



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 386
DEL CODIGO PENAL

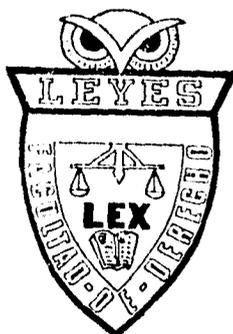
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

OLIVARES MOLINA MARIA ANTONIA



CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

1995

FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

CD. UNIVERSITARIA, 12 DE ENERO DE 1995.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

LA C. MARIA ANTONIA OLIVARES MOLINA, HA ELABORADO SU
TESIS PROFESIONAL EN EL SEMINARIO DE DERECHO PENAL A MI CARGO, BAJO-
LA DIRECCION DEL LIC. CARLOS J. M. DAZA GOMEZ, INTITULADA: ANALISIS
JURIDICO DEL ARTICULO 386 DEL CODIGO PENAL, CON EL OBJETO DE OBTENER
EL GRADO ACADEMICO DE LICENCIADO EN DERECHO.

LA ALUMNA HA CONCLUIDO LA TESIS DE REFERENCIA LA CUAL
LLENA A MI JUICIO LOS REQUISITOS SEÑALADOS EN EL ARTICULO 8, FRACCION
V, DEL REGLAMENTO DE SEMINARIOS PARA LAS TESIS PROFESIONALES, POR LO-
QUE OTORGO LA APROBACION CORRESPONDIENTE PARA TODOS LOS EFECTOS ACADE-
MICOS.

A T E N T A M E N T E .
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU.
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO.

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

A tí:

a tí que haz velado
por mi salud;
por mis ilusiones;
por anteponerme a tus
propios intereses;
por un viaje;

A tí. . . gracias.

A todos aquellos que
de una u otra forma
me brindaron su apoyo
en la elaboración de
este trabajo.

A mi familia y
especialmente a mis
sobrinos: Ivan, Claudia,
Adrián, David, Edgar,
Daniel, Jacqueline,
Mariel, . . . y los
futuros.

ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 386 DEL CODIGO PENAL.

INDICE

INTRODUCCION-----	I
CAPITULO I CONCEPTOS-----	1
A.- Derecho-----	2
B.- Derecho Penal-----	5
C.- Derecho Procesal Penal-----	10
D.- Delito-----	13
E.- Fraude Genérico-----	18
F.- Pena (Norma Penal)-----	24
G.- Patrimonio-----	28
CAPITULO II ANTECEDENTES-----	30
II.1. Internacionales-----	31
II.2. Nacionales	
A.- Epoca Precortesiana y época	
Colonial-----	35
B.- Antecedentes al Código	
Penal Vigente-----	40

CAPITULO III. MARCO JURIDICO-----	55
III. 1. Constitución-----	55
III. 2.-Código Penal-----	66
III. 3.-Código de Procedimientos Penales-----	72
III. 4.-Jurisprudencia-----	75
III. 5.-Doctrina-----	78
CAPITULO IV. TEORIA DEL DELITO-----	80
IV. 1.-Dogmas de la Teoría del Delito-----	81
IV. 2.-Conducta-----	100
-Ausencia de Conducta-----	116
IV. 3.-Tipicidad-----	129
-Atipicidad-----	137
IV. 4.-Antijuridicidad-----	142
-Causas de Justificación-----	144
IV. 5.-Culpabilidad-----	158
-Inculpabilidad-----	165
IV. 6.-Iter Criminis-----	174
A.- Ejecución-----	177
B.- Tentativa-----	177
C.- Consumación-----	182

IV. 7.-Concurso de Delitos-----	187
IV. 8.-Participación-----	192
CONCLUSIONES-----	197
BIBLIOGRAFIA-----	205

PROLOGO

El estudio del Derecho Penal dentro de los cursos para la licenciatura en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México, marca uno de los ejes para la actividad profesional. Su estudio es la guía para la solución de problemas graves o que necesitan mayor control y sanción para el ejemplo de un mejor desarrollo social, fin esencial del Derecho.

Los problemas en convivencia humana pueden llegar a ser tan tirantes que se suscitan delitos y estos deben y estarán delimitados en un Código Penal. Uno de los delitos que observamos en el desarrollo profesional y que de nota que el Derecho Penal sigue desarrollándose, sigue cambiando, es el de delito de fraude genérico, el cual sufre otra reforma en el mes de diciembre de 1991, en la cual, el delito de fraude deja de ser perseguido de oficio, ahora podrá ser perseguido también por querrela. El legislador descarga un poco así del trabajo al ministerio público, por ser un delito que puede ser solucionado entre las partes sin que se altere el orden social.

Entendemos por fraude aquel delito cometido ya por la ignorancia o por desconocimiento de la ley o mentira dolosa, alguien se aproveche de otro y se haga ilícitamente

de alguna cosa u obtenga un lucro indebido. Y donde el error no evitará la sanción.

Una máxima en el Derecho Civil y que debiere aplicarse al Derecho Penal es que, los ciudadanos no deben ser doctos en Derecho pero si, las personas que ostentan título académico en esta área. Por ello somos responsables llegado el momento de la correcta orientación y colución a un caso, buscar los medios y recursos correctos para la aplicación eficiente y eficaz de la ley. En el fraude genérico debemos comprender correcta y jurídicamente el artículo 386 del Código Penal, para saber si el asunto que se nos presenta encuadra en la ley y así, saber defender al ofendido o atacar al infractor.

Además no sólo atenderemos al Código Penal, debemos recurrir a la Constitución en primera instancia, al Código de Procedimientos Penales y a la Jurisprudencia existente. Además del estudio doctrinal existente.

INTRODUCCION

El presente estudio versa sobre el análisis jurídico del fraude genérico, encuadrado legalmente en el artículo 386 del Código Penal. En su desarrollo histórico el presente artículo ha sufrido infinidad de cambios en su contenido. En reciente reforma de diciembre de 1991, el delito de fraude de ser perseguido de oficio, pasó a ser perseguido por querrela de parte cuando es un sólo ofendido pero si son varios seguirá siendo perseguible de oficio. Se consideró que en ocasiones al ser este delito perseguido de oficio causava más daños a la víctima que la misma impunidad del infractor.

El delito de fraude genérico se estudiará en forma analítica, como problema real de la Ciencia Penal. Tratando en el Capítulo I, los conceptos generales tales como: concepto de Derecho, de Derecho Penal, de Derecho Procesal Penal así como el de delito, el de fraude genérico, el de la pena y el del patrimonio .

En el Capítulo II estudiaremos los antecedentes históricos del fraude, divididos en antecedentes internacionales y nacionales. Respetando en los antecedentes nacionales la cronología histórica iniciando con la época precortesiana hasta nuestros tiempos. En el Capítulo III hablaremos del marco jurídico del delito del fraude, denotando como lo trata la Carta Magna, el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, las referencias jurisprudenciales y la doctrina que existen al respecto. Y así, tener una base de estudio del delito penal del fraude genérico.

Al Capítulo IV le corresponderá el enfoque de la teoría del delito, encuadrando en ella al delito del fraude genérico. Se estudiará de acuerdo a la concepción tetratómica apoyándonos en los estudios del maestro Castellanos Tena, entre otros autores. Se analizará el camino del delito del fraude, si existe en él el concurso de delitos y la participación.

Determinando la importancia de la sistematización jurídica del fraude genérico, en el Derecho Penal Mexicano. Vertiendo nuestras respectivas propuestas y conclusiones al final de nuestro análisis.

CAPITULO 1.

1.- CONCEPTOS.

A.- Derecho.

B.- Derecho penal.

C.- Derecho procesal penal.

D.- Delito.

E.- Fraude.

F.- Fraude genérico.

CAPITULO I.

1.- CONCEPTOS.

A.- Derecho.

El hombre no vive solo, no debe por su instinto gregario. En principio tenía libertad pura, después se limita al formar una sociedad con fines determinados y paralelos, pero que al ser contrarios dan nacimiento a los conflictos y con ello a la creación de normas impuestas por la misma sociedad organizada siendo obligatorias y llamándose normas jurídicas que al ser violadas conllevan una sanción.

La norma jurídica regulará coordinadamente la conducta externa del hombre, formándose la concepción del derecho como la ciencia que estudia fenómenos sociales y se ocupa de buscar la forma de aplicación del arte del derecho, así, definimos al derecho como el conjunto de normas, leyes y decretos que en virtud de ello es obligatoria su observancia.

El diccionario de lengua española define al derecho como: "la facultad natural del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida. Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o au-

toridad establece en nuestro favor, que el dueño de una nos permite en ella." ¹

(1) Enciclopedia Salvat. Diccionario de lengua española. Tomo 4. Salvat, editores, México, 1983. p. 1030.

En un aspecto más jurídico, el derecho "es el conjunto de normas jurídicas que gobiernan la conducta externa del hombre, impuestas y sancionadas por la fuerza pública del Estado." 2

El diccionario jurídico mexicano define al derecho desde su etimología, al decirnos, que esta palabra proviene " del latín *directum*, el cual deriva de *dirigere* ("enderezar", "dirigir", "encaminar"), a su vez, de *regere, rexi, rectum* ("conducir", "guiar", "conducir rectamente, bien").

La palabra latina que corresponde a "derecho" (o a sus equivalentes en las lenguas modernas) es, *ius* de antigua raíz idoiránica. " 3

Aún cuando existen diversas formas en el lenguaje ordinario de utilizar la palabra derecho y todas ellas tengan su valor para nosotros el derecho se entiende jurídicamente como el conjunto de normas impero-atributivas que en una cierta época y en un país determinado la autoridad política declara como obligatoria su observancia.

(2) RAMIREZ SANCHEZ, J. Daniel y Hernández Meave, J. Antonio. *La Patria y el mexicano*. Ed. Herrero. México, 1980. p. 42.

(3) Diccionario jurídico mexicano. Tomo D-H. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa. México, 1991. p. 924.

B.- Derecho penal.

Al derecho penal se le ha designado de muy diferentes formas, en algunos países suele llamársele derecho criminal, nosotros pensamos que derecho penal es la denominación correcta, ya que se habla de pena como la sanción aplicada por el Estado en fundamento de su poder público hacia la conducta humana que encuadre en algún delito definido por la ley.

Existen infinidad de definiciones sobre el derecho penal todas son verdaderas y reales pero también adolecen de fallas.

Nuestro diccionario jurídico define al derecho penal como: "el conjunto de normas jurídicas del Estado que versan sobre el delito y las consecuencias que éste acarrea, ello es, la pena y las medidas de seguridad. La ciencia que tiene por objeto las expresadas normas constitutivas del derecho penal objetivo."⁴

Un autor distinguido en definir al derecho penal es Maggiore, quien asevera: "es el conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal), cuanto a la Ciencia del derecho penal."⁵

(4) Diccionario Jurídico, Op. cit., p. 1021.

(5) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Ed. Porrúa. México, 1986. p. 21.

El maestro Castellanos Tena habla del derecho penal como:
" la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y conservación del orden social." ⁶ Se afirma que el derecho penal es una rama del derecho público ya que rige relaciones entre los particulares y el Estado como ente soberano.

Jiménez de Asúa conceptualiza al derecho penal como el " conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida asegurada." ⁷

Para el argentino Zaffaroni, el derecho penal " designa conjunta o separadamente dos entidades diferentes: 1) conjunto de leyes, es decir, la legislación penal, o 2) el sistema de interpretación de esa legislación, es decir, el saber del derecho penal." ⁸

(6) CASTELLANOS, Op. cit., p. 19.

(7) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de derecho penal. Ed. Losada, S. A. Argentina, 1964. p. 33.

(8) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. Ed. Cárdenas, editor y distribuidor. México, 1988. p. 41.

El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas de derecho público interno tendientes a la conservación del orden social, definiendo el delito y concretando las penas y medidas de seguridad aplicables a cada caso.

El derecho penal es una rama de derecho público, como anteriormente afirmamos ya que la relación se da entre el Estado y los particulares, es interno porque es eficaz en el territorio nacional, aún cuando existan y se acepten convenios para dirimir casos penales. La conservación del orden social es la meta del derecho penal y para ello define los delitos y las penas así como las medidas de seguridad aplicables a los casos concretos. Las penas se aplican por regla general a los sanos mentalmente, que entienden el mandato del Estado, cuando el ser humano es imputable. En tanto que las medidas de seguridad se aplican a personas iniputables y con ello se observa la siguiente regla:

Pena: se aplica por lo que hizo, fundamentándose en un precepto; para que se abstenga de delitos futuros.

Medida de seguridad: se aplica por lo que pudiera hacer.

Previene socialmente.

En el derecho penal la acción por delinquir, el Estado la castiga severamente, su acción penal va desde la pena de cárcel hasta la pena de muerte, esto último fundamentado en el artículo 24 constitucional.

El derecho penal tiene una función más preventiva que retributiva y es heterogéneo desde el punto de vista científico, en base a los diversos conceptos jurídicos que lo forman. El derecho penal suele ser dividido en cuatro ramas a saber: derecho penal en sentido objetivo, derecho penal en sentido subjetivo, derecho penal sustantivo y derecho penal adjetivo o instrumental.

En sentido objetivo Cuello Calón afirma que el derecho penal: "es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determina los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados."⁹

El jurista alemán Edmundo Mezger al respecto afirma, el derecho penal objetivo " es el conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena como consecuencia jurídica a un hecho cometido, dicha pena como consecuencia jurídica a un hecho o para la prevención de delitos futuros."¹⁰

(9) CASTELLANOS, Op. cit., p. 21.

(10) MEZGER, Edmundo. Derecho penal. Ed.
P. 27.

El Dr. Raúl Carrancá y Trujillo aprecia al derecho penal objetivo como, " el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación."¹¹

Relacionamos al derecho penal subjetivo con el derecho de castigar, a decir del maestro Castellanos, este derecho, " es el conjunto de atribuciones del Estado emanada de normas para determinar los casos en que deben imponerse las penas y medidas de seguridad.

El derecho penal sustantivo será el que determine lo que es delito y sus consecuencias, aplicando estas normas de manera ordenada; este derecho sustantivo queda estructurado en el Código penal, el cual se auxilia del Código de procedimientos penales que viene a contener al llamado derecho adjetivo dando las reglas generales aplicables al procedimiento penal, es el conjunto de normas que regulan el proceso penal.

(11) CASTELLANOS, Op. cit., p. 21.

(12) Ibidem. P. 22.

C.- Derecho procesal penal.

Atendiendo en principio a una definición concreta, recurrimos al diccionario jurídico, el cual define al derecho procesal diciendo: "es el conjunto de disposiciones que regulan la sucesión concatenada de los actos jurídicos realizados por el juez, las partes y otros sujetos procesales, con el objeto de resolver las controversias que se suscitan con la aplicación de las normas de derecho sustantivo."¹³ En tanto define al derecho procesal penal como " el sector en el cual resulta más evidente la indisponibilidad del objeto del proceso, el cual es necesario para imponer sanciones punitivas, puesto que el juez debe resolver de acuerdo con las acusación planteada por el Ministerio Público",¹⁴ y las disposiciones instrumentales estarán contenidas en los códigos de procedimientos penales.

El derecho procesal penal " está íntimamente relacionado con el derecho penal, ya que lo auxilia en la regulación sobre la forma en que el derecho penal se realiza",¹⁵ llamándose por ello derecho de forma.

(13) Diccionario Jurídico, Op. cit., p. 1034.

(14) Ibidem. p. 1036.

(15) ZAFFARONI, Op. cit., p. 101.

Algunos autores concideran que el derecho procesal penal es parte integrante del derecho penal, pero para Jiménez de Asús existe una separación ya que " el derecho procesal penal tiene caracterísiticas y contenido propio, no debe ni puede conciderarse como elemento del derecho penal sensu strictu."¹⁶

El maestro Rivera Silva cita al autor Miguel Fenech y se alía a su pensamiento al decir que el " derecho procesal penal es el conjunto de normas que rigen las actividades que se desarrollan en una parte del procedimiento y que técnicamente se llaman proceso." ¹⁷ Para Julio Acero el " derecho procesal penal " es el conjunto de reglas que rigen la actividad que es necesario desarrollar para la aplicación de las normas señaladas en los códigos penales."¹⁸ Para Franco Sodi el proceso está constituido por actividades y formas y el derecho procesal penal por las normas que rigen al proceso."¹⁹ Así también, Juan J. González Bustamante trata al procedimiento penal como: " el conjunto de actividades y formas regidas por el derecho procesal.

(16) JIMENEZ, Op. cit., p. 67.

(17) RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal. Ed. Porrúa. México, 1983. p. 26.

(18) Ibidem., p. 30.

(19) Idem.

que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de las relaciones de derecho penal." ²⁰

A nuestro entender el derecho procesal penal, por tanto, es el conjunto de normas relativas a las actividades técnicamente realizadas para aplicar la ley penal al caso concreto, de forma tal que el delito cometido con lleve su respectiva sanción.

(20) RIVERA, Op. cit., p. 31.

D.- Delito.

El diccionario de lengua española nos da la etimología de la palabra delito: "Del latín delictus, p.p. de delinquerre, falta. m. Infracción, quebrantamiento, violación a la ley. Falta, culpa, crimen."²¹

El concepto dado por el diccionario jurídico menciona que en derecho penal es " la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal."²²

El concepto de delito tiene poca vida, es temporal y regional. Cada país tiene su noción de lo que es bueno y malo, también depende de la época, ya que una conducta que en nuestro tiempo es considerada como delito, tal vez en el futuro ya no o viceversa. Por ejemplo la esclavitud en tiempos pasados (S. XVIII) se legalizó en algunos países y hoy (S. XX) es penado por ser un delito.

(21) Enciclopedia Salvat. Tomo 4. Salvat Editores, S. A. México, 1983. p. 1021.

(22) Diccionario Jurídico, Op. cit., p. 868.

Cada generación tiene sus propios valores y los protege por lo anterior, no es posible definir universal y absolutamente al delito. Pero sí, daremos algunas definiciones con características generales.

Francisco Carrara, exponente de la escuela clásica afirma del delito es " la infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso." ²³ Expliquemos esta definición que a nuestro parecer es muy completa:

- nos dice que el delito es la infracción a la Ley del Estado, la ley que fue promulgada, es decir, que cumplió con todos los requisitos administrativos.
- Fue promulgada para proteger a los ciudadanos,
- es un acto externo porque tiene efectos y son las sanciones de derecho,
- es un acto positivo o negativo, los delitos pueden hacerse, por ejemplo matar o robar, o no hacerse como por

(23) CASTELLANOS, Op. cit., p. 125.

ejemplo el encubrimiento;

- moralmente imputable, esto es, que el hombre tenga salud mental para distinguir entre el bien y el mal;
- políticamente dañoso, es decir, que cause perjuicio a la sociedad.

Rafael Garófalo representante del positivismo, define al delito como " la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad."²⁴

Para los positivistas, lo científico era aquello que puede captarse sensorialmente y se provaba un delito cuando se violaban los sentimientos de la colectividad donde todos los hombres tienen un mínimo de honradez y bondad, amor al prójimo. El hombre que no tiene ese límite de honradez y de amor, ese será el criminal, el delincuente natural incapacitado para vivir en sociedad.

(24) CASTELLANOS, Op. cit., p. 126.

La definición contenida en la ley positiva es llamada jurídico - formal y dentro de esta línea, Edmundo Mezger define al delito como: " una acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena."²⁵ Nuestro Código penal a través de su artículo 7 párrafo primero define al delito diciendo: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. "²⁶ Ambas definiciones son tautológicas.

El delito en su aspecto jurídico sustancial es definido por Mezger al decir que, " es la acción típicamente, antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena."²⁷ "El delito es el nombre genérico de la infracción culpable de la norma."²⁸

El delito no sólo es la conducta del hombre si no que, debe contener en forma jerarquizada una serie de características positivas para saber si la conducta (acción u omisión) que se nos presenta es un delito o no.

(25) CASTELLANOS, Op. cit., p. 128.

(26) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa. México, 1991. p.29.

(27) MEZGER, p. 82.

(28) Ibidem., p. 78.

De su análisis esquemático, "el delito es una conducta, típica, antijurídica, y culpable." ²⁹ Esta secuencia contiene entre sus elementos una prelación lógica. Y a su estudio se le llamará teoría del delito, estudiando por el método analítico y en su concepción tetratómica. Primero aparecerá la conducta, después su amoldamiento (tipicidad), verificar si ese acto está protegido por una justificante o es negativa (antijuridicidad), investigar la capacidad del individuo y su voluntad (imputabilidad) que si bien no es elemento, es un antecedente de la culpabilidad que es el final, cuando todo ha encuadrado.

(29) ZAFFARONI, Op. cit., p. 341.

E.- Fraude.

Iniciando por los conceptos generales daremos el que el diccionario de la lengua española da del fraude:

" (del lat. fraus. dis, mala fe, engaño.) m. engaño, acto de mala fe, de que resulta perjuicio para otro."³⁰

Desde otro punto de vista, el diccionario jurídico mexicano indica que fraude " proviene del latín fraus, udis, fraudis que es genitivo de fraus y que significa engañar, usurpar, despojar, burlar con fraude; fraudulentus, equivalente a fraudulento, engañoso, fingido, falaz, malicioso. Gramaticalmente es engaño o acción contraria a la verdad o rectitud."³¹

Y es en el derecho penal donde el fraude es definido como delito, donde a través del engaño se causan daños en el patrimonio de un tercero. El patrimonio como bien jurídico protegido en la sociedad y siendo que el objeto del derecho penal es protegerla, sanciona al fraude como delito.

(30) Gran Diccionario Enciclopédico. Tomo 5. De Selecciones del Reader's Digest. México, 1979. p. 1536.

(31) Diccionario Jurídico. Op. cit., p. 1469.

El maestro González de la Vega da su punto de vista al decir: " El fraude es un delito patrimonial que consiste en obtener mediante falacias o engaños o por medio de maquinaciones o falsos artificios la usurpación de cosas o derechos ajenos. " ³²

(32) FERNANDEZ NAVARRO, Oscar. Tesis, UNAM. Tópicos del fraude. Ed. Cultura, talleres gráficos, S. A. México, 1949. p. 14.

Fraude genérico.

Las primeras manifestaciones del fraude se hicieron necesarias cuando se tutelaron las relaciones comerciales ya que el hombre con tal de obtener lo que decaea, se hace valer de su astucia y mediante engaños o maquinaciones lograba abusar de terceros. Así, "el Código de Manú castigaba al vendedor de grano malo por bueno, al que vendía hierro por plata, etc.: el Código de Hamurabi castigaba a quienes hacían mal uso de las pesas y medidas, las Leyes Hebráicas así como el Corán a los que abusaban del comprador. En el derecho romano se castigaba al delito de furtum, falsum y al stellionatus."³³

El furtum se definía cuando alguien obtenía un dinero haciéndose pasar por el acreedor, fingiendo ser el procurador verdadero, o también cuando alguien se hacía pasar por pobre para pedir dinero.

