendo este principio una garantía de legalidad. Por esta razón es de singular importancia hacer referencia al papel que desempeña la Dogmática Jurídico Penal como instrumento analítico del orden normativo establecido.

De acuerdo con lo señalado por el artículo 14 de la Constitución Federal que en la parte conducente dice: "En los juicios del orden criminal -- queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada -- por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", podemos afirmar de manera indiscutible que el ordenamiento positivo constituye para el penalista un dogma, entendiendo como tal una verdad no susceptible de discusión en cuanto a su acatamiento, o dicho de -- otra forma: un principio cierto, innegable e indiscutible.

Ahora bien, lo señalado anteriormente no implica que la norma penal pueda sustraerse al fenómeno valorativo de la interpretación, pues resulta evido

dente que la aplicación de la norma penal a un caso -- concreto sin que mediara dicho fenómeno, produciría -- consecuencias poco equilibradas, tanto de hecho como -- de Derecho; a ese respecto, Porte Petit, dice: "El --- término dogma debe entenderse en su debido sentido y -- no como un fetiche, sino como una norma a la que hay -- que descubrir su voluntad."¹

En relación con este problema hay autores que como Beccaria afirman que la facultad de interpretar las leyes penales no corresponde a los jueces, pues al hacerlo perderían el carácter de tales para convertirse en legisladores; evidentemente la afirmación de este tratadista resulta equivocada, ya que, como dice Sebastián Soler, tal afirmación "políticamente inspirada en propósitos liberales, no parece que pueda sustraerse doctrinariamente, pues ella importa desconocer la naturaleza de la ley como formulación de una voluntad abstracta, que solamente a través de la inteligencia singular del juez pueda llegar a hacerse-

1.- Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.- México.- 1954.- pág. 22.

efectiva."², y señala más adelante: "El problema no -- está pues en negar interpretación a las leyes, que es -- como negarles aplicación o como creer que la ley ac--- túa por si misma, o como afirmar que el acto del juez -- no es psíquico, sino mecánico; el problema consiste en fijar condiciones de esa interpretación conforme a la -- naturaleza del Derecho Penal"³. Sin embargo, hay que -- entender que Beccaria, alarmado por la arbitrariedad -- imperante pues los jueces de hecho elaboraban leyes a -- pretexto de interpretarlas, quiso significar que no -- compete su creación al juzgador, sino al legislador.

Castellanos Tena, al definir la Dogmática Jurídico Penal, dice: "Es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo."⁴

2.- Derecho Penal Argentino.- Tomo I.- Buenos Aires.-- 1951.- pág. 141.

3.- Derecho Penal Argentino.- Tomo I.- Buenos Aires.-- 1951.- pág. 142.

4.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- México. 3a. edic.- 1965.- págs. 29 y 30.

Podemos resumir diciendo que el Derecho Penal positivo constituye para el penalista un verdadero dogma, pero para que pueda aplicarse adecuadamente a un caso concreto, requiere que el órgano jurisdiccional encargado de tal aplicación analice los diferentes elementos contenidos en la norma, en relación con el caso planteado.

3.- EL ANALISIS DOGMATICO DE LOS DELITOS EN PARTICULAR.- En el inciso anterior, hemos querido dejar consignado como principio, que solamente por medio de la Dogmática Jurídico Penal, es posible lograr una aplicación adecuada del Derecho Penal Positivo.

Doctrinariamente existen, de manera principal, dos corrientes o sistemas que se encargan del estudio del delito, a fin de desentrañar el contenido del mismo, estos dos sistemas son: El unitario, llamado también totalizador, y el analítico o atomizador. El primero de los señalados, cuyos exponentes son, entre otros, Bettiol y Antolisei, consideran que el de

lito no puede ser analizado separando sus elementos constitutivos, sino que debe entenderse como una unidad; por su parte, el sistema atomizador pretende, de manera opuesta, desmembrar los elementos integrantes del ilícito penal, para estudiarlos individualmente. Jiménez de Asúa y Porte Petit son dos de los principales representantes de este método, cuyo origen se le atribuye a Sauer.

A este respecto, estimamos que el hecho delictivo, como causa que da lugar a la imposición de una pena, debe entenderse como un todo, integrado a su vez, por diversos factores que, en su aspecto positivo, guardan entre sí una prelación lógica, mismos que tendrán que estudiarse aisladamente a partir del elemento objetivo (conducta), en cualquier delito de que se trate. En relación con este problema Hafter sostiene que se debe entender al delito como una unidad, y que la descomposición en elementos, es sólo un medio para aprehender las partes de éste concepto.

Con el propósito de reafirmar este -

punto de vista del cual nos manifestamos definitivamente partidarios, podemos citar la afirmación de Castellanos Tena: "Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad."⁵

Como consecuencia de la posición adoptada por los sostenedores del método atomizador, encontramos que existe discrepancia en cuanto al número de elementos constitutivos del hecho ilícito, problema -- que atañe en particular a la Teoría del Delito; consecuentemente, se habla a ese respecto de concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas y heptatómicas, de acuerdo con el número de factores que cada una de ellas pretende considerar como integrantes del ilícito penal.

4.- LOS ELEMENTOS DEL DELITO.- Por razones prácticas definimos el término elemento, dicen-

5.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- México.

3a. edic.- 1965.- pág. 163.

do que es una de las partes que permite la integración de un todo, y que se obtiene a su vez, de la descomposición de éste.

Se ha dicho en el punto anterior, que no existe uniformidad entre los tratadistas respecto - del número de elementos integrantes del delito; así, - pues, encontramos que autores como Antolisei pretenden entender el delito tomando en consideración únicamente el elemento objetivo o físico, y el subjetivo o psíquico, es decir, adoptan una concepción bitómica. En el - extremo opuesto, hay autores como Porte Petit y Jiménez de Asúa, que se manifiestan partidarios de una concepción heptatómica, cuyo creador, fué Guillermo Sauer, uno de ellos, Porte Petit, define al delito "como una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable, -- que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible."⁶

Resulta necesario pues, adoptar la po

6.- Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.- México.- 1954.- pág. 30.

sición que consideramos más adecuada a este respecto, en virtud de que, de acuerdo con ella, procederemos - al análisis dogmático del delito que nos ocupa, procurando hacer referencia a ciertos elementos que, aún - cuando no los estimamos constitutivos del delito, --- guardan una estrecha relación con éste.

Es así como nos manifestamos partidarios de la definición dada por Mezger cuando habla -- del delito como: "la acción, típicamente antijurídica y culpable".⁷ Consecuentemente atribuimos el carácter de elementos esenciales del delito a la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, y la culpabilidad.

En relación con la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, elementos que la concepción heptatómica pretende considerar como integrantes del delito, señalamos que a nuestro juicio, no se les puede conceder tal cali--

7.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo I.- Madrid.- nueva edición revisada y puesta al día por José Antonio Rodríguez Muñoz.- pág. 156.

dad. Entendiendo que la imputabilidad, es solamente - un presupuesto de la culpabilidad, la punibilidad es una consecuencia que puede o no presentarse, pues hay delitos que admiten las llamadas excusas absolutorias, y las condiciones objetivas de punibilidad, son condiciones que eventualmente requiere el legislador para la imposición de la pena, y por ende no se pueden considerar como elemento integrante de todo delito.

C A P I T U L O II.

EL ELEMENTO OBJETIVO Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE FRAUDE ADMINISTRATIVO.

1.- Denominación del elemento objetivo. 2.- El elemento objetivo en general. 3.- El elemento objetivo en el delito de Fraude Administrativo. 4.- Su clasificación en orden a la conducta. 5.- Su clasificación en orden al resultado. 6.- Ausencia de conducta en el Fraude Administrativo.

1.- DENOMINACION DEL ELEMENTO OBJETIVO.- Harto comentado ha sido el tema relativo a la denominación del elemento objetivo del delito; así -- Jiménez de Asúa emplea, para determinarlo, la palabra acto, cuando afirma que puede definirse como: "manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda."⁸

8.- La Ley y el Delito.- 3a. edic.- Buenos Aires.- -- 1959.- pág. 210.

El empleo de diferentes vocablos, como el anteriormente citado al referirnos a Jiménez de Asúa, y otros similares como acción, comportamiento, hecho, etc., ha dado lugar a confusiones en cuanto a la terminología adecuada a este respecto. Parte Petit considera que debe hablarse, según el caso, de conducta o hecho, cuando dice: "No es la conducta únicamente, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y de resultado material.... Los términos adecuados son conducta y hecho, según la hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente a precisar que no puede en general adoptarse uno sólo de dichos términos; si se aceptara conducta, sería reducido y no abarcaría los casos en que hubiera un resultado material y si hecho, resultaría excesivo, porque comprendería, además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquélla."⁹

9.- Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.- Edición mimeográfica.- México.- 1960.- pág. 153.

Aún cuando estamos de acuerdo con la posición adoptada por el maestro Porte Petit, porque nos permite distinguir con claridad los delitos de mera conducta, de aquellos que precisan de un resultado material, consideramos más práctico el empleo del vocablo conducta, ya que éste contiene el actuar o abstenerse de un sujeto motivado por su voluntad, y al estar en presencia de algún delito que requiera de resultado material (hecho), es evidente que tal resultado, será consecuencia del actuar o abstenerse del sujeto, y por lo mismo, a él atribuible.

Así, pues, nos manifestamos partidarios del planteamiento elaborado por el maestro Castellanos Tena que dice: "Dentro del concepto conducta - pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar", y agregaríamos nosotros, referido, - cuando así lo requiera el tipo, al cambio producido - en el mundo exterior.

2.- EL ELEMENTO OBJETIVO EN GENERAL.-

Independientemente del problema planteado respecto de la terminología adecuada para definir el elemento objetivo del delito, podemos afirmar que sólomente serán relevantes para el Derecho Penal, las manifestaciones externas que resulten de diferentes procesos psíquicos dables en un sujeto, es decir al Derecho Penal como orden normativo, no le interesan los deseos, propósitos, o intenciones de un individuo, cuando no son llevados al exterior a través de su actuar voluntario; a este respecto Mezger señala: "La acción es el punto de partida y la base de toda la teoría del delito y del Derecho Penal en general"...."lo que no es acción no pertenece en absoluto a la teoría del delito."¹⁰

Consideramos que tres son los elementos componentes de la conducta, mismos que guardan entre si una estrecha relación. El primero de ellos, el interno se constituye de la voluntad, como un atribu-

10.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo I.- pág. 175.

to privativo de las personas físicas, y por ende, debemos entender que toda conducta deberá ser necesariamente conducta humana, lo cual plantea el problema de que las personas morales no pueden ser sujetos de Derecho Penal, este aspecto lo trataremos de manera más amplia en el capítulo correspondiente, y referido después de luego al delito que nos ocupa. El segundo elemento, o sea el externo, dijimos ya que resulta de singular importancia, pues sólo serán de interés para el Derecho Penal, aquellos fenómenos psíquicos que se manifiesten externamente, cabe señalar que este segundo elemento puede presentarse de diversas formas, a saber: Como acción y como omisión, y que ésta a su vez, se divide en omisión simple y comisión por omisión. El tercer elemento o finalístico, es el fin o resultado que persigue el autor de la conducta delictiva; sobre este particular Jiménez Huerta considera: "Una conducta humana, es algo más que un simple proceso exterior del mundo físico; es aquel suceder animado por la voluntad enderezado a un fin y sumergido en el universo de valores, que integran plenamente la realidad social."¹¹

¹¹.- Panorama del Delito.-Imprenta Universitaria.- -

Por su claridad y precisión conviene citar a este respecto lo dicho por Castellanos Tena:-
"conducta es comportamiento humano voluntario, positi
vo o negativo encaminado a la producción de un resul-
tado."¹²

3.- EL ELEMENTO OBJETIVO EN EL DELI-
TO DE FRAUDE ADMINISTRATIVO.- En el inciso preceden-
te, hemos afirmado que lo más indicado al referirnos
al elemento objetivo del delito será emplear el voca-
blo conducta, de tal suerte, pasaremos a estudiar es-
te elemento en el delito de fraude administrativo.

