



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

" EL DOLO EN EL FRAUDE "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: ADRIANA CASAS MEUGNIOT

ASESOR: LIC. FRANCISCO TERTULIANO CLARA GARCIA



1996

TESIS CON FALLA DE ORIGEN!

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

47
29



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

" EL DOLO EN EL FRAUDE "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ADRIANA CASAS MEUGNIOT

ASESOR: LIC. FRANCISCO TERTULIANO CLARA GARCIA



1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

DEDICATORIAS

*Toda mi eterna gratitud
al Dr. Mamel Carrión Tizcareño
y al Lic. Francisco Tertuliano Clara García
por su gran orientación, asesoramiento
y apoyo al desarrollo de esta Tesis,
así como sus ejemplos de sabiduría
y superación en el difícil camino del abogado.*

*A mis padres por la forma tan sabia
como me orientan y apoyan
para lograr mis metas en la vida.*

*A mis hermanas y hermanos
por el ejemplo que siempre
me han dado.*

INDICE

CAPITULO I "ANTECEDENTES HISTORICOS"

1.1 Derecho Romano.....	2
1.2 Derecho Germánico.....	3
1.3 Derecho Italiano.....	5
1.4 Derecho Argentino.....	6
1.5 Derecho Mexicano.....	7
1.6 Algunos Códigos Modernos.....	10
1.7 Noción de Dolo.....	11
1.8 Clases de Dolo.....	13

CAPITULO II "TEORIAS CAUSALISTAS DE LA ACCION"

2.1 La Conducta.....	16
2.1.1 Elemento Interno.....	17
2.1.2 Elemento Externo.....	19
2.1.3 Elemento Finalístico.....	20
2.2 La Teoría Psicológica.....	22
2.3 La Teoría Normativa.....	24

CAPITULO III "LA TEORIA FINALISTA"

3.1 Diferencias entre la Teoría Normativa y la Teoría Psicológica	
3.1.1 Esencia de la Culpabilidad.....	26
3.1.2 Función de la Culpabilidad.....	27
3.1.3 Naturaleza de las Causas de Inculpabilidad.....	28
3.2 Teoría Finalista de la Acción.....	28

3.3 La Acción.....	31
3.4 La Teoría Lógico Matemática.....	37

CAPITULO IV "EL FRAUDE"

4.1 Diversas Denominaciones	
4.1.1 El Estelionato.....	45
4.1.2 El Escoquerie.....	46
4.1.3 La Truffa.....	47
4.1.4 El Fraude.....	48
4.2 Analogías y Diferencias entre el Robo, Fraude y Abuso de Confianza.....	49
4.2.1 Semejanzas entre el Robo y el Abuso de Confianza.....	51
4.2.2 Diferencias entre el Robo y el Abuso de Confianza.....	51

CAPITULO V "REGULACION JURIDICA"

5.1 La Tipicidad.....	54
5.1.1 Sujeto Activo.....	55
5.1.2 Sujeto Pasivo.....	55
5.1.3 Objeto Jurídico.....	55
5.1.4 Equiparables al Fraude.....	64
5.2 La Atipicidad en el Fraude.....	66
5.3 La Antijuridicidad en el Fraude.....	66
5.4 Las Causas de Justificación.....	66
5.5 La Culpabilidad.....	67
5.6 La Punibilidad en el Fraude.....	68
5.7 Crítica al Código Penal Respecto de la Punibilidad.....	69

CONCLUSIONES.....	71
-------------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	73
-------------------	----

INTRODUCCION

Las comisiones delictivas y su incremento - binomio siniestro - es un reflejo auténtico de conductas desviadas que obligan por fuerza lógica a realizar un replanteamiento y análisis profundo de nuestra legislación penal.

En efecto, los índices de criminalidad han superado todos los parámetros previsible que pudieran contener las estadísticas - llamadas también la gran mentirosa - puesto que, la delincuencia real difiere en mucho de aquellas, en virtud que infinidad de personas llegan a resentir una lesión patrimonial y por la simple razón de no tener confianza en la procuración de justicia, se abstienen de presentar su denuncia respectiva; sin embargo dichos ofendidos también forman legión.

La realidad supera todo lo imaginable, la inseguridad reinante en el contexto social pone en tela de duda, el cartabón punitivo así como a los encargados en prevenirla.

La figura delictiva del fraude, su proliferación y el refinamiento en la operatividad al igual que los otros dos patrimoniales demuestran sin lugar a dudas que las organizaciones criminales están ganando terreno día con día; a tal grado, que la procuración e impartición de justicia en beneficio de la sociedad se está volviendo nugatoria.

En este sentido resulta imprescindible elevar la penalidad en dichos delitos, evitando que los delincuentes puedan obtener a la brevedad posible su libertad como acontece en la actualidad.

Importante papel jugarán también los centros penitenciarios, modificando sus políticas de rehabilitación ya que en la reclusión llegan a doctorarse en toda una gama delictiva, dejando mucho que desear la pretendida resocialización.

En materia carcelaria hay todo por hacer, en nuestro ordenamiento punitivo el tiempo será insuficiente para adecuarlo a las exigencias que demanda la sociedad.

Deseamos que este trabajo pueda contribuir en algo a dichos reclamos.

CAPITULO I

" ANTECEDENTES HISTORICOS "

DERECHO ROMANO

En el antiguo derecho privado romano, se empleó por primera vez la palabra *dolus* como engaño artificioso, como contrapuesto a *vis*, que significaba fuerza, violencia. Poco a poco se operó una transformación y el término *dolus* pasó a indicar genéricamente toda intención encaminada a un delito. Ya en las más antiguas definiciones de los delitos, se exigió el dolo como elemento esencial.

Después de las XII Tablas se comenzó a señalar el elemento subjetivo o factor interno, cuya evolución jurídica alcanza su más alto nivel en la época imperial. Con mayor exactitud puede afirmarse que el dolo se exigía en los delitos castigados con pena pública, en los delitos privados bastaba la culpa.

Por su parte, Alimena expresa: existían en los fragmentos de los jurisconsultos romanos la que él llama "fórmulas antiquísimas pleonásticas": *Dolus Malus, Sciens Dolo Malo* (hecho malo, conciencia dolo malo).

En cambio, Carrara se opone a que el dolo significara en Roma conciencia y argumenta: "si el dolo se considerase consistente en la conciencia, hubiera sido un vano pleonismo decir conciencia conciente, lo que no puede reprocharse a los jurisconsultos romanos".

Debe afirmarse, a pesar de la autoridad de Carrara, que el *dolus malus* (hecho malo), se caracterizaba por la conciencia de violar intereses legítimos de otro.

Mommsen por su parte establece: el dolo abarcaba todos los actos opuestos a la ley, cuando se perpetraran con conciencia, y la buena intención no hacía desaparecer la voluntad punible encarnada en la fórmula abstracta de antilegalidad.

