

302702

15
2E

Universidad femenina de México
UM

UNIVERSIDAD FEMENINA DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO

**DEROGACION DE LA FRACCION IV DEL
ARTICULO 387 DEL CODIGO PENAL PARA
EL DISTRITO FEDERAL POR SU
IRRELEVANTE APLICACION**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
BERENICE BLANCA MORAN REYES

DIRECTOR DE TESIS
LIC. LUIS GERARDO VICARTE QUIROZ
R E V I S O R
LIC. JAVIER MEJIA ESTANOL

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1994



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

SUBDIRECCIÓN DE
CERTIFICACIÓN



UNIVERSIDAD
NACIONAL
AUTÓNOMA
DE MÉXICO

SOLICITUD DE REVISIÓN DE TESIS
(INDIVIDUAL)

DIRECTOR GENERAL DE INCORPORACIÓN Y
REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

MORAN REYES DEPT. DE DERECHO
APELLIDO PATERNO PATERNO (PATERNO)

NÚMERO DE CUENTA: 44304521-6

ALUMNO DE LA CARRERA DE: DERECHO

SOLICITA LA REVISIÓN DE TESIS TITULADA: DEROGACION DE LA LEY DE
PENAL PARA EL DELITO FEDERAL DE
DEL ÁREA: DE DERECHO PENAL. SU IRRELEVANCIA EN REVISIÓN.

MEXICO, D.F. A 16 DE JUNIO DE 19 93.

BERENICE BLANCA MORAN REYES.

FIRMA DEL SOLICITANTE

OTORGO EL VOTO APROBATORIO
Y CONFERIRÉ PARA ASISTIR
COMO SECREAL AL EX. PROP. Vno. Bo.

Lic. Luis Gerardo Vicarte Quiros. Lic. Javier Mejía Estrada.

ASESOR DE LA TESIS
(ANTEFIRMA)

DIRECTOR DE LA CARRERA
(ANTEFIRMA)

EL JEFE DEL DEPARTAMENTO DE EXÁMENES
HACE CONSTAR LA APROBACIÓN DE LA TESIS (SUETO) DEBERÁ
TA SOLICITUD, Y AUTORIZA SU IMPRESIÓN
CD. UNIVERSITARIA, D.F. A 2 DE JUNIO DE 1993
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

LIC. NORMA BERNARDEZ GONZALEZ.
(ANTEFIRMA)
LIC. NORMA BERNARDEZ GONZALEZ.

UNIVERSIDAD FEMENINA DE MEXICO
Escuela de Derecho
Incorporada a la Universidad autónoma de México

**DEROGACION DE LA FRACCION IV DEL ARTICULO
387 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
POR SU IRRELEVANTE APLICACION.**

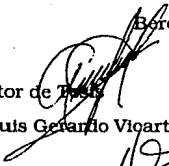
T E S I S

Que para obtener el título de

Licenciado en Derecho

P r e s e n t a :

Berenice Blanca Morán Reyes


Director de Tesis

Lic. Luis Gerardo Vioarte Quiroz.


Revisor

Lic. Javier Mejía Español.

A mi madre, por el apoyo y aliento que siempre me ha brindado.

A mi padre, por el apoyo y entusiasmo que siempre mostrò.

A mi hijo, Eduardo Alberto, motivo de mi superaciòn.

A mis hermanos, por su apoyo e interès que siempre me mostraron.

A mis cuñados, por el apoyo moral que me han brindado.

A mis maestros, por permitirme aprender de ellos.

Al Lic. Emilio Gallegos Mendoza, maestro y amigo.

A mis compañeros del despacho donde laboro.

A mis compañeros del despacho donde me iniciè como litigante.

A mi compañero de despacho Pedro Campos Alcocer, por la paciencia y apoyo que me brindo al iniciarme como litigante.

A mi escuela.

A mi Patria de la cual estoy muy orgullosa.

A los Señores:

Lic. Luis Gerardo Vicarte Quiroz.

Lic. Javier Mejia Estañol.

INTRODUCCION

La presente investigación, la he realizado a efecto de demostrar que la figura jurídica del fraude de consumo, prevista en la fracción IV del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, debe derogarse, toda vez que el supuesto previsto en ésta, puede ser sancionado por el delito de fraude genérico, es decir, el establecido en el artículo 386 del Código Penal.

En el Capítulo I, examino los antecedentes históricos del delito de fraude. Particularmente hago mención de la regulación del fraude en Roma y en algunos destacados autores europeos.

En el Capítulo 2, examino las generalidades sobre el delito de fraude: revisando el concepto y los elementos integrantes del delito. Examino la clasificación del delito en orden del tipo: el fraude genérico y el específico, en el Capítulo 4.

El Capítulo 3, lo destino al fraude de consumo: Su concepto; sus elementos integrantes del tipo, el nexos causal y la responsabilidad.

El Capítulo 5, analizo bajo el título proposiciones de regulación sobre el delito de fraude de consumo. En este Capítulo, lo destino al análisis del tipo previsto en la fracción IV del artículo 387 del Código

Penal, en donde propongo la derogación del fraude de consumo, en virtud de que los elementos integrantes de este último, quedan subsumidos en el fraude genérico, en el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE FRAUDE.

En el presente Capitulo, examinaremos en forma somera algunos de los antecedentes que sobre el delito de fraude se han producido a través de la historia.

No pretendiendo ser prolijos en el examen de dichos antecedentes, toda vez que el delito de fraude ha sido regulado en forma sistemática a partir del siglo XIX, en diversas legislaciones europeas y americanas.

1.1. Reglamentación del delito de fraude en codificaciones Romanas.

En las codificaciones jurídicas pre-romanas, como su nombre lo indica, abordaremos algunos antecedentes que sobre el delito de fraude se han producido en la historia. Debiendo tomar en consideración, que es sólo con la evolución del Derecho Romano es cuando el Derecho en general realmente adquiere una sistematización que servirá de ejemplo a las civilizaciones posteriores.

Al decir del autor Mariano Jiménez Huerta, quien nos hace una referencia bastante completa sobre la evolución del delito de fraude, nos refiere lo siguiente:

"... Sus primeras manifestaciones legislativas, hállanse en las disposiciones estatuidas por los pueblos antiguos para la honestidad de las relaciones comerciales, y evitar en ellas las alteraciones de calidades, pesas y medidas y la exigencia de un precio mayor del debido" (1).

De la anterior descripción, nos damos cuenta cómo en la época antigua el fraude es una figura jurídica relacionada con el tráfico mercantil o comercial. La actividad comercial es tan antigua como el hombre mismo, nace el comercio desde épocas remotas cuando los hombres intercambiaban bienes, cuando se permutaban objetos que se consideraban valiosos, resultando evidente, que el tráfico comercial fuese sobre los más diversos productos: alimentos, bienes, prendas, utensilios, ornamentos, etcétera.

La descripción que realiza Jiménez Huerta, nos hace pensar que en el tráfico de mercancía que se pesaba o se medía, se daba el caso de ofrecerse determinado producto de determinada calidad, entregándose un producto de inferior calidad. Significando esta conducta un fraude, que como veremos más adelante, esta conducta cae dentro del delito de fraude genérico en nuestra legislación penal vigente.

(1) Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, "La Tutela Penal del Patrimonio", Edit. Porrúa, México, 1977, p. 135.

Continuando con los antecedentes històricos, el autor en comentario nos relata que:

"El Còdigo del Manù castigaba al que vendia grano malo por bueno, cosa vil por fragante, cristal o roca colorado por piedra preciosa, hilo de algodòn por hilo de seda, hierro por plata, etc..." (2).

El Còdigo de Manù, tal y como se desprende de la narraciòn de Jimènèz Huerta, nos demuestra lo que comentabamos con anterioridad, en el sentido de que en los orìgenes del comercio, era muy comùn que se ofreciera un producto y se entregara otro de inferior calidad. Esto lo conocemos con un refran popular que dice "dar gato por liebre", constituyendo obviamente una conducta fraudulenta.

"... y el Còdigo de Hammurabit, nos dice Jimènèz Huerta, sancionaba las falsificaciones de pesas y medidas; las leyes hebraicas a los comerciantes àvidos de abusar de los compradores necesitados; y el Coràn a los que se aprovechaban de las condiciones del comprador para venderle o del deudor para comprarle, a precio, respectivamente, mayor o menor del justo valor de la cosa o hacian uso de cualquier artificio dirigido a acrecentar el aparente valor de la mercancia. Falta, empero,

(2) Idem.

en todas estas legislaciones una noción técnica, un principio conceptual del fraude. Sólo por razones de oportunidad o necesidad y para hacer posible la represión se previnieron casuísticamente los citados hechos fraudulentos e incluso, algunos otros que, aun sin serlo, se estimaban igualmente turbadores del orden en las relaciones comerciales. Y aunque los hechos falsos y engañosos que matizan la esencia antijurídica del delito de fraude, fueron también tenidos en cuenta por el Derecho romano..."(3).

Con lo que nos ilustra Jiménez Huerta acerca del fraude en la antigüedad, nos damos cuenta de que, tanto en el Código de Hammurabi, en Egipto, como en el Corán, en los países musulmanes, era sancionado el fraude que realizaban los comerciantes. Sin embargo, como certeramente asienta el autor en cita, aún estas civilizaciones antiguas no sistematizaban el delito de fraude, sino que, por el contrario, eran legislaciones que calan en el casuismo jurídico, ya que describían las conductas humanas merecedoras de sanción.

No obstante la crítica sobre el casuismo de las legislaciones antiguas, en nuestro Derecho penal moderno, como en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en regulación específica del fraude,

(3) Idem., pp. 135 y 136.S

èsta figura recibe un doble tratamiento: prevee el fraude genèrico y el fraude específico; correspondiendo a este último, el casuismo normativo del que hemos hecho crítica.

1.2. Reglamentación del Delito de fraude en el Derecho Romano.

El Derecho Romano, basamento de los sistemas jurídicos romanistas, como el nuestro, también regulò el fraude bajo el amparo de distintas figuras jurídicas como en seguida veremos.

El autor Francisco Pavòn Vasconcelos, nos describe el fraude en el Derecho Romano en los siguientes términos:

"Estellionato (Stellionatum). Al decir de Carrara, parece haber sido estellòn, animal de indefinibles colores el que sugiriò a los romanos el nombre de (stellionatum) como título delictivo aplicable a los hechos criminosos realizados en perjuicio de la propiedad ajena, los cuales fluctuando entre la falsedad y el hurto no se identifican, sin embargo, ni con la una ni con el otro.

El estellionato, según Soler, era una impostura encaminada a la obtención de un lucro indebido y capaz de engañar y causar perjuicio al diligente padre de familia, pero se diferenciaba del falsum aun cuando suponía la falsedad, en forma impropia, dado el alcance que este término

tenia en el Derecho romano" (4).

El romanista Guillermo Margadant, bajo el rubro de stellionatus, nos comenta con relación al sistema hipotecario romano:

"Importantes defectos del sistema hipotecario romano fueron:

1. La falta de publicidad.

Es sorprendente que los romanos, tan aptos para copiar, no hayan imitado el catastro de Grecia o de Egipto. Esta clandestinidad se prestaba a fraudes, y la sanción penal contra los respectivos actos deshonorosos -castigo por stellionatus- era sólo un sustituto represivo de un preventivo registro público de hipotecas, que es la solución moderna" (5).

En la Roma antigua, se creó la Lex Cornelia de Falsis, mediante la cual, eran reprimidos las falsedades en los testimonios, así como la falsificación de monedas.

(4) Francisco Pavón Vasconcelos, Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial), Edit. Porrúa, México, 1977, pp. 137 y 138.

(5) Guillermo Margadant, Derecho Romano, Edit. Esfinge, México, 1975, p. 299.

El estelionato era una especie de delito subsidiario, toda vez que comprendía los fraudes que no eran comprendidos por los delitos de falsedad, como sucedía con el siguiente caso: el gravar una cosa ya gravada previamente, ocultando esta última; la doble venta de una misma cosa, la alteración de mercancías, etc.

En términos generales, el estelionato, como señalamos en el párrafo anterior, era de naturaleza subsidiaria, ya que la conducta que no se tipificaba en otra, relacionada con los delitos patrimoniales, era considerada como estelionato.

Es pertinente tratar la figura del dolo en el Derecho romano, ya que en nuestro Derecho moderno, se distingue entre el fraude civil y el fraude penal, aunque para ciertos autores, no hay tal diferenciación, tal sucede con el autor Mariano Jiménez Huerta, como se verá más adelante.

El "dolus malus" según Margadant,... el nombre sorprende, pero es que los romanos reconocían, en determinadas circunstancias, la existencia del dolo bueno, la astucia comercial, los trucos acertados mercantiles, que para los mediterráneos son más bien actos de inteligencia e inclusive humorísticos, que actos inmorales... El dolus malus es toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que se engaña a otra persona, como dice Labeón. En el mismo lugar del Digesto

encontramos una tentativa de Servio de definir el dolus malus. Este último autor llega, empero, a equipar los conceptos de dolo y simulación... como ya descubrió Labeón: hay simulación sin dolo, y en la mayoría de los casos de dolo no hay simulación.

"El dolo, nos dice Margadant, no consiste necesariamente en actos positivos; también hay dolo si una parte calla maliciosamente una circunstancia que para la otra hubiera sido un obstáculo para la celebración del negocio en cuestión, en el caso de que ésta se hubiera dado cuenta" (6).