El falsum tenía su origen cuando alguien usaba un nombre ajeno, simulando filantropía y vendía a dos personas una misma cosa.

Al delito de stellionatus se le atribuía la característica física del animal llamado stellión, el cual tenía colores en su cuerpo que con los rayos del sol resultaban imprecisos, engañosos, por tanto, el delito de stellionatus

(33) Diccionario Jurídico, Op. cit., p. 1469.

se realizaba mediante el engaño, cometiéndose un daño en el patrimonio de un tercero.

Sebastián Soler define al *stellionatum* como, " una impostura encaminada a la obtención de un lucro indebido y capaz de engañar y causar perjuicio al diligente padre de familia."³⁴

La historia del delito llamado fraude, nos remite a las diversas formas en que se le ha denominado, tales como:

1) Estelionato: a decir de Carrara, " la palabra estelionato se habría inspirado en un concepto intelectual, habiéndose querido expresar la índole aviesamente distinta del hecho mismo."³⁵

2) Escroquerie: denominación dada por el Código francés, caracterizando a este delito, por inducir a alguien mediante el engaño y así, obtener un provecho que de acuerdo a la ley será injusto.

(34) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de derecho penal. Ed. Porrúa. México, 1960. p. 148.

(35) *Ibidem.*, p. 147.

3) Truffa: término utilizado en el derecho italiano y sobre el cual Maggiore afirma: " consiste en el hecho de quien, al inducir al otro a error por medio de artificios o engaños, obteniendo para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno." ³⁶ Simbolizando la truffa el engaño o la patraña.

Francisco Carrara nos da su concepto de truffa al decir que es la apropiación dolosa de una cosa ajena que se ha recibido del propietario por una convención no traslativa de dominio y para un uso determinado, pero nosotros pensamos que esta idea está más allegada al concepto de abuso de confianza.

El delito de fraude se estudia en nuestra legislación penal en dos formas, una genérica y otra específica. En la historia de nuestra legislación penal, el delito de fraude ha tenido múltiples reformas, tan solo en el nombre, ha recibido desde la denominación de fraude hasta el de estafa.

Pero, en cuanto al contenido o definición del mismo no han sido reformas de fondo. En reciente modificación de fecha 29 de diciembre de 1981, el artículo 386 del Código penal, define al fraude genérico de la siguiente forma:

(36) PAVON, Op. cit., p. 149.

" 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 fraude quedará entendido como un delito en contra del patrimonio del particular, en virtud del medio falaz empleado.

F.- Pena.

Aparejando al concepto de pena encontramos la definición de medida de seguridad, en este espacio hablaremos de ambas para la mejor comprensión de su vinculación jurídica.

Se define a la pena en el Diccionario de lengua española así: "Pena: del latín poena, y éste del gr. multa. F. castigo impuesto por la autoridad legítima a quien ha cometido un delito o falta."³⁷

El maestro Villalobos dentro de un marco que él denomina "La lucha contra el delito," da el concepto de pena afirmando que " es un contraestímulo para disuadir del delito y que cometido éste, trate de corregir al delincuente y vigorice sus fuerzas inhibitorias para el porvenir."³⁸ La pena es el castigo impuesto por el poder público al delincuente con fundamento en la ley con el fin de mantener el orden jurídico. La pena entraña fines intimidatorios y ejemplares de prevención general.

En tanto, para el jurisconsulto Castellanos Tena la pena, "es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico."³⁹

(37) Diccionario, Op. cit., tomo 9. p. 2890.

(38) VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, S. A. México, 1990. p. 522.

(39) CASTELLANOS, Op. cit., p. 318.

Para el tratadista alemán Mezger la pena entraña "una relación interna existente entre la consecuencia jurídica y el hecho punible cometido".⁴⁰ "Es una retribución por el mal que se ha cometido. Se basa en la conminación fijada en la ley (ley penal), adquiere su forma mediante la imposición y es experimentada por el castigo con la ejecución."⁴¹

(40) MEZGER, Op. cit. p. 353.
(41) Ibidem. p. 354.

La pena es el medio por el cual el Estado da protección a la sociedad mediante ella, como retribución de un hecho cometido y el cual se encuentre definido como delito en la ley penal.

Respecto de las medidas de seguridad autores como Liszt afirman que "pena y medidas de seguridad son análogas e inseparables. " Una y otra corresponden a la esfera penal"⁴² (Grispigni Antolisei). Por esta relación, a continuación definiremos a la medida de seguridad.

Medidas de seguridad," son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad,"⁴³ (Birkmeyer). Para Castellanos Tena las medidas de seguridad son," los medios de que se vale el Estado para sancionar. Intentan fundamentalmente la evitación de nuevos delitos y son aplicables a los seres humanos normales y a los incapaces que han cometido una infracción típica."⁴⁴ Mezger afirma de las medidas de seguridad que, "éstas tienen en cuenta, independientemente de la culpabilidad por el hecho, la peligrosidad del autor con miras al futuro."⁴⁵

(42) Citados por García Maynez, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. P. 306.

(43) Ibidem.

(44) Castellanos, Op. cit., p. 323.

(45) Mezger, Op. cit., p. 392.

El destacado maestro Villalobos menciona que las medidas de seguridad, " son aquellas que, sin valerse de la intimidación y por tanto sin tener carácter definitivo, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos."⁴⁶

Las medidas de seguridad son sanciones que impone el Estado para la defensa y seguridad sociales en pro de la readaptación social del delincuente. De acuerdo a nuestra legislación penal la multa y prisión son penas y todas las demás mencioandas en el artículo 24 del Código Penal serán medidas de seguridad.

(46) Villalobos, Op. cit., p. 528.

G.- Patrimonio.

Patrimonio " del latín patrimonium. Fig. bienes propios adquiridos por cualquier título."⁴⁷

Maggiore señala que el patrimonio " es el conjunto de relaciones jurídicas económicamente valuales."⁴⁸ Jiménez Huerta nos ofrece una definición penalística del patrimonio más amplia y apunta que esta, "constituído con aquel plexo de cosas y derechos destinado a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular. Integran el patrimonio todas aquellas cosas que, según el artículo 747 del Código Civil, pueden ser objeto de apropiación. Cuando esta posibilidad deviene en realidad, se muta la cualidad del objeto, pues las cosas se transforman en bienes patrimoniales."⁴⁹

En su acepción jurídica el patrimonio es el, "conjunto de deberes y derechos de un sujeto (García Maynez).

Es en el Derecho Civil donde tiene su origen el concepto de patrimonio, pero es en materia penal donde encuentra mayor connotación. Penalísticamente el patrimonio que se

(47) Gran Diccionario, Op. cit., Tomo 9. p. 2863.

(48) PAVON, Op. cit., p. 13.

(49) Ibidem, p. 14.

(50) GARCIA, Op. cit., p. 286.

protege abarca tanto las cosas o derechos valorables en dinero como las que no tengan valor económico. Por lo anterior, se observa, tal como lo afirma Jiménez Huerta que el patrimonio adquiere, "un sentido distinto y una amplitud mayor que en el derecho privado. " 51

(51) Cita de Pedroza Sainz, Francisco E. Delitos contra las personas en su patrimonio: robo, abuso de confianza, fraude genérico. Analizados desde el punto de vista subjetivo de los sujetos activo y pasivo de los delitos. Tesis. Universidad de Guanajuato, México , 1964.

CAPITULO II

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

II.1.- Legislación Internacional.

II.2.- Legislación Nacional.

A.- Epoca Precortesiana y
época Colonial.

B.- Antecedentes al Código
Penal Vigente.

CAPITULO II ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

II.1.- Legislación Internacional.

El fraude es un delito que a nivel internacional, ha tenido un largo camino legislativo; cuyos inicios datan de tiempos del Rey Hammurabi y su Código (Babilonia 1730 - 1688 a. de C.), más adelante siguió la concepción del *falsum romano* que daba una idea genérica del engaño hasta el surgimiento del *stellionatus* (2 siglo d. c.) que sancionaba todo delito cometido contra la propiedad mediante el engaño.

En la época medieval, a través de las partidas españolas específicamente en el Título XVI de la Partida VII enumeraba casos parecidos al estelionato y comparables a los delitos de falsedad. Sólo hasta la Ley francesa de julio de 1791 se separó la noción de fraude del delito por falsedades. Esta Ley dió un concepto general del fraude adelantándose a cualquier otra ley, ésta ley es la que inspiró al Código penal napoleónico, que en su artículo 405 de finía al escroquerie diciendo:

"Cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas calidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder

o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente, o de cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, recibos o descargos, y que, por cualquiera de estos medios, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro..." 52

Esta idea del fraude fue tomada como base para otros códigos, como por ejemplo el español de 1822, este último en reforma de 1848 instituyó un sistema casuístico del fraude alterando con ello el concepto que se tenía del fraude. Este sistema se conservó hasta el Código penal de 1870.

Francia e Italia son los países que mayor influencia han tenido en nuestro derecho, claro está, aparte del español; pero con respecto a la doctrina es Francia e Italia los que más han estudiado al delito del fraude.

A continuación transcribiremos el artículo 405 del Código penal francés de 12 de febrero de 1810 (Decreto Ley de 16 de julio de 1935).

(52) ZAMORA - PIERCE, Jesús. El fraude. Ed. Porrúa, S. A. México, 1992. p.5.

"El que, sea haciendo uso de nombres falsos o de falsas cualidades, sea empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o de un crédito imaginario, o para hacer nacer la esperanza o el temor de un suceso, de un accidente o de cualquier otro acontecimiento quimérico, se haga entregar o remitir fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, recibos o descargos, y haya, por uno de estos medios, estafado o intentado estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro, será penado con prisión de un año como mínimo y de cinco años como máximo, y de una multa de 120,000 francos, a 1.200,000 francos como máximo." 53

Respecto del Código penal italiano, nos habla del fraude en su artículo 640 (Código penal de 1930): "El que induciendo a error a alguna persona por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para otros un provecho injusto con perjuicio ajeno, será castigado con reclusión de seis meses a tres años y con multa de quinientas a diez mil liras..." 54, ambos artículos con sus respectivas limitantes tienen gran influencia en la definición del fraude mexicano.

(53)ZAMORA - PIERCE, Jesús. El fraude en el derecho positivo mexicano, en la jurisprudencia y en la doctrina. Tesis. UNAM. México, 1961. p.14.

(54)Ibidem. p. 15.

Siguiendo en el ámbito europeo, el Código penal alemán de 1871 da un paso adelante al dar un concepto genérico del fraude, pues en los de Francia e Italia o el Español sugerían sólo algunos casos de conductas engañosas quedando fuera otras que pudieran suscitarse. El Código alemán en su artículo 263 define que, "quien con la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando o no evitando, un error, bien por la simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos."⁵⁵ En tanto que el Código penal suizo define al fraude en su artículo 146, así, "comete el delito el que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, astutamente induce en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladoras de hechos verdaderos, o explota el error en que ésta se halla, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero."⁵⁶

En la legislación española, el delito de fraude varió de un artículo casuístico a un concepto más general al realizarse la reforma del artículo 528 con la Ley Orgánica de 8/1983, de 25 de junio, quedando de la siguiente manera:

(55) ZAMORA, Op. cit., p.6.

(56) Ibidem.

" Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a relaizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero." 57

11.2.- Legislación nacional.

A.- Epoca Precortesiana y época colonial.

Dentro de la actividad legislativa que en materia penal se ha llevado a cabo en México desde el Bosquejo de Código penal del Estado de México de 1831 hasta el Proyecto del Código Penal del Estado de Veracruz de 1979, pasando por el vigente a nivel federal de 1931 ha pasado casi un siglo y medio de actividad legislativa.

El estudio del derecho penal es motivo de profundos estudios. En México, su análisis empieza desde el período colonial, aún cuando existen indicios precortesianos que no por difíciles de corroborar, los podemos excluir, ya que también son antecedentes. Desde tiempos de los aztecas y mayas, como principales grupos étnicos el delito y la pena se encontraban en relación y un ejemplo de ello es el Código penal de Netzahualcoyotl, en él se delimitaban algunos delitos y sus penas, sanciones semejantes a la ley del talión más equiparables a venganzas ,

(57) ZAMORA, Op. cit., p. 6.

la justicia del más fuerte; aún, cuando su función era la de proteger los bienes jurídicos que mediaban para vivir en paz. No fue un código para todos los grupos étnicos, ya que cada grupo social tenía diferentes formas de organización y por tanto leyes distintas, pero para nosotros es un indicador de justicia precortesiana. Debemos hacer notar que en México antiguo debió existir un orden penal por sencillo o rústico. Respecto de esta etapa histórica el maestro Macedo afirma que, " la influencia del rudimentario derecho indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación; los mexicanos, aún el indio de raza pura estamos totalmente desprendidos de toda idea jurídica propiamente indígena, es decir, que tenga su raíz y origen en los usos y costumbres precortesianos." 58

En la época Colonial las legislaciones que pudieran existir de los grupos indígenas desaparecieron, por ello como afirma Carranca y Trujillo su influencia" ha sido nula y su estudio pertenece a la arqueología criminal" 59

(58) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano.
Parte general. Ed. Porrúa, S.A. México, 1988, p. 112.

(59) Ibidem. p. 116.

Durante este período rigieron las Leyes de Indias como derecho vigente y en forma supletoria las leyes de Castilla; entre las cuales se encontraron: Las Siete Partidas (1250 - 1265), El Ordenamiento de Alcalá (1348), La Nueva (1567), Leyes de Toro (1505), entre otras. Así también, rigieron las formuladas en la Nueva España como fue la "Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias" (1680), además de las diferentes resoluciones o cédulas elaboradas en la legislación de la época.

Ya en las Partidas en el Título XVI de la Partida VII se enumeraban conductas semejantes al estelionato romano comprendibles en el actual delito de fraude, bajo la denominación de " engaños".⁶⁰

Siguiendo en nuestra línea del tiempo, durante la lucha de independencia y después de la misma, en nuestro país siguieron rigiendo las leyes españolas; esta afirmación tiene como base la Circular emitida por el Ministro de Interior, de 20 de septiembre de 1838, durante el gobierno del General Anastasio Bustamante, el cual en su idea principal se extrae lo siguiente " Excmo. Señor: El consejo aprobó y emite como suyo al Excmo. Sr. Presidente, el dictamen que sigue: D. José M. López se quejó a la inspección de milicia permanente de ... etc. El supremo Gobierno dirigió

(60) ZAMORA, Op. cit., p. 4

al Consejo el expediente para que consulte sobre los puntos que abraza y, además, si las leyes de los antiguos Estados deben regir con perjuicio de las disposiciones del mismo Gobierno la Comisión hará algunas observaciones que tal vez puedan conducirnos al intento.

" Debe notarse, principalmente, que están en vigor todas aquellas leyes que, no chocando abiertamente con el sistema que rige, tampoco se encuentran derogadas expresamente por alguna otra disposición posterior, teniendo lugar esta regla con respecto de aquellas leyes que fueron dictadas en épocas muy remotas y bajo las diferentes formas de gobierno que ha tenido la Nación; y así es que los tribunales y otras autoridades diariamente resuelven los diversos negocios de su resorte con presencia de los decretos de las Cortes de España, de las Leyes de Partida y Recopilación, con tal que estas disposiciones no se resientan más o menos de la forma de gobierno en que fueron sancionadas.

" Sentado este principio fluyen, naturalmente, dos consecuencias: la primera es que deben considerarse vigentes las leyes de los antiguos Estados siempre que tengan los requisitos de que antes se hizo mención, sin que obste para ello ni la forma de Gobierno bajo que fueron dictadas

ni que el Supremo Gobierno haya dispuesto otra cosa, puesto que sus disposiciones jamás deben sobreponerse a las leyes. La otra consecuencia es que si las órdenes del Gobierno fuesen efecto de alguna de sus atribuciones constitucionales o de alguna otra ley posterior que lo faculte para tal o cual, entonces las leyes de los Estados no deben considerarse vigentes, no por que se opongan a las disposiciones del Gobierno, sino más bien porque la ley que lo autorizó para dictar esta o la otra disposición contraría, por el mismo hecho derogatorio, cualquiera otra disposición anterior.

"Y estando de conformidad el Excmo. Sr. Presidente ha tenido a bien acordar se comunique a los Gobiernos de los Departamentos para que se observe esta disposición por punto general." ⁶¹

Los primeros indicios de legislación en el México independiente se encaminaron y englobaron en el derecho constitucional, ya que como nación independiente era necesario el organizarse a este nivel así, la primera Constitución fue la de Apatzingán de 1814.

Estableciéndose en esta Constitución el regimen republicano como forma de gobierno para todo el país,

(61)CARRANCA, Op. cit., p.p. 122 - 123.

pero con fundamentos de leyes extranjeras. En el aspecto penal en los inicios de la etapa independiente de México, se legisló sobre previsión de la delincuencia, respecto de la portación de armas, uso de bebidas alcoholizadas, todos aspectos de orden preventivo de manera específica pero aún, para su resolución apoyándose en leyes de la época colonial.

B.- Antecedentes al Código Penal Vigente.

Años después surgieron leyes penales con el fin de proteger a la naciente sociedad mexicana de manera más autónoma, tal como aconteció con el Código penal para el estado de Veracruz de 1835, que aún siendo el primero no se aisló de influencia, pues tomó como modelo al Código penal español de 1822. Para el Distrito Federal y territorios federales el surgimiento de un Código penal fue hasta el período del Presidente Juárez en el año de 1871 y fue conocido por "Código Martínez de Castro."

Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales.

El presente código tuvo sus orígenes en la Comisión redactora nombrada por el entonces Presidente Benito Juárez en el año de 1861, interviniendo entre otros el Lic. Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, pero su actividad se vio interrumpida debido a la intervención

francesa de 1868, reiniciando trabajos y quedando al frente de la Comisión el Lic. Antonio Martínez de Castro. Este código tuvo como antecedente al Código español de 1870. Pero con sus respectivas variantes, como por ejemplo, en el código mexicano se da una definición genérica del frau de lo que en el español de 1870 no figuraba.

De acuerdo a sus propios redactores este código era ecléctico, representando a todas las escuelas filosóficas de la época.

El Código Martínez de Castro se fundó en los principios de la justicia absoluta y de la utilidad social, perteneciendo a la llamada escuela clásica; esta escuela estudia al delito como una abstracción, algo sin vida, olvida al delincuente y sólo se preocupa del delito mismo y da a la pena un carácter de venganza. Con esta clara concepción clásica, se le delimita al juez su obligación de imponer las penas señaladas en la ley; las sanciones son retributivas y se regula a la pena de muerte como sanción penal, entre otros aspectos: la responsabilidad penal, la moral, el libre arbitrio, la inteligencia y la voluntad son fundamentos básicos.

Aceptando la libertad preparatoria por buena conducta.

Este código se formó de 1151 artículos y un transitorio.

El Código penal de 1871 llamó al Libro Tercero "De los delitos en particular", en su Título Primero " Delitos- contra la propiedad", abarcando dentro del Capítulo V al delito de fraude en los artículos 413 a 433. El proyecto de reforma al Código penal reglamentó los delitos contra la propiedad en el Título Primero del Libro Tercero, incluyendo en esta reforma al fraude, diciendo así:

Artículo 413: "Hay fraude siempre que engañando a otro o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél."⁶²

Definición que se empleó tanto en los códigos de 1929 como en el de 1931.

En el artículo 414 al fraude se le equiparaba con la estafa observando la influencia de la escuela francesa del delito escroquerie. Semejanza encontrada en la palabra engaño ya que en ambos delitos este era un elemento básico para la configuración de ambos delitos. Para mayor constancia de esta semejanza observamos en la Sección Tercera del mencionado código en el Título correspondiente denominado "De las estafas, engaños y deudas fraudulentas"; citemos el artículo 414, que

(62) Leyes penales mexicanas. Tomo III. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1979-1980

afirmaba: " El fraude toma el nombre de estafa cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se le entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad;" ⁶³

El concretar en forma genérica una definición genérica del fraude, dió pie a ambigüedades , suscitándose una serie de casos correspondientes a la estafa, que después servirían para definir los tipos de fraude específico.

Con sus reformas el presente código comenzó a regir a partir del 1º de abril de 1872.

(63) ZAMORA, Op. cit., p 11.

Código penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929.

A este código se le conoce también como Código Almaráz por haber sido el Lic. José Almaráz quien estuvo a cargo de la redacción del mismo. Al salir a luz fue muy criticado y así lo expresó el mismo Lic. Almaráz en su exposición de motivos publicada en el año de 1931. Se le consideró con innovaciones inaceptables, diciendo que eran ilusiones del presidente de la Comisión redactora; lo cierto es que él, consideró la urgente necesidad de dar cambios, de reformar la legislación penal de acuerdo a las tendencias penales existentes. Pero por todo lo anteriormente expuesto su vigencia fue breve.

Fundado en sus pensamientos el Lic. Almaráz opinó:

"es imposible la compatibilidad de un precepto anticuado, la omisión o rigidez de otro, con la necesidad de la justicia, de la seguridad de la existencia social."⁶⁴

Este código tomó en cuenta las ideas de la escuela clásica, asemejándose en mucho al Código Martínez de Castro. Dentro de sus ideas renovadoras delimita nuevamente la

(64)Leyes, Op. cit., p. 9.

facultad del juez para aplicar las penas definidas en la ley sin valorar cada caso o decidir por sanciones no es establecidas.

El Código Almaráz a diferencia del anterior tuvo como principio la defensa social además de la individualización de las sanciones, sustituye a la responsabilidad moral por una responsabilidad social respecto de los enfermos mentales y se suprime la pena de muerte, se implanta la condena condicional e interviene el Ministerio Público para la reparación del daño. Los artículos que lo formaron fueron en total 1128 y 5 transitorios.

El Código penal de 1929, en el Título Vigésimo "De los delitos contra la propiedad, Capítulo V "De la estafa", incluye en los artículos 1151 a 1170 al delito de la estafa, dando a este delito el carácter de fraude, dejándolos en total sininimia.

Desaparece el término de fraude y quedaba definido en el artículo 1151 así:

"Hay estafa:

I.- Siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel.," 65

(65)ZAMORA, Op. cit., p. 16.

Denotando en esta primer fracción que se trata del delito de fraude y que en el código anterior se le separaba del delito de estafa.

Código penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1931.

Por principio hablaremos del Anteproyecto de Código penal para el Distrito y Territorios Federales de 1930. El cual buscaba la disminución del casuismo, la simplificación de las penas, enmendar los errores en materia del proceso para que la justicia fuera más expedita y pronta. Este Proyecto fue propuesta del Sr. Presidente de la Republica Pascual Ortíz Rubio a la Comisión Revisora. Bajo su mandato y con fecha de 13 de agosto de 1931 fue expedido nuestro Código penal vigente.