En cambio Binding dijo: El derecho romano exigía, en el dolo, no solamente móviles viles. Por eso afirmó: No había dolo en quien libertaba por compasión al esclavo y en el militar que por piedad dejaba escapar al prisionero, en cuyo caso sólo se imponía una sanción disciplinaria. Pero si en el hecho intervenía fraudulencia, la pena podía elevarse hasta el castigo capital.¹

DERECHO GERMANICO

Aquí se consideraba que se cometía un delito por la producción antijurídica de un mal. La responsabilidad es por el resultado, meramente causal.

Al paso del tiempo, el factor intencional gana terreno sucesivamente en la apreciación de los delitos. La voluntad se concibe muy ampliamente, y comienza a abrirse paso en aquellos delitos en donde la intención pertenece a la figura legal; por ejemplo, en la alta traición, robo, incendio, etc.

Al mismo tiempo puede observarse en ciertos casos típicos, en donde la adecuada intención falta, que son tratados más benignamente como hechos fortuitos, en donde se comprende la negligencia.

El lenguaje jurídico, y hasta el de la práctica, distinguió entre los hechos malos, en cuyo supuesto fáctico se sobre entiende la intención de dañar, y los hechos fortuitos que comprenden tanto el casus propiamente dicho como la negligencia.

Por su parte Brunner dice: En los "hechos malos" la intención encarnaba exteriormente en el acto mismo o conducta del agente, y con respecto a los otros es de observar: La raíz que dió origen a la palabra *Gefährde*, indica en alemán riesgo o peligro. Así se percibe claramente, que la consideración objetiva de peligro servía de norma, en última instancia, para decidir la existencia presunta de la voluntad.

¹ LUIS JIMENEZ DE ASUA "Tratado de Derecho Penal". (Tomo V) Editorial Losada. 1963, págs. 315 y 316.

En cambio, Vilda señala: Era suficiente la voluntad indeterminada de causar un mal a otro para que se calificara el hecho de homicidio en caso de resultado letal. Es aquí en donde podemos señalar el arranque del *dolus indirectus*.

De todas maneras, en éste periodo no puede negarse lo siguiente: La regla fué la responsabilidad por el resultado; es decir, la responsabilidad por la mera causa.

En la Baja Edad Media se distingue ya la intención en los hechos fortuitos. Sólo en los delitos característicamente intencionales se reputan actos injustos, ampliándose el elemento personal en aquellos hechos causados fortuitamente y en los perpetrados por negligencia.

El lenguaje jurídico es rico durante esa época, en expresiones para designar la intención, ya sea con unas u otras veces, que significaba el elemento psicológico. Suele predominar el término *voluntad* (con voluntaria mano, ánimo voluntario). Otras frases menos exactas fueron empleadas en este sentido: con delictuosidad, con ánimo delictuoso, astuta o maliciosamente, al sentido de enemistad, de hostilidad. Este sentimiento denota la cólera y se halla expresado como: con ánimo de odio, en movimiento de cólera.

El hecho premeditado o deliberado es el que se comete con ánimo pensado.

En algunas fuentes menos antiguas, se menciona el término maldad y en ellas aparece la expresión *mutwille* (malicia, travesura), en sentido más restricto.

Los hechos realizados sin deliberación o premeditación, se castigan más benignamente: impensadamente, en un ánimo impensado, de manera arrebatada. De aquí se origina el dolo de ímpetu en su forma pasional.²

En síntesis, el dolo toma en cuenta la intención, voluntad, causa o resultado para apreciar el delito. Cuando falta la intención adecuada, son tratados como hechos fortuitos.

² LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. págs. 317 a 319.

En la práctica se distingue entre los *hechos malos* que comprenden la intención de dañar, y los *hechos fortuitos* que comprenden la negligencia.

Se percibe ya el *dolo indirecto* por tomar en cuenta la voluntad indeterminada de causar un mal a otro.

DERECHO ITALIANO

Los Estatutos Italianos contienen algunas disposiciones que Tancredo Gatti ha recogido. Importa destacar: En los actos procesales de los tiempos medios se ponía escrupuloso esmero en anotar la existencia de la intención, la cual se expresaba en un buen número de palabras.

En los Estatutos, en los Textos y en los Prácticos, se hallan muchas expresiones que designan la voluntad dolosa en Italia, como son: *isto animo* (con esta voluntad de ofender), *haudstant* (no están presentes los elementos), *iniquo animo* (ánimo malévolo), *pro conludio* (a favor del pleito), *pro illicita presumtione* (una ilícita presunción), *malitiose faudalenter* (malicia fraudulenta), *dolose* (dolosa o mentira), *pro peccatis* (a favor de los errores), *ingeniose* (ingeniosamente), *se sciens* (él mismo conciente), y más tarde: *pensate* (pensar), *appensate* (pensar irreflexiblemente), *exproposito* (con propósito), *studiose* (de cálculo), *tractati* (habiendo sido tratado), *mediate* (con mediación de alguien), etc.³

Son muchos los exponentes de la teoría de la voluntad. Hasta los positivistas, que quieren superarla, se mueven en el ámbito de ella.

Los positivistas como Ferri, pretenden haber dado un paso más en el concepto evolutivo del dolo y hablan de que la mera voluntad no es bastante para caracterizarla, siendo preciso contemplar la intención y el fin. Al tratar de éste da notable desarrollo y trascendencia a los motivos.⁴

³ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. pág. 321.

⁴ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. págs. 312 y 313.

Como podemos ver, en este derecho el dolo significó la intención y el tipo de voluntad, para después tomar en cuenta el fin; y las distintas corrientes coinciden al respecto.

DERECHO ARGENTINO

El código de Baviera, el Español y las fuentes Romanas, constituyen la base del Proyecto Tejedor (1865). De ahí se explica que no sólo apareciera la "intención", sino el vocablo dolo; el término traducido por Tejedor y usado en la versión francesa para trasladar la palabra *vorsatz* (intención) -ya que el penalista argentino no conocía el alemán-

Por otra parte el artículo 3° del Proyecto Tejedor decía así: "Hay crimen cometido con dolo, cuando el agente se propone la realización del crimen proveniente de su acción, como objeto intencional de ella, a sabiendas de que la resolución tomada es ilegítima y punible".

Tejedor lo razona así: "No pudiendo el legislador penetrar en el fiero interior del culpable para hallar la intención criminal, toma por base la manifestación exterior del crimen, el cometido realmente. Pero no se atiende exclusivamente al resultado material y fortuito, como se ha hecho muchas veces, esto es, también toma en cuenta el elemento moral (art. 7). Como el hombre, guiado por la ley de la causalidad, no puede ignorar las consecuencias de sus actos (art. 8), responde de los resultados, porque debía haberlos previsto a menos de excepción o prueba contraria. (art. 9)."

En 1939 Juan Ramos extrajo del mismo, del artículo 34, inciso 1°, esta conclusión: "Obra con dolo quien en el momento del hecho comprendió la criminalidad del acto y dirigió sus acciones".

El texto legal, siguiendo casi textualmente lo dicho por el código de los Zares de 1903, exige para eximir en tales supuestos, que el agente *no haya podido...*, *comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*.