De lo que nos narra Margadant, vemos que el dolo, una figura de naturaleza civil, significa la habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta con la que se engaña a otra persona. Por nuestra parte, pensamos o somos de la opinión, de que el dolo es un engaño, de modo que desde el Derecho romano, que es la base de nuestro Derecho Civil, era concebido el dolo o el engaño en las negociaciones mercantiles o comerciales entre los ciudadanos romanos. Pero nos percatamos de que, para todos aquellos que eran defraudados en el Derecho romano, por ejemplo, en materia de contratos, se le concedía la acción denominada actio de dolo, que era hecha valer en contra de quien había cometido el dolo, y para el

(6) Idem.. pp. 338 y 339.

caso de promesas provocadas por medio del dolo que no eran cumplidas, se concedía la exceptio doli en contra del acreedor. Sin embargo, en caso de dolo mutuo o recíproco, no eran concedidas a ninguna de las partes en conflicto, las acciones anteriores.

Pare al autor romanista Eugène Petit, "se entiende por dolo los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico... Los romanos llaman a ese dolo dolus malus, le distinguan del dolus bonus... de los artificios más o menos hábiles de que uno se puede servir para llegar a un resultado lícito. El dolus bonus queda extraño al Derecho" (7).

En efecto, como señala Petit, el dolo bueno era considerado en la Roma antigua, no como un acto ilícito, toda vez que no era castigado. Por contrario, el dolo malo, también llamado dolus malus, que se presentaba como una maquinación en la celebración de un contrato, si era castigado, y el Derecho daba al afectado la actio doli y la exceptio doli anteriormente señaladas.

Examinados los antecedentes que en Roma existían con respecto

(7) Eugène Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, México, 1971 p. 326.

al fraude, y particularmente, con relación al dolo, es pertinente hacer la siguiente precisión:

De conformidad con Ignacio Villalobos, al hablarnos sobre la figura del dolo en el Derecho Romano, nos ilustra al respecto: "Hay que desistir ya de intentar el conocimiento del dolo a través de los romanos cuyos estudios respondían evidentemente a una preocupación de carácter civil, que se construyó al margen de los contratos. Aun del dolus malus, definido por Labeón y aceptado por el Digesto... (toda habilidad, falacia, maquinación, empleada para engañar y envolver a otro). De aquí tal vez, que aún se tropiece en la organización admirable de los romanos con algunos casos de responsabilidad por hechos de otros; si bien hay que reconocer, como lo hace Costa, que la idea del 'dolo malo' abrió el cambio a la más compleja investigación subjetiva que necesariamente invadió el campo penal" (8).

Comentando la anterior cita que realiza Villalobos, compartimos su punto de vista, en el sentido de que el concepto de dolo, tal y como era regulado por el Derecho romano, era exclusivamente de naturaleza civil, toda vez que regulaba a los contratos; de modo tal que, el concepto de dolo en los sistemas jurídicos modernos, como el nuestro, han tomado en

(8) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1960, p. 284.

cuenta el concepto del derecho civil. Esta situación, no debe de acontecer, es decir, de tomar de otra disciplina jurídica una institución jurídica, ya que el campo del Derecho penal es eminentemente autónomo, y como tal, no necesita de apropiarse de un concepto ajeno.

Por nuestra parte, consideramos que de conformidad con el artículo 8 del Código Penal para el Distrito Federal, desprendemos que el dolo equivale a la intención de realizar una conducta determinada, normalmente delictuosa, cuando se comete un delito. De tal modo podemos pensar lo siguiente: lo doloso para el Derecho penal, es lo intencional, es una voluntad de obrar en determinado sentido; o bien, cuando el delito que se comete es de aquellos que la doctrina denomina de comisión por omisión, basta un no hacer determinada conducta, estar pasivo en forma voluntaria, a efecto de que se cause un daño a alguien o a algo: esta omisión intencional también será delictiva.

1.3. Reglamentación del delito de fraude en la Doctrina Europea.

Para darnos una idea acerca del fraude en la doctrina europea, citamos a continuación lo que nos dice al respecto Mariano Jiménez Huerta:

"... el desarrollo fáctico de aquél (del fraude), y su completa estructuración sólo se alcanza cuando a partir de la mitad del siglo XIX,

el comercio jurídico y el tráfico mercantil se desarrollan intensamente en las relaciones humanas (...) Con razón han podido decir Radbruch y Gwinner que dentro de la economía crediticia la estafa ha llegado a ser el delito de la criminalidad profesional.

"El delito en examen es conocido con el nombre de estafa en los Códigos Penales francés, alemán y español. El Código penal de México le denomina fraude" (9).

Efectivamente, como lo asienta Jiménez Huerta, el delito de fraude, que en otras legislaciones es denominado como estafa, como en Francia, Alemania y España, es sólo hasta mediados del siglo XIX cuando, debido al tráfico mercantil o comercial, se desarrolla el comercio entre las naciones y dentro de las mismas.

El autor en comento, manifiesta que el delito de estafa ha llegado a ser un crimen profesional. Al igual que en nuestra realidad, en nuestras relaciones comerciales modernas, al delito de fraude se le denomina como delito de "cuello blanco", en base a que el sujeto activo del mismo, si bien no tiene gran peligrosidad como el homicida o el que infiere lesión o delito de esa gravedad, es un delincuente que en las más

(9) Mariano Jiménez Huerta: op. cit., p. 134.

de las veces utiliza su raciocinio o intelecto a efecto de llevar a cabo sus conductas defraudadoras.

Por su parte Pavòn Vasconcelos, nos relata lo siguiente en relación al fraude:

"Escoquerie, es la designación que le otorga al fraude o estafa el Còdigo francés, aun cuando su esencia coincide en lo general con nuestra figura, ya que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien en error por medio de engaño o artificio para obtener un provecho injusto.

"Truffa. Segùn Maggiore, 'La etimología del nombre de estafa en italiano, truffa es incierta. Unos la hacen derivar del francés truffe, tartufo o, de truffle, que tiene el doble significado de truffa (hongo subterráneo comestible) y de burla; otros la hacen derivar de alemán triffen, golpear, coger, y por ende, jugar una mala pasada (en el español existe también la palabra truffa en el sentido de engaño o patraña.

"No obstante, continúa diciendo Pavòn Vasconcelos, cualquiera que sea su origen, tal término es el que le da individualidad en el Derecho italiano al delito de estafa que, al decir del propio Maggiore, 'consiste en el hecho de quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto,

con perjuicio ajeno" (10).

De la transcripción anterior, nos damos cuenta de que en el Derecho francés se define al delito de fraude o de estafa, conteniendo como elementos del mismo, el engaño o artificio para inducir a alguien en error y así obtener un provecho injusto.

En lo fundamental, la definición que antecede, coincide con nuestro Derecho.

Por lo que toca al Derecho italiano, según la definición de Maggiore, en lo fundamental es coincidente con la del Derecho francés, así como con la definición que sobre el particular estatuye nuestro Código penal vigente.

Para el célebre autor italiano Francesco Carnelutti, nos hace referencia al delito de estafa en el Código italiano en su obra que a continuación citamos:

"Para el fin de procurarse la posesión de la cosa mueble ajena (el sujeto activo del delito) sin el consentimiento del propietario, dispone de varios modos el agente. Puede aprehenderla sin que el propietario lo

(10) Francisco Pavón Vasconcelos: op. cit., pp. 138 y 139.

consciente (hurto; art. 624 del Còdigo pen.); puede vencer su resistencia mediante la violencia o la amenaza (robo, art. 628); viceversa, puede servirse de la violencia o amenaza para obtener su consentimiento (extorción, art. 629); puede emplear con tal finalidad el artificio o el engaño (estafa, art. 640)... Por otra parte, la indicación modal a veces es específica y a veces es genérica; a este respecto confrontese el artículo 640, que para la estafa exige el artificio o el engaño, con el 526, en que al contrario, para la seducción se exige la promesa de matrimonio. Naturalmente, como la distinción entre género y especie es esencialmente relativa..." (11).

Vemos como Carnelutti, nos ilustra sobre el Código penal italiano, haciendo referencia al delito de estafa, el cual exige del engaño o artificio, como elementos básicos del delito de estafa.

Con Carnelutti damos por concluido el presente Capítulo, del que desprendemos que el fraude o la estafa es tan antiguo como el nombre mismo, naciendo este delito desde tiempos inmemoriales, como en el Código Manù, siendo regulado por diversas civilizaciones, pero no perdamos de vista que el delito de fraude o estafa, como es conocido en otras legislaciones, es sólo a mediados del siglo XIX, cuando adquiere una regulación sistemática.

(11) Francesco Carnelutti, Teoría General del Delito, Edit. Argos, Cali Colombia, s/f, pp. 218 y 220.

CAPITULO 2.

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE FRAUDE.

En el presente Capitulo, examinaremos las generalidades sobre el delito de fraude. Abordando el concepto de delito en general, del delito de fraude, sus elementos integrantes del cuerpo del delito, la presunta responsabilidad y la sanción. Es preciso el aclarar, que será objeto de nuestro análisis en este Capitulo, el delito de fraude básico o fundamental, es decir, nos referimos al artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, toda vez que en el Capitulo siguiente, abordaremos nuevamente este precepto cuando analicemos al fraude genérico y el específico.

2.1. Definición del delito dado por el Código Penal para el Distrito Federal y por la Doctrina.

La definición que nos proporciona el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 7, es el siguiente:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales...".

En virtud de estimar como demasiado concreta la definición que sobre el delito nos proporciona el Código Penal, abordaremos en seguida el punto de vista que sobre el particular da la doctrina.

Se han dado definiciones sobre el delito, desde el punto de vista jurídico-formal y desde el punto de vista jurídico-substancial. A continuación, examinaremos los puntos de vista de destacados autores penalistas.

De conformidad con Fernando Castellanos, "para varios autores, la verdadera noción del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito... Para Edmundo Mezger, el delito es una acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena" (1).

Desde dos puntos de vista o enfoques se ha analizado el delito: desde el punto de vista unitario o totalizador, y desde el atomizador o analítico.

De acuerdo con el primer punto de vista, el delito es un todo, de manera que no puede ser dividido. Sigue esta doctrina Antolisei y sus seguidores, para quienes el delito forma un bloque monolítico no susceptible de disgregación en partes.

(1) Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 1977, pp. 128 y 129.

En base al segundo punto de vista, estiman los seguidores de esta corriente, que el delito sí puede ser estudiado en sus partes integrante; y partiendo de sus partes es posible entender su unidad o totalidad.

Francisco Carrara, quien es citado por Fernando Castellanos, nos informa al respecto:

" Ya Francisco Carrara hablaba del ilícito penal como de una disonancia armónica; por ende, al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad. en cuanto a los elementos integradores del delito no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras unos especialistas señalan un número, otros los configuran con más elementos; surgen así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, exatómicas, heptatómicas, etc." (2).

Como señala Carrara, existen diversos autores que tratan de realizar el estudio del delito desde variados puntos de vista, autores que optan por concepciones desde dos elementos en adelante.

Continuando con las nociones del delito, abordamos la noción

(2) Idem., p. 129.

del delito, abordamos la noción jurídico substancial. Mezger elabora la siguiente definición: "el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable" (3).

La anterior definición, siguiendo la opinión autorizada de Francisco Carrara, sería una definición o concepción sobre el delito tritòmica, toda vez que se integra con tres elementos: tipicidad, antijurídica y culpabilidad.

En seguida, citamos las definiciones de tres grandes juristas: Eugenio Cuello Calòn, Luis Jimènez de Asua y Ernesto Beling:

"Para Cuello Calòn es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. Por su parte Jimènez de Asua textualmente dice: 'Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal'. En forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling pero sin hacer referencia a la imputabilidad" (4).

(3) Idem.

(4) Idem., pp. 129 y 130.

De la anterior cita, se desprende que para Cuello Calòn, el delito se integra con cinco elementos; y por lo que respecta al punto de vista de Jimènez de Asúa, son siete los elementos en que se puede dividir el delito.

Fernando Castellanos hace suya una cita de Ignacio villalobos al hablarnos del delito en el Derecho positivo mexicano:

"El artículo 7 del Còdigo Penal de 1931 para el Distrito Federal en materia comùn y para toda la Repùblica en materia federal, establece: Delito es el acto u omisiòn que sancionan las leyes penales. 'Estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el caràcter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena sin ser delitos... Por lo demàs, decir que el delito es el acto u omisiòn que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestiòn de saber por què lo sancionan o cuàl es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales" (5).

La crítica realizada por Villalobos, la consideramos certera, toda vez que, en efecto, la definiciòn en forma parca de el Còdigo Penal, no

(5) Ide., p. 133.

indica la naturaleza jurídica del acto o de la conducta delictuosa, que se hace merecedora a la sanción o a la pena. Además de que existen otras leyes de naturaleza administrativa, que también tienen una sanción sin ser penal.

Por su parte, Celestino Porte Petit, en relación con la definición del delito, nos comenta:

"A primera vista y sin más indagaciones, se diría que el concepto de delito corresponde a una concepción bitómica o dicotómica de acuerdo con el contenido del artículo 7 del Código Penal: 'Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales', o sea, que el delito es una conducta punible" (6).

De la definición que antecede, vemos como Porte Petit, reduce la definición del delito a la parte última de su cita, es decir, que el delito es una conducta punible. De modo que al examinar a la punibilidad como elemento integrante del delito, veremos en que consiste esta figura jurídica. De momento diremos que la punibilidad es el merecimiento de una pena, debido al despliegue de una conducta típica, antijurídica y culpable.