En el Anteproyecto se denominó al Título vigésimo Segundo "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", en el Capítulo Tercero, artículos 369 a 373 quedó encuadrado el delito del fraude.

El artículo 369 afirmaba que:

Se impondrá multa de cincuenta a mil pesos o prisión de seis meses a seis años o ambas sanciones:

1.- Al que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido:

En el Código penal de 1931, el delito de fraude pasó al Título Vigésimo Segundo "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", Capítulo Tercero, artículos del 386 al 390. Definiendo en la primera de las trece fracciones del artículo 386 al fraude genérico, dándolo como un caso más del fraude desapareciendo la distinción entre el genérico y el específico que los abarcaba de la segunda fracción a la trece. No fue el único cambio ya que en general, en el presente Código se amplió el arbitrio del juez en la imposición de penas, dándole un margen de aplicación entre penas mínimas y máximas, se individualizaron las penas, se perfeccionó la condena condicional, entre otros.

Conformando su totalidad 400 artículos y tres transitorios y cuya vigencia fue a partir del 17 de septiembre de 1931.

Del fraude el artículo 386 afirmaba:

"Se impondrá multa de cincuenta a mil pesos y prisión de seis meses a seis años:

I.- Al que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido;

II.- Al que obtenga dinero, valores o cualquier otra cosa, ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, si no efectúa esta sea porque no se haga cargo legalmente de la misma o porque la renuncia o abandone sin causa justificada.

III.- Al que, por título oneroso, enajene alguna cosa con conocimeintos de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

IV.- Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo;

V.- Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial, y no pague su importe;

VI.- Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado y rehuse después de recibirla, hacer el pago y devolver la cosa, si el vendedor le exige lo primero dentro de seis días de haber recibido la cosa del comprador.

VII.- Al que venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o raíz, y reciba el precio de la segunda venta o parte de él; ..."⁶⁶

(66)Leyes, Op. cit., p. 438.

Tal como se dijo con anterioridad, el texto del artículo 386 del Código de 1931 mencionaba en primer término las sanciones a que era acreedor el que cometía fraude y en sus trece fracciones hacía mención de los casos y tipos de fraude, en vez de fijar la sanción para este delito y abarcar en una de las fracciones quienes son los infractores a tal norma, pues como se observa en la primera sólo se define al fraude genérico.

Por Decreto de 31 de diciembre de 1945 (D.O. 9 de marzo de 1946) fue reformado el Código penal y con ello el artículo 386 quedó de la siguiente manera:

"Comete el delito de fraude, el que enganando 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 cinco a cincuenta pesos, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad.

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

III.- Con prisión de tres años a doce años y multa hasta de diez mil pesos, si el valor de lo defraudado fuera mayor de dos mil pesos." ⁶⁷

Observamos que se dejó en el artículo 386 la definición genérica del fraude, como eje principal de este delito.

Con esta reforma quedaron señaladas en las tres fracciones de este artículo las penas que deben imponerse al fraude en general, estableciendo sanciones mayores a las del código anterior. Y para no romper con el sistema del Código penal vigente que concede el arbitrio judicial, se establecen penas con un mínimo y un máximo según el monto de lo defraudado.

Respecto del artículo 387, en él se establecieron los casos específicos del fraude, algunos de ellos antes incluidos o rescatados del texto original del artículo 386. Se pensó que tipificando esos hechos en una figura especial de fraude se pueda comprender mejor el alcance de tales preceptos y no dejar sin sanción cualquier caso de delito específico del fraude.

Nuestro Código penal vigente ha tenido múltiples

(67)Leyes, Op. cit., p. 438.

reformas y hasta nuestros días el artículo 386 respecto del delito del fraude tuvo su más reciente cambio, con fecha 26 de diciembre de 1981, publicado en el Diario Oficial de fecha 29 de diciembre de 1991 y nuevamente por Decreto de 21 de diciembre de 1991 publicado, D. O. 30 de diciembre de 1991 entrando en vigor al día siguiente. La definición quedó de igual forma, en tanto que las sanciones variaron, adecuándose a la época; estas se tabularon de acuerdo a la movilidad del salario mínimo.

El texto del artículo 386 queda de la siguiente manera:
"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 tres a seis años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de cien, pero no de quinientas veces el salario.

III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de
ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudo
dado fuere mayor de quinientas veces el salario."⁶⁸

(68) CARRANCA, Op. cit., p. 893.

CAPITULO III

MARCO JURIDICO

III.1.- Constitución.

III.2.- Código Penal.

III.3.- Código Procesal Penal.

III.4.- Jurisprudencia.

III.5.- Doctrina.

CAPITULO III MARCO JURIDICO.

III.1.- Constitución.

En el capítulo anterior constatamos la importancia de tener una base histórica para realizar un estudio jurídico más completo y para compeltar este nivel analizaremos al fraude genérico dentro de un marco jurídico nacional, para así, comprender los alcances y los retos a que se enfrenta este delito en la sociedad mexicana.

La Constitución mexicana es el primer peldaño para nuestro marco jurídico, como ley suprema encuadra el orden político, social y jurídico a través del cual, se rigen los destinos de la Nación. Desde un punto de vista abstracto Constitución "proviene del latín constituo-onis, es la ley fundamental de un Estado, en que se determina la forma de gobierno, se instituyen los órganos del poder público y se fijan los derechos, obligaciones y libertades de los ciudadanos."⁶⁹

La Constitución como ley, "es la ley fundamental en la vida del Estado, reparte competencias y finca barreras a las autoridades frente a los individuos."⁷⁰

(69) Gran Diccionario, Op. cit., Tomo 3. p. 858.

(70) Castellanos, Op. cit., p. 23.

Enfocado como un ente real, coincidimos con el distinguido maestro Carpizo, ya que "la Constitución de un Estado no es únicamente la realidad ni el cuaderno que recibe ese nombre, sino el punto en el cual la realidad jurídicamente valorada y la Constitución escrita se encuentran... termina afirmando que "la Constitución es un ser deber-ser".⁷¹

Las distintas formas de enfocar el significado de la Constitución van más allá de una acepción obvia, hay que verificar sus alcances en contenido y en valor real; concebirla como una realidad palpable y en constante evolución. Es la norma pilar de todo orden jurídico nacional y con la cual la sociedad mexicana dirige su ser y su actuar, ya que, la Constitución es México; México es la Constitución.

En nuestra Carta Magna es donde encontramos todo antecedente legal y por tanto, el punto inicial del marco jurídico de nuestro delito de estudio el fraude genérico.

El cual prioritariamente tiene fundamento constitucional en los siguientes artículos: artículo 5º, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 38 y 95.

(71) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
comentada. Departamento del Distrito Federal.
México, 1990. p. XXVIII.

Dentro de las garantías constitucionales el artículo 5º protege el ejercicio de cualquier trabajo o profesión siempre y cuando con ello no se afecte a terceros.

Ocurriendo esto último en el ejercicio de un trabajo o profesión a través del cual se engaña a otro para obtener un lucro indebido, cometiéndose un ilícito que deberá ser sancionado por la ley respectiva ya que limitó una garantía constitucional.

El artículo 13 constitucional indica que "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales...",⁷² y por tanto, comprendemos que al que comete delito de fraude genérico le corresponderá ser juzgado por los tribunales correspondientes sin exclusivismos o distinción, aplicándose así, el principio de igualdad de todos los hombres ante la ley.

(72) Constitución, op. cit., p. 56.

A decir del artículo 14 que "... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata..." ⁷³ establece así que, respecto del delito de fraude genérico la pena aplicable al mismo, deberá estar establecida en la ley penal, todo ello además apoyado en un principio del derecho penal definido por el aforismo NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE, (ningún delito, ninguna pena sin una ley).

El artículo 16 nos enseña que "... No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal,..." ⁷⁴

Es de resaltar que el delito al que avocamos este estudio, es perseguido por querrela de parte, reuniendo uno de los requisitos de este artículo. Además, el código penal tipifica al fraude genérico como un delito que merece pena corporal y por lo tanto, para la aprehensión del infractor es necesario cumplir con el mandato constitucional del artículo 16.

(73) Constitución, Op. cit., p. 61.

(74) Ibidem., p. 68.

En anterior precepto es reafirmado por el 17 constitucional al declarar que..." Nadie puede ser apri - sionado por deudas de carácter puramente civil." ⁷⁵
Esto explica que el delito de fraude genérico es un delito penal y se rige por la ley penal.

(75) Constitución, Op. cit., p. 75.

El artículo 18 constitucional nos revela que "sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados."⁷⁶

Puede apreciarse que sólo por delito que merece pena corporal se dará lugar a prisión preventiva, por ello, el delito de fraude genérico al reunir este requisito se configura como un delito que recibirá tal sanción constitucional, la cual recibe el tratamiento específico a través del código penal.

A través del artículo 19 constitucional se apunta que: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se imputa al acusado; los elementos que constituyen aquel, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado..."⁷⁷

(76) Constitución, Op. cit., p. 77.

(77) Ibidem., p. 82.

Al dictarse la formal prisión en delito de fraude genérico, debieron constituirse todos los elementos que ley señalare al respecto; comprobándose así, la responsabilidad del acusado; justificando la detención que la autoridad dispuso. La autoridad debe ser cuidadosa y estudiosa de cada caso, así, determinar por todos los medios a su alcance la configuración del delito que estudiamos, el fraude genérico.

Denotamos a través del artículo 20 constitucional que las garantías con las que cuenta todo acusado de un delito penal. Artículo fundamental del delito de fraude genérico; observamos que la norma constitucional señala que los delitos intencionales, como lo es el fraude genérico, la caución que deberá otorgar el responsable será de cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados. Este precepto constitucional en sus diez fracciones describe las garantías que amparan a todo acusado, de manera que con su observancia se logre justicia pronta y expedita.

Se apunta a saber, por el artículo 21 constitucional que " La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél..." 78

Corresponde por derecho constitucional al Ministerio Público, el perseguir por querrela de parte al delito de fraude genérico, a él, le toca la investigación de éste delito, así como, la de cada uno de los tipificados en el Código penal y auxiliará al juzgador en el ejercicio de la acción penal.

(78) Constitución, Op. cit., p. 91.

Otras de las garantías constitucionales destinadas a quien se le imputa un delito, quedan especificadas en el artículo 23, el cual data que "... Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene..." 79 Evitando con ello, que en un juicio penal se llegaren a dictar dos o tres sentencias sobre un mismo caso, así también, se prohíbe que se juzgue por segunda vez a una persona por un delito del cual, se dictó sentencia; ya que, no procede ningún recurso contra sentencia firme y por lo tanto irrevocable.

Al leer el artículo 38 constitucional conocemos los derechos y prerrogativas que se suspenden para los ciudadanos cuando:

" II.- Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión,...

III.- Durante la extinción de una pena corporal, ...

(79)Op. cit., p. 97.

VI.- Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión," 80

Al cometer o estar acusado de un delito que amerita pena corporal, como lo es en el fraude genérico, el acusado por mandato inicial de la Constitución, pierde sus derechos y prerrogativas de ciudadano, ya que su conducta delictuosa y antisocial lo ameritó. Abarcando como lapso de tiempo desde el auto de formal prisión, pasando por el dictado de sentenciay extendiéndose en el saco de implicar pena corporal hasta cumplirla.

Advertimos que en el artículo 95 constitucional se dan los requisitos para formar parte de Suprema Corte de Justicia de la Nación y es de cabal importancia para el análisis jurídico del fraude genérico lo indicado en la fracción IV, al decir: que el aspirante no haya sido "condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena,..." 81 En esta norma constitucional, se expresa una exigencia de conducta fundamental, lo que implica que el que comete fraude afecta en tal grado su imagen seria y honestidad intachable que se excluye por una causal constitucional de

(80) Constitución, Op. cit., p.165.

(81) Ibidem, p. 396.

aspirar a ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, requerimiento tal, por tratarse de más alto tribunal de nuestro país.

Nuestra Constitución, como Ley Fundamental del país, contiene toda la estructura jurídica y social que nos rige. Dentro de ese contexto tenemos la protección que otorga a quien recibe una lesión en su persona o bienes y afirma que sancionará a quien perjudique a otro. Todo ello, lo expone a grandes rasgos, dando las pautas para que surjan leyes específicas y adecuadas a cada esfera del Derecho y con ello proteger a la sociedad y lograr su armonía.

Por lo anterior, verificamos que es, en la Carta Magna donde todo delito encuentra sus antecedentes,

La Constitución, es la imagen rectora del derecho penal.

III.2.- Código Penal.

El segundo nivel de jerarquía en el marco jurídico del fraude genérico, corresponde al Código Penal Mexicano, para este estudio tomaremos como base al que rige al Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. En dicha codificación se encuentra definido al fraude genérico y enlistadas las sanciones que corresponden al que defrauda.

En el Código Penal por conducto del Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo, de los Delitos en contra de las personas en su patrimonio, y enfocado en el Capítulo III tenemos al delito denominado Fraude, el cual queda definido como fraude genérico en el artículo 386.

La relación de este delito llamado fraude genérico guarda relación con respecto de todo el Código Penal, ya que nuestra codificación de las pautas generales para definir los delitos, sus sanciones y aplicación de las mismas, nos entrega un panorama general sobre la responsabilidad en materia penal. Así, observamos las siguientes conexiones del artículo 386 con:

- El artículo 7, porque queda definido como un delito, pues es un acto u omisión que sancionan las leyes penales.

- El artículo 8 fracción 1, porque el fraude genérico es un delito intencional.

- El artículo 9, porque en él, se define que " obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la ley." ⁸²

- El artículo 13, ya que en el delito de fraude genérico se da la autoría y la participación delictiva, en este artículo se define a quienes son responsables de un delito:

+ A los autores intelectuales: quienes acuerden o preparen su realización.

+ A los autores materiales: quienes lo realicen por sí.

+ A la coautoría cuando se realiza conjuntamente.

+ A los partícipes: los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro.

+ A los instigadores: los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.

+ A los cómplices: son los que intencionalmente pres-
ten ayuda o auxilien a otro para su comisión.

(82) Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 1992. p. 3.

‡ A los encubridores: quienes con posterioridad a su ejecución auxilian al delincuente, por cumplir una pro mesa anterior al delito.

‡ Y finalmente a la responsabilidad correspectiva, y se da cuando algunos intervengan en la comisión del delito, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

_ Con el artículo 246, existe relación en cuanto a la equiparación en punibilidad, en este artículo se men cionan a través de sus siete fracciones, los hechos que encuadran en la conducta típica del delito de falsificaci ón de documentos en general.

_ Caso similar al anterior artículo es el que guarda el artículo 386 con el artículo 249 fracción I, el cual, trata la punibilidad con respecto al delito de variaci ón del nombre o del domicilio.

_ Con el artículo 250 fracción I, con relación a la punibilidad del delito de ursupación de funciones públi cas.

_ Con el artículo 387, ya que para los casos de fraude específico señalados a través de este artículo las penas que se impongan serán las mismas que las señaladas en el artículo 386.

_ Con el artículo 388, pues respecto del delito de administración fraudulenta la punibilidad es equiparable respecto del fraude genérico.

_ Con respecto del artículo 389 bis., la punibilidad del delito de fraude cometido por fraccionadores de bienes inmuebles es equiparable con las penas previstas en el artículo 386, salvo la fracción tercera.

_ Con respecto de la fracción I del artículo 386 tenemos las siguientes relaciones, por principio con el artículo 24, pues en este artículo se enumeran las penas y medidas de seguridad aplicables a los delitos definidos en nuestro Código Penal.

_ Con el artículo 25, ya que en él se define a la pena llamada prisión, la cual es una de las sanciones dadas en el artículo 386. En el artículo 25 se afirma que la prisión consiste en la privación de libertad corporal.

Con el artículo 29, pues otra de las sanciones a que hace mención el artículo 386 respecto del fraude genérico es la sanción pecuniaria. En el artículo 29 se afirma que, esta sanción comprende a la multa y a la reparación del daño. A través de este artículo, sólo se define a la multa, la cual consiste en el pago de una suma de dinero al estado que se fijará por días, los cuales no podrán exceder de quinientos; habla también del límite inferior de la multa, de la insolvencia del obligado y del tiempo en que podrá cubrirse la multa.

- Con el artículo 77, respecto de la fracción segunda del artículo 386, en la cual se habla de la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, se relaciona con el artículo 77 pues, este habla de la ejecución de las sentencias, las cuales corresponden al Ejecutivo Federal con consulta del órgano técnico que señale la ley.

Con el artículo 100, debido a que en este artículo nos habla de la prescripción y que a través de ella se extinguen la acción penal y las sanciones.

- Con el artículo 116, en él se menciona que la pena también se extingue por su cumplimiento, por ejemplo el de la pena de prisión que indica el artículo 386 o de las sanciones por las que hubiese sido sustituida o conmutada.

Cabe destacar como el Código Penal está ordenado de manera sistemática para así, realizar el estudio de todo delito penal, convirtiéndose en un instrumento jurídico completo y moderno. Nuestra compilación penal cuenta con 410 artículos, además de tres transitorios. Además debemos tomar en cuenta que, tal como afirma el artículo 6 de esta legislación, que " Cuando se cometa un delito no

previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código, y en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general." 83

Se aplicarán los ordenamientos diversos al Código de 1931, por ejemplo el Código de Justicia Militar.

(83) Código Penal, Op. cit., p. 2.

III.3.- Código de Procedimientos Penales.

A la par del surgimiento del Código Penal Mexicano de 1931, surge la necesidad de que se complemente con un Código de Procedimientos Penales. Esta compilación es el instrumento creado por el legislador mexicano para hacer efectivo el Derecho Penal material contenido en el Código Penal. Con el Código de Procedimientos Penales se crean las normas para descubrir si es verdad que existió un delito, quién o quiénes son los culpables y aplicar la pena correspondiente. "El encadenamiento del delito con la sanción, debe ser realizada por el mismo hombre mediante una actividad especial. Esta actividad que persigue el enlace de los extremos contenidos en las normas del Derecho penal material, constituye el procedimiento penal." ⁸⁴

De esta manera, el Estado por medio del legislador, capta una serie de conductas que por estimar que son conculcadoras de derechos o de intereses sociales, las plasma en tipos penales, por regla general inscritas en el Código Penal y las protege a través de su sistema represivo, creando con esto el Derecho Penal material. Sin embargo, el legislador no sólo se concreta a lo anterior, sino que, para hacer efectivo ese Derecho Penal material en cuanto se refiere a descubrir si se cometió

(84) Rivera, Op. cit., p. 28.

un delito, quién es culpable y aplicar la pena, crea un conjunto de normas a las que les podemos llamar Derecho de Procedimientos Penales, que por regla general se encuentran contenidas en el Código de Procedimientos Penales. Es observable por lo anterior, que los dos Códigos se necesitan para tener vigencia.

En esta Legislación obtenemos los medios legales para constatar que se inició con la respectiva averiguación previa, que la conducta que se denunció, en el caso del delito materia de nuestro estudio, el llamado fraude genérico, sea por querrela, a través de la cual los hechos acontecidos se relaten por el ofendido o por su legítimo representante, encuadrando dicha conducta en el tipo penal.

El Ministerio Público investigará los hechos facultado en el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. De comprobarse el delito y conforme al artículo 286 bis. de la ley que nos ocupa, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda y dictando el auto de formal prisión se dará inicio al proceso penal; el cual,

se verificará conforme al derecho y siguiendo los lineamientos del Código de Procedimientos Penales su trámite sea pronto y expedito.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal consta de 677 artículos más 15 transitorios.

III.4.- Jurisprudencia.

Hemos venido hablando de la fuente formal del derecho penal que nos manifiesta el orden jurídico, denominada: ley.

La cual, abarca desde su base que es la Constitución, hasta los diferentes Códigos a que hemos hecho mención: sin embargo no es la única fuente formal, además de la ley, tenemos a la jurisprudencia y a la doctrina. Aún, cuando éstas 2 últimas no constituyen propiamente fuentes formales del Derecho Penal.

Jurisprudencia del latín "iurisprudencia. F. Ciencia del Derecho; norma de juicio, basada en precedentes, que suple las omisiones de la ley."⁸⁵ A decir del maestro Castellanos Tena, "la jurisprudencia se constituye por el conjunto de principios contenidos en las resoluciones de los tribunales."⁸⁶

La jurisprudencia como tal, con obligatoriedad de observancia queda dispuesta en el artículo 192 de la Ley de Amparo, en el cual se especifica que sólo tendrán valor las emanadas de la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en las formadas por las ejecutorias "siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros,

(85) Gran Diccionario; Op. cit., p. 2061.

(86) Castellanos, Op. cit., p. 77.

si se trata de la jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas."⁸⁷

Además del artículo 193 que establece la jurisprudencia emanada de los Tribunales Colegiados de Circuito, formada por las ejecutorias, " siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias, no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran."⁸⁸

A pesar de su obligatoriedad prevista en la Ley de Amparo, la jurisprudencia sólo es la interpretación de las leyes, desentrañando su sentido, visto de esta forma, ayuda al legislador mexicano a determinar dentro de la amplia fórmula prevista en el artículo 386 del Código Penal, la punibilidad del delito, la acción dolosa atendiendo a la ilicitud penal que represente. Las ejecutorias de los Tribunales mexicanos son opiniones, interpretaciones de gran valor para el abogado, que siéndoles rentorios que se le conceden para sus actuaciones ante los tribunales.

(87) Ley de Amparo. 8a. ed. Ediciones Andrade, S. A. México, 1988. p. 360- 52 - 1.

(88) Castellanos, Op. cit., p. 78.

Atendiendo a la existencia de jurisprudencias sobre el fraude genérico, recurrimos a las que aparecen en la computadora de la Suprema Corte, a las del Boletín Judicial y a las que aparecen en diversos Informes, todas referencias acorde al texto federal del artículo 386 del Código Penal. La jurisprudencia existente es acorde en todo el camino jurídico del fraude genérico, respecto de sus elementos, del concepto de engaño con sus respectivos elementos y modalidades, del concepto de lucro, sobre el nexo casual, sobre la punibilidad y el iter criminis.

El ingenio humano para inventar medios de defraudación que afectan el patrimonio de las personas llega a sobrepasar los casos enunciados en la ley punitiva, por ello el legislador para no dejar impune estos hechos podrá auxiliarse de las normas jurisprudenciales siempre y cuando éstas, sean invocadas por algunas de las partes.

Quedando establecido que, "Cuando una desición jurisprudencial es declarada formalmente obligatoria para las decisiones futuras desempeña exactamente el mismo papel que la ley."⁸⁹

(89) García, Op. cit., p. 69.