De acuerdo con lo señalado por el ar
tículo 389 BIS del Código Penal cuyo texto transcribi-
mos anteriormente, estaremos en presencia de dos si-
tuaciones diversas, ya que la conducta podrá integrar
se por el actuar de aquél que fraccione y transfiera,

12.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Edi-
torial Jurídico Mexicana.- México.- 1959.- parte
general.- pág. 146.

o bien, fraccione y prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno urbano o rústico sin el permiso correspondiente. Así, la conducta deberá comprender dos acciones diferentes, es decir, el sujeto activo del delito deberá defraccionar y transferir, o fraccionar y prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno urbano o rústico, para satisfacer los requisitos señalados en el tipo.

La primera consideración a que nos enfrentamos será determinar qué debemos entender por fraccionar, y aún cuando el sentido de esta acción nos parece claro, acertadamente el legislador abundó a este respecto al señalar: "Para los efectos penales se entiende por fraccionar la división de terrenos en lotes".

Ahora bien, a fin de precisar el concepto de transmisión y promisión, referido en este caso a ciertos derechos sobre bienes inmuebles, será necesario además del sentido gramatical de ambas expresiones, acudir a la idea que proporcione el Derecho -

Civil, pues no se trata lisa y llanamente de una -- transmisión o promisión en su caso, sino de la transmisión o promisión sobre ciertos derechos, y por ende consideramos más preciso entender estos conceptos de de el punto de vista estrictamente jurídico.

4.- SU CLASIFICACION EN ORDEN A LA -- CONDUCTA.- La acción podemos definirla como la exteriorización de un proceso volitivo que mediante una serie de movimientos mecánicamente eficaces viola un deber jurídico de abstenerse contenido en la norma.

A este respecto, Soler considera a -- los delitos de acción como aquellos que "Se realizan con una forma positiva de obrar. Así, cometer un deli to es ejecutarlo por medio de una serie de movimien-- tos corporales, que es la forma más corriente aunque-- no la única, de realizar una infracción."¹³

De acuerdo con lo anteriormente asen-

13.- Derecho Penal Argentino.- Tomo I.- Buenos Aires.

1945.- pág. 296.

tado, desprendemos que tres son los elementos constitutivos de la acción:

a).- Voluntad, en sus diferentes momentos de concepción y decisión.

b).- Un hacer positivo, consistente en la ejecución de una serie de movimientos mecánicamente eficaces.

c).- Violación de un deber jurídico de abstenerse.

Consideramos que el delito que nos ocupa, sólo admite la forma de acción y no de omisión simple ni de comisión por omisión. El sujeto que fraccione y transfiera, o fraccione y prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno urbano o rústico, sin el permiso relativo otorgado por las autoridades administrativas competentes, habrá llevado a cabo necesariamente un hacer positivo a través de su voluntad, y además violado un deber jurídico de abstenerse al obrar sin el permiso requerido. Es decir, estaremos en presencia de un delito de acción o conducta comisiva.

La segunda forma a que nos hemos referido, la omisión, es también manifestación de una voluntad caracterizada por la ausencia de movimientos corporales eficaces para producir un resultado, existiendo por parte del sujeto la obligación jurídica de actuar.

Mezger, al referirse a la omisión --- considera: "El fundamento de todo delito de omisión --- lo constituye una acción esperada... Lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la acción esperada que el autor ha omitido realizar."¹⁴

Castellanos Tena dice a este respecto: "En la omisión simple la manifestación de voluntad se traduce en un no obrar, en la no ejecución voluntaria de algo debido; precisa la existencia del de

14.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo I.- pág. 168.

ber de obrar y la posibilidad de hacerlo."¹⁵

Según nuestro punto de vista, la omisión consiste en una manifestación de voluntad que se traduce en una abstención del sujeto de quien se esperaba una acción siendo factible exigirle ésta, violando con ello un deber jurídico de obrar consignado en la norma.

Es del caso señalar, que de las anteriores definiciones, podemos sustraer los elementos constitutivos de la omisión que son:

- a).- Manifestación de voluntad.
- b).- Abstención o inactividad.
- c).- Violación de un deber jurídico de obrar.

Consecuentemente con lo anterior, el-

15.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Méxi
co.- 3a. edic. 1965.- págs. 201 y 202.

delito materia de este tema, no admite la posibilidad de consumarse por medio de la omisión, pues el autor del ilícito, al no satisfacer los requisitos señalados en el permiso otorgado por las autoridades administrativas, no estará colmando el tipo, sino cuando realice el comportamiento activo, es decir, cuando fraccione y transfiera o prometa transferir.

Es menester determinar si el delito que estudiamos es unisubsistente o plurisubsistente; a este respecto estimamos que pueden presentarse ambos casos, toda vez que la conducta delictiva podrá agotarse en uno o varios actos. Por supuesto, las opiniones se dividen en cuanto a la naturaleza del delito plurisubsistente. Para algunos autores, la plurisubsistencia radica en que la acción típica se realice en uno o varios actos, en cuyo caso, un mismo delito puede ser unisubsistente o plurisubsistente. Otros especialistas reservan el nombre de "delito plurisubsistente" para aquél que sólo se integra con la repetición de actos similares que aisladamente no inte---

gran delito, sino cuando deviene la pluralidad o repe-
tición; entonces no todo delito puede transformarse -
en plurisubsistente, sino únicamente cuando el tipo -
exige la reiteración, como en el ejemplo citado por -
Soler, relativo al ejercicio ilegal de la medicina, -
pues en la legislación argentina el tipo se colma so-
lamente con la habitualidad en ese ilegal ejercicio.-
De acuerdo con este punto de vista, el delito pluri--
subsistente es fusión de actos similares que aislada-
mente no llenan el tipo. El ilícito objeto de nuestro
estudio, si atendemos al pensamiento de Soler, será -
siempre unisubsistente y de acuerdo con el otro crite-
rio, deviene unas veces unisubsistente y plurisubsis-
tente otras.

5.- SU CLASIFICACION EN ORDEN AL RE--
SULTADO. En cuanto al resultado, el delito de fraude
administrativo, lo clasificamos en la forma siguien--
te:

- a).- De resultado material.
- b).- Continuado.
- c).- De lesión.

La doctrina atribuye el carácter de delitos formales o de simple actividad a aquellos en los que el tipo se agota con la sola acción u omisión del agente, sin requerir la producción de un resultado externo. En el delito de nuestro estudio, el tipo requiere como consecuencia de la conducta delictiva - que se cause un perjuicio público o privado, y la expresión causar un perjuicio, sea público o privado, - implica la existencia de una mutación o cambio en el mundo exterior, es decir, habrá de producirse un hecho de apreciación meramente objetiva al causarse dichos perjuicios o cualquiera de ellos.

Ahora bien, aún cuando hemos clasificado al fraude administrativo como un delito que requiere de un resultado material, y en principio resultaría contradictorio entenderlo también como un delito de mera conducta, podría plantearse el caso de causarse un perjuicio público a través de un hecho susceptible de valoración subjetiva, y en consecuencia - no habiendo un cambio en el mundo exterior, sería factible la integración del hecho punible.

Tradicionalmente el delito de fraude se ha considerado dentro de los delitos patrimoniales, y estimamos de importancia hacer notar que el delito que hemos dado en llamar "fraude administrativo", presenta características muy propias, en virtud de las cuales no podríamos situarlo ya como un delito patrimonial simplemente puesto que, si bien es cierto que en su aspecto privado protege intereses eminentemente de orden patrimonial, también lo es que tutela bienes jurídicos de orden público que de manera especial atañen a uno de los aspectos de las funciones administrativas del Estado. Procuraremos abundar a este respecto al tratar en el capítulo correspondiente, lo relativo a los bienes jurídicos que tiende a proteger el artículo 389 BIS del Código Penal.

Decimos que puede ser continuado por que es dable que el comportamiento se repita con unidad de designio delictuoso y unidad de lesión jurídica. Debe observarse, sin embargo, que la ley mexicana no admite la figura del delito continuado. El Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales-

se refiere al delito "continuo", pero tal concepto no equivale a lo que doctrinariamente se conoce como delito continuado, sino a la noción que la doctrina estima como delito permanente.

Doctrinariamente se establece la diferencia entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la descripción del tipo, ya que cuando la conducta del sujeto activo produzca un daño directo e inmediato al bien jurídicamente tutelado por la norma, se habrá integrado una lesión, y cuando de la conducta del agente devenga la posibilidad próxima de un acontecimiento dañoso, estaremos en presencia de un delito de peligro.

La infracción materia de este tema es sin duda un delito de lesión, pues la descripción del tipo exige el causar un daño, y no solamente poner en situación de peligro a los intereses protegidos. No obstante lo afirmado anteriormente, si se admite que el delito que nos ocupa puede darse en grado de tentativa, es decir que no haya consumación en el mismo, podemos entenderlo, en este caso, como un delio

to de peligro al no dañar directa e inmediatamente al bien o los bienes jurídicamente protegidos, pero no -- por ello el tipo deja de ser de lesión.

6.- AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL FRAUDE ADMINISTRATIVO.- En líneas anteriores hemos asentado que el delito debe entenderse como una unidad conceptual, que se integra por el concurso de diversos -- elementos esenciales para su existencia, los cuales -- pueden y deben ser estudiados en forma aislada tanto -- en su aspecto positivo, cuanto en el negativo. En este caso el aspecto negativo de la conducta o sea su -- ausencia, impedirá la integración de la figura delictiva; esta afirmación se contiene en el principio --- "nullum crimen sine actione".

El Código vigente para el Distrito y Territorios Federales plantea en el artículo 15 fracción I únicamente uno de los aspectos negativos de -- la conducta, este es la vis absoluta o fuerza física -- exterior irresistible, cuando señala: "Obrar el acusado impulsado por una fuerza exterior irresistible". -- Opinamos que equivocadamente el legislador no incluyó

otros aspectos negativos de la conducta como la vis -- maior y los movimientos reflejos. El legislador de --- 1931, debió guiarse por la sistemática que proporciona la Dogmática Jurídica Penal cuando estructuró en su -- Parte General la legislación vigente, convencidos que de así haberlo hecho, hubiera facilitado grandemente -- el estudio y análisis de dicha codificación.

Doctrinariamente se han adoptado di-- versas posiciones respecto de la aceptación como casos de ausencia de conducta, de aquellas situaciones no -- consignadas en la ley, mismas que se conocen con el -- nombre de "excluyentes supra-legales". Al decir de Pavón Vasconcelos "son verdaderos aspectos negativos de la conducta, el sueño, el hipnotismo, y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallar se en un estado en que su conciencia se encuentra su-- primida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias"¹⁶

Según nuestro punto de vista, las lla

16.- Pavón Vasconcelos.- Apuntes.- 1960.

mas excluyentes supra-legales, deben entenderse definitivamente en algunos casos, como verdaderos aspectos negativos de la conducta, y encontramos el origen de las mismas, referidas desde luego a nuestro sistema penal, en la definición de delito que proporciona el artículo 7º del Código Penal interpretando tal disposición a contrario sensu, pues resulta indiscutible que cuando no exista una acción o una omisión (tal es el caso de las excluyentes supra-legales por ausencia de conducta), no podrá integrarse el ilícito penal.