De modo expreso, el código configura ciertas especies culposas de delitos al señalar: "Cuando el sujeto, pudiendo comprender la criminalidad de su acto o dirigir su acción (siendo imputable), ha obrado con imprudencia, hay culpa; cuando el sujeto ha efectivamente comprendido la criminalidad de su acto o dirigido su acción, hay dolo".

Al respecto el jurista Soler nos dice: "...Cuando la ley expresamente no ha requerido una forma especial del elemento subjetivo, basta para constituir en dolo cualquiera de los elementos donde, según el artículo 34, inciso 1º, condicionan subjetivamente la punibilidad del acto bajo la forma de una pena, a saber: 1.- Conciencia de la criminalidad del acto, 2.- Dirección de la acción. De esta manera, basta para la punición que el acto haya sido conciente o dirigido".

"Es claro -concede- para que un sujeto sea imputable, necesita tener al mismo tiempo *capacidad* de comprender y de dirigir. Pero -prosigue Soler- cuando tenemos un sujeto que puede comprender y puede dirigir (imputables), diremos: obra culpablemente en un caso determinado, cuando efectivamente ha comprendido o dirigido, pudiendo comprender lo que hacía *dirigió* su acción, *comprendió* lo que hacía al aprovechar esa ocasión, aunque no se lo había propuesto ni había *dirigido* su acción a lograrlo, pero podía *dirigir* sus acciones. Una cosa es tener capacidad de comprender y dirigir, otra, haber comprendido y dirigido".⁵

En este derecho, el dolo amplía su significado de "intención", a la *comprensión* de la criminalidad del acto y *dirigir* su acción.

También se hace la distinción de la *culpa* y el *dolo*. *Culpa*: cuando comprende la criminalidad de su acto o dirige su acción y obra con imprudencia. *Dolo*: cuando comprende la criminalidad de su acto o dirige su acción.

⁵ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. págs. 372 a 378.

DERECHO MEXICANO

El código penal de 1871 tomó como ejemplo próximo el Español de 1870, el cual como es sabido, se inspiró a su vez en sus antecesores de 1830 y 1848. Aquél establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad (art. 34, frac. I). Cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes (art. 39 a 47), dándoles valor progresivo matemático.

La novedad importante del código penal para su tiempo fué el "Delito Intentado": "*Es el que llega hasta el último acto en que debería realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o porque evidentemente son inadecuados los medios empleados*" (art. 25), grado donde el legislador hizo intermedio entre el conato (ejecución inconsumada, art. 19) y el delito frustrado (ejecución consumada, pero, no logra el resultado propuesto, art. 26), lo cual, certera y expresamente se justificó con la diferente peligrosidad acreditada.

El artículo 9 afirmaba: "La intención se presume, salvo prueba en contrario". Este decía: "Cuando a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario o cuando la ley exija la intención dolosa para que haya delito".⁶

Todos los Códigos de los Estados Federados Mexicanos adoptan la misma fórmula del Código del Distrito Federal, es decir la de presumir *Juris Tantum* (un tanto del derecho) el dolo.

Esta regla, subsana los defectos del Código Penal del Distrito Federal; sin embargo, según sea el delito cabe o no dicha presunción legal, por ejemplo, el fraude (art. 386), es imposible que pueda ser culposo; y otro tanto cabe decir del parricidio (art. 323). En cambio, en los términos de la fracción II del artículo 8, los delitos pueden ser también "no intencionales o de imprudencia",

⁶ RAUL CARANCA Y TRUJILLO. "Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa, 1988. págs. 112 y 113. 126 y 127, 143 y 144.

cuya penalidad se establece en el artículo 60; es decir, pueden ser, en el caso, no dolosos. Por lo tanto, la presunción legal de dolo ofrece serios inconvenientes.⁷

En el Derecho Mexicano no se hacía mención expresa de las denominaciones de dolo directo, dolo indirecto, ni de dolo eventual; pero se le atendía después de establecer la presunción de intencionalidad *Juris Tantum* (un tanto del derecho).

Así mismo, el Código Penal de 1931 (antes de la reforma de dic. 30 de 1983) no define el dolo, aunque si la imprudencia, el proyecto de 1949 define ambos; en cuanto al dolo dice: "El delito es intencional cuando se quiere o acepta el resultado" (art. 7).

En nuestro derecho se mantenía la presunción de dolo (como lo mencioné anteriormente), salvo prueba en contrario, para los casos de *error de hecho o consumado* examinados. En efecto, no se destruía la presunción de intencionalidad aunque se probara que el acusado *no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general, intención de causar daño* (art. 9, fracc. 1).

Expresamente se mantenía dicha presunción para el *error de derecho*, pues se presumía también el dolo aunque se probara que el *acusado creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla* (art. 9, fracc. III). Tiene su antecedente este precepto en el Código Penal de 1871, el cual mantenía igual presunción aunque el acusado probara "*la ignorancia de la Ley*" (art. 10, fracc. III), dicho precepto, el Código Penal de 1929 lo trasladó a la fórmula adoptada por nuestro derecho vigente (art. 15, fracc. VIII, inciso B). Todo ello con apoyo en la sentencia "la ignorancia de la ley no es excusa", referida anteriormente.

Con fundamento en los principios sociales o en la necesidad política, se presume de hecho y por derecho, el conocimiento de la ley penal.⁸

Como ya hemos dicho, en todos los delitos se presumía el dolo, salvo que se pruebe lo contrario o cuando la ley lo exija en el delito. Por otra parte, no se destruía la presunción de dolo a

⁷ IGNACIO VILLALOBOS. "Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa, 1990. págs. 304 y 306.

⁸ RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL CARRANCA Y RIVAS. "Derecho Penal Mexicano". (Parte General). Edit. Porrúa, 1991. págs. 446, 447 y 452.

pesar del desconocimiento de la ley. También se establece lo siguiente: "los delitos pueden ser no dolosos, es decir, no intencionales o de imprudencia".

ALGUNOS CODIGOS MODERNOS

Hablaremos ahora de algunos Códigos Penales de otros países:

El Código Polaco en su artículo 14, párrafo 1º, dispone: También hay dolo "cuando el agente prevé la posibilidad del resultado delictivo de la acción y consiente en realizarlo".

El Código Checoslovaco en su artículo 3º, párrafo 1º, reconoce: la acción es dolosa "cuando el sujeto supo que podía producirlo (el resultado) y, en tal caso, estuvo de acuerdo con que se produjera".

El Yugoslavo, en su artículo 7, inciso 2º, ordena se considere igualmente dolosa la conducta del sujeto, cuando "ha sido conciente de que, a consecuencia de su acción u omisión, el resultado prohibido puede sobrevenir y ha consentido en que sobrevenga".

El Brasileño establece en su artículo 15, inciso 1º: el delito es doloso "cuando el agente quiso su resultado o asumió el riesgo de producirlo".⁹

De lo anterior se desprende que los Códigos Penales extranjeros coinciden en que el dolo es la conducta del agente contraria al derecho y que el agente esta conciente de ello y persiste en realizarla o aprobarla. Así mismo que el dolo se tiene que comprobar.

Ahora veremos algunos Códigos Penales de los Estados de la República Mexicana:

El de Michoacán, en su artículo 7 establece: La culpabilidad se reconoce de 3 aspectos: del Dolo (intención de dañar), la Culpa (acción que daña), y de la preterintención.