Y " ninguna opinión de autor tiene, para el abogado el valor de una ejecutoria de nuestros tribunales que sea favorable en su tesis de defensa." ⁹⁰

III.5.- Doctrina.

Doctrina (del latín doctrina, de docere, enseñar.)
El diccionario de lengua española la define como " la opinión de uno o varios autores en cualquier materia." ⁹¹

Para el ilustre maestro García Maynez se le da el nombre de doctrina " a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación." ⁹²

La doctrina es una actividad de los particulares, de los estudiosos del derecho y de su problemática pero dichas opiniones carecen de obligatoriedad aún, cuando estas teorías vienen a ser fundamento de cambios en la ley, sólo serán fuente del derecho cuando lo establezca una ley; " de lo contrario unicamente sirve de guía a los

(90) Zamora, El fraude. Op. cit., p. XIV.

(91) Diccionario, Op. cit., Tomo 4. p. 1156.

(92) García, Op. cit. p. XIV.

jueces al interpretar las normas positivas, sin que pueda ser invocada para exigir su necesaria observancia, por carecer de fuerza obligatoria."⁹³

Particularmente en el delito de fraude genérico la doctrina se hace presente en cada uno de sus aspectos de estudio: en el hecho, en la tipicidad, en la antijuricidad, en la culpabilidad, la punibilidad y en el iter criminis. Un exponente del estudio de la doctrina mexicana respecto del fraude genérico es el destacado abogado Zamora-Pierce, pero estemos concientes que estudios respecto de este delito son escasos y la mayoría de las tesis son de autores extranjeros que se avocan al derecho positivo de su país.

El fraude genérico es un delito moderno y recurrente en la sociedad, pero la doctrina nacional no profundiza en su estudio; tal rezago se compensa según el parecer del elocuente Zamora-Pierce "... con la consulta exhaustiva de la jurisprudencia de nuestros Tribunales..."⁹⁴

(93) Castellanos, Op. cit., p. 77.

(94) Zamora, El fraude en el derecho positivo. Op. cit., p. 12.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

CAPITULO IV
TEORIA DEL DELITO.

- 1.- Dogmas de la teoría del delito.
- 2.- Conducta - ausencia de conducta.
- 3.- Tipicidad - atipicidad.
- 4.- Antijuridicidad - causas de justificación.
- 5.- Culpabilidad - inculpabilidad.
- 6.- Iter criminis.
 - A.- Ejecución.
 - B.- Consumación.
 - C.- Tentativa.
- 7.- Concurso de delitos.
- 8.- Participación.

CAPITULO IV. TEORIA DEL DELITO.

IV. 1.- Dogmas de la teoría del delito.

Llamamos teoría del delito, "a la parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, cuáles son las características que debe tener cualquier delito."⁹⁵ La teoría del delito brinda el camino para dilucidar si existe o no un delito respecto de un caso concreto.

Por principio, debemos dar el marco de referencia, con el cual, se "hace alusión al problema, para ubicarlo dentro de una óptica y dentro de un momento."⁹⁶

Partiendo de lo anterior, obtendremos el marco jurídico idóneo al presente capítulo. Conoceremos, tal como afirma el maestro Zamora Pierce, "las conclusiones de la teoría general del delito,"⁹⁷ que fundamentarán el análisis jurídico del delito llamado fraude genérico, materia de nuestro estudio.

(95) Zaffaroni, Op. cit., p. 333.

(96) Baena Paz, Guillermina. Instrumentos de Investigación. Editores Mexicanos Unidos, S. A. México, 1984, p. 18.

(97) Zamora, El Fraude en el ..., p. 17.

La doctrina divide a la teoría del delito en dos partes, señala al respecto Porte Petit, que éstas son:

"1) Existencia del delito (en su aspecto positivo y negativo).

2) Formas de aparición del delito."⁹⁸

Corresponde a continuación, examinar la existencia del delito:

La experiencia ha demostrado que plantear un concepto delito permanente o universal, es negar la realidad, ya que, cada generación tiene sus propios valores y crea los medios aptos para protegerlos. Los diferentes cambios históricos dan al delito un perfil de carácter regional y temporal.

La noción del delito es regional, porque cada país tiene su idea de lo que es bueno y malo; es temporal ya que, si una conducta es en el presente considerada un delito, en el futuro tal vez no. Por ejemplo: la esclavitud en el siglo XVIII era una actividad permitida, pero en nuestro siglo XX esa actividad es considerada un delito penado por la ley.

(98) Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. Editorial Trillas. México, 1990. p. 740.

Para algunos estudiosos, tal como el destacado Porte Petit, no es necesario que se defina al delito, " sería caer en la idea de fijeza y universalidad,"⁹⁹ lo cual aparte de inaceptable, sería irreal por lo ya expuesto. Sin embargo, la doctrina debe ser formal y debe dar un concepto de delito.

Francisco Carrará - representante de la escuela clásica -, define al delito como, "la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."¹⁰⁰ En tanto, que Rafael Garófalo - representante de la escuela positivista-, indica que el delito es una expresión de la naturaleza, es "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad."¹⁰¹ Para la corriente positivista, sólo era científico aquello que puede captarse sensorialmente.

(99) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. 15a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993. p. 201.

(100) Castellanos, Op. cit., p. 125.

(101) Ibidem., p. 126.

Definiendo en los Anales de Jurisprudencia, II, pág. 695, el delito "consiste en un acto antisocial y antijurídico, que es una negación del derecho, que está sancionado con una pena y causa perturbación social."¹⁰²

Nuestro Código Penal en su artículo 7 -definición tautológica, dice: Delito es acto u omisión que sancionan las leyes penales.

El delito es una ascepción dogmática, es la conducta humana típica, antijurídica y culpable.

La doctrina para el estudio jurídico de la teoría del delito recurre a dos métodos y son:

- 1) El Totalizador o unitario.
- 2) El analítico o atomizador.

El método unitario concibe al delito como un bloque monolítico, que no se deja dividir. En él, el delito es un todo indisoluble. Su verdadera esencia, afirma Porte Petit, "no está en cada uno de sus componentes... y tampoco en su suma sino en el todo y en su intrínseca unidad."¹⁰³

(102) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 245.

(103) Porte Petit, Apuntamientos..., Op. cit., p.197.

La concepción analítica proyecta al delito como todo que puede dividirse; para esta corriente el delito es estudiado por sus elementos constitutivos, integrando todos ellos una unidad.

Nosotros nos adherimos a los analíticos, por considerar -como afirma Petrocelli- "que el análisis no es la negación de la unidad, sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica"¹⁰⁴

Entrelazado al tema de la noción del delito, está el que corresponde a las circunstancias que rodean al ilícito. Estas circunstancias deben entenderse, a decir de Bettioli, como, "todos aquellos elementos del hecho, objetivos o subjetivos, que influyen sobre la cantidad del delito en cuanto lo hacen más o menos grave."¹⁰⁵ No son parte elemental del delito, son parte accidental del mismo. Dichas circunstancias agravan o atenuan el ilícito, sin que sean parte de su integración o desaparición.

(104) Castellanos, Op. cit., p. 129.

(105) Porte Petit, Apuntamientos..., Op. cit., p. 219.

Cabe señalar que las circunstancias pueden servir, "para contradistinguir un delito de un hecho ilícito o de otro delito,"¹⁰⁶ constituyéndose en un elemento constitutivo del delito.

El ilustre Porte Petit, "señala la siguiente clasificación de las circunstancias:"¹⁰⁷

- 1.- Por su génesis: a) Reales.
 b) Personales.

- 2.- Por su contenido: a) En cuanto al sujeto pasivo.
 b) En cuanto al sujeto activo.
 c) En cuanto a la naturaleza de la conducta.
 d) En cuanto a la relación causal.
 e) En cuanto al objeto material.

- 3.- Por su naturaleza: a) Subjetivos.
 b) Objetivos.

- 4.- Por el número: a) Simples.
 b) Complejos.

(106) Ibidem., p. 221.

(107) Idem., p. 222.

- 5.- En relación al tiempo: a) Antecedentes.
 b) Concomitantes.
 c) Consiguientes.

- 6.- Con relación al efecto
 jurídico que producen: a) Agravantes.
 b) Atenuantes.

- 7.- Por su extensión: a) Comunes.
 b) Especiales.

- 8.- Compatibles o incompatibles.

- 9.- Intrínsecas o extrínsecas.

- 10.- En relación al cono-
 cimiento que tiene el
 agente: a) Existentes.
 b) Inexistentes.

- 11.- Determinadas o indeterminadas.

La legislación penal de 1931 no regula en ningún artículo las agravantes o atenuantes, pero señala en forma general dentro del Título Tercero, "Aplicación de las sanciones," artículo 51 y 52, del Arbitrio Judicial; en ellos,

se indica que para la imposición de sanciones, " el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso." 108

Además, para los delitos de corrupción de menos - artículo 203 -, producción y tráfico de estupefacientes - artículo 198. pfo. 1º, inducción a la prostitución - artículo 205 pfo. 1º - y en el delito de producción y tráfico de estupefacientes y psicotrópicos - artículo 197-; para todos estos casos se indican específicamente las circunstancias agravantes. En el delito de cultivo de marihuana o cannabis - artículo 195. pfo. 1º - queda inscrita una circunstancia atenuante.

Las circunstancias del delito son a saber, accesorios que atenuan o agravan al delito, pero que no alteran la integración o desaparición del mismo.

(108) Código Penal, Op. cit., p. 17.

Corresponde ahora, ver la clasificación que la doctrina hace del delito, y es la siguiente:

- 1.- Atendiendo a su gravedad.
 - a) Crímenes.
 - b) Delitos.
 - c) Faltas.

- 2.- Por la conducta del agente.
 - a) De acción.
 - b) De omisión.
 - Omisión simple.
 - Omisión por omisión.

- 3.- Por su resultado.
 - a) Formales o de acción.
 - b) Materiales o de resultado.

- 4.- Por su duración.
 - a) Instantaneos.
 - b) Instantaneos con efectos permanentes.
 - c) Continuados.
 - d) Permanentes.

- 5.- Por el daño que causan.
 - a) De lesión.
 - b) De peligro.

- 6.- Por su elemento interno o culpabilidad.
 - a) Dolosos.
 - b) Culposos.

7.- Delitos.

- a) Simples.
- b) Complejos.

8.- Delitos.

- a) Unisubjetivos.
- b) Plurisubjetivos.

9.- Delitos.

- a) Unisubsistentes.
- b) Plurisubsistentes.

10.- Por su forma de persecución.

- a) Privados o de querrela necesaria.
- b) Los perseguibles de oficio.

11.- Por su materia.

- a) Comunes.
- b) Federales.
- c) Oficiales.
- d) Militares.
- e) Políticos.

12.- Clasificación legal.

- a) 1er. libro, art. 1º al 118 reglas generales del Derecho Penal.
- b) 2º Libro, art. 123-410. Contiene 23 grupos de delitos. (artículos 119 a 122 derogados).

De acuerdo a esta clasificación en México no se atiende a la gravedad del delito, ya que la ley sólo se ocupa de los delitos en general. Por la conducta del agente, la ley penal acepta a los delitos de acción y de omisión. Los delitos de acción, " se cometen mediante un comportamiento positivo, en ellos se viola una ley prohibitiva." 109

En los delitos de omisión, no se ejecuta lo ordenado por la ley penal, en ellos se viola una ley dispositiva; además se dividen en delitos de omisión simple y de omisión por omisión. Los primeros, "consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada." 110 Produciendo un resultado formal. Los delitos de comisión por omisión son aquellos en los cuales, el sujeto decide no actuar originando un resultado material.

Por su duración, el Código Penal en el artículo 7 señala sólo a los delitos instantáneos, permanentes y continuados. En los instantáneos la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos. En los permanentes, la consumación se prolonga en el tiempo, es continuo en la conciencia y

(109) Castellanos, Op. cit., p. 136.

(110) Ibidem.

en la ejecución. El delito continuado ocurre cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal. Es continuo en la conciencia pero discontinuo en la ejecución.

Atendiendo al daño que causan, serán de lesión, aquellos que, "causen un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada."¹¹¹ Y los de peligro no causan un daño, pero sí ponen en peligro el interés protegido.

Por su elemento interno, el Código Penal en el artículo 8 indica, que los delitos pueden ser intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales. Los primeros dirigen la voluntad al hecho típico aceptando el resultado ilícito.

Los imprudenciales, son aquellos en los que se realiza el hecho típico por incumplir un deber de cuidado y serán preterintencionales los que causen, "un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia." ¹¹²

(111) Castellanos, Op. cit., p. 137

(112) Código Penal, Op. cit., p. 3.

En referencia a los delitos simples, éstos, se suceden cuando la lesión jurídica es única; en los delitos complejos se unifican dos figuras delictivas simples, configurándose una compleja.

Tocante a la clasificación de los delitos en unisubjetivos y plurisubjetivos; los primeros requieren de una sola persona y los segundos se reconoce la necesidad de varias personas para efectuar el ilícito, por ejemplo en la asociación delictuosa (artículo 164 del Código Penal). Ahora bien, los delitos unisubsistentes y plurisubsistentes hacen referencia al número de actos que forman el ilícito; en los primeros se realiza en un sólo acto y los plurisubsistentes necesitan varios actos reiterados sobre el mismo hecho.

Por su forma de persecución, los hay de oficio, los cuales con previa denuncia la autoridad interviene y está obligada por mandato legal para perseguir y castigar "a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos." ¹¹³ Son perseguibles por querrela, sólo aquellos en que el ofendido o sus legítimos representantes realicen la denuncia. La ley penal esclarece la forma en que cada delito debe ser tratado.

(113) Castellanos, Op. cit., p. 144.

El catálogo de los delitos por su materia, señala a los delitos comunes como, "aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales."¹¹⁴ Los de litos federales, se establecen por excepción en leyes expedidas por el Congreso de la Unión. En tercer lugar están los delitos militares, para los cuales la Constitu ción señala en el artículo 13 las reglas para estos deli tos. Acerca de los delitos oficiales, escribimos que son los cometidos por funcionarios en abuso de sus actos de trabajo. En cuarto lugar tenemos a los delitos políticos descritos en el artículo 144 del Código Penal, el cual, señala como tales, a la rebelión, sedición, motín y el de conspiración.

La Ley penal de 1931 pretendió, "en términos generales, hacer la división de los delitos teniendo en cuenta el bien o el interés protegido. Pero lo cierto, -tal como lo critica Fernández Doblado- nuestra clasificación se apar ta del criterio científico que pretende." ¹¹⁵

(114) Castellanos, Op. cit., p. 144.

(115) Ibidem, p. 146.

Afirmamos que seguiríamos un razonamiento analítico para el estudio del delito y así, determinar los elementos que lo integran. No existe un criterio uniforme entre los autores, respecto de los elementos del delito, para algunos se integra de dos elementos (forma bitómica) y hasta de siete elementos (forma heptatómica). En ésta última concepción, la tratan Jiménez de Asúa y Porte Petit, entre otros; esos siete elementos son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de penalidad y la punibilidad.

Por nuestra parte, nos adherimos a la corriente te-tratómica, la cual, señala al delito como: "la conducta o acción, típica, antijurídica y culpable."¹¹⁶ En la concurrencia de estos elementos no existe una cronología exacta, pero sí, una prelación lógica. Cronológicamente concurren todos esos elementos a la vez sin prioridad temporal entre ellos, pero por lógica observamos que inicialmente hay una conducta; luego verificaremos su amoldamiento al tipo penal, además, constatar si dicha conducta es antijurídica. Investigando a la par, la capacidad intelectual y volutiva del agente y finalmente indagar si el autor obró con culpabilidad.

(116) Castellanos, Op. cit., p. 129.

La prelación lógica afirma Porte Petit se observa, ya que, "para que concurra un elemento del delito debe ante cederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito." 117

Debemos comentar que en la concepción heptatómica, se aumentan 3 elementos respecto de la que nosotros seguiremos, debido a que para los primeros, la imputabilidad es un elemento. Pero tal como señalan los destacados juristas Castellanos Tena, Villalobos o Mezger, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y no un factor esencial del ilícito.

Respecto de las condiciones objetivas de penalidad, afirma Villalobos, "son condiciones de ocación, que con más frecuencia faltan, que concurren en los delitos,"¹¹⁸ y por tal inconstancia, no son elemento del delito; son parte o anexo del tipo.

En el caso de la punibilidad, debemos observar que, la ley penal establece delitos no punibles, tratándose de las excusas absolutorias no se aplicará la pena a pesar

(117) Cit. por Pavón Vasconcelos, Derecho..., p. 167.
(118) Villalobos, op. cit., p. 222.

de existir el delito, por ello, la punibilidad no alcanza jerarquía de elemento positivo, por ser, "una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo."¹¹⁹

Además, las condiciones objetivas y la punibilidad como señalamos, se suceden sólo en algunos delitos pero nosotros en nuestro análisis abarcamos a cualquier delito y no sólo a las excepciones.

A cada uno de los elementos que integran el delito se contraponen un aspecto negativo y de acuerdo al método aristotélico de sic et non, se aplica lo que el delito es a lo que no es. Un factor negativo produce la ausencia de un elemento del delito por lo cual, no se integra el ilícito.

De manera ejemplificada, quedaría de la siguiente manera:

Teoría del Delito.

Concepción tetratómica.

Aspectos Positivos.

- 1.- Conducta.
- 2.- Tipicidad.

Aspectos Negativos.

- Ausencia de conducta.
- Atipicidad.

(119) Castellanos, Op. cit., p. 131.

- 3.- Antijuridicidad. Causas de justificación (Juridicidad)
- 4.- Culpabilidad. Causas de inculpabilidad.

Concepción dogmática del delito en su aspecto positivo.

- 1.- Conducta: artículo 7 del Código Penal y núcleo del tipo respectivo.
- 2.- Tipicidad: adecuación a alguno de los tipos penales.
- 3.- Antijuridicidad: cuando habiendo tipicidad no existe una causa de justificación o licitud.
- 4.- Culpabilidad: cuando exista reprochabilidad.

Concepción dogmática del aspecto negativo del delito.

- Ausencia de Conducta: artículo 7 del Código Penal, interpretado a contrario sensu y el artículo 15 fracc.I.
- Atipicidad: cuando no haya adecuación a alguno de los tipos descritos en la ley.
- Causas de Justificación: legítima defensa (art. 15, Fracc. III). Estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es menor entidad) -art.15, Fracc. IV-. Ejercicio legítimo de un derecho -art. 15, Fracc. V-.

- Inculpabilidad: error de licitud (art. 15, Fracc. XI, parte final).

Acorde a la concepción dogmática del delito que hemos adoptado y siguiendo una prelación lógica; el ilícito se inicia con una conducta humana típica - se halle descrita en la ley-, sea antijurídica - contraria al orden jurídico existente- y culpable - que le sea reprochable al autor-.

IV. 2.- Primer Elemento del Delito:

Conducta o Hecho.

Para algunos autores, como Jiménez de Asúa, Mezger o Pavón Vasconcelos, la conducta es llamada acción, acto, tipo o hecho. Y aún más, para Porte Petit, el hecho incluye a la conducta humana además de "un resultado y de la relación causal. El hecho comprende a la acción y al resultado." 120

López Gallo precisa que, "la conducta es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria (o no voluntaria en los delitos culposos por olvido), que produce un resultado con violación:

- a) de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos;
- b) de una preceptiva en los delitos omisivos; y
- c) de ambas en los delitos de comisión por omisión." 121

El destacado maestro Pavón Vasconcelos define al hecho como: "género en los delitos que requieren, con relación al tipo, un resultado material, estimamos elementos del mismo: la conducta, el resultado y el nexo de causalidad existente entre el primero y el segundo." 122

(120) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 273.

(121) Cit, por Pavón, Derecho..., p. 185.

(122) Ibidem.

Como observamos, la conducta humana consistirá tanto en un hacer voluntario como en un hacer o no hacer voluntario, encaminado a un propósito.

Nosotros utilizaremos la noción de hecho como primer elemento positivo del delito. Entendido como la conducta, el resultado y el necesario nexos causal entre ambos.

El estudio completo de la conducta incluye hablar de los sujetos que intervienen en ella, del objeto y de las formas de conducta.

I.- SUJETOS.

Los actos u omisiones que modifican o afectan la convivencia en sociedad sólo corresponden a conductas humanas; el hombre es el único capaz de externar su voluntad.

Los sujetos que intervienen en un hecho son:

a) Sujeto activo: es el que quebranta la norma jurídica penal. Ejemplo: el ratero.

b) Sujeto pasivo: es el titular del derecho violado. e.g.: el robado.

c) El ofendido: es el tercero sobre el que recaen los efectos negativos del delito.

En algunos sucesos el sujeto pasivo, y el ofendido son uno mismo, como en el caso de robo, en donde el robado es el sujeto pasivo y ofendido; en tanto, en el homicidio el occiso es el sujeto pasivo y el ofendido es la tercera persona (familiar) la que resiente el daño.

Cabe hacer referencia, que las personas morales pueden intervenir como sujetos pasivos u ofendido, pero no actuar como sujetos activos, ya que, carecen de voluntad propia. Las personas físicas son las únicas que intervendrán en cualquiera de las tres formas ya vistas.

II. OBJETO.

El objeto del delito queda dividido en dos aspectos:

a) Objeto material: es el sujeto o cosa sobre la que recae el daño o peligro del delito.

b) Objeto jurídico: es el bien o institución jurídica, " tutelada a través de la ley penal mediante la amenaza de la sanción,"¹²³

(123) Pavón, Derecho..., p. 175.

III. FORMAS DE CONDUCTA.

La voluntad expresa del sujeto reviste las siguientes formas:

- A) De acción.
- B) De omisión simple.
- C) De omisión impropia o comisión por omisión.

A) La acción consiste en una actividad humana positiva, con violación de una norma prohibitiva, con resultado concreto o formal. Por ejemplo: disparar un arma contra un semejante.

La acción entendida por Jiménez de Asúa es, "la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior."¹²⁴ El jurista argentino Cuello Calón identifica a la acción como: " La conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado."¹²⁵ Un resultado que modifica el mundo exterior.

El maestro Porte Petit, define a la acción como: " La actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico." ¹²⁶

(124) Pavón, Derecho..., p. 197.

(125) Ibidem.

(126) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 277.

Los elementos de la acción son:

a) Una actividad o movimiento corporal, con relación a la descripción contenida en el tipo legal.

b) Voluntad o querer realizar dicha actividad, es un actuar voluntario, violando una ley prohibitiva. Requiere el nexo psicológico entre el sujeto y la actividad, ya que, la voluntad va dirigida al movimiento corporal.