Autores como Bettiol, consideran también como casos de ausencia de conducta a la vis maior, distinguiéndola de la vis absoluta, en que en la primera no es posible esperar del sujeto un comportamiento acorde con la obligación implantada por la norma, en virtud de la presencia de un hecho de la naturaleza. Contrariamente, en la vis absoluta se requiere que la producción del hecho haya sido motivado por la fuerza humana.

Luis Jiménez de Asúa acepta al sueño como un caso de ausencia de conducta, negádoles tal -

calidad a la embriaguez del sueño y al estado crepuscular derivado de la sugestión hipnótica. Concientes de lo interesante que resulta el estudio de lo planteado con anterioridad, nos hemos limitado a hacer una breve referencia del problema, pues profundizar en el mismo resultaría contrario al propósito del presente trabajo, que de manera alguna pretende analizar exhaustivamente la infinita gama de posibilidades que plantea la Dogmática Jurídico Penal y los diferentes aspectos relacionados con ella.

Bástenos por ahora señalar que el delito que nos ocupa, dada la naturaleza de las diferentes hipótesis que exige para su existencia, no admite caso alguno de ausencia de conducta, a excepción de la sugestión hipnótica, y aún ésta nos atrevemos a considerarla como un simple ejemplo de gabinete, pues la -- complejidad de factores que deben concurrir para lograr tal sugestión, hacen que resulte con muy pocas posibilidades de presentarse en el delito que nos ocupa. No se pierda de vista, por otra parte, que muchos especialistas sostienen que el sueño, el hipnotismo y el somnambulismo no constituyen aspectos negativos de la con

ducta, sino de la imputabilidad.

C A P I T U L O III.

TIPO Y TIPICIDAD.

1.- Breve referencia histórica del concepto de tipo.-
2.- Tipo y tipicidad. 3.- Elementos del tipo en el --
Fraude Administrativo. A).- Sujetos. B).- Perjuicio -
público. C).- Perjuicio privado. D).- Acción de frac-
cionar y transferir. E).- Acción de fraccionar y pro-
meter transferir. F).- Propiedad. G).- Posesión. H).-
Otros derechos. I).- Terreno urbano. J).- Terreno rús-
tico. K).- Propio. L).- Ajeno. 4.- Bienes jurídica-
mente tutelados. 5.- Clasificación del Fraude Administra-
tivo en orden al tipo. 6.- Atipicidad en el Fraude Ad-
ministrativo.

1.- BREVE REFERENCIA HISTORICA DEL --
CONCEPTO DE TIPO.- Generalmente se acepta entre los --
tratadistas, que fué Ernesto Beling en 1906 quien por
primera vez utilizó el término tipo (tatbestand)¹⁷ en
el sentido que se le atribuye en la actualidad; Jimé-

17.- Consignado por Jiménez de Asúa.- La Ley y el De-
lito.- 3a. Edic.- Buenos Aires.- 1959. pág. 237.

nez de Asúa señala: "El profesor de la Universidad de Munich dió al tatbestand sentido enteramente distinto al que asume en las obras de Stübel (1805), Luden --- (1840) y Karcher (1873). Antiguamente el "tipo" era - el delito específico en la totalidad de sus elementos (incluido el dolo o la culpa), es decir, lo que los - antiguos escritores españoles llamaron figura del delito. Desde Beling adopta la tipicidad el sentido formal que hemos dado al definir esta característica de la infracción punible."¹⁸

Es conocida la evolución del concepto del tipo penal: La sostenida por Beling, que lo considera como una simple descripción con un valor indiciario y la de Mezger que estima que el tipo es la "ratio essendi" de la antijuricidad.¹⁹

18.- La Ley y el Delito.- 3a. Edic - Buenos Aires.- - 1959.- Pág. 237.

19.- Porte Petit.- Importancia de la Dogmática Jurí dico Penal.- México.- 1954.- Págs. 38 y 39.

2.- TIPO Y TIPICIDAD.- En razón de lo estrechamente ligados entre si, resulta necesario establecer una diferencia clara entre el tipo y la tipicidad. Certteramente el maestro Porte Petit considera: "la tipicidad es la adecuación al tipo, es otro de los elementos del delito que se resuelve en la fórmula "nullum crimen sine tipo".²⁰

Acordes con lo anterior, y así es considerado por diferentes autores, el tipo es una simple descripción planteada hipotéticamente por la norma, es decir, lo entendemos como un concepto estático que adquiere dinámica o actualización en cuanto la conducta del agente encuadre, o llene de hecho las posibilidades que la norma menciona en grado de supuesto. De tal suerte, la tipicidad será el encuadramiento de una conducta concreta y su resultado (cuando así lo requiera el tipo) con la descripción que en forma abstracta contiene la norma. Con el propósito -

20.- Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.- México.- 1954.- pág. 37.

de reafirmar este punto de vista, podemos hacer men--
ción del principio nullum crimen, nulla poene sine le
ge, principio que a su vez consagra nuestra Carta Mag
na en su artículo 14 párrafo 3º que señala "en los --
juicios del orden criminal queda prohibido imponer, -
por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena-
alguna que no esté decretada por una ley exactamente-
aplicable al delito de que se trata."

"Con estos principios constituciona--
les se destaca la importancia del tipo, al consagrar--
se que no hay delito ni pena sin tipicidad."²¹

En tal orden de ideas, habrá tipici--
dad en el delito que nos ocupa en tanto la conducta -
del agente y su resultado, colmen la descripción he--
cha por el legislador, de acuerdo con los elementos -
que a continuación señalamos, y que consideramos cons
titutivos del tipo.

21.- Ernesto Amor Villalpando.- Teoría sobre el Deli
to de Abandono de Incapaces.- México.- 1959.- --
pág. 95.

3.- ELEMENTOS DEL TIPO EN EL FRAUDE - ADMINISTRATIVO.- Por razones de conveniencia, transcribiremos nuevamente el artículo que tipifica el delito de nuestro estudio, y a la letra dice:

ARTICULO 389 BIS.- "Comete delito de fraude el que por sí o por interpósita persona, -- cause perjuicio público o privado al fraccionar y --- transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno urbano o rústico, propio o ajeno, con o sin construcciones sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes, o cuando existiendo éste no se hayan satisfecho los requisitos en él señalados. Este delito se sancionará aún en el caso de falta de pago total o parcial.

Para los efectos penales se entiende por fraccionar la división de terrenos en lotes.

Este delito se sancionará con las penas previstas en el artículo 386 de este Código, con-

la salvedad de la multa mencionada en la fracción ter
cera de dicho precepto, que se elevará hasta cincuen-
ta mil pesos."

De la lectura de dicho precepto norma
tivo, podemos sustraer los siguientes elementos:

A).- SUJETOS.- El primer caso que ---
respecto del sujeto activo plantea el fraude adminis-
trativo, cuando el legislador se refiere al que obre-
por si mismo, nos parece ocioso analizarlo, pues la -
expresión "por si", es de suyo clara.

En el segundo caso, el término inter-
pósita persona, generalmente utilizado en Derecho Ci-
vil, y referido a diversos actos de simulación, pro--
porciona la idea de que tal persona, será aquélla que
se sitúe como intermediario en el trayecto de la cele
bración de un acto jurídico principal.

Antonio de Ibarrola al estudiar la fi
gura de la substitución fideicomisaria según Planiol,
quien la define como "toda disposición por la cual el

autor de la liberalidad encarga a la persona favorecida conserve durante toda su vida los bienes recibidos, para transmitirlos a su muerte a otra, previamente designada por el autor", considera que: " Evidentemente no hay substitución fideicomisaria cuando el testador no ha impuesto al gravado una obligación jurídica, si no tan sólo se limitó a emitir un deseo o un ruego, - evitando usar términos imperativos. Binder es quien usa las palabras preheredero y postheredero al estudiar esta substitución. Notamos que el preheredero puede también ser tan sólo una interpósita persona"²²

Los artículos 1323, 1324 y 1325 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales mencionan otros supuestos en que por una presunción juris et de jure, se califica a ciertos sujetos como interpósitas personas.

Independientemente de la noción que -

22.- Cosas y Sucesiones.- segunda edición.- México.--

1964.- pág. 623.

nos da el Derecho Civil, y de acuerdo con la exposición de motivos del artículo materia de este tema, a la cual nos referiremos más detalladamente cuando analicemos lo relativo a los bienes jurídicamente tutelados, podemos entender que el legislador quiso prevenir los casos en que los fraccionadores se valen de un tercero para llevar a cabo diversos contratos sobre bienes inmuebles, es así como el término interpósita persona, será equivalente a: " valiéndose de un tercero".

Habiéndose analizado las diferentes hipótesis relativas al sujeto activo, corresponde hacer lo propio respecto del sujeto pasivo en el delito cuyo análisis nos ocupa, de tal suerte, apuntamos que dicho sujeto pasivo podrá ser el Estado²³, o un particular, debiéndose atender al bien jurídico que resulta lesionado a consecuencia de la conducta del agente.

23.- Con la idea de precisar nuestro criterio, nos adherimos a la definición de Jellinek que describe al Estado como: "Una corporación territorial dotada de un poder de mando originario."

Tomando en cuenta que el tipo requiere calidad especial del ofendido cuando se refiere al Estado, y es común o indiferente respecto de los particulares.

B).- PERJUICIO PUBLICO.- "La actividad del Estado está constituida por el conjunto de actos, operaciones y tareas que conforme a la legislación positiva puede y debe ejecutar para la realización de sus fines."²⁴

Podemos situar dentro de la definición que de actividad estatal nos proporciona el maestro Gabino Fraga, a la programación y desarrollo urbanístico, y consecuentemente, a la dotación de servicios públicos tales como saneamiento y desagües, electrificación, suministro de aguas potables, y otros -- más. No es posible entender en el momento actual, que tal actividad estatal se vea alterada a consecuencia de la celebración de actos entre particulares, y no obstante la existencia del Reglamento sobre Fracciona

24.- Gabino Fraga.- Derecho Administrativo.- 14a. edic.

México.- 1971.- pág. 9.

miento de Terrenos en el Distrito Federal, tales actos agudizan permanentemente el problema que representa al Estado la programación y desarrollo urbanístico.

Ahora bien, existen muchas y muy variadas formas de causar un perjuicio público, pero en virtud de lo anteriormente señalado, y de acuerdo con el texto del artículo 389 BIS del Código Penal, se infiere que la expresión "causar un perjuicio público" debe entenderse como tal, cuando la conducta del agente lesione a la libertad del Estado en cuanto a la planificación urbana y dotación de servicios públicos.

C).- PERJUICIO PRIVADO.- Aparentemente resulta innecesario que el legislador haya incluido este elemento en el tipo específico, pues simplemente, se podría considerar que el fraude genérico que regula el artículo 386 del Código Penal previene este nuevo aspecto, ya que, según tal disposición, "comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro in-

debido", y tal sería el caso de aquél que transmitiera o prometiera transmitir la propiedad o posesión de un predio haciendo creer al adquirente que dicho predio contiene, o contendrá en un futuro próximo todas sus calidades inherentes; requiriéndose además, que el sujeto activo obtenga ilícitamente una cosa o alcance un lucro indebido. Atinadamente el legislador, previniendo cualquier simulación respecto del pago del precio pactado, dispuso que el fraude administrativo será sancionable aún en el caso de falta de pago total o parcial. Es decir no solamente se habrá causado un perjuicio a la persona de quien se haya obtenido una cantidad de dinero como pago del precio por la venta de algo que no contiene las características anunciadas, sino que baste imaginar que dicha persona aún sin haber pagado, tome posesión de un predio seguro del beneficio que esto le acarrea, y en consecuencia con lo anterior, programe su economía familiar a largo plazo adquiriendo determinados compromisos, y al verse privado de los supuestos beneficios que implica la adquisición de un inmueble, es evidente que su patrimonio sufrirá una palpable alteración, ocasionándole todo ello un grave daño.