⁹ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. págs. 592 y 596.

Por su parte el de San Luis Potosi incluye en su artículo 12 la regla procesal siguiente: "El dolo se presume, salvo prueba en contrario". Dicho artículo 12 dispone: A todo acusado se le tendrá por inocente mientras no se demuestre lo contrario.

Mientras tanto, el de Veracruz en su artículo 6 define la preterintencionalidad de la siguiente manera: "Cuando se causa un daño mayor que el que se quiere causar habiendo dolo directo respecto del daño querido, y culpa con relación al daño causado".

El de Yucatán, elimina las dificultades e inconvenientes de la presunción legal de dolo contenida en el Código Penal de 1871, por eso establece en su artículo 6 lo siguiente: "Hay delitos intencionales y de culpa".¹⁰

Como podemos ver, la mayoría de los Códigos de los Estados al definir al dolo, toman como base el del Distrito Federal, el cual lo define en su artículo 9 de la siguiente manera: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente, el que produce el resultado típico, y no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".¹¹

En este orden, nos lleva a confirmar que en el Código Penal de 1931 se presumía el dolo y a partir de la reforma del 10 de enero de 1994, el dolo se tiene que comprobar.

NOCION DE DOLO

Iniciaremos con varias definiciones de dolo de diversos autores y después daremos un breve análisis.

¹⁰ RAUL CARRACA Y TRUJILLO. Opus Cit. págs. 138, 140 a 142 y 145.

¹¹ "Código Penal para el D.F. en materia común y para toda la República en materia Federal". Edición. Sista. 1994. págs. 4 y 5.

Graf Zu Dolma, expresa al respecto: "Obra dolosamente quien actúa con conciencia de concretar un tipo de delito".

Francisco Carrara, nos dice: "El dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley".

Por otra parte, *Carlos Fontán Balestra* aclara: Dos son los elementos sustanciales o constitutivos del dolo: 1) El elemento psicológico.- se requiere la relación del sujeto con su acción y con el resultado de ella; 2) El elemento ético o de negación del derecho.- consistente en actuar con el conocimiento de que la acción es contraria al orden jurídico. Por lo tanto afirma: "Obra con dolo quien en el momento de la acción se representa un resultado criminoso como cierto, probable o posible, querido o aceptado, pues su producción no le deliene en su obrar".¹²

Mezger por su parte dice: "Actúa dolosamente quien conoce las circunstancias fácticas y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado".

De Marsico nos da una definición más amplia: "Dolo es la voluntad no coaccionada de ejecutar un hecho comisivo u omisivo que la ley contempla como delito, con la previsión del resultado derivado de la propia acción y la intención de producirlo con ella".¹³

Jiménez de Asua es más concreto al afirmar: El dolo es "la conciencia y la voluntad de cometer un hecho ilícito".

Florian lo define como: "La voluntad conciente del sujeto dirigida a un hecho incriminado como delito".

Para *Cuello Calón* es: "La voluntad conciente del sujeto dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso".¹⁴

¹² CARLOS FONTAN BALESTRA. "Tratado de Derecho Penal" (Tomo II) Edit. Abeledo Perrot. 3ª reimpresión, págs. 247 a 249, 252 y 266.

¹³ LUIS JIMENEZ DE ASUA. "Tratado de Derecho Penal". Edit. Losada. 1973. págs. 416 y 417.

¹⁴ RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL CARRANCA Y RIVAS. Opus Cit. págs. 441 y 442.

Por último, *Labeón* nos da un concepto corto pero a mi parecer muy apropiado para definir al dolo: "Dolo malo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, defraudar o engañar a otro".

De este modo, el dolo está destinado a producir en la víctima un engaño, un error, que lo lleva a contratar, a realizar el negocio jurídico, que por otra parte esta persona no llevaría a efecto de no estar engañada. Por esta razón, el dolo vacía la voluntad, pues la persona víctima del dolo no tiene una exacta y cabal apreciación de las cosas ya que ha incurrido en error, producido por la malicia de otra persona.

Para la existencia del dolo es necesario, haber engañado a la víctima y existir aprovechamiento de ese engaño para inducir la a realizar el acto jurídico.¹⁵

Tomando en consideración los conceptos de dolo vistos anteriormente y el que especifica el Código Penal para el Distrito Federal, se deduce lo siguiente: Obra dolosamente quien conociendo los hechos penados por la ley, o sabiendo de antemano que pueden llegar a realizarse tales hechos delictivos, manifiesta con su conducta realizar o aceptar los hechos. Y obra con culpa, quien provoca el resultado penado por la ley y no lo toma en cuenta pudiendo hacerlo, o lo previó pero confió en que no llegaría a producirse tal hecho, violando así el deber de tener cuidado, el cual debía y podía haber observado según las circunstancias y las condiciones personales.

CLASES DE DOLO

Diversos criterios han regido las variadas clasificaciones hechas del dolo; se habla de *Dolo Genérico*, *Específico* y aún *Especialísimo*.

Debe diferenciarse en primer lugar el dolo genérico del específico. El Genérico consiste en

¹⁵ SEBASTIAN ARTILES. "Derecho Romano". Edit. Jurídica Venezolana. Caracas. 1978. págs. 303 y 304.

la dañada intención, la cual en materia penal se presume siempre, por lo que no requiere prueba. El Específico es la intención indicada por una voluntad dañada, requerida en algunos tipos para integrar el delito; la ley debe consignarlo en cada caso y no se presume, debe probarse, correspondiendo su prueba al Ministerio Público.

Algunos llaman dolo Especialísimo al empeño realizado extraordinaria y laboriosamente en alguna construcción delictuosa.

Como consecuencia de su definición y por tanto de sus elementos constitutivos: intelectual y emocional, se impone la distinción del *Dolo Directo* y el *Indirecto*.

Quienes dan preponderancia al conocimiento como factor en el dolo, llaman "*Directas*" a todas las especies del mismo en donde se sabe que ocurrirá un daño, aún cuando a veces no se precise cual de varios posibles resultados será el realizado y se tenga sólo la certeza de que alguno de ellos va a producirse.

En cambio, quienes reconocen que el dolo es una voluntad, aunque informada por determinados conocimientos, llaman dolo directo a aquél en donde esa voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico; es decir, al dolo en el cual hay *intención, lo que interesa no es el fin del delito, sino el fin de la voluntad en el delito*.

Hay *Dolo Indirecto*, cuando la voluntad no busca o no se propone un resultado que luego se produce, pero el agente *sabe que va a producirse* y lo admite ejecutando el acto causal, o bien *sabe que puede producirse* y consiente todas las posibilidades con tal de llevar adelante su conducta, llevan consigo un dolo indirecto en cuanto al delito constituido por este resultado *no querido pero si consentido* en su realización. La forma de actuar de la voluntad en estos casos no es directa, como un querer, sino indirecta como un asentimiento respecto de las consecuencias típicas previstas.