(6) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 1987, p. 203.

Damos a continuación, el punto de vista que sobre el delito ha dado Francesco Carnelutti, el cual consideramos de sumo acierto:

"Bajo el perfil jurídico, pues, el delito es un hecho castigado con la pena mediante el proceso. Los tres términos, delito, pena y proceso, son rigurosamente complementarios; excluido uno, no pueden subsistir los otros; no hay delito sin pena y proceso; ni pena, sin delito y proceso; ni proceso (penal o punitivo), sino para determinar el delito y actuar la pena... delito es un hecho que la ley determina como causa del castigo del que lo ha cometido, o mejor, un hecho que presenta los caracteres indicados por la ley como causa del castigo de su autor" (7).

Nos parece de suma importancia la definición que antecede, Carnelutti considera al delito como un hecho castigado con la pena mediante el proceso, y nos menciona que los tres términos: delito, pena y proceso, necesariamente deben de coexistir, de modo que si falta alguno de ellos, no se podrá dar el resultado o fin del proceso jurisdiccional.

Finalmente, damos la definición de Carlos Franco Sodi acerca del delito:

(7) Francesco Carnelutti, op. cit., p. 17.

"El delito es el acto antisocial que define y sanciona el Código Penal, y que al ejecutarse por un individuo pone de manifiesto su peligrosidad, obligando al Estado a que tome en su contra medidas de defensa social". (8).

Esta definición nos parece más acertada, toda vez que nos manifiesta el acto antisocial sancionado por el ordenamiento punitivo, y que al llevarse a cabo pone de manifiesto su peligrosidad, obligando al Estado a que tome medidas de defensa social.

2.2. Definición del delito de fraude, dado por el Código Penal para el Distrito Federal y por la Doctrina.

El concepto gramatical del fraude nos lo proporciona la Academia de la Lengua Española en los siguientes términos:

"fraude (Del lat. *fraus, fraudis*). Engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza, que produce o prepara un daño, generalmente material". (9).

(8) Carlos Franco Sodi, *El Procedimiento Penal Mexicano*, Edit. Porrúa, México, 1957, p. 11.

(9) *Diccionario de la Real Academia Española*, Edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1970, p. 635.

El concepto gramatical no nos ilustra lo suficiente con respecto al fraude, pero nos da una luz: comprende la definición, el engaño, la inexactitud consciente, que reflejan el engaño y la intención como elementos básicos de la definición.

En seguida, veremos algunas definiciones que sobre el delito de fraude se han producido:

Francisco Pavón Vasconcelos define al delito de fraude como sigue:

"Diversas denominaciones de este delito. El delito denominado fraude por nuestro Derecho positivo... ha recibido en otras épocas y en otras legislaciones nombres diversos tales como estelionato, escroquerie, truffa y estafa (...) Nuestro Código, en su artículo 386, define el fraude en su acepción genérica simple, diciendo: 'Comete el delito de fraude el que engañando a otro o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido'"(10).

Como señalamos en su oportunidad, al hablar de los antecedentes históricos del fraude, examinamos los conceptos que en el transcurso

(10) Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., op. 137 y 139.

de la historia se le ha dado al fraude, recordando que en el Derecho español se le conoce como estafa, de modo que la estafa y el fraude son sinónimos y no dos figuras distintas.

Por otra parte, el autor en comento nos remite al Código punitivo vigente en el Distrito Federal, refiriéndose concretamente al artículo 386 del Código Penal, el cual comprende la definición del delito de fraude genérico simple, tipo que examinaremos en su oportunidad al hablar de los elementos integrantes del delito de fraude.

2.3. Elementos que integran el delito de fraude.

Los elementos integrantes del cuerpo del delito de fraude, de conformidad con la doctrina jurídica, son diversos, como vimos con antelación al definir al delito en general. Recordamos que para algunos autores, los elementos en que se puede analizar el delito parten desde dos en adelante, de conformidad con la teoría atomizadora del delito.

En el presente punto, nos avocaremos al estudio de los elementos integrantes del cuerpo del delito de fraude genérico.

En la concepción dogmática del delito en su aspecto positivo, de conformidad con Celestino Porte Petit, se incluyen los siguientes elementos:

"Ahora bien, relacionando este precepto con el propio ordenamiento (se refiere al artículo 7 del Código Penal), descubrimos una conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad y la punibilidad.

"La conducta o hecho o se obtiene del artículo 7 del Código penal y del núcleo correspondiente de cada tipo penal. La tipicidad es la adecuación al tipo respectivo, o sea, que tan pronto se realiza una conducta o hecho y además le llena algún otro u otros elementos típicos exigidos, hay tipicidad; antijuricidad en cuanto que habiendo tipicidad no esté el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud, de las que recoge el artículo 15 en sus variadas fracciones. Habrá imputabilidad al no concurrir la 'excepción regla' contenida en la fracción II, del artículo 15. Habrá culpabilidad cuando exista reprochabilidad y por último, la punibilidad la desprendemos del artículo 7 del Código Penal y del precepto correspondiente de la Parte Especial, que señale a aquél" (11).

Del concepto anterior del delito en su aspecto positivo, podemos deducir la concepción negativa del mismo.

Tenemos la ausencia de conducta, interpretando en sentido

(11) Celestino Porte Petit, op. cit., p. 203.

contrario el artículo 7 del Código Penal, ante la ausencia de voluntad no habrá delito.

La ausencia de tipicidad, cuando no haya adecuación del supuesto fáctico al tipo penal.

Las causas de licitud, tales como la legítima defensa; el estado de necesidad, cuando el bien sacrificado sea de menor importancia que el bien jurídicamente tutelado que ha sido salvado.

La inimputabilidad, la incapacidad de culpabilidad; la inculpabilidad, que es la falta de culpabilidad, como en el error de tipo y el de licitud.

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, cuando falta alguna de las condiciones objetivas de punibilidad que son exigidas por la ley.

La excusa absolutoria, como las señaladas en los artículos 138 y 375 del Código Penal.

Examinados en términos generales, los elementos integrantes del delito en general, veamos ahora los elementos correspondientes al delito de fraude.

En una tesis de jurisprudencia que es citada por Raül Carrancà y Trujillo, nos señala los elementos materiales del delito de fraude:

"Jurisp.- Los elementos materiales del delito de fraude son: a) el engaño a una persona o el aprovechamiento del error en que se halle; b) que por este medio se obtenga ilícitamente alguna cosa o se alcance un lucro indebido. Además, la doctrina ha establecido unánimemente que para la integración del delito de fraude debe existir una relación inmediata y directa entre los dos elementos indicados, o sea, que el engaño o aprovechamiento del error debe ser previo a la obtención ilícita de la cosa o al alcance del lucro indebido, y al mismo tiempo la causa determinante de una o del otro (T.S., 6a. Sala, sept. 30, 1941)"... "Es elemento esencial para la comprobación del delito de fraude que exista el engaño, o sea, que existan un engañador y un engañado, o que hubiere error en el sujeto pasivo del delito, así como que el sujeto activo se aproveche de ese engaño o de ese error para hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido; si falta cualquiera de estos elementos no existe el delito sin cuestión (A.J., t. XIV, pàg. 527)" (12).

La primera tesis de jurisprudencia transcrita, nos refiere los elementos materiales para que se de el delito de fraude, haciendo

(12) Raül Carrancà y Trujillo.

alusión, concretamente, a la relación de causalidad o nexo causal entre los elementos indicados, es decir, el engaño o aprovechamiento del error en que este se halle, y que por medio de lo anterior, se alcance un lucro indebido.

Por lo que toca a la segunda tesis, ésta es de suma importancia, ya que nos indica que el engaño o el error en el que se encuentra el sujeto pasivo del delito, es de los elementos fundamentales o esenciales para que se pueda dar el delito de fraude.

De conformidad con Mariano Jiménez Huerta, "la verdadera esencia antijurídica del delito de fraude, radica en los engaños, ardidés de que se vale el sujeto activo para sumergir en un error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial" (13).

El autor en cita, corrobora el criterio de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en lo que respecta a la importancia del engaño en el delito de fraude.

El autor en comentario, nos da como elementos constitutivos del delito de fraude los siguientes:

(13) Mariano Jiménez Huerta, op. cit., p. 138.

"La definición del delito de fraude contenida en los párrafos primero y último del artículo 386 ponen en relieve que sus elementos constitutivos son:

a) una conducta falaz; b) un acto de disposición y c) un daño y un lucro patrimonial..." (14).

Los elementos anteriores, en lo fundamental coinciden con los señalados por la Corte, la conducta falaz, equivale al engaño y un lucro patrimonial, que en nuestra opinión no es cualquier lucro, es decir, tiene que ser un lucro indebido, ya que en el comercio todo comerciante persigue un lucro pero debido o lícito.

En seguida, veremos los elementos integrantes del delito de fraude, siguiendo los lineamientos que nos proporciona Jiménez Huerta.

1. Conducta falaz.

"... Dicha conducta está presidida por un elemento de naturaleza predominantemente psíquica, pues, en esencia, consiste en determinar a otro, mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de un error no rectificándolo oportunamente" (15).

(14) Idem., p. 145.

(15) Idem., p. 147.

2. Engaños.

"La expresión 'engañando' ha de ser, pues, entendida como influjo que obra ilusoriamente sobre la inteligencia o sobre el sentimiento del sujeto pasivo" (16).

El engaño debe ser la causa del error en el pasivo. El engaño puede ser verbal o escrito.

3. Aprovechamiento del error.

"Encierra un comportamiento engañoso, habida cuenta de que el agente despliega sobre el sujeto pasivo una actividad positiva de naturaleza falaz para reforzar el error en que éste se halla inmerso e impedir que salga de la situación irreal en que se encuentra sumido" (17).

4. Acto dispositivo.

"El acto dispositivo consiste en aquella resolución de la voluntad que determina al sujeto pasivo de la conducta a hacer o no hacer, y puede recaer sobre cualquier elementos del patrimonio, o sèase, no sólo

(16) Idem., p. 166.

(17) Idem., p. 192.

sobre dinero, bienes muebles e inmuebles y derechos de cualquier clase, sino incluso también sobre meras expectativas de hecho" (18).

5. Daño y lucro patrimonial.

"La disposición que hace el engañado presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y, correlativamente, una antijurídica ventaja patrimonial para el estafador" (19).

El sujeto activo en el delito de fraude, es aquel que engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de alguna cosa o bien alcanzar un lucro indebido.

El sujeto pasivo del delito, es la persona que resiente el daño patrimonial.

El objetivo jurídico del delito, se identifica con el bien jurídicamente tutelado, es decir, en el fraude es el patrimonio.

Con respecto al objeto del delito, Raül Carrancà y Trujillo nos expone:

(18) Idem., p. 199.

(19) Idem., p. 206.

"El objeto del delito es la persona o el bien o el interés jurídico, penalmente protegidos. Los tratadistas distinguen entre objeto material y objeto jurídico:

"a) Objeto material es la persona o cosa sobre la que recae el delito. Lo son cualesquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas.

"b) El objeto jurídico es el bien o el interés jurídico, objeto de la acción incriminable. Por ejemplo: la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada, etc." (20).

Después de esta explicación de Carrancà y Trujillo, nos percatamos que el objeto del delito a que alude Jiménez Huerta en su exposición, es el objeto jurídico, toda vez que, es el patrimonio el bien jurídicamente tutelado.

Continuando con nuestra exposición sobre los elementos integrantes en el delito de fraude, tenemos como casos de atipicidad en el fraude, la ausencia de los medios comisivos, y la ausencia del engaño o del aprovechamiento del error para obtener la cosa o el lucro, hace desaparecer el delito. El uso de tales medidas comisivas, para hacerse

(20) Raúl Carrancà y Trujillo, Derecho Penal Mexicano (Parte General), Edit. Porrúa, México. 1982, pp. 256 y 257.

de la cosa propia, cuando no se causa perjuicio a tercero, tampoco se integra el delito. en sendas situaciones habrá atipicidad del hecho por faltar la adecuación de éste al tipo legal.

En este orden de ideas, es preciso el definir qué es la tipicidad.

Primeramente, es preciso el distinguir entre el tipo y la tipicidad. De conformidad con Fernando Castellanos, "el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto (...) La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa" (21).

Con las definiciones que nos proporciona Fernando Castellanos, nos damos cuenta de que en el caso del delito de fraude genérico, la atipicidad, como señalamos con antelación, es la falta de adecuación de la conducta al tipo legal del delito de fraude, sea éste genérico o específico, según se trate de una u otras figuras jurídicas.

(21) Fernando Castellanos, op. cit., pp. 167 y 168.

6. La antijuridicidad en el delito de fraude.

La antijuridicidad consiste, según Fernando Castellanos en lo siguiente:

"Definición. Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho (...) Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo (...) Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material)" (22).

Expuesto lo que antecede, en el caso del delito de fraude tenemos que la antijuridicidad se infiere en base del engaño o aprovechamiento del error, el agente del delito se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. Sendos términos; ilicitud e indebido, califican lo antijurídico del resultado del delito.

(22) Idem., pp. 175 y 176.

7. Las causas de justificación.

Las causas de justificación, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. A falta de antijuridicidad, no obstante que la conducta sea típica, no habrá delito.

La conducta realizada cuando interviene una condición que excluye la antijuridicidad, resulta conforme a derecho.

A las causas de justificación, suele denominarse de otras formas: justificantes, causas de licitud, etc. El Código Penal para el Distrito Federal, las denomina circunstancias excluyentes de responsabilidad.