D).- ACCION DE FRACCIONAR Y TRANSFERIR.- Al referirnos al elemento objetivo en el fraude administrativo, hicimos notar que no obstante que el solo sentido gramatical del término fraccionar nos parece suficientemente claro, el legislador a mayor abundamiento, señaló que "para los efectos penales se entiende por fraccionar la división de terrenos en lotes". Es así como solamente habremos de referirnos al concepto de transferir.

Este vocablo da lugar al empleo de términos sinónimos tales como enajenación, transmisión, etc.; utilizaremos el segundo de los citados, pues lo consideramos más apropiado al relacionarlo con la transmisión sobre ciertos derechos.

Al margen de ajenas opiniones, entendemos que se transmiten derechos cuando pasan de una persona a otra, sea cual fuere el título en cuya virtud se verifica esa transmisión. El problema que debemos enfrentar será determinar en qué casos podrá considerarse si hay o no transmisión. Siguiendo el crite

rio que hemos venido sosteniendo, será necesario auxiliarnos del Derecho Civil, pues es éste el que particularmente regula lo relativo a los diferentes actos-traslativos de dominio, uso, etc., pero quede entendido que la integración del tipo, habrá de precisarse mediante una valoración objetiva, y no atenerse al aspecto puramente formalista que alimenta a la legislación civil, es decir podrá haber ciertos actos traslativos que para el Derecho Común serían imperfectos, pero con indiscutible relevancia penal.

E).- ACCION DE FRACCIONAR Y PROMETER-TRANSFERIR.- Hemos dicho en el inciso anterior que el vocablo "fraccionar" no admite mayores posibilidades de análisis, de tal suerte, nos ocupa por ahora el punto relativo a la promesa de transmisión.

El Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales, tipifica a la promesa como un contrato preliminar, cuya característica principal consiste en permitir la obligación contractual de celebrar un contrato futuro, dando origen solamente a obligaciones de hacer.

Al referirnos en el punto anterior a la transmisión de derechos, hemos sostenido que la integración del tipo no deberá sujetarse a ciertos requisitos formales que el Derecho Civil exige para considerar perfeccionado un acto jurídico, de igual forma será en el caso de la promisión, es decir, el juzgador solamente deberá guiarse por los lineamientos generales que proporciona el Derecho Común, ajustando los a la objetividad que debe privar en el Derecho Punitivo.

En términos generales, la promesa es para la legislación civil la expresión por la que uno se obliga en lo futuro a dar, hacer, o no hacer alguna cosa constituyéndonos en deudores de otro.

F).- PROPIEDAD.- "Poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el ti

tular y dicho sujeto."²⁵

A manera de simple comentario, deseamos aludir al problema que representa la fundamentación de la propiedad privada. Económica, jurídica y filosóficamente, se han elaborado infinidad de teorías a este respecto, cuyo origen se remonta históricamente a la etapa en la que el hombre en sus primitivas formas de asociación, tomó asiento en determinados lugares que fué haciendo "suyos" a través de diversos actos de dominio en oposición a sus semejantes. Este concepto al igual que tantos otros, ha evolucionado hasta nuestros días y en la actualidad solamente es posible sustentar el principio de la propiedad privada bajo bases eminentemente sociales, y no desde el punto de vista individual, tal es lo que a nuestro juicio contiene de trasfondo el precepto normativo que estudiamos, pues hemos dicho ya, que dadas las condiciones socio-económicas por las que atraviesa el

25.- Rafael Rojina Villegas.- Compendio de Derecho Civil.- Tomo II.- México.- 1963.- págs. 78 y 79.

país amén de otros factores, no es congruente suponer que el uso y disfrute de la propiedad privada, y su libre disponibilidad, generen para la comunidad y el Estado problemas que normalmente son producto del interés de unos cuantos y van en detrimento del beneficio de muchos.

G).- POSESION.- Como en el caso de la propiedad, el concepto de posesión ha dado lugar a la elaboración de muchas teorías por parte de los estudiosos del Derecho Civil, pero generalmente se acepta que la posesión está constituida por dos elementos; - "uno material llamado corpus y otro psicológico denominado animus"²⁶

Dice el artículo 790 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales: "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él."

26.- Rafael Rojina Villegas.- Compendio de Derecho Civil.- Tomo II.- México.- 1963.- pág. 184.

A este respecto estimamos que la pose sión es "El ejercicio de hecho de un derecho, independientemente de que ese derecho pertenezca a quien lo ejercita como propio."²⁷

H).- OTROS DERECHOS.- Al emplear el legislador la frase "o cualquier otro derecho" seguramente se refiere a los derechos reales, habida cuenta de los bienes jurídicamente tutelados por la tipicidad prohibitiva del precepto.

Pudiera creerse, a primera vista, que la disposición entraña una analogía constitucionalmente reprobada, pero con mayor hondura se observa que no hay integración analógica, pues esos otros derechos reales se prevén en el tipo respectivo y, aún cuando no se especifican quedan inmersos en la redacción del precepto.

²⁷.- Diccionario de Derecho Privado.- Editorial Labor, S. A.- Tomo II.- 1950.- pág. 3009.

Resultaría ocioso aludir, en forma -- concreta, a los derechos reales objeto del ilícito, -- pues rebasaríamos los límites que nos proponemos; en cada caso, el juzgador habrá de remitirse a los derechos reales como los contempla el Derecho Común.

I).- TERRENO URBANO.- Este término adjetivo proporciona la noción de ser todo aquello que pertenece a la ciudad; el legislador agotó todas las posibilidades en lo relativo a la calificación del terreno, al aludir a las dos grandes y únicas clasificaciones dables respecto de la ubicación de un predio, -- pues éste no podrá ser más que urbano o rústico, dependiendo de su localización.

J).- TERRENO RUSTICO.- Dijimos ya que los vocablos urbano y rústico, resultan por esencia oponibles y por ende, debemos entender el término rústico en oposición a urbano.

K).- PROPIO.- De los diferentes conceptos gramaticales aplicables a dicho término, debe-

mos emplear el que se refiere a la pertenencia de la cosa; consecuentemente será propio lo que pertenece exclusivamente a una persona, lo que forma parte del patrimonio de alguien. Por supuesto, al hablar de persona se entiende tanto a la física cuanto a la jurídica.

L).- AJENO.- Nos encontramos también que este adjetivo resulta oponible a "propio", por lo que, podremos definirlo por exclusión como todo aquello que sin pertenecer a una persona, ésta dispone de alguna manera sobre un objeto determinado.

4.- BIENES JURIDICAMENTE TUTELADOS.--

Anticipándonos a la parte relativa de la clasificación del tipo en el fraude administrativo, señalamos que es complejo, pues tutela a la vez dos o más bienes jurídicos. Por una parte, tiende a proteger intereses particulares de orden eminentemente patrimonial anteriormente ya contenidos en diversos delitos como el fraude genérico por ejemplo, pero el aspecto novedoso que plantea el fraude administrativo, consiste en dotarlo de punibilidad aún en el caso de falta de pago-

total o parcial por parte del adquirente de ciertos -
derechos sobre un inmueble; anteriormente se dijo ---
que, con acierto, el legislador en previsión de cual-
quier acto simulatorio respecto del pago, consideró -
sancionable el delito sin tomar en cuenta la existen-
cia o ausencia, bien sea cualquiera de ellas total o-
parcial, dal pago del precio convenido.

En la iniciativa presentada ante la -
Cámara de Diputados de la XLVIII Legislatura, con fe-
cha 16 de noviembre de 1971, por el Diputado Ignacio-
F. Herrerías Montoya, quien originalmente propuso re-
formar y adicionar el artículo 389 del Código Penal,-
se advierte la idea de hacer notar al cuerpo legisla-
tivo que: "El aumento de la población urbana ha multi-
plicado los casos de irresponsable especulación de te-
rrenos y de inicua explotación de aquéllos que angus-
tiosamente buscan un lugar donde vivir"... "Con el se-
ñuelo de adquirir un terreno con facilidades (en abo-
nos), aparentemente a un precio módico, miles de je-
fes de familia han sido víctimas de personas sin es-
crúpulos, que sin cumplir con las disposiciones que -
establece la ley, fraccionan y venden terrenos, mu---

chas veces aún sin ser los legítimos propietarios."

De tal suerte, el fraude administrativo tutela además de otros, el bien de la seguridad patrimonial pues un individuo que, como se dijo anteriormente, pretenda dotar a su familia o a sí mismo de la tranquilidad que supone la pertenencia de un inmueble, planifique su economía con base a tal adquisición, con la convicción de que el bien contiene las calidades anunciadas y al no ser así, se verá seriamente dañado en su patrimonio al carecer del pleno disfrute que implica un inmueble urbanizado. Encontramos entonces, que uno de los bienes jurídicamente tutelados por el fraude administrativo es la seguridad patrimonial.

Durante la Reunión Nacional para el Estudio del Desarrollo de la Vivienda Popular, llevada a cabo en junio de 1970 en San Luis Potosí, el actual Presidente de la República Licenciado Luis Echeverría, entonces candidato por el Partido Revolucionario Institucional a la Primera Magistratura, manifestó como factores de la problemática desarrollada en -

zonas urbanas a: "La muy desigual distribución de la riqueza y los ingresos; la insuficiencia y el atraso de las estructuras urbanas; el desarrollo desequilibrado del país; la inferioridad de los niveles de vida en las zonas rurales; el éxodo masivo de los campesinos a las grandes ciudades y la hipertrofia de las metrópolis, principalmente de la Ciudad de México, cuyos habitantes aumentan a razón del 6% anual".

Así, notamos que además del aspecto particular que pretende regular el ilícito que nos ocupa, procura también la protección de bienes de orden público, como la libertad estatal en cuanto a la planificación urbana, y dotación de servicios públicos.

5.- CLASIFICACION DEL FRAUDE ADMINISTRATIVO EN ORDEN AL TIPO.- De acuerdo con el análisis que pretendemos del delito de nuestro estudio, podemos afirmar que en relación al tipo, el fraude administrativo tiene las siguientes características:

A).- ANORMAL.- En la composición típica

ca se encuentran elementos objetivos, subjetivos y -- normativos. Dentro de los primeros, podemos citar: -- fraccionar un terreno urbano o rústico, con o sin --- construcciones. En relación a los elementos subjeti-- vos el fraude administrativo requiere del propósito o voluntad encaminada directamente a causar un perjui-- cio a través de la conducta del agente. Los normati-- vos comprenden: interpósita persona, transferir, pro-- meter transferir, propiedad, posesión, otros dere--- chos, sin el permiso de las autoridades administrati-- vas, sin satisfacer los requisitos del permiso.

B).- AUTONOMO O INDEPENDIENTE.- Habi-- da cuenta de que vive por si mismo, con vida propia,- no obstante que en el fondo se trata de un verdadero-- fraude, más su existencia no se halla subordinada al-- tipo denominado fraude, que regula el artículo 386 -- del Código Penal, excepto en lo relativo a la penali-- dad. No podemos considerarlo básico o fundamental, -- por no constituir la raíz o fundamento de otros tipos.