También se distingue entre el *Dolo Determinado* (intención directa de producir el resultado previsto), del *Indeterminado* (intención indirecta). Y se llama *Dolo Eventual* al existente en el

agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad de producirse otros diversos o mayores.

Esta clase de dolo se caracteriza por la *Eventualidad o Incertidumbre*, la cual hay respecto a la producción del resultado conocido y previsto.¹⁶

Después de los conceptos de dolo que acabamos de ver, de la clasificación del mismo, y basándonos en el concepto dado por el Código Penal del Distrito Federal, nos atrevemos a decir que la clasificación es la siguiente: *Dolo directo, indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado*.

¹⁶ IGNACIO VILLALOBOS. Opus Cit. págs. 311 a 304.

CAPITULO II

“TEORIAS CAUSALISTAS DE LA ACCION”

LA CONDUCTA

Conducta penalísticamente aplicada, significa que toda figura típica contiene un comportamiento humano, tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad.

Frecuentemente suelen emplearse las palabras “acto”, “hecho”, “actividad” o “acción” para hacer referencia al elemento relativo al ser o al hecho.

Es preferible utilizar la expresión “conducta” por ser un término que recoge en su contenido, las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior y refleja mejor el sentido y el fin que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre, para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico.

El hombre es un espectador dotado de inteligencia y voluntad. Dicha voluntad constantemente se orienta hacia una o varias perspectivas que el mundo le presenta y cuando se apropia de alguna o varias de ellas, las convierte en fines o propósitos.

En cuanto se propone una perspectiva se intenciona y su intención lo hace conducirse; si su intención es su voluntad orientada hacia un fin, es su propia voluntad la generadora de su conducta.

Massari -expresa- “El delito no es mero antojo, veleidad o deseo de un suceso antijurídico, ni sólo determinación, tendencia o impulso al suceso mismo: es una voluntad que se actúa;

impulso que se exterioriza; pensamiento que desemboca en una conducta. Es obrar, comportamiento, actividad, ejecución".¹⁷

Las conductas que describen las figuras típicas consisten en un hacer y en un no hacer. En el primer caso se tiene la acción positiva o en sentido estricto; en el segundo la acción negativa o inactividad. Requieren además de una actividad o inactividad un resultado externo; cualquiera que fuere su forma de manifestación o integración, es siempre la conducta típica una manifestación de voluntad dirigida a un fin. Tres elementos son esenciales para su existencia: uno interno -*Voluntad*- otro externo -*Manifestación*- y otro teleológico -*Meta que guía la voluntad*-.

Estos 3 elementos o coeficientes están unidos entre sí; forman un todo conceptual: *la conducta típica*. Este es un hecho simultáneo físico y psíquico dirigido a la realización de un fin.

ELEMENTO INTERNO

En la determinación del coeficiente interno no se trata de establecer el estado psíquico necesario para que un hecho externo pueda ser imputado a su autor, ni las condiciones psicológicas en que debe actuar el sujeto para que pueda afirmarse que ha obrado culpablemente. Se trata sólo de fijar el coeficiente interno mínimo necesario para poder afirmar que un movimiento o inercia corporal implica una conducta humana.

El coeficiente psíquico de la conducta radica en la voluntad. La voluntad es el sólo elemento con que esencialmente se manifiesta, en el singular acto, la personalidad del sujeto. Son atribuibles a la voluntad los actos que traen origen de un impulso conciente y también aquellos que se derivan de la inercia del querer. La asignabilidad al querer se extiende tanto como el querer mismo.

No existe grado alguno de la voluntad en el suceder externo oriundo de movimientos

¹⁷ MARIANO JIMENEZ HUERTA. "Derecho Penal Mexicano" (Tomo I). Edit Porrúa. 1983. pág. 107.

reflejos, esto es, en aquellos casos en que la excitación de los nervios motores no esta sometida a un control anímico, sino que promovida dicha excitación por un estímulo fisiológico se traduce de inmediato en movimientos reflejos sin que intervenga la conciencia.

Quedan comprendidos en este actuar impulsivo las acciones explosivas de los irascibles e irritables, las que tienen su mecánica en el campo de la histeria, los estados de embriaguez patológicos, los estados crepusculares afectivos, la cleptomania, etc.

Tampoco existe señorío alguno de la voluntad cuando el hombre interviene como simple naturaleza muerta *-Fuerza Mayor-* o como mero instrumento material *-Fuerza Irresistible-*.

Interviene como simple naturaleza muerta siempre que ocasiona un resultado lesivo a consecuencia de una violencia exterior y absoluta, oriunda de las fuerzas ciegas de la naturaleza. Sirve de mero instrumento material siempre que efectúa determinados movimientos o inercias corporales en virtud de una fuerza material exterior e irresistible que sobre él se ejerce por otra persona.

No existe tampoco el acto voluntario preciso para engendrar el concepto de conducta, en los casos de sugestión hipnótica, sueño y sonambulismo.

La existencia de un coeficiente psíquico es por sí misma necesaria para que los movimientos o inercias que se producen en el mundo externo puedan adquirir la categoría de conducta.

Como la voluntad sólo es atributo y facultad de la persona física, la conducta es siempre conducta humana.

Los efectos causados por los animales y las cosas materiales inanimadas no pueden ser considerados como resultados de acciones o conductas: sólo alcanzan la categoría de hechos.

Únicamente el hombre puede realizar una acción animada de un proceso psicológico trascendente en el ámbito de las figuras típicas. Aunque junto a la persona física el derecho

reconoce también a la persona social como sujeto capaz de relaciones jurídicas, con lamentable olvido de que las entidades corporativas carecen de realidad psico-física y son incapaces de acción para proclamar la responsabilidad criminal de las personas sociales.

El Código Penal Mexicano de 1931 ha acogido la responsabilidad criminal de las personas jurídicas; lo que hace es penar, en su artículo 11, al “miembro o representante de una persona jurídica”, autorizando al juez, cuando el delito cometido lo es “con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionan”, de modo que se puede estimar perpetrado “a nombre y bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella”, a imponer a la sociedad la suspensión o disolución, medios que no pueden reputarse realmente más que como medidas de carácter administrativo complementario.

ELEMENTO EXTERNO

Cualquier actitud o modo de ser del hombre que no se refleja en un movimiento o inercia del cuerpo no es susceptible de ser abarcado por una figura típica. Un coeficiente externo, una manifestación de voluntad que deje su reproducción en el mundo exterior es necesario para poder afirmar la existencia y realidad de una conducta delictiva. En sus manifestaciones externas puede la conducta asumir 2 formas diversas de presentación: movimiento *-Acción Positiva-* o inercia *-Acción Negativa-* corporal.

Como movimiento corpóreo la conducta se manifiesta casi siempre en la actividad de los miembros, esto es, de los órganos por medio de los cuales el hombre realiza la mayor parte de las modificaciones del mundo exterior, aunque también puede manifestarse en otros movimientos musculares de órganos diversos. Como inercia corporal, en un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad. Esta inacción entra igualmente en el concepto de conducta, porque también la inactividad es una postura, un modo de comportarse frente al mundo exterior: precisamente un comportamiento meramente pasivo.