En una clasificación que realiza Fernando Castellanos sobre las causas de justificación, menciona las siguientes:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado).
- c) Cumplimiento de un derecho.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.

f) Impedimento legítimo" (23).

Al decir de Mariano Jiménez Huerta, "Pueden funcionar, como causas de justificación en el fraude, las siguientes:

- a) El estado de necesidad.
- b) El ejercicio de un derecho, y
- c) El cumplimiento de un deber...

En el estado de necesidad, tal fin no es sino la superación del estado de peligro sacrificando el bien menor (patrimonio ajeno) para salvar el mayor (la vida o la integridad corporal), en el ejercicio de un derecho, el recuperar, por ejemplo, la cosa propia que está en poder de otro usando del engaño; en el cumplimiento de un deber la licitud puede emanar directamente de un precepto legal que justifica la acción u omisión del agente" (24).

Tal y como nos lo describe Jiménez Huerta, en el delito de fraude es posible que se den diversas causas de justificación de la conducta, como las señaladas en los incisos del a) al c), en cuya presencia, no habrá conducta delictuosa.

(23) Idem., p. 187.

(24) Idem., p. 232.

8. La culpabilidad en el fraude.

El delito de fraude es intencional o doloso, no cabiendo, en consecuencia, una conducta negligente o imprudente.

La culpabilidad, consiste, según Fernando Castellanos, como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Ahora bien, dentro de las formas de la culpa, encontramos el dolo y la culpa. Dándose el primer supuesto, si el agente dirige su voluntad conscientemente hacia su objetivo, normalmente delictuoso; se da el segundo supuesto, es decir, la culpa, cuando debido a la conducta negligente o imprudente, se cause el resultado tipicado por la ley.

Asimismo, decimos que hay preterintención, cuando el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto. La preterintención es una tercera forma de la culpabilidad.

9. La punibilidad.

El delito de fraude acepta un sistema objetivo, que atiende, en la graduación de la pena al importe de lo defraudado. En la medida en que el fraude importa una mayor cantidad, mayor será la penalidad.

10. Las excusas absolutorias.

En el Capítulo III del Título Vigésimo Segundo, que reglamenta el fraude, establece en su artículo 390, una excusa absolutoria cuyo alcance está precisado en el artículo 377, de manera que cuando el hecho sea cometido por un ascendiente contra su descendiente, o por éste contra aquél, no se produce responsabilidad penal contra de dichas personas.

11. La tentativa en el fraude.

Cabe la tentativa en el fraude, cuando la conducta se expresa mediante la forma de acción, en base a que la actitud engañosa del agente, con el ánimo específico de lucro, se determina claramente la naturaleza ejecutiva de los actos realizados y previstos por el artículo 386 del Código punitivo.

El fraude admite, tanto la tentativa inacabada, cuando hay un comienzo de ejecución del hecho, como la tentativa acabada o delito frustrado, en el cual el agente agota el proceso ejecutivo, sin que en ambos casos se llegue a la consumación del daño patrimonial y la obtención del lucro por causas ajenas a la voluntad del autor.

12. La participaci3n en el fraude.

En el delito de fraude, caben cuando 3ste es realizado mediante acci3n, la participaci3n de otras personas, se da la autori3 intelectual y material, m3s la ejecuci3n de hecho: la complicidad, mediante el auxilio de cualquier especie, anterior o concomitante al hecho; y, el encubrimiento, mediante el auxilio posterior al delito mediante acuerdo previo a 3ste.

2.4. La presunta responsabilidad.

Antes de hablar de la presunta responsabilidad, es menester que hablemos del cuerpo del delito, ya que en ambas instituciones jur3dicas existe una interrelaci3n de suma importancia.

Guillermo Col3n S3nchez, nos dice "Corpus delicti es un concepto de gran importancia (...) debido a que la comprobaci3n de la conducta o hecho punible descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustenta; sin ello, seg3n criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Naci3n, 'no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni impon3rsele pena alguna'"(25).

(25) Guillermo Col3n S3nchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porr3a, M3xico, 1989, p. 253.

Resulta de trascendente importancia, lo asentado por Colin Sánchez, ya que el cuerpo del delito es un antecedente o basamento sin el cual debidamente comprobado, no puede declararse la responsabilidad del acusado ni imponerse pena alguna.

Como definición del cuerpo del delito, acuñamos la que nos da Mezger, quien manifiesta: "cuerpo del delito es el conjunto de elementos típicos del injusto; objetivos, subjetivos y normativos".

En el punto 3 de este Capítulo, hablamos de los diversos elementos integrantes del delito de fraude, pudiendo afirmar que éstos son necesarios para que se pueda integrar el cuerpo del delito.

Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, definen a la presunta responsabilidad, tomando lo que refieren diversos autores:

"Diremos que en términos generales, responsabilidad es el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito (...) la probable responsabilidad existe cuando se presenten determinadas pruebas, por las cuales se pueda suponer la responsabilidad de un sujeto" (Rivera Silva...) La posible responsabilidad debe tenerse por comprobada cuando existan indicios o sospechas que nos hagan presumir, racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el

delito que se le atribuye González Bustamante...)" (26).

De lo expuesto, se desprende que para que una persona pueda ser sancionada penalmente, es necesario que en su caso, sea integrado el cuerpo del delito respectivo y la presunta responsabilidad. Es pertinente el aclarar, que la presunción de responsabilidad se da al dictarse el auto de formal prisión en un determinado proceso judicial, y existe una declaración de responsabilidad plena y debidamente comprobada, cuando el juzgador una vez que ha desarrollado todo el proceso, dicta una sentencia judicial en la que declara responsable al procesado.

2.5. La sanción.

Eduardo Pallares define a la sanción jurídica como sigue:

"Son las consecuencias jurídicas que se producen por la violación de la norma y que tienen por objeto restablecer el orden legal" (27).

El *ius puniendi* es el derecho a penar o a sancionar debido a la realización de cierta conducta delictuosa, y a todo quien comete un delito incurre en una pena, la que puede definirse como un castigo ejemplar realizado por el Estado.

(27) Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Edit. Porrúa, México, 1976, p. 716.

El fraude genérico, sancionado por el artículo 386 del Código Penal, establece en tres fracciones las penas que le corresponden al agente del delito del fraude:

"... El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

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

II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado exceda de diez pero no de quinientas veces el salario;

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

Como señalamos en su oportunidad, la sanción en el fraude es progresiva, según el monto del lucro indebido obtenido por el agente.

Estas penas serán aplicables, de conformidad con el artículo 387 del Código penal a los diversos supuestos fácticos de los fraudes específicos, como veremos en el Capítulo siguiente.

CAPITULO 3.

CLASIFICACION DEL DELITO DE FRAUDE

Se han pronunciado diversas clasificaciones del delito de fraude, sin embargo, en el presente Capitulo examinaremos la clasificación en orden al tipo, es decir, el fraude genérico y el fraude específico. Sin embargo, antes veremos la clasificación del delito en general, toda vez que ésta nos sirve como criterio orientador para comprender el delito de fraude y su clasificación.

3.1. Clasificación del delito en general.

En el estudio dogmático del Derecho Penal, se han creado diversos criterios de clasificación sobre el delito. Así también, diversas clasificaciones, tales como: Clasificación del delito en orden a la conducta; en orden al resultado y en orden al tipo.

A continuación, veremos en términos generales las anteriores clasificaciones.

3.1. De conformidad con Celestino Porte Petit, "se hace la clasificación en delitos en orden a la conducta:

"a) Acción; b) Omisión; c) Omisión mediante acción; d) Delitos de conducta plural; e) Delito sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento; f) Omisión de resultado; g) doblemente omisivos; h) Unisubsistente y plurisubsistente; i) Habitual" (1).

Según el autor en comento "la acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género: conducta... Nosotros estimamos que los elementos de la acción son: a) La voluntad o el querer; b) la actividad, y c) Deber jurídico de abstenerse" (2).

a) En los delitos de acción, se dan las tres características anteriores: la voluntad o el querer realizar la conducta; una actividad desplegada para realizar el delito; y, en los delitos en los que la norma jurídica impone una abstención, se da un deber jurídico de abstenerse de hacer la conducta.

(1) Celestino Porte Petit; op. cit., p. 291.

(2) Idem., p. 235.

b) En los delitos de omisión, son aquellos que la norma ordena hacer una determinada conducta, misma que no es efectuada por el agente; como realizar hechos positivos para eximirse del cumplimiento del deber. Este último supuesto corresponde a los delitos de omisión mediante acción. (c).

d) En los delitos de conducta plural, son aquellos en los que se denominan mixtos: de acción y de omisión, en el tipo se exige un hacer y no hacer, por ejemplo, el que se comprende en el artículo 162, fracción II del Código Penal.

e) Delito sin conducta, de sospecha de posición o de comportamiento. En la teoría se habla de estos delitos, pero no caben delitos sin conducta, ya que ésta es uno de los elementos esenciales del delito.

f) Omisión de resultado.

En estos delitos, son aquellos en que además de las órdenes de acción, existen órdenes de resultado. En estos se imputa la ausencia de una modificación del mundo exterior. Con respecto a estos delitos, la doctrina no los acepta unánimemente, ya que según éstos, como Petrocelli asienta, no existen ordenes o prohibiciones de resultado, sino

sòlo orden o prohibiciòn de acciòn.

g) Doblemente omisivos.

Segùn Celestino Porte Petit, "en los delitos doblemente omisivos, el sujeto tiene un doble deber de obrar:

a) Realizar una acciòn esperada y exigida, y

b) Producir un resultado material esperado y exigido.

"En consecuencia, existe un doble deber de obrar, que se concreta, en que el sujeto no hace lo que debe hacer y no produce el resultado a que està obligado a realizar" (3).

h) Delito unisubsistente y plurisubsistente.

Los delitos unisubsistentes se consumian con un solo acto, y los plurisubsistentes, cuando se consumen con varios actos.

Sebastian Soler, citado por Celestino Porte Petit, nos comenta la diferencia entre el delito plurisubsistente y el delito complejo.

(3) Idem., p. 294.

"el delito plurisubsistente, nos dice Soler, es fusión de hechos y el delito complejo es fusión de figuras delictivas, precisando que el delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios hechos en sí mismos delictivos" (4).

1) Habitual.

El delito habitual, se da cuando el elemento material está formado de acciones iguales repetidas, las que no constituyen por sí mismas una conducta delictuosa.

El autor italiano Cavallo, citado por Porte Petit, nos dice al respecto:

"Los elementos del delito habitual, son:

- a) Una repetición de acciones.
- b) Las acciones repetidas deben ser de la misma especie.
- c) Cada una de las acciones realizadas no constituyen delito, y
- d) La suma de todas las acciones son las que constituyen delito"(5).

(4) Idem., p. 295.

(5) Idem., pp. 295 y 296.S

Nuestro Còdigo Penal, en su artículo 207, fracciòn I, mismo que se refiere al delito de lenocinio, es un ejemplo de delito habitual: "Comete el delito de lenocinio: toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de èl un lucro cualquiera".

3.1.2. Con lo anterior, damos por expuesta la clasificaciòn del delito en òrden a la conducta, en seguida veremos la siguiente clasificaciòn, referente a la clasificaciòn en orden al resultado.

El concepto resultado, segùn la Academia de la Lengua Española, significa lo siguiente:

"resultado...m. Efecto y consecuencia de un hecho, operaciòn o deliberaciòn". (6).

La clasificaciòn que sobre el particular se ha desarrollado, nos la proporciona Porte Petit:

"a) Delito instantàneo.

(6) Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española). Edit. Espasa-Calpe, Madrid, p. 1141.

b) Delito instantáneo con efectos permanente o delito permanente impropio.

- c) Delito permanente.
- d) Delito necesariamente permanente.
- e) Delito eventualmente permanente.
- f) Delito alternativamente permanente.
- g) Delito de simple conducta.
- h) De daño y de peligro" (7).

Examinando la anterior clasificación, nos percatamos de que en la misma existen diversos elementos a los que obedece la clasificación. Así tenemos, el factor temporalidad, atendiendo a la conducta o al resultado, y a los efectos que la conducta delictuosa deja (daños) o bien atendiendo a un criterio subjetivo (peligro).

a) Delito instantáneo.

Atendiendo a la instantaneidad de la consumación o bien, basándose en la naturaleza del bien jurídico lesionado, son dos criterios que se han formulado al respecto.

El delito instantáneo, es aquel que tan pronto se produce, se

(7) Celestino Porte Petit, op. cit., p. 297.

consume o agota el mismo. Esto lo diferencia de los delitos permanentes, en que la acción u omisión, tiene un periodo determinado de consumación.

Los delitos de homicidio, incendio o lesiones son instantáneos ya que su duración concluye en el momento mismo de estarse perpetrando.

El artículo 7, en su fracción I, establece que es el delito instantáneo:

"... El delito es: I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos...".

b) Delito instantáneo con efectos permanentes o delito permanente impropio.

El delito instantáneo con efectos permanentes, se entiende aquel en el que tan pronto se produce la consumación perdurando los efectos producidos.

La idea de la permanencia del delito presupone que el agotamiento no se haya verificado, en tanto que en el instantáneo, la consumación es instantánea.

c) Delito permanente.

Contrariamente al delito instantáneo tenemos al permanente, como en el caso del rapto, en el que la mujer permanece retenida largo tiempo por el sujeto activo del delito.

En el delito permanente, cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada.

El artículo 7, fracción II del Código Penal, establece cuáles son los delitos permanentes:

"... El delito es: II. Permanente o continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo..."