C).- CASUISTICO, ALTERNATIVAMENTE FOR-- MADO.- Tomando en cuenta que el artículo 389 BIS pre-- ve varias hipótesis y cualquiera de ellas colma el ti

po, por ejemplo; el sujeto activo puede fraccionar y transferir, o fraccionar y prometer transferir, causar un perjuicio público o privado, ejercer su acción sobre un terreno urbano o rústico, con o sin construcciones, sin el permiso relativo o cuando existiendo éste, no satisfaga los requisitos que el mismo le señala, podrá haber recibido el pago o faltar éste, total o parcialmente, y en cualquiera de los casos citados cuando la conducta del agente encuadre con ellos, se habrá integrado la tipicidad.

D).- DE DAÑO.- En virtud de que la hipótesis típica constituye una tutela contra la destrucción de los bienes jurídicamente tutelados.

E).- COMPLEJO.- Porque tutela al mismo tiempo dos o más bienes jurídicos. Sin embargo, la doctrina reserva la denominación de "delito complejo" para la figura que en realidad se compone de dos o más que separadamente se conservan en los códigos como delitos; desde este último punto de vista, el delito a estudio sería simple.

6.- ATIPICIDAD EN EL FRAUDE ADMINISTRATIVO.- Podemos establecer la diferencia entre ausencia de tipo y atipicidad diciendo, que habrá ausencia de tipo cuando un sujeto realiza una conducta antijurídica no prevista por la ley, es decir, cuando no exista norma que regule dicha conducta. Habrá atipicidad cuando la conducta del agente no llene exactamente las hipótesis previstas en la norma, sino solamente alguna o algunas de ellas.

Consideramos que esta distinción entraña un valor puramente doctrinario, ya que en la práctica, como afirma Castellanos Tena: "En el fondo, de toda atipicidad hay falta de tipo; porque si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo"²⁸

En consecuencia al no concurrir todos los elementos contenidos en la infracción analizada,-

28.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- México.- 3a. Edic.- 1965.- pág. 226.

habrá inexistencia de este delito, pues la conducta - carecerá de adecuación al tipo, o bien integrarse --- otra figura delictiva como el fraude genérico que regula el artículo 386 del Código Penal. A este respecto el juzgador deberá ser cauteloso porque si el proceso se siguió por fraude administrativo, no será dable condenar al inculpado por otro tipo de fraude por prohibición constitucional, toda vez que la sentencia versará sobre el delito precisado en el auto de formal prisión.

En la doctrina son generalmente aceptadas como causas de atipicidad las siguientes:

A).- Por falta de calidad en el sujeto activo.

B).- Por falta de calidad en el sujeto pasivo.

C).- Por falta de calidad en el objeto o por falta de objeto.

D).- Por falta de referencias temporales.

E).- Por falta de referencias espaciales.

les.

F).- Por falta de medio exigido por -
la ley.

G).- Por falta de los elementos subje
tivos del injusto.

En relación al primer supuesto, debe-
mos afirmar que es irrelevante en el fraude adminis-
trativo, pues antes se dijo que la ley no exige cali-
dad específica en cuanto al sujeto activo, pudiendo -
ser tal sujeto cualquier persona capaz de realizar la
conducta. Encontramos que, en cuanto al ofendido, no-
requiere calidad alguna cuando se trate de particula-
res, no así cuando sea el Estado sobre quien recaiga
el hecho punible. Respecto de la calidad del objeto,-
si puede presentarse esta circunstancia, al hablar la
ley de terreno urbano o rústico, aún cuando en la ---
práctica nos parece carente de interés aludir a este-
punto ya que, un terreno, cualquiera que sea, no pue-
de más que clasificarse dentro de estos dos grandes -
géneros. Por falta de objeto material, o sea un terreo
no sobre el que recaiga la acción de fraccionar y ---
transferir o fraccionar y prometer transferir, sí pue

de haber atipicidad, y en todo caso, variación en el tipo, es decir podemos estar en presencia de otro delito como el fraude genérico. Las referencias temporales no las requiere el tipo, pues la ley no alude a algún momento en especial en el que deba cometerse el delito. Al hablar de un terreno sea este urbano o rústico, el tipo nos indica la exigencia de referencias espaciales, es decir, podrá haber atipicidad por falta de estas circunstancias. Por falta de medio exigido por la ley al decir: al que por si o por interpósita, notamos que no puede darse el caso de atipicidad, pues la conducta no podrá realizarse sino por una misma persona o valiéndose de un tercero. Por último, -- por falta de los elementos subjetivos del injusto que aluden a la voluntad del agente o al fin perseguido, -- no tiene aplicación en el fraude administrativo, en virtud de que no imaginamos como un individuo sin quererlo, lleve a cabo el comportamiento descrito en el tipo respectivo.

C A P I T U L O IV.

ANTI JURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

1.- Concepto de antijuricidad. 2.- Antijuricidad en el Fraude Administrativo. 3.- Causas de justificación en general. 4.- Referencia a las justificantes en particular y su aplicación en el Fraude Administrativo.- A).- Legítima defensa. B).- Estado de necesidad. C).- Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. - D).- Obediencia jerárquica. E).- Impedimento legítimo.

1.- CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD.- El tercer elemento esencial para la integración de todo delito lo constituye la antijuricidad, y lejos de poderla definir simplistamente como toda conducta contraria a Derecho, definición que consideramos tautológica, encontramos que tal concepto ha dado lugar a la elaboración de diversas definiciones, así, para Mezger: "el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no existe una causa de justificación de lo injusto"²⁹

29.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo I.- pág. 361.

Al respecto, Cuello Calón considera:-
 "la antijuricidad presupone un juicio acerca de la --
 oposición existente entre la conducta humana y la nor
 ma penal, juicio que sólo recae sobre la acción reali
 zada excluyendo toda valoración de índole subjetiva,-
 por lo cual la antijuricidad tiene caracter objeti---
 vo"³⁰

El maestro Porte Petit estima: "Al --
 realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá -
 como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia
 de una causa de justificación."³¹

El concepto que estudiamos admite la-
 posibilidad de escindirse en dos aspectos, a saber: -
 el formal y el material. El segundo de los citados se
 encuentra condicionado en su existencia al primero de
 ellos, Franz Von Liszt, creador de la teoría dualista

30.- Derecho Penal.- Editora Nacional.- 9a. Edic.- --
 pág. 309.

31.- Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.- Mé-
 xico.- 1954.- pág. 41.

afirma: "El acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)"³²

En resumen, para que estemos en presencia de este elemento integrante del hecho ilícito se requiere que la conducta del sujeto activo lesione un bien jurídico que al Estado le interesa proteger (antijuricidad material), y que este bien jurídico se encuentre previamente tutelado por la ley (aspecto formal de la antijuricidad), y además que la conducta del agente no se encuentre amparada por una causa de justificación.

2.- ANTIJURICIDAD EN EL FRAUDE ADMINISTRATIVO.- Consecuentes con lo anterior, la antijuricidad presenta este doble aspecto en el fraude admi

32.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo II.- Edición ---
1927.- Madrid.- pág. 324.

nistrativo, el formal será cuando el agente viole lo dispuesto por el artículo 389 BIS del Código Penal al efectuar cualquiera de las conductas que contempla dicho precepto; y el material aparecerá cuando la conducta del autor lesione los bienes jurídicamente tutelados por la norma que como antes dijimos, son por una parte la seguridad patrimonial, y por la otra la libertad estatal en cuanto a la planificación urbana y dotación de servicios públicos. Siendo necesario para la integración de este elemento constitutivo del ilícito, que la conducta del sujeto activo no se encuentre amparada por una causa de justificación.

3.- CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.- Al definir al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, la ausencia de antijuricidad tendrá como consecuencia necesaria la no integración de la infracción penal.

El propio Estado, conciente de la imposibilidad física de hacerse omnipresente en el momento de la comisión de todo hecho ilícito, y tomando en consideración las circunstancias en que tal hecho-

se suceda de acuerdo al principio del interés preponderante, autoriza al particular a obrar en defensa de un bien jurídico que requiere de protección inmediata, es decir el agente podrá lesionar a través de su conducta bienes jurídicos ajenos, y proteger sin embargo, bienes jurídicos propios que tienen preferencia socialmente considerados.

Jiménez Huerta al referirse a las también llamadas causas de licitud, dice: "La frecuencia con que se presentaban determinadas situaciones en la vida real y la sencillez y concreción de las mismas, hizo posible que la técnica legislativa imperante en la confección de la ley penal hasta la época presente en que se construye dogmáticamente el concepto del delito por la determinación de sus diversos caracteres, crearse casuísticas y exhaustivas fórmulas para aquellas situaciones en que la conducta se justificaba ante el Derecho. Así nacieron la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y la obediencia debida".³³

33.- La Antijuricidad.- Imprenta Universitaria.- México.- 1952.- págs. 119 y 120.

Jiménez de Asúa considera: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen"³⁴

Podemos resumir, siguiendo la idea de Maggiore que la ley acrimina o quita criminosidad a un hecho, haciendo el obrar "secundum jus" y al no existir esta disposición legal, la acción sería "contra jus".

Anotaremos que, una vez más como en tantos otros conceptos usados en el Derecho Penal, no podemos afirmar que exista respecto de las causas de justificación, una concepción monista de las mismas.

34.- La Ley y el Delito.- 3a. Edic.- 1959.- pág. 284.

Sólo agregaremos que a diferencia de las demás excluyentes de responsabilidad, las justificantes deben estar expresamente consignadas en la ley, ya que, en virtud del doble aspecto de la antijuricidad, no sería posible hablar de una conducta ilícita sin la existencia de una ley que así lo disponga, y por ende, solamente estaremos en presencia de una causa de justificación cuando la ley determine que una conducta es como antes señalamos "secundum jus".

4.- REFERENCIA A LAS JUSTIFICANTES EN PARTICULAR Y SU APLICACION EN EL FRAUDE ADMINISTRATIVO.- Dijimos antes, que las causas de licitud deben estar consignadas expresamente en la ley para considerarlas como tales, de tal suerte, habremos de remitirnos a nuestra Legislación Positiva que en su artículo 15 fracciones III, IV, V, VII, y VIII, contiene, respectivamente: la legítima defensa, el estado de necesidad cuando el bien sacrificado es de menor valor -- que el salvado, el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica, y finalmente el impedimento legítimo, con la salvedad de que

"en algunas hipótesis sigue siendo causa de justificación pero dentro de la especie estado de necesidad"³⁵

A).- LEGITIMA DEFENSA.- La fracción - III del artículo 15 señala: "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 alguna de las circunstancias siguientes:

1a.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

2a.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

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

4a.- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios

35.- Celestino Porte Petit.- Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.- México.- 1954.- pág. 42.

legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa".

En párrafos adicionales, la misma fracción alude a diferentes presunciones que consideramos inoportuno incluirlas, más aún, si como resulta, creemos que esta excluyente de antijuricidad, no opera en el delito de nuestro estudio, por no ser dable imaginar alguna hipótesis en la cual, para repeler una injusta agresión, sea preciso realizar la conducta a que se refiere el artículo 389 BIS del Código Penal.

B).- ESTADO DE NECESIDAD.- Esta causa de justificación se encuentra prevista en la fracción IV del mismo artículo 15 del Código Penal, y dice: -- "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar 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 deber legal de sufrir el peligro"

Aún cuando en términos generales tampoco puede pensarse en algún caso en el cual sea operante la causa de justificación por estado necesario, no debe descartarse la posibilidad de que alguien, para obtener una cantidad de dinero suficiente para resolver una situación angustiosa, fraccionara y transfiriera o prometiera transferir la propiedad, posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno, a sabiendas de que ello no sería factible.