ELEMENTO FINALISTICO

Sin el auxilio de criterios finalísticos, de valor, de criterios sociales, no es posible considerar en una serie de acontecimientos naturales el perfil de la conducta típica.

La observación naturalística nos da una serie más o menos relevante de acontecimientos, de fenómenos, de situaciones concretas: una cadena de elementos de hecho, de los cuales, con base en un juicio de valor, es posible extraer los perfiles de la singular conducta. La acción es energía espiritual del sujeto con un determinado contenido de fin. En el uso corriente del lenguaje es inherente el concepto de conducta típica el momento final.

La significación de una conducta típica no se revela sólo con el estricto dato naturalístico. La realidad social dentro de la que se mueven los fines del hombre adquiere al respecto una extraordinaria significación.

Un hombre que se mueve, a diferencia de una cosa que se mueve, tiene una meta. La meta o el blanco son cosas tan reales como el movimiento. Pero su realidad es psicológica, no material. Está dentro de nosotros, no fuera, pertenece al campo intelectual. Es uno de los milagros que realiza nuestra inteligencia, capaz de representarse a sí misma una mutación del mundo externo antes de que ocurra. A este propósito hablamos de finalidad; y la etimología aclara el mecanismo del fenómeno, que consiste en una proyección anticipada de la realidad exterior en nuestra mente.

Las conductas descritas en las figuras típicas, en cualquiera de sus formas de manifestación externa -*Acción o Inercia*- y de expresión del acto psicológico -*Intención o Negligencia*- yacen en el mundo de los valores creados por las consideraciones finalistas.

Mezger dice: "No el suceder externo, no el hacer y el dejar hacer exteriores fundamentan la esencia propia de las conductas típicas. Dicha esencia consiste más bien en el hecho de que el hacer y dejar de hacer son conductas enderezadas a una meta, a un fin, y como tales animadas o impulsadas por la voluntad".¹⁸

¹⁸ MARIANO JIMENEZ HUERTA. Opus Cit. págs. 117 y 118.

Es precisamente esta idea-fin la que se domina del comportamiento y matiza el mismo de significación penalística.

Otras veces, la tendencia hacia un fin es necesaria para dotar de color penalístico a la conducta, hasta el punto de que si falta en ella dicha tendencia, nos hallamos ante una acción de la vida diaria desprovista de toda significación penal.

Las diversas tendencias finalistas suministran la genuina conexión de sentido para concluir que nos hallamos ante una conducta subsublime en una figura típica; son decisivas en muchos casos para resolver sobre su juricidad o antijuricidad; desempeñan papel importantísimo para fundamentar los contornos y perfiles del actuar culposo; y por último, entran en juego en el juicio de culpabilidad para cimentar el condigno reproche.

Sólo en virtud de una consideración finalística o teleológica pueden fundirse en una unidad los 2 elementos interno y externo del obrar humano e integrarse la idea de conducta típica, como concepto de valor que supera las exigencias de una concepción meramente naturalística. Dicha concepción teleológica nos ayuda también a determinar la unidad o pluralidad de delitos, ya que desde el punto de vista naturalístico falta toda unidad de medida. Varios actos o fragmentos de acción, aunque tengan desde el plano naturalístico carácter autónomo, pueden fundirse en una unidad por el fin que el agente pretende realizar o por superiores criterios de valoración ofrecidos por el legislador, los cuales rebasan la lógica de un pensamiento estrictamente naturalístico.¹⁹

Por lo tanto, debemos afirmar que la *Conducta* es todo comportamiento positivo o negativo con que el hombre manifiesta externamente su voluntad, la que constantemente se orienta a una o varias perspectivas que se le presenten y las convierte en fines o propósitos. Al proponerse una perspectiva, se intenciona, lo que lo hace conducirse, es decir, la intención es su voluntad orientada a un fin, por lo tanto, su voluntad es la generadora de su conducta.

La conducta típica necesita de 3 elementos esenciales y unidos entre sí:

¹⁹ MARIANO JIMENEZ HUERTA. *Opus Cit.* págs. 106 a 119.

1.- *Interno (Voluntad)*, 2.- *Externo (Manifestación)* y 3.- *Teleológico (Meta que guía la voluntad)*.

El elemento *Interno* es el coeficiente psíquico de la *conducta* que radica en la *voluntad*, la que a su vez manifiesta la *personalidad* del sujeto a través de *actos*, ya sea de *impulsos* conscientes o de *inercia* del querer, exceptuando los movimientos reflejos.

El elemento *Externo* es la manifestación de la *voluntad* dejando su huella en el mundo *exterior*, la cual puede ser a través de *movimiento corporal (acción positiva)* o de *inercia corporal (acción negativa)*. Como *movimiento corpóreo* la *conducta* se manifiesta a través de la *actividad* de los órganos o movimientos musculares. Como *inercia corporal*, a través de un estado de *quietud* de las partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la *voluntad*.

El elemento *Teleológico o Finalístico* consiste en que ya que todo hombre que se mueve, siempre tiene una meta, la que es psicológica porque está dentro de nosotros y pertenece a campo intelectual; esta meta o fin está impulsado por la *voluntad* y es necesario saber si ésta encuadra dentro de las conductas sancionadas penalmente.

TEORIA PSICOLOGICA DE LA CULPABILIDAD

Los partidarios de esta teoría se basan en que la culpabilidad consiste en la relación del sujeto frente al hecho realizado.

Son varios los autores que mantienen la tesis psicológica:

Battaglini expresa que: "La culpabilidad es la relación psíquica entre el agente, que se ha reconocido ... válido destinatario de la norma abstracta de conducta, y el hecho que él, en concreto, ha puesto en existencia".

Por su parte *Silvio Ranieri* dice: "La culpabilidad tiene significado de relación causal -de

carácter psicológico- entre el autor y su obra, aunque el juicio de culpabilidad es juicio de causalidad, será, sin embargo, de causalidad psicológica". En su obra reitera: "La culpabilidad, a pesar de las recientes tendencias de la doctrina moderna, se funda en la existencia de una relación subjetiva de carácter exterior".

Garraud señala: "La existencia de la culpabilidad depende de una relación subjetiva y psicológica entre la voluntad del agente y el delito".

Portela afirma: "La culpabilidad en sentido estricto, comprende únicamente el dolo y la culpa".²⁰

Antolisei declara que: "La culpabilidad consiste en el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior".

Carlos Fontán Balestra anota que la culpabilidad consiste en "la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él".

Ignacio Villalobos concretiza el concepto afirmando que "La culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo".²¹

En síntesis, para esta teoría, la culpabilidad es la posición del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa, es decir, tanto el dolo como la culpa son formas de vinculación admitidas por la ley, entre el autor y el hecho ilícito, constituyendo la imputabilidad el motivo de su culpa.

²⁰ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. págs. 149 a 156.

²¹ FRANCISCO PAVON VASCONCELOS. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa. 1974, págs. 333 y 334.

TEORIA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

En la teoría normativa, la culpabilidad presupone la existencia de una conducta o hecho antijurídico.

Veamos ahora la opinión de varios autores que defienden esta teoría.