B) En la omisión simple, se deja de hacer algo que se debe hacer; son actos humanos de conducta negativa, viola una norma preceptiva, con resultado jurídico o típico. " Se muta el orden jurídico pero no el material." ¹²⁷

Villalobos cita al respecto que, "el hombre que debiendo denunciar o impedir un delito no lo hace, actúa de esta manera en favor del delincuente y en contra de la sociedad..." ¹²⁸ Otros ejemplos más, se observan en los artículos 158 F. I. ,176, 178 del Código Penal.

(127) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 242.

(128) Villalobos, Op. cit., p. 254.

La conducta de omisión, escribe Pavón, " Es la forma de conducta negativa o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal." ¹²⁹

Para Porte Petit, "la omisión simple consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico." ¹³⁰

En tanto, que para Mezger, en la simple omisión, "llamada omisión propia (delito de omisión) se castiga el no hacer de la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario el resultado." ¹³¹

Los elementos de la conducta de omisión simple a saber son:

- a) Voluntad de omitir el deber de actuar (olvido).
- b) Inactividad, el no hacer lo esperado y exigido por el mandato legal.
- c) Deber jurídico de obrar. Contenido en la norma penal. Para algunos, como Mezger, el deber jurídico no es un elemento propio de la conducta de omisión, sino que pertenece a la teoría de la antijuridicidad.

(129) Pavón, Derecho..., p. 200.

(130) Porte Petit, Progrma..., p. 283.

(131) Mezger, Op. cit., p. 118.

d) Resultado típico. Sólo se afecta el orden jurídico sin obtener un resultado material en la consumación del delito.

c) La conducta de omisión impropia implica una actividad humana inicial pero cuyo resultado jurídico y material viola una ley preceptiva y una ley prohibitiva. Lo que se castiga es el resultado. Por e.g.: el homicidio que comete la enfermera encargada de cuidar a un inválido, que suprime las medicinas urgentes o los alimentos necesarios.

La conducta de comisión por omisión explica Porte Petit, "produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva."¹³²

Por su parte, Mezger indica que en la "llamada omisión impropia (delito comisivo mediante omisión); aquí, la circunstancia de que no se actúa debe producir un resultado; a la no realización de la acción esperada y exigida."¹³³

(132) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 243.

(133) Mezger, Op. cit., p. 118.

Por su parte Cavallo afirma que, la omisión impropia, "consiste en la violación de un mandato de hacer, mediante la inobservancia de un mandato de no hacer."¹³⁴ Y para Cuello Calón, esta conducta omisiva, se refiere, " a la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe el deber de obrar, - o - en la producción de un cambio en el mundo externo mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer."¹³⁵

La omisión impropia cuenta con los siguientes elementos:

- a) Voluntad, querer no realizar la acción esperada y exigida.
- b) Inactividad, que viola la norma preceptiva o imperativa.
- c) Deber de obrar y deber jurídico de abstenerse, recordando que, éste último deber, más que un elemento de la conducta es, "la valoración objetiva que sobre la omisión se hace desde el punto de vista de la antijuridicidad."¹³⁶
La conducta no realizada (esperada) es impuesta como un deber emanada de un precepto jurídico, existiendo el deber jurídico de abstenerse.
- d) Resultado típico y material; "se produce un cambio en el mundo exterior, al violarse la norma prohibitiva."¹³⁷.

(134) Cit. por, Porte Petit, Programa..., p. 287.

(135) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 243.

(136) Pavón, Derecho..., p. 202.

(137) Porte Petit., Apuntamientos..., p. 250.

Cabe aclarar que, unida a la acción o conducta está el resultado y el nexo causal, éstos últimos no forman parte de la conducta, la acompañan en forma directa. Siendo su estudio según afirma Zaffaroni, "no un problema jurídico sino físico." ¹³⁸ Pero independientemente, el resultado y nexo causal sí forman parte del hecho, "el cual a su vez, es elemento material del delito, cuando describe un resultado material." ¹³⁹

D) RESULTADO.

Cuando el actuar humano (acción u omisión) produce efectos en el mundo físico, se habla de que hubo un resultado. Pavón afirma que el resultado de la conducta produce, "modificaciones en el mundo fenomenológico." ¹⁴⁰ Pero en caso de que esa conducta quede en grado de tentativa, anota Antolsei, "el resultado no puede considerarse como un elemento inflexible del delito." ¹⁴¹

(138) Zaffaroni, Op. cit., p. 366.
(139) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 262.
(140) Pavón, Derecho..., p. 205.
(141) Op. cit., p. 262.

E) RELACION DE CAUSALIDAD.

Entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente. Cabe aclarar que sólo tiene sentido estudiar la relación de causalidad en los delitos de resultado concreto, aquellos que producen una mutación en el mundo exterior. Existirá nexo causal, "cuando suprimiendo una de las condiciones no se produce el resultado." 142

La causalidad entre la conducta y el resultado se dará tanto en conductas de acción, como en las de omisión. " En efecto, la omisión será causa del resultado si suprimida mente y supuesta hipotéticamente la acción esperada el resultado no se hubiera verificado." 143

Existen dos doctrinas sobre la causalidad y son:

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones

(conditio sine quanon) : que considera a todas las condiciones como causa del resultado. Y si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce.

(142) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 264.

(143) Pavón, Derecho..., p. 225.

b) "Las que entresacan de todas las condiciones, una como productora del resultado, en consideración de nota temporal, cuantitativa o cualitativa (individualizadora."¹⁴⁴

La Jurisprudencia indica que, "La tesis que aparece como correcta para decir sobre la presencia de la causalidad es la que afirma que ésta existe cuando hay equivalencia de las condiciones, relevancia de las mismas y culpabilidad del agente. Existe causalidad cuando las condiciones son equivalentes, relevantes y culpables. Una condición es equivalente cuando suprimida, no produciría el resultado; pero la condición debe ser relevante, ello es, debe ser tal, que la capte la ley en cualquiera de las descripciones que hace las conductas humanas que erige en delitos; y debe además ser culpable el sujeto que pone la condición, pues de lo contrario se estaría desconociendo el nexo causal psicológico."¹⁴⁵

(144) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 265.

(145) Porte Petit, Programa..., p. 311.

El Código Penal Mexicano regula el nexo causal en orden al homicidio en los artículos 303, fracción I, 304 y 305. Para autores como Raúl Carrancá, Porte Petit Candau-dap sostienen que la teoría de la *conditio sine qua non* es la que ha tenido cabida en nuestro Derecho. Por e.g.: en el Art. 304, afirma Jiménez de Asúa: "se estima sin efecto para anular el tipo de homicidio, la concausa posterior de no prestarse oportuno auxilio, y la preexistencia de la personalidad del herido como su constitución física."¹⁴⁶ Sin embargo, en el artículo 305, se admite las concausas o nuevas series causales posteriores a la lesión. Con ello, puede decirse que la ley establece una limitación al funcionamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

(146) Cit. pos., Porte Petit, Apuntamientos..., p. 287.

IV) LUGAR Y TIEMPO DE COMISION DEL DELITO.

Normalmente la conducta en cualquiera de sus formas y el resultado se producen en un mismo tiempo y lugar y de forma excepcional no coincidirán. Para resolver la problemática de estimar cuándo y dónde se cometió el delito y con ello determinar la jurisdicción de los tribunales, conoceremos las teorías que dan respuesta a tal situación.

- a) Teoría de la actividad.
- b) Teoría del resultado.
- c) Teoría del conjunto o ubicuidad.

a) En la teoría de la actividad se afirma que el delito se comete en el lugar y tiempo de la acción o de la omisión.

b) Para la teoría del resultado, el delito se realiza en el lugar y tiempo de producción del resultado.

c) Y en la teoría del conjunto, señala que el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de realización de la conducta, como también en donde y cuando se produce el resultado.

Nuestra Legislación penal de 1931, no regula con precisión el lugar y tiempo de comisión de un delito, pero en el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, se indica: "Para todos los efectos penales se tendrá por cometido el delito en el lugar y tiempo en que se realicen la conducta o el hecho o se produzca el resultado - artículo 5 -."¹⁴⁷

¶ Dicho Proyecto, acoge la teoría de la ubicuidad, y tal como afirma Pavón Vasconcelos y Mezger, "sólo es posible presentar soluciones en orden a los diversos problemas concretos."¹⁴⁸

Al precisar el lugar y tiempo de comisión de un hecho ilícito, se fija la aplicación de la Ley penal en los ámbitos espacial y temporal, así, "serán competentes tanto los tribunales del lugar en que se haya realizado la conducta o el hecho, como los del lugar en que se haya producido el resultado, si dentro de la hipótesis concreta cabe tal probabilidad."¹⁴⁹

(147) Porte Petit, Programa..., p. 373.

(148) Pavón, Derecho..., p. 249.

(149) Porte Petit, Programa..., p. 374.

Pero no sólo la delimitación de competencia jurisdiccional otorga la importancia al tema, sino que, se debe fijar el lugar para:

a) "Saber con certeza si el hecho es o no punible en el territorio en el cual tiene obligatoriedad la ley penal."¹⁵⁰

Debe establecerse el tiempo de comisión del delito para:

a) "Dilucidar si es o no aplicable la ley vigente;

b) Fundamentar en su caso, la antijuridicidad, la imputabilidad o la culpabilidad de la conducta o hecho realizado, y

c) Para esclarecer si ha operado o no la prescripción de la acción penal."¹⁵¹

La teoría mixta o de ubicuidad se aplicará también, respecto del lugar y tiempo en los delitos de omisión. Mezger denota que, la omisión sólo se fundamenta de modo externo

(150) Pavón, Derecho..., p. 246.

(151) Ibidem.,

y con relación al deber contenido en la norma, la acción esperada y exigida, "es determinante en los problemas del lugar y tiempo de la omisión."¹⁵² Se atenderá al tiempo y al lugar en que debió prestarse o realizarse la acción om
tida.

Respecto de los delitos de comisión por omisión, el lugar y tiempo se atenderá en razón del "resultado exigido por el tipo legal. Se entienden cometidos en el lugar don
de se produce el resultado típico."¹⁵³

(152) Ibidem., p. 249.

(153) Villalobos, Op. cit., p. 257.

ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA.

- AUSENCIA DE CONDUCTA.

La falta del actuar humano ya positiva o negativa impide la formación de la figura delictiva. La conducta es como afirman algunos, el "soporte naturalístico del ilícito penal."¹⁵⁴

Existe ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos, por faltar en ellos la voluntad."¹⁵⁵

Los elementos que dan pausa a la ausencia de conducta están señalados en el capítulo IV de la Ley penal, con el Título de Circunstancias excluyentes de responsabilidad.

(154) Castellanos, Op. cit., p. 162.

(155) Pavón, Derecho..., p. 254.

El término circunstancias que emplea nuestra codificación es criticable; nosotros unidos a la opinión del distinguido José Almaraz opinamos que éste vocablo no es el correcto, ya que, "circunstancia es accidente de tiempo, de lugar, de persona, etcétera, unido a la esencia de un ser, cosa o acto, pero tratándose de materia jurídica, ese accidente alcanza tan extraordinaria importancia, que deja de ser accidente y se transforma en algo especial, a tal grado, que el mismo Carrará enseñaba que cambia el nombre del delito."¹⁵⁶ Y más que circunstancias deben llamarse causas excluyentes de la conducta.

Advertimos como supuestos doctrinarios aquellos en los cuales, no hay voluntad a pesar de que participa el hombre. y son:

- a) Vis absoluta o fuerza física exterior irresistible.
- b) Vis maior o fuerza mayor.

Algunos autores como Jiménez de Asúa, Porte Petit o Castellanos Tena agregan a los actos reflejos como causa

(156) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 317.

de ausencia de conducta. Además Jiménez de Asúa añade también al sueño, el sonambulismo, la sugestión, la hipnosis, la narcosis y la inconsciencia.

a) La vis absoluta, es el obrar violentado por fuerza física irresistible. Es forzado de hecho a hacer algo que no acepta; no existe la manifestación de voluntad; se actúa como, "mero instrumento."¹⁵⁷ Su procedencia deriva de otro hombre que es su causa.

Corroborando lo anterior, la Jurisprudencia indica que un sujeto obra bajo vis absoluta, cuando:

" Actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre el se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, a la cual se ve sometido por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella."¹⁵⁸

b) La vis maior procede de la naturaleza, es energía subhumana; es: La actividad o inactividad involuntarias por actua

(157) Castellanos, Op. cit., p. 163.

(158) Porte Petit, Programa..., p. 381.

actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales." ¹⁵⁹

López Gallo define a la vis mair como, "una energía no humana (natural, subhumana o animal), física, irresistible padecida por un sujeto que se ve arrollado en la producción de un hecho cuyo resultado no es posible atribuir a tal sujeto, por ser patente la ausencia de su conducta." ¹⁶⁰

La ausencia de voluntad evita la integración del hecho y por tanto, de una conducta delictuosa.

Aceptamos a la vis absoluta y a la vis mair como causas de ausencia de conducta, además de cualquier otra causa capaz de eliminar ese elemento básico, aún cuando no esté expresado en la ley. Pero respecto del sueño, son ambulismo e hipnotismo diferimos de considerarlos excluyentes, en éstos casos existe la conducta, lo que falta es, "una verdadera conciencia." ¹⁶¹ Puede surgir responsabilidad culposa respecto de los casos en que el sujeto conoce su estado (de sueño, sonambulismo o hipnotismo).

(159) Pavón, Derecho..., p. 257.

(160) Pavón, Derecho..., p. 258.

(161) Castellanos, Op. cit., p. 165.

Analizado el primer elemento del delito en su aspecto positivo y negativo, continuemos a encuadrar el hecho al delito de fraude genérico.

EL HECHO EN EL FRAUDE GENERICO.

En el fraude el elemento objetivo es un hecho, porque reúne una conducta, un resultado material y una relación causal entre ellos.

La conducta típica en el fraude implica de acuerdo al artículo 386 del Código Penal es:

- a) La de engañar a alguien o,
- b) aprovecharse del error de un sujeto.

1. SUJETOS Y OBJETOS.

a) Sujeto (s) activo (s), pueden ser cualquier persona física.

b) Sujeto (s) pasivo (s), será cualquier persona física o moral.

Objetos:

a) Material, son los bienes muebles e inmuebles y los derechos, además de cualquier cosa incorpórea.

b) Jurídico, es el patrimonio de las personas.

El fraude genérico por la voluntad o conducta manifiesta es un delito de acción, expresada por el verbo engañar.

La palabra engañar implica dos aspectos:

- 1) Engañar es, "la falta de verdad en lo que se dice y hace (mentiras), o la,
- 2) falta de verdad en lo que se cree (error)."¹⁶²

Engañar implica crear, "un mecanismo psicológico por parte del sujeto activo para inducir al pasivo a que caiga en una situación incierta."¹⁶³ Ejerciendo en él, un dominio psicológico e intelectual. Ya que, resulta más lucrativo y menos riesgoso engañar que ejercer violencia en una conducta delictiva.

(162) Zamora, El fraude en el ..., p. 35.

(163) Amuchategui Requena, Irma G. Derecho Penal.
Editorial **Harla**, S. A. México, 1993. p. 394.

En su primer aspecto, engañar significa: falta de verdad, sinónimo de mentira, se falsea la verdad en lo que se hace, dice o promete, crea una ilusión, "una situación falsa como verdadera y determinante."¹⁶⁴ El engaño es: "sinónimo de ardid...) es un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir a error de manera más fácil."¹⁶⁵

Pero no basta la mentira, ya que ésta, no es un delito, ni se considera medio idóneo en la comisión del fraude, sino que, la mentira debe estar reforzada del error en que cae, el sujeto pasivo.

Al contemplar la ley penal, denotamos que el fraude también puede cometerse al aprovecharse del error en que el sujeto se halle, parece que este rasgo, clasifica al delito de fraude como delito de omisión ya que, se engaña a la víctima y cuando se halle en el error, el delincuente se abstiene de obrar. Nosotros nos adherimos a la opinión de Zamora Pierce, afirmando que el fraude genérico sólo se dará por una conducta de acción. El error en que se encuentra la víctima es el

(164) Soler, cit. por, Pedroza Op. cit., p. 34.

(165) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Parte especial. Volúmen V. Reimpresión de la 1ª ed. Temis, S. A. Columbia, 1989. p. 127.

presupuesto material del hecho (condiciones en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho); es necesario que el estafador actúe para lograr del engañado la disposición patrimonial que lo enriquezca. De lo contrario, "si logra engañar, pero a pesar de ello no consigue el resultado económico buscado, no hay consumación y sí, tan solo tentativa de fraude."¹⁶⁶

El efecto de engañar debe inducir a error en el sujeto pasivo. El error, "es la ignorancia o falso conocimiento de una situación de hecho."¹⁶⁷

Señala Díaz de León que: "Todo engaño o acción de mala fe ejecutada con el fin de procurarse un beneficio ilícito en perjuicio y a expensas de otro, es constitutivo del delito de fraude."¹⁶⁸

II.- RESULTADO.

El delito de fraude, "es un delito material o de

(166) Zamora, El fraude en el ..., p. 36.

(167) Maggiore, Op. cit., p. 128.

(168) Díaz de León, Marco Antonio. Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal. Comentado. Porrúa, S. A. México, 1990., p. 287.

resultado, pues su integración conceptual presupone el desplazamiento o la disminución patrimonial que implica el acto de disposición." 169

El resultado, "es el efecto natural de la conducta humana..." 170 Como concepto jurídico, afirma Pannquin, el resultado es, "la ofensa o lesión del interés penalmente protegido." 171

Nuestra Ley penal relaciona a la conducta con el resultado al afirmar que - el hacerse ilícitamente de una cosa es para obtener un lucro indebido - y así, se conjunta el resultado material al resultado jurídico.

El resultado material del fraude genérico, ocurre cuando el sujeto activo dispone del patrimonio de la víctima que lo entrega pasivamente. La jurisprudencia y la doctrina confirman la existencia del resultado material, citando como e.g.: firmar unas escrituras, XL, 1549.

El resultado jurídico se dá cuando la ofensa afecte, " el interés protegido por la norma penal." 172

(169) Díaz, Op. cit., p. 294.

(170) Zamora, El fraude en el ..., p. 37.

(171) Ibidem.

(172) Petrocelli, cit. pos., Zamora, El fraude en el..., p. 39.

Con las aseveraciones anteriores, observamos que el resultado material surge cuando se dispone del patrimonio del sujeto pasivo y que el resultado material va unido al resultado jurídico. Así, el interés afectado y que protege la norma penal es el patrimonio del sujeto pasivo, y no la propiedad como señala Sebastián Soler. Nuestra Ley penal adopta el término de patrimonio para señalar el bien jurídico amparado.

El artículo 386, emplea dos términos para hablar del bien defraudado y son:

- a) Alguna cosa, y
- b) Un lucro.

A nuestro parecer, el término - alguna cosa - va incluido en la noción que de lucro tenemos. El lucro abarca todos los beneficios patrimoniales que el delincuente puede obtener. Para otros, - alguna cosa -, "son los bienes corporales de naturaleza física, muebles e inmuebles."¹⁷³ Y los lucros indebidos son: "aquellos ilícitos beneficios, utilidades o ganancias económicas."¹⁷⁴

(173) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los delitos. Porrúa, S.A. México, 1982, p. 250.

(174) Ibidem. p. 251.

III. NEXO CAUSAL EN EL FRAUDE.

Al concurrir la conducta y el resultado, surge la necesidad de un nexo causal entre ambos. En el fraude el nexo causal surge, "entre la conducta y su resultado, el cual debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva."¹⁷⁵

Para determinar las conductas que causan fraude, debemos aplicar la teoría generalizadora de la conditio sine qua non (equivalencia de las condiciones) de Von Buri, en ella, "todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa ; el resultado surge por la suma de ellas, teniendo el mismo valor." ¹⁷⁶

"El nexo causal en el fraude une el engaño (conducta) con el acto de disposición patrimonial de la víctima (resultado material). El acto de disposición patrimonial de la víctima (resultado material) está unido, normativamente al lucro (resultado jurídico). El nexo causal, en el fraude, es de naturaleza psicológica." ¹⁷⁷

(175) Castellanos, Op. cit., p. 156.

(176) Ibidem., p. 157.

(177) Zamora, El Fraude en el..., p. 46.

El nexo causal entre el error y engaño, "no precisa que el error se deba a alguna iniciativa del culpable, el cual puede servirse del error del paciente (como acaece siempre que el estafado va él mismo en busca del estafador para pedir su ayuda." ¹⁷⁸

Queda establecido que las conductas humanas fraudulentas, son aquellas maniobras que tienen una relación causal respecto del lucroobtenido. Cuando por el engaño o aprovechamiento del error el sujeto pasivo entregue su patrimonio, "no deberá exigirse precisamente la demostración de una entrega material, pues la remisión de la cosa, para emplear el artificioso léxico del Derecho privado, puede ser virtual."¹⁷⁹ El engaño o aprovechamiento de un error, que el autor se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido y la relación de causalidad entre ambos elementos, son las constitutivas inseparables del delito de fraude genérico; " no basta probar la existencia de una o de dos: indispensable es la reunión del conjunto."¹⁸⁰

(178) Maggiore, Op. cit., p. 128.

(179) González, Op. cit., p. 251.

(180) González, Op. cit., p. 249.

IV. CLASIFICACION DEL DELITO DE FRAUDE GENERICO.

Por principio, este delito en orden a la conducta del sujeto activo es:

- a) Un delito de acción.
- b) Respecto de los actos que lo integran puede ser unisubsistentes o plurisubsistentes.
- c) Por su resultado es un delito material.
- d) Es un delito de lesión, ya que, causa un daño efectivo.
- e) Generalmente es un delito instantáneo con posibilidad de que se presente bajo la forma de delito continuado.
- f) Por los sujetos que participan es un delito monosubjetivo, con opción de concurso real o material.

El fraude es un delito de acción, cuando se conforma como un hecho típico, antijurídico y culpable. Además es un delito que lesiona el patrimonio y que va en aumento por los múltiples medios que el defraudador suele emplear, denota un despliegue de engaños, se reviste de mil tonalidades.

El delito de fraude es considerado como uno de los de mayor importancia dentro de la criminalidad en México así, lo señala el maestro Rodríguez Manzanera en su cuadro comparativo titulado: " Presuntos delincuentes." 181

El aumento en este delito no sólo es a nivel nacional sino que el ataque al patrimonio es un problema mundial.

- AUSENCIA DE CONDUCTA.

En el delito de fraude, el sujeto activo entrega su patrimonio voluntariamente, supone la conciencia de su parte, por lo tanto, no se presenta ninguno de los casos de ausencia de conducta.

IV. 3.- TIPICIDAD.

Una conducta o hecho humano inicia la estructura del delito, de acuerdo al estudio lógico que planteamos. Corresponde la siguiente etapa al análisis de la tipicidad.