De todos modos no debe perderse de vista que tal vez el caso se tipificaría en el fraude genérico o bien, en el llamado "fraude maquinado".

C).- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.- En cuanto a estos casos de ausencia de antijuricidad, contenidos en la fracción V del aludido artículo 15 del Código Penal que dice:-

"Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley", debemos externar nuestra opinión en el sentido de que no puede concebirse la exclusión de responsabilidad por operar estas causas de justificación, en virtud de que no imaginamos como un individuo para cumplir un deber o ejercitar un derecho, se vea precisado a fraccionar y transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno. Pudiese, a primera vista, pensarse que si opera la justificante por ejercicio de un derecho, verivigracia, en tratándose del propietario de un terreno deseoso de fraccionarlo y transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre el mismo, pero consideramos que para que exista un verdadero ejercicio del derecho, se requiere que esa facultad sea de conformidad con los preceptos legales correspondientes y cabalmente el artículo 389 BIS viene a regular parcialmente el derecho de propiedad, pues no es permitido, simplemente fraccionar y transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno, a menos que se obtenga el correspondiente permiso de las auto

ridades administrativas competentes, y se satisfagan además, los requisitos contenidos en el propio permiso; por lo que debemos entender que el verdadero ejercicio de un derecho, se consolida cuando se cumplen -- los requisitos señalados y mientras estos no sean satisfechos no nacerá el derecho. Sólo a manera de comentario, nos parece conveniente recordar que el artículo 27 de la Constitución General de la República, -- establece limitaciones al derecho de propiedad y habla, precisamente, de las modalidades que exija el interés público y consideramos que ese interés público requiere de la intervención del Estado, a fin de lograr una mejor planificación urbana y dotación de servicios públicos, y evitar en lo posible fraudes a la comunidad.

D).- OBEDIENCIA JERARQUICA.- Con relación a la obediencia jerárquica, como es sabido, los autores distinguen diversas hipótesis, según el inferior tenga o no el poder de inspección sobre la orden del superior; cuando exista este poder de inspección, es decir, que pueda el subordinado indagar la legitimidad del mandato y descubre que es contrario a Dere-

cho, no debe acatarlo y si lo hace, seguramente comete delito, a menos que en cada caso concreto pudiera operar alguna otra excluyente de responsabilidad; si el subordinado no posee el poder de inspección sobre el mandato superior, como ocurre verivigracia en las relaciones entre miembros del Instituto Armado, entonces si opera la justificante por equipararse al cumplimiento de un deber, habida cuenta de que la sociedad y el Estado como su legítimo representante, está más interesada en la ciega obediencia que en la excepcional posibilidad de que se ordene un hecho delictuoso. Si el Estado permitiera, por ejemplo, que el soldado pudiera rehusar la orden dada por el oficial, se rompería la disciplina militar con las consecuencias fatales consiguientes; por ello es preferible que se le exija el ciego deber de obediencia, aún con el riesgo de que se produzca la comisión de un delito.

E).- IMPEDIMENTO LEGITIMO.- En cuanto al Impedimento legítimo a que se contrae la fracción-VIII del artículo 15 de nuestro Código Penal que establece: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legi-

timo", no hay lugar a referir esta excluyente de antijuricidad a la hipótesis de nuestro estudio, porque - el fraude administrativo, tal se dijo, será siempre - un delito de acción, y la justificante por impedimento legítimo supone siempre una omisión, pues textualmente se habla de "dejando de hacer lo que la ley manda"

C A P I T U L O V.

CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL FRAUDE ADMINISTRATIVO.

1.- El presupuesto de la culpabilidad. 2.- La imputabilidad y su ausencia en el Fraude Administrativo. --
3.- Culpabilidad en general. 4.- Culpabilidad en el Fraude Administrativo. 5.- Inculpabilidad en el Fraude Administrativo. A).- Teoría Psicologista. B).- Teoría Normativista.

1.- EL PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.

No es unánime el pensamiento respecto de la naturaleza jurídica de la imputabilidad; algunos especialistas le dan carácter autónomo, mientras otros la consideran presupuesto general del delito y otros soporte o presupuesto de la culpabilidad. El término imputabilidad etimológicamente significa atribuir; deriva del verbo latino "imputare". Acertadamente expresa José - Rafael Mendoza, penalista venezolano, que "en materia penal la imputabilidad consiste en la atribuibilidad a un sujeto de un acto castigado en la ley; dicha ---

atribuibilidad trae como consecuencia que se le declare después culpable y se le impongan las sanciones -- que correspondan".³⁶

Quienes sostienen que la imputabilidad es elemento autónomo del delito, afirman que su ausencia da lugar a la inexistencia misma del ilícito penal, lo cual es cierto, mas este argumento no es suficiente para admitir a la imputabilidad como elemento esencial, habida cuenta de que también en el Derecho Privado la capacidad de los contratantes es requisito indispensable para la validez del contrato y sin embargo, no constituye una parte del mismo, sino que éste se integra por el consentimiento y el objeto. Nosotros estimamos que la imputabilidad se refiere al sujeto y no a la unidad conceptual del delito, y por ende, es calidad del primero. Así pues, consideramos que se trata de un presupuesto de la culpabilidad; sólo puede analizarse si el individuo obró culpablemente si antes tenía capacidad de hacerlo; a dicha capa-

36.- Curso de Derecho Penal Venezolano.- Parte General
Tomo II.- 4a. edic.- Caracas.- 1961.- pág. 200.

cidad de ser culpable es lo que debe entenderse como imputabilidad. Entonces, "la imputabilidad es un tecnicismo relativo a la capacidad del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y por tanto - para hacer posible la culpabilidad; es un presupuesto de esta última y difiere de ella como difiere la potencia o la capacidad abstracta de su ejercicio concreto en actos determinados; puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquella"³⁷

Para que un sujeto sea culpable, según hemos indicado, se requiere que antes sea imputable; que tenga capacidad de entender y de querer, determinarse en razón de aquello que conoce. Es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente, como expresa Max Ernesto Mayer.³⁸

37.- Ignacio Villalobos.- Derecho Penal Mexicano.- - pág. 277.- Porrúa 1960.

38.- Citado por Castellanos Tena.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- pág. 200.- 6a. edic. Porrúa.- 1971.

Carrancá y Trujillo considera: "Será imputable quien posea, al tiempo de la acción, las -- condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indetermi-- nadamente por la ley para poder desarrollar su conduc-- ta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídi-- camente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana"³⁹

La imputabilidad, estimamos, se deter-- mina por un mínimo físico y un mínimo psíquico; el -- primero está constituido por la salud mental y el se-- gundo por el desarrollo mental, de ahí que interven-- gan tanto la edad del sujeto, cuanto la ausencia de -- anomalías orgánico mentales.

Ahora bien, si el agente carece en el momento de la acción (o de la omisión en los delitos-- de esta índole) de las facultades de juicio y deci-- sión, será inimputable, pues el delito no se integra--

39.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo I.- pág. 222.- 4a. edic.- Robredo.- 1955.

rá por faltar el presupuesto necesario para la existencia de uno de sus factores integrantes, a saber; - la culpabilidad.

No consideramos acertada la posición de quienes pretenden calificar a la imputabilidad como un presupuesto general del delito, pues tal afirmación, según creemos, es contraria a los principios -- sistematizadores que alimentan la Dogmática Jurídico-Penal, es decir, no se logra con dicha postura ubicar con precisión el concepto de la imputabilidad, pues -- bastaría pensar que tan ampliamente entendido, lo --- mismo ocurriría con otros muchos "presupuestos generales del delito", tales como la problemática inter-social, la ley penal, y acaso el Derecho mismo.

2.- LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL FRAUDE ADMINISTRATIVO.- De la misma manera que en el Derecho Civil la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el campo jurídico penal todos los sujetos deben tenerse como imputables, a menos -- que se demuestre lo contrario, pues la inimputabilidad constituirá también una circunstancia excepcional,

de tal suerte, todo sujeto que posea al tiempo de la realización típica relativa al fraude administrativo, las facultades de juicio y decisión, se tendrá como imputable, y en consecuencia, en aptitud de ser culpable, a menos que concurran cualesquiera de las causas constitutivas de ausencia de imputabilidad que nuestro Código Penal regula específicamente, de ahí que se les denomine "excluyentes legales"; o bien otras capaces de demostrar, sígalo o no el legislador, la ausencia de ese mínimo de salud y desarrollo mental a que antes hemos aludido; a estas últimas se les conoce como excluyentes "supra-legales"; y se les puede conceder tal carácter en la medida en que sea posible obtenerlas dogmáticamente del ordenamiento positivo, y en virtud de que la enumeración que el artículo 15 del Código Penal hace de ellas, es meramente enunciativa y no limitativa.

En relación a las excluyentes legales por inimputabilidad, podemos citar las que contiene el artículo 15 del Código Penal en sus fracciones II y IV, esta última referida al miedo grave, y además, las reguladas en los artículos 67 y 68 del propio or-

denamiento. En el primero de los casos que menciona la fracción II del artículo 15 y dice: "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado tox infeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio". No es difícil admitir que un sujeto que se encuentre en un estado de --trastorno mental transitorio por cualesquiera de las causas que cita la propia fracción II, pueda realizar la conducta descrita por el artículo 389 BIS, y si de conformidad con los medios probatorios aceptados, se demuestra tal estado, evidentemente no existirá delito por faltar el soporte necesario de la culpabilidad. A la misma conclusión se arriba respecto al miedo grave que se incluye en la fracción IV del aludido artículo 15 y dice: "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar 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 perjudi-

cial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro". Sólo que en este último caso y dada la mecánica de comisión del comportamiento típico, no es fácil imaginar una hipótesis en la cual, por grave miedo, se pueda efectuar ese comportamiento; no es el caso, por ejemplo, del homicidio o las lesiones en que el actuar del sujeto es producto de una reacción instintiva, toda vez que fraccionar y transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes, o cuando existiendo éste, no se hayan satisfecho los requisitos en él señalados, requiere una serie de actos que difícilmente pueden efectuarse por grave miedo.

El artículo 67 del Código Penal establece: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el -

tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción". En este caso, podemos establecer claramente la operabilidad de esta excluyente legal por inimputabilidad en el fraude administrativo, pues es factible que un sordomudo lleve a cabo la conducta que establece el ilícito de nuestro estudio, y sin embargo, solo podrá ser recluso en un establecimiento especial por el tiempo que requiera su educación o instrucción. Nos parece censurable que el legislador haya elaborado con inexplicada liberalidad una fórmula tan genérica para la sordomudez, pues no distingue diferentes clases de la misma, y podría ser el caso de que un sordomudo fuera capaz de entender y de querer su conducta, y no obstante la realización de un hecho típico y antijurídico, no será acreedor a pena alguna, sino solamente habrán de tomarse respecto de él ciertas medidas por considerarlo como un sujeto peligroso, pero nunca como un delincuente.

La causa de inimputabilidad por trastorno mental permanente regulada por el artículo 68 del Código Penal que establece: "Los locos, idiotas, imbéciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad,

enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo.

En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales". Es sin duda operable en el delito a estudio esta causa de inimputabilidad, pues no es difícil pensar que un loco o un alienado fraccione y transfiera, o prometa transferir un terreno y sus derechos con las modalidades señaladas en el artículo 389 BIS, y en tal caso no obstante que su conducta sea típica y antijurídica, no se integrará el delito por ausencia del presupuesto necesario de la culpabilidad.