Los elementos del delito permanente, son:

- 1) Una conducta o hecho.
- 2) Una consumación más o menos duradera.

En una clasificación realizada por Porte Petit, sobre los elementos del delito permanente tenemos:

"A) Conducta o hecho y B) Consumación duradera: subdividiéndose esta última en tres partes: a) Momento inicial (Compresión del bien jurídico protegido por la ley); b) Periodo intermedio (Entre la compresión

del bien hasta antes de la cesación del estado antijurídico); y c) Momento final (cesación del estado antijurídico)" (8).

d) Delito necesariamente permanente.

Son aquellos en que se dan un resultado necesariamente permanente, siendo sus elementos:

a) Necesaria consumación duradera, exigida por el tipo, y

b) Durabilidad de la consumación.

El delito de lenocinio es un delito de esta naturaleza.

c) Delito eventualmente permanente.

Es el delito que es instantáneo pero puede ocasionalmente prolongarse la consumación.

Como señala Maggiore, citado por Porte Petit, "es eventual, el delito, si el delito típicamente instantáneo se prolonga indefinidamente en algunas circunstancias" (9).

(8) Idem., p. 304.

(9) Idem., p. 308.

f) Delito alternativamente permanente.

Es el delito que tiene resultados permanentes, pero en forma alternada, pudièramos decir que se interrumpe el resultado permanente.

g) Delitos de simple conducta.

Jimènèz de Asuà, citado por Porte Petit, nos indica al respecto:

"los llamados delitos formales son delitos de simple actividad o meros delitos de resultado exterior" (10).

Los delitos son denominados formales a aquellos de pura conducta; y los de resultado, son denominados materiales.

Por su parte Porte Petit, manifiesta que no hay base alguna para distinguir los delitos formales y materiales, de los delitos de simple conducta y de resultado material" (11).

Nos percatamos de que las clasificaciones anteriores, algunas

(10) Idem., p. 309.

(11) Idem., p. 310.

algunas forzadas por lo doctrinarios penalistas, obedecen a criterios meramente teóricos, toda vez que no importa el nombre o la clasificación bajo la cual se designe la naturaleza del delito sino que lo que realmente interesa es la integración de sus elementos constitutivos y la presunta responsabilidad del agente de el delito de que se trate.

h) De daño y de peligro.

El criterio de esta clasificación, obedece a la disminución del bien jurídicamente tutelado, así como del peligro en que se coloca el mismo.

3.1.3. Sólo resta el describir la clasificación del delito en orden al tipo.

A este respecto, reproducimos el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien ha clasificado a los delitos en las siguientes partes:

"Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón 'de su índole fundamental' y por tener plena independencia; los especiales 'suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole

alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial', de tal manera que éste elimina el básico; por último los tipos complementarios, 'presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan'. Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico; el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo continúe una referencia al sujeto activo, de tal manera que sólo pueden cometer este delito aquellos que reúnan las condiciones o 'referencias típicas en el sujeto'" (12).

Es bastante ilustrativa la tesis anterior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que la misma está avalando a la doctrina, que clasifica a los delitos en orden al tipo, en delitos básicos, especiales y complementarios, proporcionándonos ejemplos tales como los señalados en el cuerpo de dicha tesis.

Por el momento, damos por sentados las diversas clasificaciones que sobre el delito en general ha creado la doctrina, pasando en el

(12) Idem., p. 335.

siguiente inciso, a ver la clasificaci3n del fraude en orden al tipo.

3.2. Clasificaci3n del delito de fraude de acuerdo al tipo.

Su orden al tipo, el delito de fraude se clasifica en dos partes: fraude gen3rico y fraude especfico. El artculo 386 del C3digo Penal para el Distrito Federal, establece el fraude gen3rico, y el artculo 387, establece en veintiun fracciones, diversos supuestos f3cticos de fraudes especficos.

Es pertinente el mencionar que los fraudes especficos conforman una serie de supuestos f3cticos aut3nomos respecto del delito b3sico o fundamental, previsto en el artculo 386 del C3digo Penal, existiendo relaci3n 3nicamente en cuanto a que comparte la penalidad de este 3ltimo artculo.

Sin embargo, cada fraude comprendido en todas y cada una de las veintiuna fracciones del artculo 386 del C3digo Penal, tiene plena autonomi3, de modo que se tiene que dar a configurar exactamente el supuesto previsto por la norma jurfdica, para que se considere al sujeto como responsable del delito de fraude especfico de que se trate, atendiendo a que en materia penal, existe el principio general de que no

se podrà aplicar la analogía en las leyes penales, como sucede, verbigracia, con el Derecho civil.

3.3. Regulación jurídica del delito de fraude de acuerdo a su clasificación.

El Còdigo Penal para el Distrito Federal, en sus artículos 386 y 387 se regulan los delitos de fraude genèrico y específicos, respectivamente.

En el Còdigo de 1929, se regulaba en el artículo 386 el fraude bàsico y el fraude complementado tambièn denominado estafa. En efecto, el fraude genèrico contenía como ùltimo pàrrafo el fraude maquinado en los siguientes tèrminos:

"Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sòlo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años".

El artículo en comento, según Francisco González de la Vega, fue "actualizado por decreto de 26 de diciembre de 1981 Diario Oficial, 29 de dic. 1981)" (13).

(13) Francisco González de la Vega. Còdigo Penal Comentado. Edit. Porrúa, Mèxico, 1991, p. 472.

No obstante haber desaparecido el último párrafo del artículo 386 del Código Penal, que se refiere al fraude maquinado, también llamado fraude de estafa, en el siguiente punto explicaremos en qué consiste la maquinación y el artificio, elementos integrantes del fraude maquinado.

Con relación a diversas fracciones del artículo 387 del Código Penal, el autor Mariano Jiménez Huerta, señala a algunas de estas fracciones como "fraudes espurios". Veamos a continuación el criterio de este autor:

"El Código Penal considera en las fracciones VIII, IX, XII, XVI, XVII, XVIII, XIX y XX del artículo 387 como Fraudes específicos algunos hechos en los que están ausentes los sustanciales elementos propios del delito de fraude otra conducta en la que también faltan los elementos caracterizados de este delito" (14).

Compartimos el punto de vista de Jiménez Huerta, en el sentido de que algunos de los supuestos previstos por las fracciones del artículo 387 del Código Penal, son fraudes espurios, atendiendo al hecho de que carecen de algunos de los elementos constitutivos del delito de fraude básico o fundamental. Asimismo, incluye dentro de los fraudes espurios

(14) Mariano Jiménez Huerta, op. cit. p. 210.

el artículo 389, y nosotros agregaríamos el 389 bis, que comprenden supuestos fácticos fraudulentos, lo que acrecenta un excesivo casuismo en nuestro Código Penal.

3.4. Generalidad del delito de fraude.

En el presente punto, examinaremos el tipo delictivo de fraude genérico o básico, sancionado por el artículo 386 del Código Penal.

Expresa dicho dispositivo legal:

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

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes;

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

II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez pero no de quinientas veces el salario;

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

En virtud de que en el punto tres del Capítulo anterior, abordamos los elementos integrantes del delito de fraude genérico, nos limitaremos en este apartado, a explicar los elementos maquinación y artificio, que eran los elementos que formaban parte del último párrafo del artículo 386, mismo que fuera suprimido por la reforma de 26 de diciembre de 1981.

De acuerdo González de la Vega, "gramaticalmente maquinación es el proyecto a acechanza artificiosa, dirigida regularmente a un mal fin. Artificio (de ars, arte y facere, hacer) es la maquinación a aparato para lograr un fin con mayor facilidad o perfección. En la estafa, las maquinaciones o artificios son los medios calificados del engaño, apoyados en hechos materiales, exteriores, tangibles o perceptibles que dan forma precisa y suficiente a la mentira para hacerla creíble". (15).

Cuando se presentan las maquinaciones y los artificios como elementos en el fraude, éste será fraude calificado o estafa, el que ameritará una agravación de la penalidad.

(15) Francisco González de la Vega, Código Penal comentado, op. cit., p. 473.

3.5. Especialidad del delito de fraude.

En el presente punto, correspondiente al fraude específico se incluyen las veintiuna fracciones del artículo 387 del Código Penal, mismas que no reproducimos, en virtud de que nos ocuparemos de la fracción IV, en el capítulo siguiente, ya que es materia de nuestra investigación.

CAPITULO IV

EL DELITO DE FRAUDE DE CONSUMO.

Antes de abordar el concepto penal o punitivo sobre el fraude de consumo, veremos primeramente la connotación gramatical sobre el mismo.

"Fraude (Del lat. *fraus, fraudis*) m. Engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza que produce o prepara un daño, generalmente material..." (1).

El concepto de fraude en su acepción gramatical, vemos que dista mucho de ser como su concepción jurídica, atendiendo a que, equipara el fraude con el abuso de confianza, cuando son dos figuras jurídicas completamente diferentes.

En tanto que el delito de fraude, de conformidad con el artículo 386 del Código Penal, consiste: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido...". Por su parte, el artículo 382 del ordenamiento en cita, expone el delito de abuso de

(1) Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1970, p. 635.

confianza en los siguientes términos: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tendencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario...".

Ahora bien, por lo que respecta al término consumo, éste sí podemos tomarlo literalmente del Diccionario de la Lengua Española, el cual dispone el respecto:

"Consumo (De consumir) m. Gasto de aquellas cosas que con el uso se extinguen o destruyen... Impuesto municipal sobre los comestibles y otros géneros que se introducen en una población para venderlos o consumirlos en la misma". (2).

El término consumo, puede interpretarse o definirse como el gasto de cosas u otros géneros que se extinguen o destruyen: son comestibles y otros géneros.

4.1. Expuestos los anteriores conceptos, a continuación definiremos el delito de fraude de consumo.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción IV, del

(2) Idem., pp. 349 y 350.

artículo 387, se establece el llamado fraude de consumo, mismo que consiste en:

"Artículo 387. Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

...

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe".

De lo que antecede, podemos definir al fraude de consumo en los siguientes términos: a la persona que se haga servir alguna cosa o un servicio en un establecimiento comercial, a sabiendas que no ha de cubrir el importe por la cosa o servicio recibido.

En el Capítulo V, al examinar el tipo penal correspondiente al fraude de consumo, realizaremos la crítica a dicho tipo, y haremos la propuesta de reforma al tipo delictivo objeto de nuestra investigación.

4.2. Elementos que integran el delito de fraude de consumo.

Los elementos integrantes del tipo penal del fraude de consumo fundamentalmente son los mismos que aquellos que corresponden al fraude genérico, es decir:

- a) Una conducta falaz o engañosa.
- b) Un acto de disposición,
- c) Un daño o lucro patrimonial.

Aunque es pertinente el concretar, que tratándose de los diversos tipos delictivos especiales previstos en el artículo 387 del Código Penal, entran otros elementos diferenciadores con respecto al tipo genérico.

De conformidad con lo que expone Mariano Jiménez Huerta,

"En puridad, la mayoría de las conductas enumeradas y descritas en las diversas fracciones del artículo 387 no tienen otra significación penal que la de ser casuísticas especificaciones de las más conocidas formas en que el delito de fraude concretamente se manifiesta en la vida real y que, por quedar subsumidas en la definición recogida en los párrafos primero y último del artículo 386, eran innecesarias... Y como en otras fracciones del artículo 387 se sancionan también con las penas del fraude algunas conductas en las que, en realidad, no concurren los elementos conceptuales integrados de dicho delito -igual acontece en la conducta que el artículo 389 equipara el delito de fraude-, examinaremos estas residuales formas delictivas separadamente y bajo la común denominación de fraudes espurios" (3).

(3) Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, tomo IV, p. 145.

Compartimos el punto de vista que nos ilustra Mariano Jiménez Huerta, en el sentido de que las diversas hipótesis normativas previstas en el artículo 387 del Código Penal son casuísticas especificaciones de las más diversas formas del delito de fraude, mismas que quedan subsumidas en la definición del delito de fraude previstas por el artículo 386 del ordenamiento objeto de nuestra investigación, razón por la que eran o son innecesarios los tipos diversos de fraude específicos; de esto que, la doctrina les denomine "fraudes espurios".

Ahora bien, como la fracción IV del artículo 387 del Código Penal, establece el fraude de consumo, es uno de los supuestos denominados fraudes espurios, y atendiendo a la opinión de Jiménez Huerta, resulta innecesario su regulación como fraude específico en el Código punitivo del Distrito Federal.

En el siguiente Capítulo, abundaremos sobre esta opinión, es decir, haremos énfasis en la necesidad de que el fraude de consumo deje de estar regulado por el Código Penal, de modo que el supuesto o hipótesis normativa que prevee a esta figura delictiva, al igual que las demás fracciones previstas en el artículo 387 deben de ser suprimidas y quedar subsumidas en el tipo genérico, en el artículo 386.

Retomando a los elementos integrantes del fraude de consumo, como asentamos con antelación, existe una conducta falaz o engañosa.

En efecto, la conducta falaz o engañosa en el delito de fraude de consumo, consiste en el engaño del sujeto activo del delito que consume una cosa o se hace servir algo en un establecimiento comercial. Este engaño, puede consistir en que el sujeto activo adopte una postura, por ejemplo, se vista adecuadamente de modo que aparente solvencia económica, y que en realidad carezca de dinero para cubrir el importe de la cosa o del servicio recibido.