(181) Rodríguez Manzanera, Luis. 1a. ed. Porrúa, S.A. México, 1979. p. 486.

No toda conducta o hecho son delictuosos, es necesario que esa conducta sea típica, y lo será cuando: estén juntos "todos los elementos encuadrados en el tipo legal (tanto en el genérico como en cada uno de los específicos)."¹⁸²

Debemos diferenciar el concepto de tipo del de tipicidad; el tipo, "es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto."¹⁸³ La tipicidad es indicio de la antijuridicidad.

Todo delito conlleva un tipo legal. " El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, la tipicidad pertenece a la conducta."¹⁸⁴ Beling afirma que, "la tipicidad tiene una función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito."¹⁸⁵ En tanto, que Porte Petit, comenta que, "el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción material, contiene además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos."¹⁸⁶

(182) Amuchategui, Op. cit., p. 395.

(183) Castellanos, Op. cit., p. 167.

(184) Zaffaroni, Op. cit., p. 393.

(185) Villalobos, Op. cit., p. 267.

(186) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 335.

A este respecto, la jurisprudencia menciona que,
" el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena."¹⁸⁷ Idea con la que concordamos.

I. FACTORES DEL TIPO.

El tipo reviste, dos sentidos: uno descriptivo de la conducta y otro descriptivo del efecto de la acción u omisión.

Para determinar una u otra, es necesario conocer los elementos que integran al tipo. En este sentido, Heinrich Jeschek dice: "Los pilares básicos del tipo son el bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción, cada uno adornado de los demás elementos que los caracterizan de forma más precisa."¹⁸⁸

Son tres los factores que integran al tipo, y son:

- a) Elementos objetivos.
- b) Elementos normativos.
- c) Elementos subjetivos.

(187) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 335.

(188) Ibidem., p. 341.

Los elementos objetivos son: "aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal."¹⁸⁹

La descripción de la conducta (acción u omisión) se expresa regularmente por un verbo pero puede hacerlo también por un sustantivo, por referencias, etcétera. Estas modalidades son:

1) Modalidades respecto del sujeto activo. En el cual, la ejecución de la conducta es determinada por un sujeto, llamados delitos exclusivos, e.g.: el artículo 123 del Código Penal establece que el sujeto para cometer delito de traición a la patria debe ser mexicano por nacimiento o naturalización.

2) Características para el sujeto pasivo, exigidas por la ley; e.g.: en el parricidio, el sujeto pasivo debe ser ascendiente del delincuente.

3) Modalidades de tiempo y lugar. Estos aspectos condicionan la punibilidad del hecho y su ausencia causa la atipicidad. Por ejemplo: el artículo 325, delito

(189) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 276.

de infanticidio (muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento) . Da referencia del lugar el artículo 381, fracción I al citar que aumenta la pena respecto del robo cuando éste, se cometa en un lugar cerrado.

4) Referencias exigidas por el tipo respecto de los medios empleados. Los cuales integran la conducta o agravan la pena. Mezger afirma que, "la tipicidad de la acción se produce no mediante cualquier realización del resultado último sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina."¹⁹⁰ E.g.: artículo 386 exige que el medio empleado para cometer fraude sea - engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halle-.

5) Calidades del objeto material. El objeto corporal es sobre el cual recae la conducta, por ejemplo: en el artículo 387 (cosa ajena mueble); artículo 262 (mujer menor de dieciocho años).

(190) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 345.

b) Elementos normativos.

Estos elementos son: " Los contenidos en una descripción de la conducta prohibida, que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que requieren para captar - los, un acto de valoración."¹⁹¹ Dicha valoración la hará el juez y será de índole jurídico al analizar la norma o bien cultural con estimación extrajurídica. Y son ejemplos de ello:

1) De valoración jurídica:

artículo 243: documento público.

2) De valoración cultural:

Título octavo, capítulo I "Ultrajes a la moral pública."

c) Elementos subjetivos.

A decir de Mezger son aquellos, "situados en el alma del autor."¹⁹² y referidas al motivo y al fin de la conducta descrita."¹⁹³

(191) Bacigalop, cit. pos., Porte Petit, Apuntamientos..., p. 345.

(192) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 346.

(193) Pavón, Derecho..., p. 279.

Existen otros elementos que forman parte del tipo y son:

- a) Sujeto activo.
- b) Sujeto pasivo.
- c) Objeto jurídico.

a) El sujeto activo es aquél, que interviene como autor o cómplice en el delito. Puede ser cualquiera, pero en ocasiones, el tipo exige determinado sujeto activo. Llamándose delitos especiales, e.g.: señalado en el artículo 127: "al extranjero."

b) El tipo se integra también por el sujeto pasivo y "es el titular del bien jurídico protegido por la ley."¹⁹⁴ Existen casos en que el sujeto pasivo reviste un doble carácter y es que además, llega a ser objeto material del tipo; pero "no debe confundirse el sujeto pasivo del delito con el perjudicado con el delito."¹⁹⁵ El tipo puede exigir en ciertos casos una calidad específica en el sujeto pasivo, llamándose delito personal. Cuando no se precisa esa calidad se llama delito impersonal.

(194) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 349.

(195) Idem., p. 350.

La calidad exigida en el sujeto pasivo por nuestro Derecho positivo queda ejemplificado en el artículo 335: un niño incapaz de cuidarse a sí mismo.

Para Vilalobos el sujeto pasivo, " es siempre la sociedad , "ya que todo delito lesiona el interés público que protege el Derecho.

c) El objeto jurídico o material, es tal su importancia, que Jescheck afirma: "En torno - al objeto - giran todos los elementos objetivos y subjetivos y, por tanto, un importante instrumento de la interpretación."¹⁹⁶

Los bienes jurídicos se clasifican en:

- 1) Bienes Individuales.
- 2) Bienes de la Colectividad.
- 3) Bienes Disponibles.
- 4) Bienes no Disponibles.

El objeto material es como afirmamos en el aspecto del sujeto pasivo, la cosa o bien la víctima del delito.

(196) Porte Petit, Apuntamientos..., p. 350.

ASPECTO NEGATIVO DE LA TIPICIDAD. ATIPICIDAD.

El aspecto negativo de la tipicidad surge al no conjuntarse los elementos requeridos por el tipo descrito en la ley positiva.

Para determinar las causas de la atipicidad se debe precisar el tipo del que se trate, ya que, en cada caso varían las causas que originan su atipicidad.

La atipicidad no equivale a la ausencia del tipo, sino que, será una de sus causas de existencia.

Son fundamentos de la atipicidad:

- 1) Ausencia de una norma a la cual referir el hecho.
- 2) La falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal y son:

- Falta en el sujeto de la calidad exigida, e.g.: Artículo 242 del Código Penal.

- Ausencia del elemento objetivo:

- a) Falta del nexo causal, e.g.: artículo
- b) Falta del objeto material.
- c) Cuando la conducta no tiene eficacia jurídica.
- d) Falta de las modalidades exigidas para la conducta.

3) Ausencia del elemento subjetivo. Serán aquellos casos en que la conducta es involuntaria, cuando, " el hecho no pueda ser imputado..." ¹⁹⁷ El ejemplo de ausencia del tipo en la ley penal, se observa en el Código Penal Vigente del estado de Veracruz, en el cual, se suprimió el tipo delictivo del adulterio en condiciones determinadas.

Nuestro Código Penal, no indica una regla general de atipicidad, sin embargo en legislaciones penales como la del estado de Colima, que define a la atipicidad como elemento de inexistencia del delito. Lo mismo especifica el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, de 1983.

Corresponde ahora, encuadrar la tipicidad respecto del fraude genérico.

3. IV. TIPICIDAD.

El tipo del fraude genérico describe la conducta de-

(197) Porte Petit, Programa..., p. 448.

lictuosa y "añade conceptos valorables jurídicamente (elementos normativos del tipo) o hace referencia a determianda situación sicológica (elemento subjetivo del tipo." 198

En relación con los elementos normativos el artículo 386, señala dos y son:

- a) hacerse ilícitamente de una cosa,
- b) alcanzar un lucro indebido.

Sin embargo, el Proyecto definitivo del Código Penal de 1958 suprime toda referencia de elementos normativos en el fraude por considerarlos inútiles.

El fraude exige como elemento subjetivo, el "animo de lucro", en el infractor.

a) El sujeto activo es el que engaña o se aprovecha del error para lograr un lucro indebido.

b) El sujeto pasivo, es el titular del derecho lesionado, el ofendido por el fraude.

(198) Zamora, El Fraude en el ..., p. 53.

No siempre el engañado será el sujeto pasivo, existen casos en que es persona diversa, llamándose: "objeto material de la conducta, sujeto pasivo de la acción".¹⁹⁹

Esto último apoyado por la Jurisprudencia en las ejecutorias 3719-49 la., página 71 y 4388-49 2a., página - 73 de la sección Primera, Sala del Informe de la Suprema Corte de la Nación (1950).

Zamora Pierce señala que aún cuando la ley no indica calidad especial en el sujeto pasivo, es de tomar en cuenta que son más propensos aquellos que atienden a motivaciones tales como la "codicia, la ignorancia o el orgullo de la víctima." ²⁰⁰

c) El objeto jurídico será el patrimonio y el objeto material cualquier cosa mueble o inmueble.

Se establece que cualquier lesión al bien jurídico basta para integrar el fraude genérico y convierte al tipo expresado en la ley penal en un tipo básico, independiente o autónomo.

(199) Zamora, El fraude en el ..., p. 59.

(200) Zamora, El fraude en el ..., p. 61.

Es un tipo autónomo o independiente ya que, tiene vida por sí mismo. Es anormal, pues reúne factores objetivos y elementos subjetivos.

Por su formulación el fraude es un tipo casuístico formado ya por un engaño o aprovechamiento del error. Y por su resultado es un tipo de daño o lesión, disminuye o lesión, disminuye o destruye el bien tutelado: el patrimonio y por ello es un tipo simple.

- ATIPICIDAD.

La atipicidad en el fraude genérico surge cuando exista:

- 1) Ausencia de los medios comisivos exigidos por la ley.
- 2) Ausencia del elemento objetivo.
- Falta de nexo casual. - Ausencia de objeto material.
- 3) Carencia de los elementos subjetivos.

1.1. La ley penal exige como medio comisivo en el fraude, la existencia del engaño, la ausencia de éste produce una conducta atípica. El engaño además, debe ser anterior al acto de disponer del patrimonio.

2.1. Existe atipicidad cuando entre el engaño y la disposición patrimonial no exista relación causal.

3.1. También sera atípico el hecho al faltar algún elemento subjetivo, e.g.: cuando el infractor actuara con fines diferentes al lucro indebido. Ya que, si se alcanza lucro pero no medie ni el engaño ni aprovechamiento del error del pasivo, sino que se ejerció la violencia no se configura el tipo denominado fraude genérico.

IV. 4. ANTIJURIDICIDAD.

Aclaremos anteriormente, vid. supra, en la tipicidad, que: la tipicidad es indicativo de la antijuridicidad, fijando con ello, la antinormatividad de la conducta.

La antijuridicidad es, "el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos." ²⁰¹ Un hecho será antijurídico cuando sea típico (antinormativo) y no esté permitido por ninguna causa de justificación (precepto permisivo)

Autores como Zaffaroni y Villalobos apoyan la idea de que, en un plano dogmático, no debe hablarse de una antijuridicidad material (lo socialmente dañoso) opuesta a la antijuridicidad formal o jurídica (concepto legal); sino que, reúne las dos ideas en una; " es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley."²⁰²

Lo cierto, afirma Castellanos Tena, " es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo legal respectivo."²⁰³ Ese bien jurídico protegido será el contenido de lo antijurídico.

Toda conducta al ser analizada tiene un valor objetivo, por ello, se dice que: "la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración."²⁰⁴ Cabe mencionar que unido a ese valor objetivo existe en determinadas conductas una valoración subjetiva (elementos subjetivos del injusto), por ejemplo: el fraude no sería tal, si los actos materiales que lo forman no lleva ran el propósito de engañar y obtener un lucro indebido. Estos factores subjetivos, sentencia Mezger, deben ser estimados desde el punto de vista objetivo y por eso qu dan en la esfera de la antijuridicidad, determinando que

(202) Villalobos, Op. cit., p. 258.

(203) Castellanos, Op. cit., p. 178.

(204) Villalobos, Op. cit., p. 260.

tal conducta es lesiva del orden de convivencia en sociedad.

Porte Petit, denomina a la valoración subjetiva como: "elementos subjetivos del injusto."²⁰⁵

4.IV. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

El aspecto negativo de antijuridicidad son las llamadas causas de justificación. Algunos autores emplean el término de excluyentes de responsabilidad (Villalobos) o el de causas de exclusión del injusto (Mezger), o bien el de causas que excluyen la incriminación (Carrancá y Trujillo).

Nuestra legislación Penal adopta el término de circunstancias excluyentes de responsabilidad, denominación que ha sido criticada, ya que, muchas de las llamadas circunstancias en su contexto van más allá y lo correcto sería llamarles "causas" que justifican la conducta típica. Esas causas eliminan el carácter delictuoso del acto típico.

(205) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 455.

Y es la propia Ley quien determina las causas excluyentes de responsabilidad penal que se toman en cuenta de oficio por todo juez o tribunal (artículo 17 del Código Penal).

Porte Petit anota, "causa de justificación es aquella que conforma a un derecho, una conducta o hecho."²⁰⁶

Para Castellanos Tena, "las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica."²⁰⁷

La naturaleza de las causas de justificación se estructuran en los siguientes aspectos:

- 1) Externa. Su realización es externa.
- 2) Objetivas. Recaen sobre la acción realizada.
- 3) Impersonales. Se refieren al hecho, no al sujeto.
- 4) Son Erga omnes. Pueden valer contra otra ley que diga lo contrario.
- 5) Constan en la ley. Deben estar autorizadas por la ley penal vigente.

(206) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 459.
(207) Castellanos, Op. cit., p. 183.

En México la doctrina señala como fundamentos o razón de ser de las causas de justificación a los siguientes argumentos:

a) Ausencia de interés.

Por consentimiento del ofendido. Hay ausencia de interés cuando el ofendido en verdad no tiene interés en que se persiga ese delito y si se le pidiera podría otorgar su consentimiento. Está ausente el interés que el orden jurídico protege.

b) La preponderancia de intereses. En ocasiones dos bienes jurídicamente tutelados se contraponen inevitablemente, es decir, sólo se salva un bien jurídicamente tutelado si se sacrifica otro. El Estado autoriza salvar el bien de mayor valor en detrimento del bien de menor valor. En caso de exceso respecto de una conducta legítima dará paso a la ilicitud (artículo 16 del Código Penal).

Las causas de justificación que la doctrina señala son:

- I.- Legítima defensa.
- II.- Estado de necesidad, (si el bien es de más valía que el sacrificado).

- III.- Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.
- IV.- Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.
- V.- Impedimento legítimo.

I.- Legítima defensa. Es sin lugar a dudas la principal causa de justificación. Toda defensa debe ser legítima, el legislador afirma con ello, que está autorizada formalmente por el Derecho, es declarada lícita.

La defensa implica repeler, rechazar una agresión injusta, ocurrida en el instante preciso, ya que, si es imaginaria o es pasada constituirá una agresión sin derecho. El bien jurídico que se protege es la propia persona, sus bienes o los de un tercero. El juez determinará hasta qué grado fue legítima defensa y comprobar que no existió provocación inmediata por parte del agredido.

La legítima defensa para Cuello Calón es, " la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor." 208

(208) Castellanos, Op. cit., p. 191.

El maestro Castellanos Tena anota por legítima defensa como: " La repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personal contra el agresor, sin traspasar las medidas necesarias para la protección."²⁰⁹ Por su lado la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que:"La legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y aun cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales de todas formas el defensor restablece el derecho atacando mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante."²¹⁰

El Código Penal en su artículo 15, fracción III indica: "repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende." ²¹¹

(209) Castellanos, Op. cit., p. 192.

(210) Porte Petit, Apuntamientos..., Op. cit., p. 393.

(211) Código Penal..., Op. cit., p. 6.

El párrafo final de ésta fracción se refiere a la presunción de la legítima defensa.

II.- Estado de necesidad.

El estado de necesidad implica salvar un bien de mayor valor en detrimento de otro de menor valor. " Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico."²¹²

Nuestra Codificación Penal en el artículo 15, fracción IV, indica que: "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance."²¹³

Se tiene la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno en peligro actual, que no derive de una acción intencional del agente y no exista otro medio de salvaguarda.

(212) Soler, cit., por Castellanos, Op. cit., p. 203.
(213) Código Penal..., Op. cit., p. 6.

III.- Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

Regularmente el mandato de la ley es de abstención pero, cuando se realiza la conducta por el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho adquiere licitud la acción. "Mientras que el cumplimiento de un deber capta las acciones que la ley manda, el ejercicio de un derecho se refiere a las acciones que la ley autoriza. Mientras que el cumplimiento es preceptivo, el ejercicio del derecho es facultativo; el incumplimiento origina una sanción: no así la abstención en el ejercicio del derecho."²¹⁴

La Legislación Penal a través del artículo 15, fracción V señala al cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho cuando: al "Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho." ²¹⁵

(214) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 544.

(215) Código Penal, Op. cit., p. 6.

El cumplimiento de un deber puede derivar de:

+ Una norma jurídica (por ejemplo en el artículo 400, fracción V).

+ Una orden de la autoridad.

El ejercicio de un derecho como causa de justificación tiene su origen en:

+ El reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado.

+ Una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente.

IV. Obediencia jerárquica.

El Código Penal a través del artículo 15, fracción VII, señala a la obediencia jerárquica como una excluyente y ésta sucede cuando se tiene que: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía."²¹⁶

(216) Código Penal..., Op. cit., p. 6.

Para conformar la obediencia jerárquica como excluyente se exige que:

- 1) La orden no sea notoriamente delictuosa.
- 2) No se pruebe que el acusado conocía su ilicitud.

V.- Impedimento legítimo.

La Ley penal en su artículo 15, fracción VIII, establece que no existirá delito cuando se contravenga, " lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo."²¹⁷

La conducta en el impedimento legítimo es una conducta de omisión, observable en el caso del artículo 400 , fracción III y IV, (punibilidad para el delito de encubrimiento) en estas fracciones cuando se obre por un impedimento legítimo no se aplicará la pena prevista. El impedimento en este caso, sucede cuando se trate de ascendientes o descendientes consanguíneos o afines.

(217) Código Penal..., Op. cit., p. 6.

Procedamos a delimitar la antijuridicidad en el delito de fraude genérico.

- ANTIJURIDICIDAD EN FRAUDE GENERICO.

El hecho será fraudulento y antijurídico, si es típico y no está protegido por una causa de justificación.

En el fraude genérico, los términos que lo califican de antijurídico son: ilícitamente o indebido. Además precisa Maggiore que, "es inherente tanto a la acción (fraudulenta) como al resultado (ilícito). La ley se refiere expresamente a esto al requerir que el provecho obtenido por el agente sea "injusto;" ²¹⁸

La antijuridicidad señala Pavón, "es esencia de todo delito sin que la ley deba declararlo expresamente en su texto." ²¹⁹

- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

El aspecto negativo de la antijuridicidad presena opiniones contrarias o diversas entre los estudiosos de la materia.

(218) Maggiore, Op. cit., p. 135.

(219) Pavón, Comentarios..., Op. cit., p. 170.

Así, opina la maestra Amuchategui Requena, que las causas de justificación en el fraude genérico son imposibles de presentarse, "debido a la exigencia legal de los medios empleados y del dolo requerido para su configuración."²²⁰ Por el contrario Pavón Vasconcelos en su estudio del fraude escribe: " 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." ²²¹

Afirmando que en todas las acciones en que funcione una de las causas de justificación anteriores, el fin es lícito.

Pero analizadas cada una de ellas observamos que; en el estado de necesidad puede llegar a atacarse el patrimonio ajeno por salvar un bien jurídico mayor, pero de existir otro medio menos perjudicial se estará obligado a seguirlo ya que, de lo contrario la conducta sería antijurídica. La posibilidad del estado de necesidad es

(220) Amuchategui, Op. cit., p. 396.

(221) Pavón, Comentarios..., Op. cit., p. 174.

somera, " si bien como un caso de laboratorio." 222

El ejercicio de un derecho, afirma Pavón Vasconcelos, se dá como justificante en el fraude, cuando " se recupera por ejemplo, la cosa propia que está en poder de otro",²²³ usando el engaño. Zamora señala " que el ejercicio de un derecho impedirá el nacimiento de la antijuridicidad en el fraude sólo en los casos en que no se cause daño patrimonial a un tercero, razón por la cual podemos decir que, en esos casos, no se da el hecho, por no aparecer el resultado jurídico del fraude."²²⁴ Ya que, obteniendo esa posición, se lesiona algún derecho real que otro tenga sobre la cosa (Derechos de Crédito), utilizando el engaño se causa un acto lesivo al patrimonio de aquél que gozaba de la posesión del bien. Existiendo la posibilidad del fraude en cosa propia.

En la justificante del cumplimiento de un deber en el

(222) Zamora, El fraude en el ..., Op. cit., p. 69.

(223) Pavón, Comentarios..., Op. cit., p. 174.

(224) Zamora, Ibidem., p. 69.

fraude genérico, Pavón Vasconcelos precisa que, "la licitud puede emanar directamente de un precepto legal que justifica la acción u omisión del agente, aunque normalmente se deriva de un mandato de autoridad que se apoya en la ley."²²⁵ Para él, tanto la conducta como el resultado son lícitos, por el contrario, afirma Zamora Pierce, que la naterior hipótesis no se dá en el fraude genérico. Situación con la que compaginamos, ya que, la autoridad por mandato, no indicará que por cumplimiento se engañe para obtener un lucro indebido.

Todas las demás causas de justificación que señala el artículo 15 del Código Penal, quedan excluidas.

(225) Pavón, Comentarios ..., Op. cit., p. 174.

IV. 5.- CULPABILIDAD.

El hecho si bien reúne las características de típico y antijurídico no se configura aún, en un delito.

Al hablar de la teoría del delito, dejamos asentado que la culpabilidad tiene como presupuesto a la imputabilidad; constituyéndose ésta, como "la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal."²²⁶ Es decir, imputable será el sujeto capaz jurídicamente, aquel que entiende que la conducta que quiere realizar podrá ser típica y antijurídica. La imputabilidad de un sujeto no se especifica en la ley pero, e.g.: la ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores puntualiza en el artículo primero que: serán mayores de edad los que tengan 18 años y por tanto, imputables. Pero esto, no implica que los menores sean inimputables, ello dependerá de su capacidad de entender y querer realizar cierta conducta.