3.- CULPABILIDAD EN GENERAL.- Rebasaríamos los límites de este ensayo si profundizáramos en el problema de la naturaleza jurídica de la culpabilidad. Es acaso el elemento del delito que ha dado-

lugar a más hondas investigaciones entre los especialistas de la materia. En términos generales podemos señalar que se reducen a dos las corrientes sobre la culpabilidad, y su concepto estará en razón de la aceptación de alguna de esas tendencias; tales teorías son la psicologista y la normativista. De acuerdo con la doctrina psicológica de la culpabilidad, ésta puede ser definida como el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto; desde el punto de vista de los normativistas, la culpabilidad radica en un juicio de reproche; es la reprobabilidad personal de la conducta antijurídica a la luz de las normas del deber, como señala Luis Fernandez Doblado.⁴⁰

Independientemente de las diferencias entre los sostenedores de estas dos tendencias, podemos afirmar que ambas coinciden en que en el delito no sólo el acto (objetivamente considerado) ha de ser contrario a Derecho y por supuesto a los bienes legalmente protegidos, sino que es necesaria la oposición-subjetiva, esto es, que el autor se halle también en-

40.- Culpabilidad y Error.- pág. 27.- México.- 1950.

pugna con el orden jurídico. El penalista alemán Reinhard Maurach, expresa: "El juicio de desvalor, extendido del acto desvalorado al autor, se designará en general, como culpabilidad jurídico penal; abreviadamente como culpabilidad. Explica el mismo juspenalista que la cuestión de si concurre la culpabilidad jurídico penal no puede plantearse sino hasta que conste la antijuricidad típica".⁴¹

Decíamos, pues, que son dos las principales corrientes que tratan de explicar la naturaleza jurídica del elemento subjetivo del delito, y la importancia de aceptar una u otra, no es puramente doctrinaria, sino trasciende a la aplicación misma del Derecho Penal; oportunamente haremos referencia de acuerdo a la posición adoptada a las causas de inculpabilidad.

Tradicionalmente se aceptan como for-

41.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo II.- pág. 14 y siguientes.- Traducción de Cordova Rodas.- edic. Ariel.- Barcelona.

mas de culpabilidad el dolo y la culpa; algunos autores agregan una tercera: la preterintencionalidad. -- Las dos primeras formas las recoge nuestro Código Penal en el artículo 8º al hablar (con poca propiedad) de delitos intencionales y no intencionales o de imprudencia.

El dolo, expresa el penalista hispano Eugenio Cuello Calón, "consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso"⁴²

Según Jiménez de Asúa, el dolo "existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica"⁴³

42.- Derecho Penal.- Tomo I.- pág. 302.- 8a. edic.

43.- La Ley y El Delito.- 3a. edic. Hermes.- 1959.- - pág. 365.

En resumen, podemos expresar que habrá dolo cuando el agente actúa conciente y voluntariamente, y persiga con ello la producción de un hecho típico y antijurídico.

El dolo como forma de la culpabilidad, puede presentarse como directo cuando el resultado coincide con la voluntad del agente; indirecto cuando el sujeto quiere el resultado que se ha propuesto y sabe que necesariamente se producirán además otros resultados que no constituyen el propósito rector de su conducta y no obstante la lleva a cabo; en el dolo indeterminado, simplemente hay, por parte del agente, el propósito de delinquir sin que persiga con ello un fin específico; el dolo eventual se asemeja al indirecto, sólo que a diferencia de éste, el autor además de querer un resultado y encaminar su conducta al logro del mismo, sabe de la posibilidad de que se produzcan otros resultados no propuestos directamente, pero sí, acaso, aceptados anticipadamente.

Con relación a los delitos culposos,-

llamados también imprudenciales por nuestra legislación positiva, podemos decir que en términos generales son aquéllos en los que el resultado típicamente-antijurídico no se desea, pero pudo sin embargo preverse. "Es la conducta voluntaria (acción u omisión), que ocasiona un resultado antijurídico no querido, pero si previsible o excepcionalmente previsto y que hubiera podido evitarse con la atención debida"⁴⁴

Nos parece que la definición de Edmundo Mezger proporciona una idea clara de lo que debe entenderse por culpa, cuando dice: "Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado pudo prever".⁴⁵ En conclusión, existirá culpa, si el sujeto realiza el comportamiento sin la intención de que se produzca el resultado penalmente tipificado, pero sin emplear las -

44.- Giuseppe Magliore.- Derecho Penal.- Tomo I.- pág.

609.- Temis.- 1954.

45.- Citado por Castellanos Tena.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- pág. 313.- 3a. edic. México.- 1965.

cauteladas y precauciones que legalmente le corresponden.

La tercera forma del elemento subjetivo del ilícito penal, según algunos autores, es la, preterintencionalidad; en la composición de ésta se encuentra una mixtura de dolo y culpa, dolo en relación con el resultado querido y culpa en cuanto a lo realmente sucedido. Se ha dicho que en manera alguna pretendemos analizar minuciosamente el problema de la naturaleza jurídica de la culpabilidad, y menos aún las formas de ésta; en tal virtud, manifestamos que aparentemente se podría considerar contradictorio admitir que la preterintencionalidad se integra de dos elementos que por principio se excluyen, lo cierto es, que la preterintencionalidad permite diferenciar con claridad el resultado de dos fenómenos psíquicos diferentes, que tienen lugar en la persona del agente.

4.- CULPABILIDAD EN EL FRAUDE ADMINISTRATIVO.- El delito que nos ocupa, estimamos, es necesariamente doloso y dada la redacción contenida en el tipo, se excluye la posibilidad de su realización cul

posa, pues alude en forma expresa a que se dirija la voluntad a la producción de un resultado penalmente tipificado. Cuando la ley menciona que comete el ilícito quien fracciona y transfiere o promete transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno urbano o rústico, propio o ajeno, con o sin construcciones etc., causando con ello un perjuicio sea público o privado, está claramente indicando que la dirección de la voluntad ha de ir en caminata precisamente a la obtención del propósito -- del agente; en consecuencia, insistimos, la comisión en este caso es exclusivamente dolosa; es más, el delito requiere de un dolo específico y no solamente genérico, cuando se habla de causar un perjuicio por esas vías. No obstante que en la redacción del artículo 389 BIS se lee: "Este delito se sancionará aún en el caso de falta de pago total o parcial", consecuentemente pudiera pensarse que tal frase da lugar a la existencia de un dolo genérico, ratificamos nuestro punto de vista en el sentido de que aún en este caso podemos hablar de un dolo específico, en virtud de que, evidentemente por los medios referidos se causa perjuicio a una persona que aunque no haya entregado-

la totalidad o parte del precio convenido con el vendedor, se le haga creer fundadamente que es la propietaria de un terreno, es decir, se causa tal perjuicio en función de que se consideraba ya poseedora o propietaria del predio y dicho perjuicio radica en la presencia de una situación de falsedad que difiere de lo planteado originalmente. Con anterioridad se dijo que sin duda se habrá causado un perjuicio a la persona que simplemente se le haga creer con hechos ciertos, (tal sería el caso de la hipótesis que estudiamos) que es la legítima poseedora o propietaria de un inmueble, y al verse privada de los beneficios que implica la adquisición de un bien de tal naturaleza, su patrimonio habrá sufrido una merma considerable.

El fraude administrativo, consideramos que solamente admite la posibilidad de cometerse a través del dolo directo, y más aún, específico, de tal suerte, negamos que sean dables en este delito cualesquiera otra de las clases dolosas. Radica nuestro punto de vista en que no podemos imaginar cómo, al cometerse otro hecho punible diferente, el autor tenga la certeza o sepa de la posibilidad de que se -

va a fraccionar y transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquiera otro derecho sobre un terreno urbano o rústico, propio o ajeno, con o sin construcciones, etc.

Con base a los razonamientos anteriores, debemos señalar que tampoco es admisible la preterintencionalidad en el fraude administrativo, pues no es fácil pensar en que un sujeto al actuar inicialmente respecto de otro delito en forma dolosa, colmara la hipótesis establecida en el artículo 389 BIS -- del Código Penal al no poner en juego las cautelas y precauciones que legalmente le corresponden, para que surgiera así la preterintención la cual, como se ha dicho, implica dolo en cuanto al resultado querido y culpa respecto al acaecido.

5.- INCULPABILIDAD EN EL FRAUDE ADMINISTRATIVO.- Dijimos antes que la importancia de tomar partido respecto de las dos teorías que intentan agotar el estudio de la naturaleza jurídica de la culpabilidad, no es puramente doctrinaria, sino que, en función de ello, habrán de tenerse como causas de in-

culpabilidad a los diferentes casos que cada una de -
dichas posturas estima como aspectos negativos de la -
culpabilidad.

A).- TEORIA PSICOLOGISTA.- Para noso-
tros, asiste razón a los psicólogos pues "la no---
ción completa de la culpabilidad se forma por dos ele-
mentos: una actitud psicológica del sujeto conocida -
como situación de hecho de la culpabilidad; y una va-
loración normativa de la misma, que produce el repro-
che por encontrar al sujeto en una oposición o en una
pugna con el Derecho y con sus obligaciones persona--
les. Sin embargo, lo que interesa es la actitud psico-
lógica del sujeto que, si se tiene presente que en el
delito se ha de referir a un presupuesto necesario de
antijuricidad, es el nuevo elemento que por si solo -
constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo to-
do el proceso de valoración, de reproche y aún de pu-
nibilidad".⁴⁶ Así, estaremos en presencia del aspecto
negativo de la culpabilidad en el fraude administrati

46.- Ignacio Villalobos.- Derecho Penal Mexicano.- -
pág. 274 y siguientes.- Porrúa.- 1960.

vo, cuando no concurren respecto del agente cualesquiera de los dos elementos que según los psicologistas integran la culpabilidad; tales elementos son: el intelectual y el volitivo; el primero consiste en la conciencia del quebrantamiento del deber y el segundo en la voluntariedad de la conducta; por ende, según esta posición, son causas de inculpabilidad el error de hecho esencial, insuperable, el cual afecta directamente al elemento intelectual, y la coacción sobre la voluntad o vis compulsiva que interviene sobre el aspecto volitivo.

En la hipótesis que nos ocupa, pensamos que pueden presentarse ambos casos de inculpabilidad; respecto al error de hecho esencial, insuperable, se puede plantear la situación de que el agente fraccione y transfiera, o prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno, con la seguridad de que ha obtenido para ello el permiso estatal correspondiente, pero resulta que en realidad, dicho permiso fué otorgado respecto de un lote diferente al fraccionado y vendido u ofrecido. Debemos señalar que para la plena procedencia de

esta causa constitutiva de inculpabilidad, se requiere que el error sea insuperable, pues la doctrina sostiene que al no ser así, el delito debe subsistir aún cuando sea en forma culposa. Al respecto nos atrevemos a opinar que el fraude administrativo constituye una excepción a este principio, pues existe un impedimento de culpa derivado de la incompatibilidad de la forma culposa con la naturaleza misma del tipo, pues contiene éste elemento subjetivo del injusto, y no solamente; requiere de un dolo específico consistente en la voluntad de "causar un perjuicio" al fraccionar y transferir o fraccionar y prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno.

Ahora bien, debemos señalar que una voluntad coaccionada es irrelevante para el Derecho Penal, pues si un sujeto se encuentra ante una seria amenaza capaz de atemorizarlo y en esas condiciones realiza el comportamiento típico, sabedor de que no tiene autorización para ejercer el derecho de fraccionar y transferir, o prometer transferir etc., condicionado éste por el permiso del Estado, indudablemente

te no cometerá delito aunque dicho comportamiento sea típico y antijurídico, por faltar la culpabilidad, -- pues una voluntad coaccionada, se dijo antes, no debe ser tomada en cuenta por el Derecho Penal, cuyo propósito es eminentemente realista.