El segundo elemento integrante del fraude de consumo, es el acto de disposición. El acto de disposición consiste en el acto o la acción de consumir alguna cosa, o disponer del servicio en un establecimiento comercial.

Es un delito cuya comisión es una conducta positiva, es decir, de acción, la que consiste en el actuar o moverse hacia el objetivo del delito: el de aparentando solvencia acude a un establecimiento comercial y se hace servir alguna cosa, por ejemplo en un restaurante, en el que pide una suculenta comida y la consume; o bien, el que acude a una gasolinera y se hace servir gasolina para su vehículo, misma que no pagará.

El tercer elemento integrante del delito del delito de fraude de consumo, hace referencia al daño o lucro patrimonial.

El daño o lucro patrimonial consiste en el hecho de que el sujeto activo del delito, al hacerse servir algo en un establecimiento comercial, está recibiendo un lucro patrimonial, es decir, un beneficio económico en perjuicio del sujeto pasivo del delito: el establecimiento comercial que vende o da servicios al público.

César Augusto Osorio y Nieto, al comentar la fracción IV del artículo 387 del Código Penal, expone lo siguiente:

"Debe probarse la prestación del servicio o el haber servido algo y la negativa de pago mediante testigos, documentos o confesión". (4)

En efecto, mediante los diversos elementos de prueba se debe de acreditar los extremos del tipo del delito de fraude: la prestación del servicio y la negativa de pago.

4.3. Relación causal.

De conformidad con lo que establece Raúl Carrancà y Trujillo, "la relación causal. En cuanto a la relación de la causalidad que hace de la acción (acto u omisión) la causa de lo que es efecto el resultado, es éste un problema filosófico abundantemente debatido. Desde el punto de

(4) Cesar Augusto Osorio y Nieto, La Averiguación Previa, Edit. Porrúa, México, 1990, p. 356.

vista de la intencionalidad y de la imprudencia hay causalidad subjetiva o moral... Entre ellas la más importante es la de la equivalencia de las más importantes es la de las equivalencias de las condiciones. En su 'Lógica' Stuart Mill criticò ya la generalizada opiniòn que considera como causa física uno solo de los antecedentes de la consecuencia, pues el resultado se debe a la uniòn de todos los antecedentes que juntos forman la verdadera causa. con el filòsofo ingles quedò sentada la base de la teoria hoy importante sobre la causalidad eficiente, llamada tambièn 'teoria de la equivalencia de las condiciones' se expresa someramente así esta teoria. Antes que una cualquiera de las condiciones se asocie a las demás, resultan todas ineficaces y la condiciòn no se produce; pero al unirse a las otras causas la causalidad de ellas y, por tanto, debe establecerse que cada una es causa de toda la consecuencia (Von Buri); existe relaciòn causal entre el movimiento corporal y el resultado cuando no se pueda suponer suprimido el movimiento corporal sin que debe dejar de producirse el resultado ocurrido" (5).

Al decir de Celestino Porte Petit, "la conducta humana puede producir un cambio en el mundo exterior: físico, anatòmico, fisiològico o psíquico, o sea material, y entre conducta y resultado material se requiere una relaciòn causal para que aquèl sea atribuible al sujeto.. ¿Què debe entenderse por relaciòn causal? Existe nexo causal cuando

(5) Raul Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano (Parte General), Edit. Porrúa, Mèxico, 1982, pp. 266 y 267.

suprimiendo una de las condiciones no se produce el resultado. O sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir, que no hay relación de causalidad. Ahora bien, ¿Hay relación causal en todos los delitos? Es indudable que el nexo causal como elemento del hecho, existe entre la conducta y un resultado material: por tanto, se trata de un nexo naturalístico que se da solamente en los delitos de resultado material..." (6)

Por su parte, Porte Petit también nos comenta acerca del nexo causal:

"Nosotros pensamos que la relación de causalidad es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado. De aquí que, el estudio del nexo causal debe realizarse en el elemento material del delito, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir, deben concurrir para dar por existente el 'hecho' elemento del delito (cuando el tipo así lo exija); una conducta, resultado y resultado de causalidad" (7).

Expuestas las anteriores teorías de la doctrina acerca del nexo causal, tenemos que en relación con el cuerpo del delito de fraude de

(6) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 1987, p. 264.

(7) Idem., pp. 268 y 269.

consumo, el nexo causal se da entre el elemento de hecho, la conducta, que consiste en la circunstancia de que el sujeto activo del delito se haga servir alguna cosa o reciba algún servicio en un establecimiento comercial, sin pagar el precio o importe del mismo; y, el resultado, consiste en el obtener un lucro indebido, es decir, obtenga un provecho económico, con el natural menoscabo del patrimonio del sujeto pasivo.

De modo que, si falta alguna condición, por ejemplo, el hecho de que ante la ausencia de la conducta, o que se llegue a pagar el importe del servicio, o bien, que no exista menoscabo patrimonial en el establecimiento comercial: tendremos que falta una de las condiciones, en consecuencia faltará el nexo causal.

4.4. Presunta responsabilidad, en el delito de fraude.

Antes de examinar el concepto de responsabilidad en el delito de fraude de consumo, veremos primeramente la acepción gramatical del vocablo, para posteriormente examinar a la responsabilidad desde el punto de vista jurídico.

Desde el punto de vista gramatical, el vocablo responsabilidad, de conformidad con la Academia de la Lengua Española, es:

"Responsabilidad. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer,

por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal" (8).

En base a la definición que nos da el Diccionario Jurídico Espasa, acerca de la ilicitud civil y la penal, tenemos:

"La diferencia entre la ilicitud civil y la penal radica según tesis general de la jurisprudencia, en que la primera viola sólo intereses subjetivos de los particulares y la segunda vulnera el interés general, rigiéndose por principios penales. (9).

De lo que antecede, vemos que la responsabilidad, desde un punto de vista gramatical, que reproduce el vocablo en su acepción jurídica, es una deuda, una obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, en virtud de delito, una culpa o causa legal.

Por lo que toca a la diferencia entre la ilicitud civil de la penal, nos percatamos de que, en tanto que la primera sólo viola derechos subjetivos, la penal viola el interés general.

En seguida, examinaremos a la responsabilidad desde el punto de vista de la doctrina jurídica.

(8) Diccionario de la Lengua Española, op. cit., p. 1140.

(9) Cruz Martínez Esteruelas, Diccionario Jurídico Espasa, Edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1991, p. 883.

"Como quiera, dice Enrique Ferri (Principios), que el Derecho es una relación 'hominis ad hominem' (Dante), resulta que el delito que es acción contra el derecho, no puede cometerse sino por un hombre contra otro'.

Un hombre será, pues, el sujeto activo de la acción criminal y otro el sujeto pasivo de la misma; pero si de esta suerte llegamos con facilidad a precisar quiénes son los protagonistas del delito, nada se consigue, en cambio, con relación al concepto de responsabilidad.

Responsabilidad deriva de responder; responsabilidad delictuosa querrá decir, entonces, responder por el delito. ¿Pero quién va a responder y ante quién?

Los actores del drama son dos hombres, uno victimario y otro víctima, es decir, estos dos hombres figuran en forma completamente diversa, ya que uno actúa (el delincuente) y otro sufre las consecuencias de la acción de éste (el ofendido)" (10).

Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, citan en su obra la siguiente tesis jurisprudencial sobre la presunta responsabilidad y la sentencia:

(10) Carlos Franco Sodi, El Procedimiento Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1957, p. 217.

"Si bien es cierto que para decretar la formal prisión es bastante que, comprobado el cuerpo del delito, se estime probable la responsabilidad del acusado y que toda sentencia condenatoria exige, en cambio, la demostración plena de esa responsabilidad, no por ello cabe afirmar que para condenar al procesado sean siempre indispensables mayores elementos que los que determinaron el auto de formal prisión. Puede suceder, en efecto, que las pruebas en que se funde dicho auto no sólo hagan probable -requisito mínimo- la responsabilidad del acusado, sino que la justifiquen plenamente, y en tal supuesto, de no desvirtuarse posteriormente tales pruebas, serán bastantes para que se dicten la sentencia de condena. Sexta Epoca: Vol. XVII, pàg. 278. A.D. 26008/56 Pedro del Villar Arcaraza. Unanimidad de 4 votos' (11).

Por su parte, Fernando Castellanos, al hablarnos de la imputabilidad, hace referencia a las siguientes precisiones:

"Mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimado ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Una tercera posición, compartida por nosotros, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad;

(11) Sergio Garcia Ramirez y Victoria Adato de Ibarra, Prontuario del Proceso Penal, Edit. Porrúa, México, 1976, p. 200.

por lo mismo, antes de estudiar este último elemento, urge un análisis de su antecedente lógico-jurídico. La imputabilidad. Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad... intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquella que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito... se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente..." (12).

Expuesto lo que antecede, tenemos que de acuerdo con la doctrina, principalmente con la realizada por Fernando Castellanos, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, de modo que para que un sujeto sea culpable, antes tiene que ser imputable.

Fernando Castellanos, nos define a la imputabilidad en los siguientes términos:

(12) Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 1975, pp. 218 y 219.

"La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo" (13).

La culpabilidad, para el mismo autor, consiste: "como el nexo intelectual emocional que liga al sujeto con su acto" (14).

Relacionando los comentarios anteriores, tenemos que la responsabilidad es la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto contrario a Derecho, cuando obra culpablemente.

Retomando el elemento responsabilidad en el delito de fraude de consumo, tenemos que es responsable el sujeto que comete el hecho previsto en la hipótesis normativa consistente en el hacerse servir alguna cosa o recibir algún servicio en un establecimiento sin pagar el precio o el importe por dicha cosa o servicio.

En el supuesto normativo objeto de nuestra investigación, tenemos que el sujeto activo del delito obra con intención dolosa, ya que a sabiendas de que no habrá de pagar el precio o el importe por la cosa o el servicio recibido, se hace servir por ejemplo en un restaurante una comida.

(13) Idem., p. 218.

(14) Idem., p. 232.

Es responsable el sujeto activo del delito, porque realiza un acto contrario al tipo penal, obrando culpablemente: de modo que existe el nexo intelectual-emotivo que liga al sujeto activo con el acto, teniendo el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales el autor del delito.

De acuerdo con Carlos Franco Sodi, quien nos habla acerca de la responsabilidad en los siguientes términos:

"Tal, pues, el concepto legal mexicano de responsabilidad. El sujeto activo del delito es responsable de su acto (físicamente imputable a él) porque vive en sociedad y representa un peligro social; es temible porque precisamente porque ha ejecutado ese delito y debe imponerse una pena en defensa de la sociedad; ¿pero qué pena?; la que el juez elija entre el mínimo y el máximo correspondiente, teniendo en cuenta las circunstancias precisadas en el artículo 52 del Código Penal que se comprueben durante la instrucción y, además, el grado de responsabilidad demostrado, grado que se fija por la participación que el individuo haya tomado en el delito; autor material o intelectual, cómplice en sus múltiples formas o encubridor" (17).

(15) Carlos Franco Sodi, op. cit., p. 220.

Ahora bien, la responsabilidad està definida en el artículo 13 del Còdigo Penal, que a la letra establece:

"Artículo 13. Son responsables del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realizaciòn;
- II. Los que lo realicen por si;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilio a otro para su comisiòn;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecuciòn auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisiòn aunque no conste quièn de ellos produjo el resultado".

Concluimos con algunos criterios que distinguidos autores han externado:

"Diremos que en tÈrminos generales, responsabilidad en el deber jurìdico del sujeto de soportar las consecuencias del delito. Sin embargo, parece que el artículo 19 constitucional, entiende por responsabilidad la intervenciòn del sujeto en la realizaciòn de una conducta, principal o

accesoria de adecuación típica. Obviamente, la concurrencia de alguna de las causas excluyentes enumeradas en el artículo 15, del propio ordenamiento, destruye la responsabilidad (Ariella Bas, El Procedimiento, p. 89)" (16).

El Diccionario Jurídico Espasa, define bajo el vocablo de culpabilidad, lo siguiente:

"Hay una primera acepción del término culpabilidad. Lo dice el diccionario de la lengua refiriéndose al ámbito forense; 'delincuente responsable de un delito'... La culpabilidad es antecedente de la responsabilidad. Esta última es la consecuencia" (17).

(16) Sergio García Ramírez, op. cit., p. 199.

(17) Cruz Martínez Esteruelas, op. cit., p. 267.

CAPITULO 5.
SUGERENCIAS PARA LA REGULACION DEL DELITO
DE FRAUDE DE CONSUMO EN EL CODIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

5.1. Delito de fraude de consumo en el Còdigo Penal para el Distrito Federal.

En el presente punto, examinaremos el delito de fraude de consumo, de conformidad con el Còdigo Penal para el Distrito Federal.

El artículo 387 en su fracciòn IV del Còdigo Penal, se establece el llamado fraude de consumo:

"Artículo 387. Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

...

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe".

Para el autor Mariano Jimènez Huerta, quien comenta la anterior fracciòn, expone:

"... Los táticos ofrecimientos se externalizan en las actividades asumidas por el sujeto activo, manifestadas de una dirección de voluntad que tienen el alcance de un valor entendido. Sirva de ejemplo el caso del individuo correctamente vestido, que entra en un restaurante y ordena una suculenta comida que después se niega a pagar. En las fracciones... IV del artículo 387... se recogen sendos fraudes específicos, cuya esencia radica, como a continuación vamos a ver, en ofrecimientos y promesas falsas...