El Código Penal por su parte indica los casos de inimputabilidad en el artículo 15, fracción II, además otorga las medidas de seguridad aplicables cuando resultan peligrosos los inimputables. (artículo 24).

(226) Castellanos, Op. cit., p. 233.

Para el insigne Villalobos, la culpabilidad consiste en el abuso de las facultades de conciencia y voluntad " con desprecio del orden jurídico, o en el descuido con que se aplican a determinar la conducta sin miramientos a los resultados nocivos que para otros puedan sobrevenir."²²⁷ El sujeto iniputable al realizar determinada conducta culpable, adquiere la responsabilidad que la sociedad exige.

Se considera a la culpabilidad como reproche a la conducta realizada.

Castellanos Tena considera a la culpabilidad como, " el nexu intelectual (conocimiento de la antijuridicidad) y emocional (querer la conducta y el resultado) que liga al sujeto con su acto." ²²⁸ Idea con la que concuerda Jiménez de Asúa entre otros.

Los conceptos anteriores son indicadores de las doctrinas que estudian la culpabilidad. Así, Villalobos representa a los normativistas (que ven a la culpabilidad como un juicio de reproche) y Castellanos Tena representa a los psicólogos (para quienes la culpabilidad radica en un nexu psicológico entre el sujeto y el resultado).

(227) Villalobos, Op. cit., p. 99.

(228) Castellanos, Op. cit., p. 234.

Nuestra Ley Penal, se basa en la doctrina psicologista de la culpabilidad, determina a través del artículo 8 tres formas, y son:

- 1) Intencionales, (dolosos)
- 2) No intencionales o de imprudencia, (culposos).
- 3) Pieterintencionales.

1) Dolosos.

El concepto que de dolo da el Código Penal, (artículo 9, párrafo primero) dice: Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

"El dolo significa - dolum - llevar a cabo un engaño. Algo que aparentemente es inofensivo, lleva en el fondo algo oculto." 229

Para Zamora Pierce el dolo consiste, " en la representación y voluntariedad de un resultado ilícito."²³⁰ Castellanos Tena lo define como, "el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico."²³¹

(229) Arroyo Alba, Francisco. Estudio sociológico, jurídico sobre el delito de fraude. Dirección general de publicaciones. UNAM, México, 1962. pag. 45.

(230) Zamora, El fraude. Op. cit., p. 75.

(231) Castellanos, Op. cit., p. 239.

El dolo es para Jiménez de Asúa, (concepto al que se adhiere Pavón Vasconcelos), "la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica."²³²

Actuar con dolo, es realizar la conducta intencionalmente, conociendo el carácter delictuoso del hecho.

El dolo se forma con dos elementos y son:

a) Elemento ético o intelectual: "conocimiento de la relación causal, de su tipicidad y antijuridicidad y del quebrantamiento del deber." ²³³

b) El elemento volutivo o afectivo, "voluntad de ejecutar la conducta o de producir un resultado."²³⁴

(232) Pavón, Derecho..., Op. cit., p. 394.

(233) Ibidem., p. 395.

(234) Idem.

La doctrina clasifica al dolo de muy variadas formas y cada autor elabora su catálogo. Nosotros adoptamos el del maestro Castellanos Tena, debido a que él, estudia las especies de dolo más importantes en la práctica y que dos de ellas aparecen virtualmente en la definición que de intencionalidad da nuestra ley positiva.

I.- Directo.
(235)
Dolo puede ser: II.- Indirecto.
III.- Indeterminado.
IV.- Eventual.

I.- En el dolo directo, el resultado coincide con el propósito del agente E.g.: El sujeto decide privar de la vida a otro y lo mata.

II.- En el dolo indirecto, el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. E. g.: dar muerte a quien va a abordar un avión, colocando una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato.

III.- En el dolo indeterminado, existe intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. E.g.: anarquista que lanza bombas.

(235) Castellanos, Op. cit., p.

IV.- En el dolo eventual, se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. Ec.g.: el que incendia una bodega conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.

2.- No intencionales o culposos.

La culpa, "es la violación de un deber jurídico de cuidado." ²³⁶ La culpa, "estriba en la ausencia de voluntariedad del resultado, el cual, no obstante, se produce, por un estado imprudencial, irreflexivo, sin cuidado o negligencia." ²³⁷

Pavón Vasconcelos define a la culpa como: "el resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres." ²³⁸

(236) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 626.

(237) Zamora, El Fraude. Op. cit., p. 75.

(238) Pavón, Derecho..., Op. cit., p. 411.

El Código Penal en su artículo 9 penúltimo párrafo define a la culpa (a la que llama imprudencia) al decir que: Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

El incumplimiento del deber de cuidado, que las "circunstancias" y "condiciones personales" le imponen al autor, será el juez quien las determine.

Los elementos que integran un delito culposo señala la Jurisprudencia son:

a) "Un estado de imprudencia en el agente activo del delito por imprevisión negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado.

b) Un daño tipificado como delito; y

c) Que exista relación de causalidad entre aquel estado y el daño causado." ²³⁹

(239) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 629.

3.- Preterintencionales.

Dentro de la doctrina existen diversas corrientes, unas que aceptan y otras que niegan la existencia del delito preterintencional.

Porte Petit señala que, en el "concepto del delito preterintencional, debe tenerse en cuenta que su esencia está constituida por una suma de dolo y culpa; el primero respecta al resultado querido y aceptado, y la segunda, en cuanto al resultado producido." ²⁴⁰ La preterintencionalidad, " consiste en querer o aceptar un resultado, produciéndose uno más grave que no se previó, teniendo la esperanza que no se produciría o que no se previó siendo previsible." ²⁴¹

Para el distinguido Villalobos, más que delitos preterintencionales se trata de delitos dolosos con resultado preterintencional, porque éste, "va más de la intención es un resultado o una tipicidad que se produce sin haber sido lo que se buscaba." ²⁴²

(240) Porte Petit
(241) Idem., p. 658.
(242) Villalobos, Op. cit., p. 323.

Lo cierto es que, nuestra Ley Penal recoge al delito preterintencional. Definido en el último párrafo del artículo 9: Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia. Noción apoyada por la Jurisprudencia, " Anales de Jurisprudencia, IX, pág. 431)."²⁴³

Relacionado con la culpabilidad está el caso fortuito, el cual, a nuestro modo de ver, su noción va más allá de la culpa. El caso fortuito es la conducta lícita y precavida que produce un resultado accidental por circunstancias fortuitas. No hay dolo, ni culpa. Es un problema de metaculpabilidad. Explicado el mecanismo de lo que ha ocurrido, lo cual depende del acusado, hace ver a esta causa fortuita como excluyente de la responsabilidad. Afirma Ignacio Villalobos, "y por tanto ningún inconveniente hay en estudiarla (al caso fortuito) y considerarla de este modo (como excluyente)."²⁴⁴

(243) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 666.
(244) Pavón, Derecho..., Op. cit., p. 452.

- INculpABILIDAD.

Elemento negativo de la culpabilidad.

El hecho humano realizado es típico, antijurídico pero si quedan anulados los aspectos intelectual y volutivo, se integra la inculpabilidad y no se configura el hecho como ilícito.

Las causas que producen la inculpabilidad son: 1) el error, y 2) la coacción sobre la voluntad.

El error anula el elemento intelectual de la culpabilidad y la coacción sobre la voluntad anula el aspecto volutivo.

1) El error es un vicio psicológico es: "la falta de adecuación entre la realidad y lo que el sujeto cree que es la realidad." ²⁴⁵ "El error es un concepto equivocado" ²⁴⁶ diferente a la ignorancia, ésta implica la ausencia de todo concepto. El sujeto tiene un desconocimiento o un errado conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta.

(245) Zamora, El fraude., Op. cit., p. 77.

(246) Ibidem., p. 73.

La doctrina contemporánea divide al error en:

I.- Error de tipo, (que anteriores juristas llaman error de hecho). Es el error esencial e invencible cree atípica su actuación, la considera lícita, pero es en realidad lo contrario. Se trata de un error sobre la natijuridicidad y queda expresado como excluyente de responsabilidad en la fracción XI del artículo 15 (Código Penal), que señala: Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal. En esta parte del primer párrafo se indica a decir de Pavón Vasconcelos: "al error de tipo que impide de la integración del delito." ²⁴⁷

II.- Error de prohibición, (llamado también error de Derecho). No produce exclusión de la culpabilidad, solo reduce la pena; " porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación." ²⁴⁸

El Código Penal regula al error de Derecho en su artículo 59 bis. : Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del

(247) Castellanos, Op. cit., p. 262.

(248) Castellanos, Op. cit., p. 259.

alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, se gún la naturaleza del caso.

Retomando el estudio de Pavón Vasconcelos, considera mos ahora, que en la fracción XI del artículo 15, en la parte final del primer párrafo se incluye al error de prohibición o licitud, al señalar que se excluye la res ponsabilidad ya que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. Al error de licitud se le llama eximente putativa.

El error no excluye la responsabi cuando es vencible. Si el error es vencible, no es eximente.

De forma didáctica el error queda explicado por el catedrático Fernández Doblado ²⁴⁹ a través del siguiente cuadro:

	.De Derecho Penal:	recae en la norma penal, en cuanto a su contenido y significación.
ERROR:	.Extra-pena:	versa sobre ese mismo contenido, pero en tanto se yerra respecto a un concepto jurídico perteneciente a otra rama del Derecho.

(249) Castellanos, Op. cit., p. 264.

De hecho. Esencial: recae sobre un elemento fáctico, cuyo desconocimiento afecta el factor intelectual del dolo, por ser tal elemento requisito constitutivo del tipo, o bien fundante de una conducta justificada (como ocurre en las eximentes putativas). El error esencial puede ser vencible es invencible, según deje subsistente la culpa o borre toda la culpabilidad.

Accidental:

En el golpe.
En la persona.
En el delito.

2) Coacción sobre la voluntad.

Llamada también, no exigibilidad de otra conducta.

Nuestra Ley Penal señala en el artículo 15, fracción I, como excluyente de culpabilidad cuando: Incurra el agente en actividad o inactividad involuntarias.

Otra hipótesis se encuentra en la fracción VII del mismo artículo: Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico..., tal como afirma Castellanos Tena es el caso de obediencia jerárquica, "el inferior posee poder de inspección sobre la orden superior, pero por un error esencial e insuperable desconoce la ilicitud del mandato."²⁵⁰

(250) Castellanos, Op. cit., p. 261.

Y finalmente la excluyente definida en la fracción VI del artículo 15: ... temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Válido como excluyente de culpabilidad el temor fundado, pero no el miedo grave, en donde el sujeto está trastornado mentalmente.

El temor fundado es una eximente legal de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad. Conservando las facultades de juicio y decisión del sujeto, existiendo sobre él, una seria amenaza.

El estudio que nos ocupa nos indica que debemos proseguir con el enfoque de la culpabilidad y su aspecto negativo en el delito de fraude genérico.

- CULPABILIDAD.

En el fraude genérico sólo es posible la forma de culpabilidad dolosa o intencional, "siendo inconfigurable la culpa o imprudencia." ²⁵¹ Es un delito doloso, porque la conducta induce a error, o bien al aprovechamiento del mismo. Con indiferencia del medio empleado,

(251) Amuchategui, Op. cit., p. 400.

y al respecto el insigne argentino Sebastián Soler afirma que la actividad engañosa, "debe haber sido desplegada intencionalmente, debe consistir en una maniobra subjetivamente dirigida al fin de engañar. No es posible hablar de ardid cuando el sujeto mismo es el primer engañado, ya sea por la creencia en la posibilidad de un negocio, o por la simple convicción de que se afronta meramente un riesgo; pero con la firme voluntad de superar las dificultades."²⁵² Además de obtener la entrega ilícita de la cosa o el lucro indebido (elemento subjetivo del dolo, es el ánimo de lucro).

El fraude genérico ocurre cuando el agente representa el resultado (hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido), tiene conciencia de su ilicitud y actúa en forma voluntaria para llegar a aquél.

De producirse un daño patrimonial con intención de daño pero sin ánimo de lucro, no se integrará el fraude genérico, ya que, faltaría el elemento volutivo de dolo que se representa por el ánimo de lucro.

(252) Porte Petit, Comentarios..., Op. cit., p. 176.

antijurídico en el sujeto impide la culpabilidad.

Las causas de inculpabilidad son: el error y la coacción sobre la voluntad. Para Pavón Vasconcelos se presentará inculpabilidad en el fraude genérico, " por virtud de un error de hecho, de carácter esencial e invencible, se impide el nacimiento del dolo al faltar el elemento psicológico, en cuya situación, el hecho objetivamente antijurídico no es culpable." ²⁵⁵ Observable en el artículo 15 fracción XI, parte final del primer párrafo : error de licitud o eximentes putativas... por el mismo error (invencible) estime el sujeto activo que es lícita su conducta. De ser vencible el error no destruirá la culpabilidad en el fraude. El error esencial invencible como causa de inculpabilidad en el delito de fraude queda ejemplificada en la ejecutoria asentada "en la página 869, del Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación." ²⁵⁶

Respecto de las eximentes putativas, Zamora Pierce señala que por ejercicio de un derecho o el cumplimiento de

(255) Pavón, Derecho..., Op. cit., p. 176.

(256) Zamora, El fraude en el..., Op.cit., p. 78.

un deber putativo, " en donde se cree erroneamente no lesionar el derecho ajeno, aún cuando se emplee el engaño desaparee el fraude por falta de culpabilidad."²⁵⁷

En este momento del análisis jurídico del fraude genérico, determinamos que si el hecho realizado por el sujeto es típico, antijurídico y culpable, será sancionado en base al daño patrimonial efectuado. La Ley Penal indica que se tomará en cuenta el salario mínimo general vigente en la localidad y en el momento de la comisión del delito.

(257) Zamora, El fraude en el ..., Op. cit., p. 78.

IV. 6.- ITER CRIMINIS.

Formando parte de la teoría del delito en su segundo aspecto corresponde conocer a continuación las formas de aparición del delito.

El iter criminis es la denominación aplicada al proceso del delito, es el camino que recorre, desde el momento de la idea de delinquir hasta la exteriorización y consumación, "material y jurídica " ²⁵⁸ de esa conducta. La vida del delito en sus diferentes formas de aparición forman el iter criminis.

Las fases del iter criminis se clasifican en dos, y son:

- 1.- Fase interna o subjetiva.
 - a) Concepción o ideación.
 - b) Deliberación.
 - c) Resolución.

- 2.- Fase externa u objetiva.
 - a) Manifestación.
 - b) Preparación.
 - c) Ejecución.
 - I. Tentativa.
 - II. Consumación.

(258) Zamora, El fraude. Op. cit., p. 197.

1.- Fase interna.

a) Ideación.

Este período corresponde a la concepción de delinquir. Para autores como el elocuente Porte Petit, "el pensamiento no puede delinquir, por más que el individuo piense cometer un hecho delictuoso, en tanto que no haya exteriorización captada por el Código Penal, sin que esto signifique que no haya habido opiniones en contrario."²⁵⁹ Este primer pensamiento en la mente del sujeto para delinquir puede ser rechazada o albergada definitivamente.

b) Deliberación.

Esta fase surge cuando el agente debate en su mente, sobre los pro y contras de su idea delictiva. Esta etapa señala Pavón Vasconcelos es, "el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella."²⁶⁰

c) Resolución.

Esta fase sólo existe como propósito en la mente del sujeto. Comprende una fase intermedia entre la interna y la etapa externa.

(259) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 742.

(260) Pavón, Derecho..., Op. cit., p. 467.

La fase interna no tiene trascendencia penal, ya que, como dice Mezger, "debe suceder algo exteriormente, por cuanto el solo pensar no es punible."²⁶¹

2.- Fase externa.

a) Manifestación.

Tomada la resolución en la mente del sujeto, la expresa verbalmente, la exterioriza. Sin conllevar una infracción jurídica, por excepción existen en nuestra legislación delitos de resoluciones manifestadas, tales como: amenaza (artículo 282), incitación de reconocimiento a un invasor (artículo 125), conspiración (artículo 141), entre otros, el sujeto con sus palabras indica un hecho ilícito pero con ello, no se integra el delito.

b) Preparación.

La preparación señala Maurach, " es aquella forma de actuar que crea las condiciones previas adecuadas para la realización de un delito planeado."²⁶² Esos actos preparatorios, anota Jiménez de Asúa, "no constituyen la ejecución del delito proyectado pero que se refieren a ese delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución."²⁶³

(261) Mezger, Op. cit., p. 278.

(262) Maurach, cit. por, Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 747.

(263) Ibidem., p. 748.

La fase interna no tiene trascendencia penal, ya que, como dice Mezger, "debe suceder algo exteriormente, por cuanto el solo pensar no es punible."²⁶¹

2.- Fase externa.

a) Manifestación.

Tomada la resolución en la mente del sujeto, la expresa verbalmente, la exterioriza. Sin conllevar una infracción jurídica, por excepción existen en nuestra legislación delitos de resoluciones manifestadas, tales como: amenaza (artículo 282), incitación de reconocimiento a un invasor (artículo 125), conspiración (artículo 141), entre otros, el sujeto con sus palabras indica un hecho ilícito pero con ello, no se integra el delito.

b) Preparación.

La preparación señala Maurach, " es aquella forma de actuar que crea las condiciones previas adecuadas para la realización de un delito planeado."²⁶² Esos actos preparatorios, anota Jiménez de Asúa, "no constituyen la ejecución del delito proyectado pero que se refieren a ese delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución."²⁶³

(261) Mezger, Op. cit., p. 278.

(262) Maurach, cit. por, Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 747.

(263) Ibidem., p. 748.

Los actos preparatorios, son impunes por inequívocos, a menos que la ley les otorgue autonomía, e.g.: las amenazas. Estos actos son externos, idóneos. "Son punibles por unívocos cualquiera que sea el grado - a que lleguen en el desarrollo de la tentativa."²⁶⁴

c) Ejecución.

La ejecución del ilícito implica dos principios, uno el de la tentativa y otro el de la consumación.

I. Tentativa.

La tentativa conlleva actos externos, punibles por unívocos e implica ejecución sin consumación por causas ajenas al querer del sujeto. Para el maestro Villalobos, habrá tentativa cuando: se "intenta la consumación de un delito y se hace algo encaminado a la realización."²⁶⁵

Zamora Pierce indica que la tentativa "es la ejecución in completa de un delito." ²⁶⁶

(264)

(265) Villalobos, Op. cit., p. 470.

(266) Zamora, El Fraude. Op. cit., p. 197.

Para algunos la tentativa constituye un delito imperfecto, Porte Petit señala al respecto que la idea es "totalmente inaceptable", ²⁶⁷ sino que corresponde a un momento del iter criminis.

La tentativa descrita en el Código Penal, artículo 12, afirma que: Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste, se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

(267) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 751.

Mezger expresa de la tentativa punible que, ésta lo será, "solamente en los casos establecidos por la ley. La tentativa de una contravención es, como ya se ha dicho, impune." ²⁶⁸ Nuestro Código Penal regula la tentativa punible y afirma en el segundo párrafo del artículo 12, (relacionado con el artículo 51, de la normatividad general para la imposición de las penas) a los delitos en grado de tentativa. Y respecto del límite en la punibilidad el artículo 63 indica: a los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 (elementos objetivos para la aplicación de penas), hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

Debemos tomar en cuenta para saber el mínimo y máximo de la pena lo considerado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: debe "entenderse (el mínimo) el de tres días de prisión a que se contrae el artículo 25; el máximo, hasta las dos terceras partes de la sanción de haberse consumado el delito", ²⁶⁹ que se indica en el artículo 63. Si el delito no se

(268) Mezger, Op. cit., p. 290.

(269) Castellanos, Op. cit., p. 289.

consume por causas ajenas a la voluntad del agente, será tentativa punible, pero si el delito "no se consume por causas dependientes de la voluntad, habra ²⁷⁰impunidad."

El último párrafo del artículo 12, de la Ley positiva revela: que si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito..., habrá impunidad.

El ilustre Pavón Vasconcelos vislumbra en éste párrafo tanto el término desestimiento; "interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto," ²⁷¹ como al arrepentimiento: "surge cuando el agente ha agotado todo el proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias."²⁷²

Son considerados elementos de la tentativa: ²⁷³

a) Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito;

b) Un elemento material u objetivo que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y

(270) Castellanos, Op. cit., p. 290.

(271) Pavón, Derecho..., Op. cit., p. 490.

(272) Ibidem., p. 491.

(273) Pavón, Derecho..., Op. cit., p. 475.

c) Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

En la tentativa los actos que la integran son necesariamente ejecutivos externos e idóneos dirigidos a producir un daño al bien jurídicamente protegido; se dá el dolo de lesión; la voluntad del sujeto quiere el resultado ilícito y no existe el desistimiento, la no producción del resultado deberá a causas ajenas de la voluntad del agente.

Los actos ejecutivos (externos, idóneos), son punibles independientemente de grado a que lleguen en la tentativa.

La tentativa se presenta en delitos dolosos, delitos materiales, delitos complejos y en delitos de comisión por omisión.

La tentativa punible no es posible en delitos culposos, en donde no se tiene la voluntad de realizar el hecho típico ni en los llamados preterintencionales, porque el resultado mayor no se ha querido (faltando el querer el resultado que presupone la tentativa).

Para el profesor Carrancá y Trujillo entre otros, en el artículo 12 de la Ley positiva, se observa además de la tentativa punible, al delito imposible de manera intrínseca, para otros como Jiménez de Asúa, "el Código Penal vigente no reglamenta el delito imposible." ²⁷⁴ Idea a la que nos adherimos.

II.- Consumación.

La consumación como segundo aspecto de la ejecución, ocurre cuando, "reúne todos los elementos genéricos y es pecíficos del tipo legal." ²⁷⁵ Se dice que el delito se ha realizado, consumado.

El delito se consuma, " cuando se encuentran reunidos todos sus elementos." ²⁷⁶ Con la consumación se constituye el final delictivo crimis.

(274) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 787.
(275) Castellanos, Op. cit., p. 287.
(276) Zamora, El fraude. Op. cit., p. 207.

- El Iter Criminis en el delito de fraude genérico.

La fase interna es la pauta del inicio en el proceso del ilícito; esta etapa surge en la mente del infractor. Y es, en el fraude donde mejor se observa la capacidad intelectual y el ingenio criminal para lograr mediante el engaño o aprovechamiento del error un lucro indebido.

En el iter criminis del fraude genérico también se observa la fase externa, en la cual, se ejecutan acciones externas, idóneas que dañan el bien jurídicamente tutelado. En esta puede cumplir con las dos vertientes de la ejecución.