Welsen precisa que "La culpabilidad agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuricidad es la relación, entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otro, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla".

En opinión de *Mezger* culpabilidad significa "Un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser *castigado* no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada".

Ignacio Villalobos estima integrada la culpabilidad con 2 elementos: una actitud psicológica del autor, y una valoración normativa de aquélla, productora del reproche en virtud de la oposición en que, con relación al Derecho, se coloca el sujeto. "Sin embargo -razona- lo que ahora interesa es la actitud *psicológica* del sujeto que, si se tiene presente que en el delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuricidad, es el nuevo elemento que por sí sólo constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo el proceso de valoración, de reproche y aún de punibilidad". En su criterio, culpabilidad y reprochabilidad son meros "adjetivos" para calificar una conducta a su autor, lo cual equivale a sostener que "La reprochabilidad es consecuencia de la culpabilidad", o dicho de manera distinta, "una conducta es reprochable en tanto que se produce culpablemente".²²

²² FRANCISCO PAVON VASCONCELOS Opus Cit. págs. 334 a 337.

Carrara dice textualmente: "... Si la acción quiere *echarse en cara* al hombre como delito, además de serle moralmente atribuible como acto voluntario, debe ... *podérsele echar en cara* como acto *reprochable*".

Kohler defiende la culpabilidad como "determinación voluntaria del individuo" que de modo "reprochable" le conduce a perpetrar un acto "desaprobado".

Beling expresa: "La culpabilidad es el contenido reprochable de la voluntad".

Franz Von Liszt establece: "A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre su autor".²³

De esta doctrina debe entenderse por *culpabilidad* que, teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa; determinados los motivos, se concluirá si el hecho es o no *reprochable*, para lo cual habrá de probarse si teniendo presentes los motivos y la personalidad del autor, le era "exigible" una conducta acorde con el Derecho. Por lo tanto, lo que caracteriza a esta doctrina es el *reproche* basado en las motivaciones y el carácter del sujeto, a condición de que se le pueda "exigir" un comportamiento conforme a Derecho.

²³ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. págs. 157, 158, 162 y 163.

CAPITULO III

“LA TEORIA FINALISTA”

DIFERENCIAS ENTRE LA TEORIA NORMATIVA Y LA TEORIA PSICOLOGICA

El concepto y la esencia de ambas teorías quedarán mejor entendidas al analizar las diferencias que median entre la tradicional teoría psicológica y la construcción normativa de la culpabilidad.

Dichas diferencias han sido señaladas por Ricardo Núñez y Frías Caballero, de la siguiente manera:

A) *Esencia de la culpabilidad.* La teoría psicológica contempla a la culpabilidad en sus dos especies, dolo y culpa, su contenido es puramente psicológico (sobre todo en el primero) lo que significa: en vez de dos especies de culpabilidad, presenta realmente dos culpabilidades diferentes.

Consecuentes con su punto de vista, los psicólogos estiman las causas de inculpabilidad como “estados psicológicos” -de acuerdo a Núñez- aunque se incurra con ese término en un equivoco, pues la inculpabilidad se refiere a la actitud (acto concreto) y no a la aptitud (capacidad, estado), que hace relación a la imputabilidad.

En cambio, el normativismo examina el proceso psicológico resultante; es decir, la intención y la negligencia, y se remonta a los motivos y al carácter del agente. Establece sobre todo, como esencia de la culpabilidad, el reproche, válido tan sólo cuando le era exigible otra conducta. En vez de estar la reprochabilidad fuera del proceder, está dentro, y así la exigibilidad se convierte en la esencia de lo culpable.²⁴

²⁴ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. pág. 176

Como podemos ver, la teoría psicológica contempla esencialmente la intención con que se comete el delito y la culpa del mismo; en cambio, la teoría normativa, se detiene a examinar detenidamente la intención puesta para cometer el delito, remontándose a los motivos del mismo, el acto resultante para posteriormente hacer el condigno reproche de la conducta que se le puede exigir.

B) *Función de la culpabilidad.* El psicologismo se contempla con la simple comprobación de que el hecho psicológico -intención o negligencia- existe o no. No puede existirse más o menos.

Por el contrario el normativismo admite gradaciones. La culpabilidad se gradúa, no sólo conforme a las especies que lo integran, sino de acuerdo a los motivos y al carácter.

Por eso las llamadas circunstancias agravantes y atenuantes son causas de más o menos en la culpabilidad, y no origen de las gradaciones de la pena, aunque en ellas se reflejan, puesto que ésta es la consecuencia de la consecuencial responsabilidad que tiene como presupuesto la culpabilidad.

En efecto, a mayor o menor deber, a mayor o menor exigibilidad, corresponde culpabilidad mayor o menor y por ende más o menos pena, pero si ésta se modifica, se agrava o se atenúa, por la ley o por el juez, es porque la culpabilidad aumenta o disminuye; ejemplo, quien roba por miseria es menos culpable que quien hurta por codicia.

Ahora bien, la peligrosidad entra en el aspecto caracterológico y, en consecuencia, yacen esas circunstancias modificativas en la culpabilidad, sirviendo para graduarlo.²⁵

De lo anterior se desprende que para la teoría psicológica, la función de la culpabilidad es comprobar la existencia o inexistencia de la intención o negligencia de la acción de un sujeto; en cambio para la teoría normativa, la función de la culpabilidad es determinar el grado de la misma en que incurrió el sujeto al realizar la acción penada por el derecho.

²⁵ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. Pág. 177

C) *Naturaleza de las causas de inculpabilidad.* En la concepción psicológica, la culpabilidad sólo queda excluida por causas que eliminan el proceso psicológico concedido por la misma, por ejemplo: el error.

Aquí cabe advertir lo siguiente: si vemos la intención como mero hecho psicológico, quien obra en legítima defensa -la más genuina causa de justificación- mataría con dolo a quien le atacara.

En el normativismo también se exige la culpa en los casos en que subsistiendo ese hecho psicológico (intención de ejecutar el acto injusto o previsión de que se producirá un resultado no directamente querido), concurren situaciones que vuelven a normar la motivación, haciendo inexigible otro modo de proceder.²⁶

En síntesis, la teoría psicológica sólo elimina de culpa al sujeto por alguna causa por la cual no se puede llevar a cabo el proceso psicológico que se origina por la misma culpa, como ejemplo tenemos el error. En cambio, en el normativismo se elimina de culpa al sujeto en los casos en que sabiendo de antemano el mismo que puede realizar un acto injusto o no querido, no puede proceder de otro modo ni evitarlo.

TEORIA FINALISTA DE LA ACCION

La teoría finalista de la acción es expuesta por primera vez por *Welzel* en su obra "Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht".

En dicha obra establece la radical separación del dolo y de la culpa, que para él no son problemas de la culpabilidad (especies, grados o elementos), sino que por pertenecer a la acción la califican y configuran en 2 grandes grupos: Acciones dolosas y hechos culposos punibles.

Para él, la ejecución del delito culposos se realiza mediante una "acción causal-ciega",

²⁶ LUIS JIMENEZ DE ASUA. Opus Cit. pág. 178

aunque referida a la finalidad, no dirigida por el agente, si bien pudo serlo, y en esto precisamente se diferencia del caso fortuito.