B).- TEORIA NORMATIVISTA.- Para los - normativistas la culpabilidad se integra por un juicio de reproche, es decir, una conducta será culpable cuando el Derecho pueda exigir de quien la realizó -- otra conducta diferente que no fué llevada a cabo. Admiten los normativistas como causas eximentes por inculpabilidad, además del error esencial de hecho insuperable, analizado ya en referencia al delito de nuestro estudio, la no exigibilidad de otra conducta, eliminadora de la reprochabilidad.

Luis Jiménez de Asúa considera como - causas de inculpabilidad a aquellas "que absuelven al sujeto en el juicio de reproche"⁴⁷

47.- La Ley y El Delito.- pág. 389.- 3a. edic. Hermanes.- 1959.

Dijimos que además del error de hecho esencial insuperable los normativistas aceptan como causa de inculpabilidad a la no exigibilidad de otra conducta, que referida al fraude administrativo, pensamos es inoperante, salvo el caso de un estado de necesidad en el que el bien sacrificado fuera de igualdad que el salvado siempre que no hubiera otro recurso que fraccionar y transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno, con conocimiento de que no se tenía autorización para ello por faltar el permiso relativo, y aún en este caso la inculpabilidad por estado necesario la consideramos desde un punto de vista puramente doctrinario.

C A P I T U L O VI.

PUNIBILIDAD Y EECUSAS ABSOLUTORIAS.

1.- Punibilidad y su ausencia. 2.- Breve referencia a la Condicionalidad Objetiva.

1.- PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.- Hemos querido incluir este concepto por razón de su estrecha e innegable relación con el delito, afirmando desde luego, como ya antes se dijo, que no se le puede conceder el carácter de elemento integrante del mismo como pretenden muchos especialistas. Consideramos que la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del ilícito, pues la esencia de éste, - al menos en la proporción que pudiera corresponderle, no se encuentra fincada en la punibilidad; un delito será punible por ser considerado como tal, más no será delito por ser punible. No podía ser la punibilidad un caso de excepción en la discrepancia entre los tratadistas penales; hay quienes le atribuyen la calidad de elemento esencial del delito, como antes dijimos, así, Franz Von Liszt afirma: "El delito es el ac

to culpable contrario a Derecho y sancionado con una pena"⁴⁸

Entre los juspenalistas mexicanos, el maestro Francisco H. Pavón Vasconcelos sostiene "que la conducta o el hecho, para constituir delito, han de estar amenazados de una sanción penal".⁴⁹

Opuestamente, autores como Vincenzo Manzini consideran que "la sanción es elemento integrador de la norma jurídica, pero no del delito",⁵⁰ posición esta última de la que nos mostramos partidarios.

Procuraremos precisar el concepto de lo que debe entenderse por punibilidad, y encontramos

48.- Tratado de Derecho Penal.- pág. 254.- Madrid.- 1927.

49.- Nociones de Derecho Penal Mexicano.- Editorial Jurídico Mexicana.- pág. 161.- 1961.

50.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo II.- pág. 57.- Ediar.- 1948.

la solución en lo manifestado por Castellanos Tena, - quien dice: "Por punibilidad se entiende ser acreedor de penas a virtud de un obrar o un abstenerse determinados, de donde se engendra una amenaza, formulada -- por el Estado mediante sus normas para quienes las infrinjan, y esto no es sino el ejercicio estatal del - jus puniendi. También se toma por punibilidad, impropiamente, la consecuencia de aquella conminación, o - sea la acción específica de imponer a los delincuentes las penas respectivas y en este sentido se confunde con el hecho de aplicar las sanciones, con la punición misma, que no es otra cosa sino el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa".⁵¹

Para el ilícito contenido en el artículo 389 BIS del Código Penal, puede plantearse un caso de operabilidad de excusas absolutorias. El artículo 390 del propio ordenamiento, señala la aplicabilidad al fraude del artículo 377 que configura una excusa absolutoria relativa al robo entre próximos parien

51.- La Punibilidad y su Ausencia.- Criminalia.- pág.

tes. En consecuencia, cuando el ofendido en el fraude administrativo resulte ser un particular con las características señaladas en el aludido artículo 377, - la infracción penal no producirá responsabilidad respecto del agente; no así cuando se afecten bienes jurídicos de naturaleza estatal, o bien cuando entre -- los sujetos no se de esa relación familiar.

Cuando la realización típica del frau de administrativo se haya cometido por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro, o viceversa, o por un hermano contra su hermano, como menciona el artículo 378 del Código Penal (aplicable por extensión al delito que nos ocupa), se re-- quiere de una condición de procedibilidad. Será perse guible de oficio si entre el autor de la infracción - penal y el ofendido (tratándose de particulares) no - existe una relación de parentesco de las característi cas enunciadas.

2.- BREVE REFERENCIA A LA CONDICIONA- LIDAD OBJETIVA.- Por nuestra parte, hemos afirmado --

que las condiciones objetivas de punibilidad no son elemento esencial de la figura delictiva, sino solamente circunstancias que con eventualidad requiere el legislador para la aplicación de la pena; bastaría -- que en una sola hipótesis delictiva no se requirieran estas condiciones, para poder afirmar que no constituyen un factor integrante del delito, entendido éste, como una unidad conceptual.

Resultaría ocioso el análisis del aspecto negativo de este concepto, si como se desprende de la lectura del artículo 389 BIS del Código Penal, no se requiere de condición alguna para la aplicación de las penas correspondientes.

CONSIDERACIONES FINALES.

PRIMERA.- El motivo que dió lugar a la denominación de este delito como "fraude administrativo", obedece principalmente a dos razones: La primera de índole práctica, a fin de singularizarlo con relación a las varias clases de fraude que contempla nuestra legislación positiva; la segunda, concientes de no habernos guiado para tal denominación por principios puramente doctrinarios, atiende a que el ilícito cuyo estudio nos propusimos, gira en torno al otorgamiento de un permiso estatal de orden administrativo de ahí su característica principal. Aceptaremos desde ahora las críticas a este respecto, en función de la frágil sustentación que creemos contienen los razonamientos antes expuestos; sin embargo nos propusimos con ello cierta originalidad y primacía al denominar así la infracción punible materia de este ensayo.

SEGUNDA.- Encontramos que el fraude administrativo viene a romper con la esencia común a otros -

tipos de fraude, en los que se requiere para su integración, que el sujeto activo se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido. Tal afirmación se finca en el texto mismo del artículo 389 BIS al decir el legislador: "Este delito se sancionará -- aún en el caso de falta de pago total o parcial", --- pues cuando el agente no hubiera recibido cantidad alguna a cuenta del precio, es claro que no habrá obtenido lucro alguno, lo cual no obsta para que se colme el tipo relativo.

TERCERA.- Este nuevo tipo, constituye una - excepción a la regla comúnmente aceptada en la Doctrina, en el sentido de que en caso de inculpabilidad -- por un error de hecho esencial insuperable, si éste - no es tal, debe subsistir el delito al menos en forma culpable; consecuentemente, estimamos que aún en esta situación, no habría integración delictiva por impedimento de culpa en relación con la naturaleza misma -- del tipo, pues éste requiere necesariamente la presencia de un dolo específico.

CUARTA.- Seguramente el juzgador deberá en-

frentarse a la problemática derivada de la aplicación de la pena, pues estimamos que no habrá base para --- cuantificar el valor de lo defraudado cuando se pre-- sente el caso de falta de pago total por parte del adquirente. Por lo cual es de sugerirse una reforma en este sentido para que la penalidad no se encuentre --- condicionada por el artículo 386 del Ordenamiento Penal Positivo, el cual plantea en sus diferentes fracciones, hipótesis que requieren de una obtención ilícita de algo, y antes dijimos, que esta exigencia no es indispensable en el fraude administrativo.

QUINTA.- Sólo se justificaría plenamente la creación de este nuevo tipo delictivo, si se le hubie-- ra dotado de una mayor penalidad privativa de liber-- tad, y no solamente en el aspecto pecuniario, pues es sabido que en la mayoría de los casos, los fraccionadores de terrenos son personas, físicas o morales, de enorme potencialidad económica para quienes no significaría mayor esfuerzo el desembolso de la multa aunque fuera fijada en su máximo de cincuenta mil pesos, amén de que, en la venta de terrenos a que habitual-- mente se dedican obtienen pingües ganancias y quizá -

la utilidad misma producto de la venta del terreno objeto material del delito, bastaría para cubrir sobradamente la sanción pecuniaria establecida; como en el caso anterior, nos atrevemos a sugerir una reforma al respecto, a consecuencia de la cual se dote al fraude administrativo de una mayor pena privativa de libertad, convencidos que de esta manera se lograría más eficazmente el loable propósito tutelar que inspiró al legislador que creó el tipo del delito de fraude administrativo. Aspiramos a que se conserve esta denominación al través del tiempo en el lenguaje doctrinario, académico y forense.

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

Amor Villalpando Ernesto.- Teoría Sobre el Delito de Abandono de Incapaces, México, 1959.

Carrancá y Trujillo Raúl.- Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 4a. Edic., Robredo, 1955.

Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Jurídico Mexicana, México, 1959.

Castellanos Tena Fernando.- Criminología, Nº 6, junio de 1960.

Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, 3a. Edic., 1965.

Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, 6a. Edic., Porrúa, 1971.

Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal, Tomo I, 8a. --- Edic.

Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal, Editora Nacional, 9a. Edic.

Diccionario de Derecho Privado.- Editorial Labor, S.-A., Tomo II, 1950.

Fernandez Doblado Luis.- Culpabilidad y Error, México, 1950.

Fraga Gabino.- Derecho Administrativo, 14a. Edic., México, 1971.

Ibarrola Antonio de.- Cosas y Sucesiones, 2a. Edic., México, 1964.

Jiménez de Asúa Luis.- La Ley y el Delito, 3a. Edic., Buenos Aires, 1959.

Jiménez Huerta Mariano.- Panorama del Delito, Imprenta Universitaria, 1950.

Jiménez Huerta Mariano.- La Antijuricidad, Imprenta - Universitaria, México, 1952.

Maggiore Guisepe.- Derecho Penal, Tomo I, Temis, --- 1954.

Manzini Vincenzo.- Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Ediar, 1948.

Maurach Reinhart.- Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Traducción de Cordova Rodas, Edición Ariel, Barcelona.

Mendoza José Rafael.- Curso de Derecho Penal Venezolano, Parte General, Tomo II, 4a. Edic., Caracas, 1961.

Mezger Edmundo.- Tratado de Derecho Penal, Tomo I.

Mezger Edmundo.- Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Madrid, Nueva Edición revisada y puesta al día por José Antonio Rodríguez Muñoz.

Pavón Vasconcelos Francisco.- Apuntes, 1960.

Pavón Vasconcelos Francisco.- Nociones de Derecho Penal Mexicano, Editorial Jurídico Mexicana, 1961.

Porte Petit Celestino.- Importancia de la Dogmática - Jurídico Penal, México, 1954.

Porte Petit Celestino.- Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Edición Mimeográfica, México, 1960.

Rojina Villegas Rafael.- Compendio de Derecho Civil, Tomo II, México, 1963.

Soler Sebastián.- Derecho Penal Argentino, Tomo I, --- Buenos Aires, 1945.

Soler Sebastián.- Derecho Penal Argentino, Tomo I, --- Buenos Aires, 1951.

BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. A. M.

Villalobos Ignacio.- Derecho Penal Mexicano, Porrúa,-
1960.

Von Liszt Franz.- Tratado de Derecho Penal, Tomo II,-
Edic., 1927, Madrid.