"Las penas señaladas, en el artículo 386 se impondrán también, según la fracción IV del artículo 287: "Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe". Este es un caso, como ya anteriormente tuvimos ocasión de exponer, bien elocuente de que el engaño puede asumir la forma de un tácito e inequívoco ofrecimiento. Quien con aspecto de hombre solvente se instala en un hotel, tácitamente está ofreciendo pagar, según la costumbre establecida, los servicios que se les presten; y, en consecuencia, si llegado el momento de cubrir la primera nota no la paga por carecer de fondos, obvio es que engañó al hotelero para obtener un lucro indebido. Empero, no subsiste el fraude si el hotelero descubierta la plena insolvencia de su huésped evidenciada en el hecho de dejar pagada la indicada nota, consciente que continúe en el hotel fiado en sus promesas de un futuro pago; pues a partir de dicho instante ya no existe engaño fraudulento, sino la concesión de un crédito por parte del

hotelero. Cuando las esperanzas de cobro de èste resulten fallidas, podrà reclamar el pago de una deuda civil pero en manera alguna alegar que ha sido engañado". (1).

Como certeramente señala Mariano Jimènez Huerta, el elemento engaño puede asumir la forma de un tácito e inequívoco ofrecimiento, mismo que se externalizan en las actividades asumidas por el sujeto activo del delito, manifestativas de una direcciòn de voluntad que tienen el alcance de valor entendido.

El hecho de que un individuo entre a su restaurante, y que por su apariencia refleje en forma indubitable que tiene fondos para cubrir el importe de la cuenta por el servicio recibido, demuestra ese tácito ofrecimiento de que cubrirà la cuenta respectiva.

El autor en comento, cita el caso de un incumplimiento de naturaleza civil, y no de un fraude. Cuando el sujeto activo se hospeda en un hotel y no paga la cuenta del mismo a rëquerimiento del hotelero. Hasta aquì existe el elemento engaño, pero si este ùltimo consciente en que aquèl le pague a futuro o mediante una promesa de pago futuro, entonces al ya no existir engaño, se transforma de una responsabilidad de naturaleza civil.

(1) Mariano Jimènez Huerta, op. cit., tomo IV, PP. 181 A 184.

En este orden de ideas, Mariano Jiménez Huerta nos comenta la diferencia entre el fraude penal y el civil:

"La diferenciación se hace imposible conforme al ordenamiento vigente, habida cuenta de que los elementos estructurales del llamado fraude civil y del denominado fraude penal son semejantes, como se comprueba si se relacionan y comparan los artículos 1815 del Código Civil que describe el fraude contractual que los constitutivos del delito de fraude simple descritos en el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal. Pues en tanto que en este último basta el simple engaño, se necesita en aquél alternativamente con la sugestión engañosa, el artificio; y mientras en el primero se requiere el mantenimiento en un error, esto es, una actividad agresiva, en el segundo es suficiente el simple aprovechamiento del error, sease, una inactividad absoluta. El delito de fraude constituye contemporáneamente un fraude civil" (2).

De conformidad con el Diccionario Jurídico Espasa, al hablarnos del concepto responsabilidad civil, expone lo siguiente:

"Responsabilidad civil. Existen determinados hechos jurídicos que tienen la virtualidad de engendrar o dar lugar al nacimiento de

(2) Idem., tomo IV, p. 145.

de obligaciones. La ley reconoce a tales hechos determinados efectos, constante la presencia de un nexo causal: uno de los efectos más caracterizados estriba en la originación de la obligación de indemnizar -entendida en el sentido más amplio en el surgimiento, en suma, de una responsabilidad civil. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que interviene cualquier género de culpa o negligencia; las obligaciones civiles que nazcan de los delitos y faltas se registrarán por las disposiciones del Código Penal, mientras que las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley quedan sometidas a las disposiciones del Código Civil... Las consecuencias jurídicas del delito se cifran pues, en la imposición de la pena y en el atendimiento del daño económicamente valorable que aquel haya sido capaz de originar. Este segundo efecto no es sino el normal reflejo del ilícito civil latente en la acción criminal" (3).

De lo anteriormente transcrito, nos damos cuenta de los límites entre la responsabilidad civil y la penal. Pudiendo a modo de conclusión, subrayar el hecho de que tras de la comisión de un delito, encontramos simultáneamente una ilicitud civil, de modo que un juez penal al sentenciar o condenar al sujeto de un delito, también condenará, ya sea

(3) Cruz Martínez Esteruelas, op. cit., pp. 876 y 880.

a una pena pecuniaria o corporal, pero asimismo, condenará a una sanción económica, también denominada reparación del daño. Este puede ser de naturaleza económica o moral.

Expresadas las anteriores precisiones, existen otros supuestos fácticos que se incluyen dentro del supuesto del fraude de consumo.

Por ejemplo, al decir de Mariano Jiménez Huerta, "en la fracción y artículo una deuda, sin el hecho de alcanzar un lucro indebido en perjuicio de otro a través de un comportamiento engañoso, queda incluso en la especificación típica de la fracción IV del artículo 387, el comportamiento del que aborda un tren o un taxímetro y después no paga la tarifa o el importe marcado, pues la naturaleza locomotriz de dichos objetos no les despoja de su carácter de establecimiento comercial, esto es, de lugar en donde habitualmente se ejerce una actividad" (4).

En efecto, de lo expuesto por Jiménez Huerta, vemos que el supuesto de tomar un servicio de un transporte público y no pagar el importe, equiparando al vehículo con un establecimiento comercial.

Ahora bien, es preciso recurrir a la doctrina en materia mercantil, para averiguar qué se entiende por establecimiento mercantil.

(4) Mariano Jiménez Huerta, op. cit., p. 184.

De conformidad con Joaquín Garrigues "aunque no sea inexcusable, es normal que la empresa tenga un punto fijo, centro de operaciones y sede de los elementos corporales que exteriorizan la organización económica. De quien comienza la explotación de un negocio mercantil se dice que 'se establece'. La empresa comercial se llama también 'establecimiento'. Tiene, pues, esta palabra un doble significado: como acto -el acto de establecerse, es decir, de dedicarse a una actividad estable, en armonía con la permanencia de la empresa a pesar del cambio de sus elementos- y como lugar donde habitualmente se ejerce una industria mercantil... El establecimiento es la base estática de esa organización (de la empresa)" (5).

La definición de establecimiento, según Garrigues nos da la idea de la base estática de la actividad del comerciante. Aunque sí bien, realizando una interpretación extensiva de dicho concepto, podemos afirmar que un transporte público, como un autobús, un ferrocarril o un taxi, son vehículos locomotrices que pueden equipararse a un establecimiento comercial.

Asimismo, debemos realizar la siguiente precisión, en materia de Derecho penal no procede el efectuar interpretaciones analógicas, como

(5) Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, tomo I, Porrúa, México, 1987, pp. 205 y 208.

sucede en materia civil. El problema que produce el artículo en comento, el fraude de consumo, puede dar lugar a que se entiendan exclusivamente como establecimiento comercial a los lugares fijos más no los movibles. en puntos posteriores. continuaremos hablando con la problemática del tipo de fraude de consumo.

5.2. Problemática de el delito de fraude de consumo.

En el punto que antecede, al hablar del fraude de consumo vimos algunos de los problemas que sobre este delito específico se puede presentar.

Primeramente, hablaremos de los tipos penales genéricos y de los específicos.

Como señalamos en el Capítulo III, al hablar de la clasificación del delito, vimos de acuerdo con Celestino Porte Petit, que la "diferencia entre tipo especial y tipo complementado, circunstanciado o subordinado... El tipo especial necesita para su existencia del tipo básico o fundamental, pero una vez creado el tipo especial, se independiza del básico, tiene autonomía, propia substantividad, pues como indica Sauer, 'se ha hecho independiente. como la colonia de la metrópoli'"(6).

(6) Celestino Porte Petit, op. cit., p. 357.

Raül Carrancà y Trujillo, al comentar la fracción IV del artículo 387, señala:

"La fracción examinada tipifica el fraude por engaño, en establecimiento comercial" (7).

Señalado lo anterior, vemos como en el artículo 386 del Código Penal, se establece el fraude genérico o básico, y en los diversos supuestos previstos en el artículo 387, se establecen fraudes de naturaleza específica.

El sistema que acoge nuestro Código para el delito de fraude, es genérico y específico. En las fracciones correspondientes al artículo 387 del Código Penal, se especifican en forma casuística diversos supuestos normativos referentes a diversos fraudes.

Veremos qué es el casuismo, según el Diccionario Jurídico Espasa:

"casuismo. Técnica legislativa consistente en la descripción de la conducta típica por medio de la enumeración de los casos particulares en que el delito se comete. Aunque puede pensarse que supone una mayor exactitud y seguridad que las descripciones generales, suele traer

(7) Raül Carranca y Trujillo, Código Penal Anotado, Edit. Porrúa, México, 1976, p. 730.

como consecuencia la existencia de lagunas difíciles de salvar dada la prohibición de analogía en contra del reo..." (8).

Efectivamente, compartimos el punto de vista del Diccionario aludido en el párrafo anterior, en el sentido de que el casuismo es una descripción de la conducta típica por medio de la enumeración de los casos particulares en que el delito se comete.

Sobre el particular, no soy de la idea de que en el artículo 387 del Código Penal se enumeren en forma casuística diversos tipos de fraude. Considero que no se debe abusar del casuismo, que todos los tipos previstos en el artículo 387 pueden subsumirse en el delito de fraude genérico previsto en el artículo 386 del Código Penal.

En particular, la fracción IV del artículo 387 del Código Penal, que habla del delito de fraude de consumo, pueden sus elementos ser subsumidos o incluidos en el delito de fraude genérico, previsto en el artículo 386 del ordenamiento en comento.

Otro de los problemas que se presenta con relación al fraude de consumo, es el relativo a la analogía en materia penal.

(8) Cruz Martínez Esteruelas, op. cit., p. 150.

La analogía está prohibida en materia penal. Según Ignacio Burgoa, "para asegurar de la 'exacta aplicación de la ley' en materia penal, el párrafo tercero del artículo 14 constitucional prohíbe la imposición de penalidad por analogía y por mayoría de razón. ¿Qué se entiende por imposición analógica de una pena?... Por virtud del carácter de generalidad de una regla de derecho en sentido material, la normación que ésta establece se extiende a todos aquellos casos concretos entre los cuales exista una relación de identidad, o mejor dicho, de semejanza absoluta. Una ley, se aplica, pues, a dos o más hechos, actos, relaciones, o situaciones exactamente iguales en substancia, sin que en esta aplicación pueda hablarse de analogía" (9).

Ahora bien, como se señala en la cita del Diccionario Jurídico, el hecho de que se establezca en forma casuística diversos tipos penales, da lugar a que se creen posibles lagunas jurídicas.

Ante una laguna jurídica, en materia penal no se puede aplicar la ley en forma analógica. En materia civil esto sí es factible.

El concepto de analogía, según el Diccionario Jurídico, "El Código Civil (español) afirma que 'procederá la aplicación analógica de las

(9) Ignacio Burgoa, Las Garantías Individuales, Edit. Porrúa, México, 1989, pp. 569 y 570.

normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón'. El mismo Código señala para las leyes penales que no se aplicarán a supuestos distintos de los comprendidos en ellas" (10).

Hecha las anteriores citas, tenemos que en materia penal ante una laguna jurídica no es posible la aplicación analógica de la ley, sino que debe de aplicarse exactamente la norma penal aplicable al caso concreto.

Retomando el tema que es objeto de nuestra investigación, es decir, el fraude de consumo, pienso que éste debe de desaparecer del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de que perfectamente la conducta o supuesto normativo previsto por la fracción IV del artículo 387, cae en la hipótesis normativa del artículo 386 del mismo ordenamiento, por lo que cabe su supresión.

En seguida, vamos a establecer diversos supuestos fácticos que no necesariamente quedarían incluidos en el fraude de consumo.

Es común que algunos restaurantes brinden el servicio a domicilio, por ejemplo, envían la comida a las oficinas a las casas, y después cobran el importe.

(10) Cruz Martínez Esteruelas, op. cit. pp. 57 y 58.

En este ejemplo, ya no se consume la cosa en el establecimiento, como ordena el artículo 387 en su fracción IV, sino que es consumida en la oficina o en la casa del sujeto activo.

Se podría pensar en este caso, que no necesariamente se da el supuesto previsto por la norma jurídica, ya que falta uno de los requisitos para que se configure el cuerpo del delito de fraude de consumo, es decir, no se consume la cosa en el establecimiento.

Como ilustra este ejemplo, el supuesto puede no caer en la fracción IV del artículo 387 del Código Penal, pero sí puede caer en el supuesto del fraude genérico. Por esta razón propongo la supresión de la causal del fraude de consumo, ya que sería regulada la conducta por el fraude genérico.

5.3 La actualización de las normas penales.

El Derecho es producto de la cultura de las civilizaciones en constante cambio, en constante adecuación a las nuevas manifestaciones sociales.

Los cambios sociales, originan el cambio de Derecho. No podemos concebir al Derecho en forma estática. Los supuestos normativos tienen que irse adecuando a los cambios sociales.

reforma del Derecho: el sentimiento de la injusticia. Sucede que muchas veces resulta difícil, pensando en términos abstractos y fríos, averiguar cual sería la normación justa de determinada situación. Pero, en cambio, si tropezamos con una regulación o con una resolución que nos hiere como injusta, entonces, analizando esta reacción, podemos ponernos certeramente sobre la pista que nos lleve a una resolución de justicia. De hecho muchas veces la reacción ante la injusticia ha señalado directrices y ha abierto camino para producir Derecho más justo" (12).