La tentativa como forma incompleta de ejecución del delito, sí es posible su formación en el fraude. La Jurisprudencia al propósito afirma: " De conformidad con las definiciones contenidas en los artículos 12..., es evidente que el delito de fraude puede quedar en grado de tentativa si, no obstante haber verificado todos los hechos necesarios para su consumación, los agentes no lograron, por causas ajenas a su voluntad, la entrega de la cosa ajena... - y respecto de los actos preparatorios de un delito - hay muchos otros que sí se exteriorizan y que denotan claramente y por sí solos el fin, el propósito que precedió a su realización." ²⁷⁷

(277) Porte Petit, Programa, Op. cit., p. 749.

La tentativa se presenta tanto en el engaño desplegado pero que no fructifera en la mente de la víctima, como en la que cae en el engaño pero el defraudador no obtiene el lucro indebido por, "causas ajenas a la voluntad del agente." ²⁷⁸ Así, "el principio de ejecución determinante de la tentativa se presenta en el fraude con el empleo de los medios engañosos, encaminado a originar o mantener en el engaño al sujeto pasivo y presidido por el ánimo de lucro." ²⁷⁹

Maggiore señala que, cuando "el iter criminis se detiene antes del período de preparación o en el ejecutivo, se tiene tentativa." ²⁸⁰

La tentativa se presenta en el fraude cuando la conducta se presenta como acción engañosa del agente y con el fin de obtener un lucro indebido, determinando con ello, " la naturaleza ejecutiva de los actos realizados que están en íntima conexión con la acción típica descrita en el artículo 386 del Código." ²⁸¹

(278) Díaz de Leon, Op. cit., p. 295.

(279) Zamora, El fraude en el ..., Op. cit., p. 88.

(280) Maggiore, Op. cit., p. 134.

(281) Pavón, Comentarios..., Op. cit., p. 179.

Los casos en los cuales la conducta consista solamente en un no hacer (delito de omisión simple), no se configuran en el fraude genérico.

El fraude admite la tentativa punible, señalada en el primer párrafo del artículo 12 de la ley penal vigente (tentativa inacabada y tentativa acabada).

Cuando la ejecución de los actos idóneos encaminados al fraude se consumen, el sujeto activo se hace de la cosa o bien alcanza el lucro indebido, en ese instante ha ocurrido la consumación. Por su parte Fontán Bales-
tra indica que el momento consumativo del fraude será,
"áquel en que se realiza la disposición patrimonial."²⁸²

En este delito de daño, coincide "la consecución del
provecho injusto con la producción del perjuicio ajeno."²⁸³

En el fraude como delito continuado, la consumación principia, " desde el momento en que se da la pluralidad de conductas y que termina con el último lucro obtenido, momento a partir del cual correrá la prescripción,"²⁸⁴

(282) Comentarios, Op. cit., p. 179.

(283) Maggiore, Op. cit., p. 134.

(284) Zamora, El fraude en el..., Op. cit., p. 89.

Respecto del lugar de consumación, Maggiore afirma que, "el lugar será donde se produzca el daño efectivo," ²⁸⁵ donde se consume la acción.

(285) Maggiore, Op. cit., p. 134.

IV. 7.- CONCURSO DE DELITOS.

Una conducta puede suscitar un sólo ataque jurídico (unidad de acción y unidad de lesión jurídica) o bien ser un delito único pero que causa múltiples lesiones jurídicas. En este último caso, hablamos del concurso de delitos.

Para el maestro Villalobos, "hay concurso de delitos cuando la responsabilidad por dos o más de ellos recae sobre el mismo agente que los ha cometido." ²⁸⁶ Por su parte Mezger puntualiza que, "la teoría del concurso se ocupa de la pluralidad de enjuiciamientos jurídico - penales frente a un solo hecho punible y de la pluralidad de hechos punibles que la persona ha cometido." ²⁸⁷

El concurso puede originarse por una sólo acción con pluralidad de resultados o por varias acciones y sólo resultado ; pero en ambas su realización es llevada a cabo por un solo sujeto.

(286) Villalobos, Op. cit., p. 501.
(287) Mezger, Op. cit., p. 325.

Lo anterior nos indica que la doctrina regula al concurso en dos términos. El primero llamado concurso ideal o formal y el segundo denominado concurso material o real.

En el concurso real afirma Zaffaroni, "concurren varios delitos en un mismo pronunciamiento judicial, hay que penar varios delitos (varias conductas)."²⁸⁸ Y en el concurso ideal, una conducta (un delito) resulta típica de varios tipos penales.

Para Ignacio Villalobos el concurso real ocurre, "Siempre que un mismo sujeto comete dos o más delitos, integrados cada uno de ellos plenamente por todos sus elementos"²⁸⁹ - conducta típica, antijurídica y culpable -. " Esos delitos pueden ser homogéneos (dos homicidios) o heterogéneos (un homicidio y un robo) , sin que importe su mayor o menor separación en el tiempo y con el solo requisito de que la responsabilidad por todos ellos se halle viva, es decir que no halla prescrito ni haya sido juzgada." ²⁹⁰

(288) Zaffaroni, Op. cit., p. 657.

(289) Villalobos, Op. cit., p. 501.

(290) Ibidem.

En tanto, que habrá concurso ideal, "cuando sólo por su aspecto ideal de antijuridicidad o de valoración, se pueda decir que hay una doble o múltiple infracción."²⁹¹ Solo se da una acción pero con varios resultados, se ven afectados varios intereses protegidos. Por ejemplo, cuando un individuo dispara un arma de fuego, mata a su adversario, lesiona a un transeúnte y daña la propiedad ajena.

El Código Penal en su artículo 18 define al concurso de delitos al afirmar que: "Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos." 292

La sanción aplicable al concurso de delitos, queda normada en el artículo 64 de la Ley Positiva, que la letra dice: " En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo, de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

(291) Villalobos, Op. cit., p. 501.
(292) Código..., Op. cit., p. 7.

En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el Título Segundo del Libro Primero.²⁹³ El aumento de penalidad, señala Porte Petit, "es consecuencia de la acumulación, y no es potestativo (del juez) sino ineludible."²⁹⁴

El Código Penal define que, "no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado."²⁹⁵ (Cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal). Sin embargo es importante determinar, si " un delito es instantáneo, permanente o continuado, para los efectos de la distinción con el concurso, y para marcar el momento en el cual debe empezar a correr el término para la prescripción; a fin de determinar el lugar de realización."²⁹⁶ y con ello, poder fijar la competencia de las autoridades en cada caso.

(293) Código..., Op. cit., p. 20.

(294) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 830.

(295) Código..., Op. cit., p. 7.

(296) Castellanos, Op. cit., p. 310.

- CONCURSO DE DELITOS EN EL FRAUDE GENERICO.

El concurso ideal o formal no se presenta en el fraude , ya que, "con la misma conducta no pueden producirse varios delitos patrimoniales, se da uno u otro pero no varios, pues no excluye al otro." ²⁹⁷ No es dable por tanto, el concurso e.g.: entre un robo y el fraude genérico.

En lo que atañe al concurso real o material, sí puede surgir en el fraude genérico, e.g.: "si el agente logra de cada sujeto pasivo diversas cantidades de dinero mediante el engaño, de colocarlas en un negocio inexistente en realidad se ubica fuera de la hipótesis del precepto 19 de la ley sustantiva penal, al ser instantáneas las obtenciones de numerario y al margen del continuado por la pluralidad de bienes afectados y por ende, dentro del concurso real de delitos, al constituir cada actividad un fraude independiente (Informe de 1957, pág. 33)."²⁹⁸ Además también es dable el concurso real heterogéneo , e.g.: un homicidio con fraude.

(297) Amuchategui, Op. cit., p. 401.

(298) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 814.

IV. 8.- PARTICIPACION.

Maggiore afirma que ocurre la participación, "cuando fuera de los casos de concurso necesario, concurren varias personas para la producción de un delito." ²⁹⁹ Es la unidad en un delito pero con concurso de sujetos.

La Jurisprudencia nos enseña que, "la participación delictuosa comprende, no sólo el acto final de ejecución de la infracción penal, sino su concepción, su preparación, su auxilio, la inducción y las demás formas de participación que señalan la ley penal, la doctrina y la jurisprudencia. (Semanario Judicial de la Federación, CV, pág. 1676)." ³⁰⁰

La participación delictuosa señala Pavón Vasconcelos, puede ser de concurso necesario, en los cuales el tipo penal precisa que sean varias personas las que participen para que se dé el ilícito, llamándose delitos plurisubjetivos, y la participación de concurso eventual, en el cual sin que el tipo penal lo exija se da la participación de

(299) Porte Petit, Programa..., Op. cit., p. 858.
(300) Ibidem., p. 859.

varios sujetos en el ilícito.

El ejemplo de concurso necesario se observa en el artículo 164 del Código Penal (asociación delictuosa), en tanto que, el modelo de participación eventual e.g.: el caso de homicidio en el que participan en su preparación y ejecución varias personas sin dejar por esto, de ser un delito unisubjetivo.

Ignacio Villalobos enseña que la participación conlleva 3 vertientes y éstas son:

- a) Los autores del delito;
- b) Los cómplices, y
- c) Los encubridores.

Para analizar cualquiera de los tres grados de participación, es necesario tomar en cuenta la participación material y el elemento subjetivo (que converjan la conciencia y la voluntad).

a) Los autores son, " todos los que ponen una causa eficiente del delito; ... una actuación o una conducta que requiere, para serlo, un elemento psíquico y un elemento físico." ³⁰¹ Lo serán, los que inducen a cometerlo, los que lo ejecutan o prestan auxilio necesario para la realización del ilícito.

(301) Villalobos, Op. cit., p. 485.

b) Cómplices: son, "todas las personas que concurren indirectamente a la causación del evento." ³⁰²

c) Encubridor: es el que participa albergando u ocultando al delincuente que ha cometido el delito, ya que así lo acordaron antes de cometerse el ilícito.

Mezger distingue 3 formas de participación: la autoría, la instigación y la complicidad. La diferencia con Villalobos es en el caso del instigador, Mezger indica que es aquél que, hace surgir en otra, con voluntad de instigador, la resolución de cometer un hecho, y da lugar, de tal manera, a que cometa el hecho como autor."³⁰³ Caso que Villalobos señala como autoría.

El artículo 13 de la Ley Positiva, establece que son responsables del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización; (autores intelectuales).

II.- Los que los realicen por sí; (autores materiales).

III.- Los que los realicen conjuntamente; (coautoría).

IV .- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
(Partícipes).

V .- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo; (instigadores).

(302) Villalobos, Op. cit., p. 489.

(303) Mezger, Op. cit., p. 298.

VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilian a otro para su comisión; (cómplices).

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilian al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y (encubridores)

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado. (Responsabilidad correspectiva). Para este caso, su penalidad (menos severa) se asigna en el artículo 64-bis. 304

Respecto de la fracción VII, se trata del encubrimiento sui generis, ya que el encubrimiento visto como delito, autónomo, el Código Penal lo incluye en el artículo 400. El encubrimiento del artículo 13, " (forma de participación) sólo opera cuando se auxilia a quien ejecutó el ilícito, pero en cumplimiento de una promesa anterior." ³⁰⁵ Y con respecto al delito de encubrimiento, se auxilia al autor pero con acuerdo posterior a la ejecución del ilícito.

En la participación se abarca a entender de Zaffaroni, " a los autores, cómplices e instigadores." ³⁰⁶ Coincide con Mezger en su clasificación.

(304) Código..., Op. cit., p. 4.
(305) Castellanos, Op. cit., p. 300.
(306) Zaffaroni, Op. cit., p. 601.

Los 3 grados de participación que señala la doctrina fueron recogidos desde nuestro Código de 1871, idea que se ha mantenido en el espíritu de la Ley Positiva actual, pero que además abarca otros datos a través del artículo 13, en éste, se "pretende agotar todas las posibles formas de responsabilidad penal. -- Ya que --, si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado ; éste estará en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno."³⁰⁷ Dependiendo de su grado de participación, el grado de responsabilidad y penalidad diversa.

(307) Castellanos, Op. cit., p. 296.

- PARTICIPACION EN EL FRAUDE GENERICO.

Para determinar quiénes son partícipes en el fraude, el maestro Pavón indica que, " si la conducta se expresa mediante acción, es posible la participación delictuosa en sus especies conocidas (la autoría intelectual y material), la complicidad (auxilio de cualquier especie, anterior o con comitante al hecho - fracc. III del artículo 13) y encubrimiento (auxilio posterior al delito mediante acuerdo previo a éste artículo 13, fracc. v)." 308

En tanto, si la conducta se expresa por omisión, regularmente no se presenta la participación, " puede sin embargo darse en las formas ya señaladas." 309

(308) Pavón, Comentarios..., Op. cit., p. 181.
(309) Ibidem.

PRIMERA.- El Derecho es la ciencia que engloba fenómenos sociales, actos externos del hombre que son regulados a través de normas, leyes y decretos emitidos por el Estado. La convivencia en sociedad estará coordinada por la norma jurídica, cuya observancia es obligatoria y su aplicación general. El fin inmediato del Derecho es la conservación del orden social.

El orden social; aquél que desde el momento en que el hombre se convierte en un ser gregario, surge tal ímpetu y necesidad, que en nuestro tiempo por los hechos y acontecimientos que se viven hacen más importante su estudio.

SEGUNDA.- El Derecho Penal es la rama del Derecho, que con mayor rigor debe fijar las medidas de seguridad o las penas respecto de los delitos que dañan a la persona en su integridad física y en su patrimonio. El Derecho Penal otorga los medios para que cada hecho delictivo sea debidamente sancionado; el abogado, estudioso del derecho debe conocer y saber aplicar esta ciencia eminentemente social y de existencia real e imperecedera.

TERCERA.- El fraude conlleva la ilícita obtención de un lucro, independientemente de que se tenga el uso o se disponga libremente de ese lucro, pues ya se ha causado el detrimento de un patrimonio ajeno.

La frecuencia del fraude a través de la historia ha ido en aumento, tal parece que la modernidad lleva aparejada la capacidad intelectual para el engaño, para aprovecharse de los demás con tal astucia que sorprende. Este delito se convierte tal como afirmó en el pasado, en un sentido figurado, en un camaleón. Adquiere mil formas, difíciles de enumerar en la ley; pero que, a través de una definición general del fraude, se le brinda al legislador el medio para encuadrar cualquiera de los medios fraudulentos que la capacidad intelectual del delincuente pueda crear.

CUARTA.- No existe un medio eficaz y real para evitar el fraude. Actualmente se ha intentado que con instrumentos como las computadoras se controle el hacer de los sujetos; pero la situación se revierte y tanto este instrumento como todos los actuales de cómputo y comunicación son utilizados para defraudar. Con estos medios se llega a configurar el fraude como delito continuado, ya que, a través, de una computadora se relaizan los me-

canismos para apropiarse de un bien con el pasar de los días o de lucrar con diferentes patrimonios y que por lo sofisticado del manejo de estas máquinas llega a ser difícil de dar con el defraudador o de que pase mucho tiempo para darse cuenta de que se ha cometido este delito.

QUINTA.- En México y en el resto del mundo, el fraude, truffa o estafa es un delito regulado.

Pero en nuestro país adquiere a nuestro modo de ver con acierto, una concepción genérica, aunada a la lista de carácter específico que otorga el artículo 387 del Código Penal.

El concepto del artículo 386 de la Ley punitiva, estructura de manera concreta los elementos para la existencia del fraude, además menciona en tres fracciones las alternativas de punibilidad, de acuerdo al monto de lo defraudado. Y en caso de querer reformar este artículo, lo que debe actualizarse es, únicamente su penalidad.

SEXTA.- El ingenio humano sobrepasa en el fraude su connotación, tal como afirmamos anteriormente, la ley puniri-va no enumera todos los casos en que existe fraude, pero sí, brinda el concepto genérico a través del cual pueda el legislador encuadrar el caso nuevo que se le presente. Y

aún más, el abogado debe ir más allá de esta ayuda, debe brindarle otros instrumentos jurídicos para una mejor im-
partición de justicia, y es la Jurisprudencia obligato-
ria, la que correctamente invocada desempeñará un inva-
luable auxilio legal que en estos tiempos de modernidad
tecnológica, son necesarios para el logro del objetivo
de la ley penal.

SEPTIMA.- A pesar de que la Jurisprudencia otorga una
protección, ésta no es invocada frecuentemente por el
abogado litigante. Y no es que falte material respecto
del fraude, aún más, el bagaje jurisprudencial que exis-
te ha sido comilado por el ilustre Zamora Pierce para
auxilio nuestro. La Suprema Corte de Justicia de la Na-
ción ha emitido ejecutorias que ayudan a desentrañar la
amplitud del concepto del artículo 386 del Código Penal;
el cual, en su simple lectura parece tener más de un error,
ya en su redacción, ya en su contenido, es en este momento
de análisis, cuando debemos relaizar un estudio teórico
profundo y no seguir fácil solución de querer reformar aún
más nuestra Ley Penal Vigente.

OCTAVA.- Queda establecido en la Ley Punitiva que el fraude es un delito perseguible a petición de la parte ofendida (querella necesaria), error de la modernidad jurídica, ya que, todo delito catalogado por nuestra Ley Penal, debe ser perseguido de oficio, de lo contrario, no debe aparecer como tal; en este sentido, creamos necesario que respecto de la forma de persecución de los delitos, sólo se reglamentara una la de oficio, y sobre todo en el fraude en el que, por un aspecto sentimental, o de ignorancia, o por otra causa no se castigan. Ya en sí, es difícil demostrar el fraude, y para ahondar más, se traba con el perseguimiento sólo por querella necesaria lo hace aún más difícil para el legislador y para el sujeto ofendido pero en vista de las circunstancias, nuestra Ley sigue catalogando a ciertos delitos como perseguibles a petición de la parte ofendida.

NOVENA.- Dada la magnitud que adquiere el fraude, tanto en su frecuencia como en la infinidad de medios para lograr el lucro indebido, se hace necesario que en los casos de fraudes cuantiosos el delito deje de ser perseguible de querella necesaria y se persiga de oficio, y así, quedarse establecido en nuestro Código Penal. Los

fraudes que gran cuantía son cada vez más recurrentes y dañinos en la sociedad mexicana, que ve mermada así, su convivencia pacífica ya que, el legislador se ve imposibilitado legalmente para actuar de oficio y castigar al defraudador. A nuestro parecer, resulta más dañada la persona cuando no denuncia el fraude por el temor a una falsa conveniencia personal o social.

DECIMA.- El delito de fraude genérico encuentra ciertos vínculos con el fraude civil en cuanto a sus inicios históricos y en su penalidad los dos tienen una misma naturalidad, pero con un elemento esencial diferente: el dolo penal.

El fraude penal difiere en su esencia y contenido del fraude civil en cuanto al elemento del dolo que se configura por la ley positiva para acriminar el fraude convirtiendo el hecho en delito penal.

DECIMA PRIMERA.- La pena impuesta al que tiene desconocimiento de la ley penal difiere del que lo hace por error. En estos casos se disminuye su sanción o bien se logra la libertad.

DECIMA PRIMERA.- Y debe ser estudiado cabalmente cada caso. La ley penal debe lograr que se normative acerca de la persona o ente social que determine los casos que entran en el encuadramiento de la ignorancia de la ley. A nuestro parecer quien debe participar en dichas medidas es el ministerio público, el representante de los intereses de la sociedad, quien vela por la misma y quien conocerá de cada caso en forma directa y personal. El fraude genérico es un delito doloso, en el que puede configurarse la tentativa y donde el daño repercute en el patrimonio económico de las personas.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Derecho Penal. Harla, S. A. México, 1993.
- 2.- ARROYO ALBA, Francisco. Estudio sociológico, jurídico sobre el delito de fraude. 1a. ed. Dirección General de Publicaciones. UNAM. México, 1962.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte general. Porrúa, S. A. México, 19.
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal anotado. 16a. ed. Porrúa, S. A. México, 199 .
- 5.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. 22a. ed. Porrúa, S. A. México, 1986.
- 6.- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código de procedimientos penales para el Distrito Federal. Comentado. Porrúa, S. A. México, 1990.
- 7.- FERNANDEZ NAVARRO, Oscar. Tópicos del fraude. Tesis. UNAM. México, 1949.
- 8.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. 36a. ed. Porrúa, S. A. México, 1984.
- 9.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los delitos. Porrúa, S. A. 1982.

- 10.- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Parte especial. Volúmen V. Temis, S. A. Colombia, 1989.
- 11.- MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte general. Cárdenas editor y distribuidor. México, 1985.
- 12.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. 5a. ed. Porrúa, S. A. México, 1982.
- 13.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 10ed. Porrúa, S. A. México, 1991.
- 14.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal. 15a. ed. Porrúa, S. A. México, 1993.
- 15.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte general. 3a. ed. Trillas, S. A. de C. V. México, 1990.
- 16.- PEDROZA SAINZ, Francisco. Delitos cometidos contra las personas en su patrimonio: robo, abuso de confianza, fraude genérico. Analizados desde el punto de vista subjetivo de los sujetos activo y pasivo de los delitos. Tesis. Guanajuato. México, 1964.
- 17.- RAMIREZ SANCHEZ, J. Daniel y Hernández Meave, J. Antonio La Patria y el mexicano. 3a. ed. Herrero, S. A. México, 1980.
- 18.- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 13a. ed. Porrúa, S. A. México, 1983.

- 19.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 1a. ed. Porrúa, S. A. México, 1979.
- 20.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte general. 5a. ed. Porrúa, S. A. México, 1990.
- 21.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general. 2a. ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1988.
- 22.- ZAMORA PIERCE, Jesús. El fraude en el Derecho positivo mexicano, en la jurisprudencia y en la doctrina. Tesis. UNAM. México, 1961.
- 23.- ZAMORA PIERCE, Jesús. El fraude. 2a. ed. Porrúa, S.A. México, 1992.

LEGISLACION.

- 24.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada. Departamento del Distrito Federal. México, 1990.
- 25.- Código penal para el Distrito Federalo en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. 2a. ed. Tribunal Superior de Justicia. México, 1992.
- 26.- Código Federal de Procedimientos penal. Sista, S. A. de C. V. México, 1993.
- 27.- Ley de Amparo. 8a. ed. Andrade, S. A. México, 1988.

DICCIONARIOS.

- 28.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. Porrúa, S. A. México, 1991.
- 29.- ENCICLOPEDIA SALVAT. Diccionario. Tomo 4. Salvat Editores. México, 1983.
- 30.- GARCIA PELAYO. Gran Diccionario Enciclopedico Ilustrado. Tomo 5. 14 ed. Reader's Digest, S. A. de C. V. México, 1980.
31. GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO. Tomos: 3,5, y 9. 14. ed. Reader's Digest, S. A. de C. V. México, 1980.

OTROS DOCUMENTOS.

- 32.- INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES. Leyes Penales Mexicanas. Tomo I a IV. UNAM. México, 1979-1980.