En efecto, el sentido de justicia es un parámetro adecuado para poder determinar en un caso concreto, mismo que se torna injusto por no responder a la vida social, su posible cambio y adecuación a un ideal de justicia.

Pero aquí nos encontramos con el problema de qué entendemos por justicia.

De conformidad con la definición de Ulpiano, es la perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo.

Para Helmut Coing, "en el centro de valores morales del derecho

(12) Luis Recasens Siches, Tratado General de Sociología, Edit. Porrúa, México, 1965, pp. 599 y 600.

se encuentra, como hemos visto, la justicia... Como valor objetivo, la justicia se orienta a nuestra actitud y nuestra relación con el prójimo. Ella nos exige que reconozcamos al prójimo del mismo modo que deseamos nosotros ser reconocidos, vivir y desarrollarnos... En este sentido se asemeja la justicia a la virtud de humanidad, y por eso se ha dicho con razón que esta última es el fundamento de todo derecho. Por eso, pues, no debo dañar a otro ni personalmente ni en su propiedad, y si a pesar de ello lo he hecho, tengo que compensar la lesión... Con esto se expresa otra nota de la justicia: ella exige que de al otro lo que le corresponde... dice Ulplano... La escala sigue siendo la igualdad: no exijo la prestación que no hago. La exigencia de dar a cada uno lo suyo se manifiesta también en el grupo, cuando alguien está ante otros como dirigente. El que está por encima tiene que dar a cada cual lo que le corresponde, sin preferir a nadie, tratando a todos igualmente por principio, y sin hacer distinciones más que ante prestaciones diferentes"(13).

Realizada la anterior definición sobre justicia, vemos que todo orden normativo tiene que irse adecuando al cambio de las actitudes sociales, de modo que, cuando una norma jurídica ya no responde a los requerimientos de la sociedad, esa norma tiene que adecuarse a la nueva actitud.

(13) Helmut Coing, Fundamentos de Filosofía del Derecho, Edit. Ariel, Barcelona, 196, pp. 124 y 125.

Aquí al hablar de actitud social, tenemos que enfocar ésta en dirección al alto sentido de la justicia.

Todos los actos y actividades sociales que trascienden en la esfera jurídica, en un momento dado cambian, de tal manera que tenga que cambiar la norma jurídica y actualizarse al nuevo requerimiento social.

Hablando concretamente sobre las normas penales, éstas tienen que actualizarse a las nuevas actitudes sociales. Hablamos de reformas jurídicas, cuando a una determinada norma jurídica se cambia en forma total o parcial, sustituyéndose en general o parcialmente la norma.

También existe el cambio de un ordenamiento jurídico, mediante la adición o la supresión de alguna norma jurídica.

En el aspecto particular objeto de esta investigación, al proponer la supresión de la fracción IV del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, es con la base de que la hipótesis prevista en el fraude de consumo se incluye en el artículo 386 del Código Penal, que habla del fraude genérico.

5.4. Propuesta para la regulaci3n del delito de consumo en el C3digo Penal para el Distrito Federal.

Como se1alamos con antelaci3n, estimo que la fracci3n IV del C3digo Penal para el Distrito Federal, que establece el delito especifiko de fraude de consumo tiene que suprimirse o derogarse, en virtud de que los supuestos f3cticos sancionados y previstos por esta fracci3n caen en el supuesto previsto por el fraude gene`rico correspondiente al artculo 386 del mismo ordenamiento.

El artculo 386 del C3digo Penal, establece en lo conducente:

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

El delito de fraude se castigarà con las penas siguientes:

I. Con prisi3n de tres dlas a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta ùltima cantidad;

II. Con prisi3n de seis meses a tres a1os y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado exceda de diez pero no de quinientos veces el salario.

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

Cuando hablamos de los elementos integrantes del tipo del delito de fraude de consumo, expusimos que sus elementos son coincidentes con los del fraude genérico:

- a) Una conducta falaz o engañosa;
- b) Un acto de disposición;
- d) Un daño o lucro patrimonial.

Estos elementos estimamos que se dan en el tipo del delito de fraude de consumo:

La conducta falaz o mentirosa, o engañosa, se da cuando en el fraude de consumo existe una forma de engaño que consiste en el "tácito ofrecimiento", de pagar el importe por lo consumido o por el servicio recibido en el establecimiento comercial.

El hecho de vestirse por ejemplo adecuadamente, que no deje lugar a sospecha de que no pagará la cuenta en el establecimiento, es una simulación o disímulo enfocado a un objeto premeditado: el hacer creer que tiene recursos para pagar, cuando en la realidad, no tiene recursos.

El acto de disposición, consiste en que consume o se hace servir alguna cosa en un establecimiento comercial. Al hablar del consumo, se refiere al comer o al que se haga servir alguna cosa o bien, admita un servicio en un establecimiento comercial y no pague el importe.

En este supuesto, en el medio económico, existen comercios o actividades económicas, que se han clasificado en bienes o servicios. Existen establecimientos que venden al público bienes o que brindan servicios, en el tipo específico se comprenden ambas situaciones.

El tercer elemento es el daño o el lucro indebido que consiste en el menoscabo patrimonial por el sujeto pasivo: por el establecimiento comercial.

De lo que antecede, vemos como el derogarse el fraude de consumo del artículo 387 del Código Penal, éste caerá en lo previsto por el artículo 386, que menciona el fraude genérico.

Finalmente, como crítica al casuismo jurídico, con el que se pretende detallar las diversas hipótesis normativas de fraudes específicos en el artículo 387 del Código Penal, lejos de dar una precisión a tales conductas, pueden crear lagunas o confusiones al ser aplicadas, por lo que debe estudiarse su supresión y encuadrarlos en el fraude genérico.

Concretando lo anterior, compartimos el punto de vista de Mariano Jiménez Huerta, quien al hablar de los diversos supuestos sobre el fraude, comprendidos en el artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, denomina como "fraudes espurios", mismos que pueden ser incluidos en el fraude genérico.

El vocablo "espurio", según la Academia de la Lengua Española, significa:

"espurio (Del lat. spurius) adj. bastardo, que degenera de su origen o naturaleza; fig. Falso, contrahecho o adulterado y que degenera de su origen verdadero "(14).

A continuación transcribimos el criterio de este autor:

"...la mayoría de las conductas enumeradas y descritas en las diversas fracciones del artículo 387 no tienen otra significación penal que la de ser casuísticas especificaciones de las más conocidas formas en que el delito de fraude concretamente se manifiesta en la vida real y que, por quedar ya subsumidas en la definición recogida en los párrafos primero y último del artículo 386, era innecesarias... examinaremos

(14) Diccionario de la Lengua Española, op. cit., p. 576.

estas residuales formas delictivas separadamente y bajo la común denominación de fraudes espurios" (15).

Haciendo nuestro el punto de vista de Jiménez Huerta, por lo que respecta a la fracción IV del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, debe de ser derogado atendiendo al hecho de que su regulación queda subsumida en el fraude genérico.

CONCLUSIONES.

1. En la historia de las civilizaciones, las manifestaciones del delito de fraude moderno, se daba a través del engaño en las operaciones mercantiles o comerciales. Así tenemos, que en épocas pre-romanas, se daba el engaño en las transacciones comerciales, particularmente cuando se trataba de vender productos que se pesaban o medían, como sucedía con la regulación jurídica del Código de Manù, en el que se castigaba al que vendía grano malo; por su parte, El código de Hammurabi sancionaba al que comerciaba falsificando las pesas o las medidas.

2. En la Roma antigua, la figura delictiva denominada estelionato, comprendía una conducta realizada entre el fraude y el robo, el cual era entendido como la conducta encaminada a obtener un lucro indebido y capaz de engañar al diligente padre de familia, también en Roma se conocía el dolo malo, el cual era el desplegar una conducta engañosa en operaciones civiles.

3. Posteriormente, hasta el siglo XIX en Europa, aparece regulado el delito de estafa, como sinónimo del delito de fraude. Así, en el código francés a la estafa se le conoce escroquerie, en Italia, se le conoce como truffa, en Alemania triffen, etc., pero en esencia son el fraude o estafa.

4. El delito de fraude en su acepción gramatical, proviene del

latín *fraus*, *fraudis* y es el engaño que produce o prepara un daño, generalmente material, según define la Real Academia de la Lengua Española. La acepción legal del delito de fraude, prevista por el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 386, consiste en lo siguiente: "comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. El delito de fraude se castigará...".

5. Los elementos que integran el núcleo del delito de fraude genérico, que es el definido por el artículo 386 del Código Penal, consisten fundamentalmente en: a) Una conducta falaz o engañosa; b) Un acto de disposición; y, c) Un daño o lucro patrimonial.

6. El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 387, establece una serie de fracciones, que comprenden diversas conductas defraudadoras, es decir, en forma casuística expone una serie de conductas delictivas fraudulentas. Entre éstas, en la fracción IV del artículo 387, se establece el llamado por la doctrina fraude de consumo, y que consiste en: Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán: ... IV. "Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe".

7. El delito de fraude de consumo, en mi opinión es innecesario, y puede derogarse del Código Penal, toda vez que su conducta o *modus*

operandi, queda subsumida en el delito de fraude genèrico, previsto en el artículo 386 del Còdigo Penal.

8. Resulta inoperante el delito de fraude de consumo, por diversas circunstancias: como expone el autor Mariano Jimènez Huerta, quien con aspecto de hombre solvente se instala en un hotel, tàcitamente està ofreciendo pagar, y si llegado el momento de pagar el importe del hospedaje no lo efectua, obviamente engañò al hotelero, pero si el cliente pide al hotelero o le promete el pago a futuro, entonces ya no hay delito porque ya no hay engaño, y la operaciòn jurìdica se transforma del àmbito del derecho penal al derecho civil, serà una promesa de pago. Este ejemplo, demuestra la complejidad del delito de fraude de consumo, problema que se remediarìa con la derogaciòn de la fracciòn IV del artículo 387 del Còdigo Penal.

9. Jimènez Huerta nos da otro ejemplo del delito de fraude de consumo: el que aborda un tren o un taxi y despuès no paga la tarifa o el importe. en este ejemplo, nuevamente se presenta el problema del fraude de consumo, ya que e`ste se da en un establecimiento comercial, teniendo que interpretar en forma extensiva, que al abordar un vehìculo locomotriz, como el tren o un taxi, equivale a un establecimiento comercial. Aquì nos enfrentamos al problema de la prohibiciòn en material penal de aplicar la analogìa. El hecho de extender la interpretaciòn de establecimiento comercial a un tren o un taxi, podria dar en pensar

en que se està aplicando en forma anàloga una hipòtesis normativa a otra. Esto se resolvería derogando la norma prevista en la fracción IV del artículo 387 del Código Penal.

10. En atención a que existen múltiples ejemplos que sería difícil comprenderlos en el delito de fraude de consumo, como es el caso de mandar pedir alimentos por teléfono a una cocina, restaurante o pizzería, para que envíen la misma en un transporte al destinatario o cliente, y que éste la consuma y no pague, puede ya no integrarse el fraude de consumo, porque ya no se consumió en el establecimiento comercial, sino en el propio domicilio. Este es otro ejemplo que me hace reflexionar en la derogación del fraude de consumo.

II. En virtud de que los elementos integrantes del núcleo del tipo de fraude genérico corresponde al del delito de fraude de consumo, como son: Una conducta falaz o engañosa; un acto de disposición y un daño o lucro patrimonial, soy de la idea de que sea derogado del fraude de consumo del Código Penal para el Distrito Federal, mediante la supresión de la fracción IV del Artículo 387, con lo que se evitarían numerosos problemas interpretativos e inclusive de imposibilidad de aplicar la norma penal al caso concreto y quedar un delito impune, si no hay tipicidad como en los ejemplos citados.

BIBLIOGRAFIA

- BURGOA, Ignacio, Garantías Individuales, México, Ed. Porrúa, 1989, 1397 páginas.**
- CARNELUTTI, Francesco, Tería General del Delito, Cali Colombia, Ed. Argos, s/f, 225 Páginas.**
- CARRANCA Y TRUJILLI, Raúl, Código Penal Anotado, México, Ed. Porrúa, 1978, 815 páginas.**
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, México, Ed. Porrúa, 1988, 630 páginas.**
- CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, Ed. Porrúa, 1987, 339 páginas.**
- COLINSANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano, Procedimientos Penales, México, Ed. Porrúa, 1989, 457 páginas.**
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA, ESPAÑOLA, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1970, 815 páginas.**
- FRANCO SODI, Carlos, El Procedimiento Penal Mexicano, México, Ed. Porrúa, 1957, 493 páginas.**
- GARCIA RAMIREZ, Sergio, Prontuario del Procedimiento Penal Mexicano, México, Ed. Porrúa, 1987, 358 páginas.**

JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, México, Ed. Porrúa, 1977, Tomo IV 897 páginas.

MARGADANT, Guillermo, Derecho Romano, México, Ed. Esfinge, 1975, 714 páginas.

OSORIO YNIETO, César, Averiguación Previa, México, Ed. Porrúa, 1990, 487 páginas.

PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, México, Ed. Porrúa, 1976, 820 páginas.

PAVON VASCONCCELOS, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, México Ed. Porrúa, 1977, 428 páginas.

PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, México, Ed. Editora Nacional, 1971, 473 páginas.

PORTE PETITT, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, México, Ed. Porrúa, 285 páginas.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, México, Ed. Porrúa, 1960, 493 páginas.