En cuanto a la construcción de la culpa dice: "En sentido amplio, acción es la causación finalista evitable. Por ejemplo: si el sujeto al limpiar su escopeta no tomó la precaución de descargarla previamente y al manipularla se descarga y mata a un tercero, dicha muerte es la consecuencia ciega (no querida) del manejo descuidado del arma. Este suceder no se dirige a matar, como ocurre en el homicidio doloso, sino que es causal ciego. Pero se diferencia de un puro proceso causal en que era evitable en virtud de la posible actividad finalista del autor. Mientras que en la acción dolosa la finalidad era factor configurador real de la acción, aquí en el acto culposo no es éste el caso, pero el acaecer objetivo está al menos referido a la posible actividad finalista del autor. La acción culposa es una forma propia y genuina de la acción, al lado de la acción dolosa.

Lo que sitúa a ambas bajo el concepto superior de la acción es el momento de la finalidad; pero mientras ésta última es en la acción dolosa, como actividad finalista real, el factor configurador real (finalidad actual), en la acción culposa, como actividad finalista posible, es sólo un momento de referencia (finalidad potencial)".

En esta idea no estoy de acuerdo con Welzen, porque no siempre se puede analizar, visualizar o prever el resultado de nuestras acciones. Por ejemplo: si una persona va caminando por la calle y de repente es asaltada por 2 sujetos, la primera se defiende de la agresión y al hacerlo empuja a uno de ellos y este cae y se mata, en este caso no pudo evitar la acción final y visualizar o preverla porque en ningún momento pensó en que iba a ser asaltada ni que mataría a un sujeto, ya que en lo único que pensó fue en defenderse de la agresión.

También nos habla del tipo objetivo y el subjetivo:

En orden al tipo objetivo, diferencia dos tipos culposos: 1.- Los puros de causación, y 2.- Los de causación con un núcleo de acción final.

En los puros de causación, el tipo objetivo contiene una pura causación, y por ello puede ser autor todo el que coopera por cualquier acción u omisión, a la causalidad del resultado.

En los de causación con un núcleo de acción final, el núcleo del tipo objetivo contiene una acción final, y en éstos casos sólo puede ser autor el que realiza dicho núcleo.

El tipo subjetivo contiene el momento decisivo de la culpa: la evitabilidad finalista, sólo en virtud de la cual la causación externa es incluida en la esfera del hacer humano.

La pura causación en sí, no referida de esta suerte a la acción finalista (potencial) humana, carece de significación jurídico-penal. Es aquí donde Welzen trata de la culpa inconsciente y de la consciente. La inconsciente existe cuando el agente actúa culposamente por no observar el cuidado debido sin prever que va a producir un resultado; la consciente se presenta en la hipótesis de que aún considerando esto posible confía en que no se producirá.

También en este sentido no estoy de acuerdo con Welzen, porque deben existir diversos grados de culpa, ya que no pueden ser castigados con la misma pena el que realiza el acto finalista, que aquél que realiza una acción indirecta que produce la acción finalista; tampoco el que no es consciente del resultado probable, que aquél que sabiendo que se va a producir y no hace nada para evitarlo. Lo correcto es que existan varios grados de culpa.

En otro apartado la doctrina de Welzel dice: En tanto que el dolo es "un elemento de la acción injusta típica", y no una forma o una especie de la culpabilidad, lo que impone tratar ya por separado "en el injusto" el delito culposo, en la culpa la construcción se hace de otro modo. Aparece aquella como un concepto simple y unitario perteneciente a la culpabilidad. Así dice: "...El motivo por el cual el autor no ha evitado la causación del resultado, radica en el hecho de no haber puesto el cuidado suficiente al realizar la acción.

El cuidado presupone una plena comprensión por parte del sujeto, de los deberes de la acción y la capacidad de enderezar su conducta conforme a aquella, por tanto presupone la culpabilidad. Por consiguiente, los tipos culposos sólo pueden ser realizados por un autor capaz de

culpabilidad. En los delitos culposos la distinción entre antijuricidad y culpabilidad carece de objeto y es materialmente imposible. Sólo la acción de un sujeto capaz de culpabilidad es típicamente antijurídica".²⁷

Al respecto no estoy de acuerdo con Welzel, porque uno no siempre puede prever las consecuencias de sus acciones, pueden existir personas o elementos ajenos que cambien la posible dirección final de los mismo. Además, cabe mencionar los casos de los enfermos mentales, en estos casos no todos los tipos culposos son realizados por un autor capaz de culpabilidad o sea, los enfermos mentales o cualquier otra persona puede realizar un acto culposo, sin embargo puede ser que no sea un sujeto culpable, tomando en cuenta el grado de culpa y que no puedo evitar la acción finalista por alguna causa externa ajena que impidió evitarlos.

LA ACCION

Para los que estiman la acción con un contenido lato, ésta constituye tanto el movimiento corporal, representado en su fase externa por el dominio sobre el cuerpo a través de la voluntad, como el no hacer o inactividad (omisión).

Jiménez de Asúa expresa que el acto, término substitutivo del de acción, es la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior.

Francisco Pavón Vasconcelos, estima la acción como el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria. En este concepto no se alude al resultado, por no formar éste parte de la acción sino constituir su consecuencia y entrar a formar parte del hecho estimado como elemento objetivo del delito.

Este criterio es compartido por Porte Petit cuando expresa: "Considero que la acción consiste en la actividad o el hacer", al elaborar tal concepto "No debe hacerse referencia al

²⁷ LUIS JIMENEZ DE ASUA. "Tratado de Derecho Penal" Edit. Losada. 3a. Edición. 1976 págs. 817 a 820.

resultado material, porque éste, además de ser una consecuencia de la acción, no siempre se produce”.

La acción en sentido estricto, los autores la estiman como la actividad voluntaria realizada por el sujeto, haciendo referencia tanto al elemento físico de la conducta como al psíquico de la misma (voluntad).

No obstante Pavón Vasconcelos y Porte Petit, no identifican a la acción con el concepto de hecho, ya que por éste debemos entender no solamente la conducta, expresada a través de acción o de omisión, con su elemento psíquico consistente en la voluntad, sino además al resultado y al nexo de causalidad, siendo por tanto los elementos de la acción los siguientes:

1.- Una actividad o movimiento corporal, y

2.- La voluntad o el querer realizar dicha actividad; a su vez, este segundo elemento se integra por lo común mediante las siguientes fases:

1.- La concepción;

2.- La deliberación;

3.- La decisión y

4.- La ejecución.

La primera supone el nacimiento de la idea de actuar mediante el fenómeno de la representación; la deliberación constituye el debate que se desarrolla en la conciencia del agente, la decisión es el término de dicho debate con la determinación de actuar y, por último, la ejecución es la voluntad que acompaña la actividad misma, dándole a ésta su contenido psíquico.

En relación con la voluntad, sólo resta subrayar que, con referencia a la acción, ésta se integra con el movimiento corporal voluntario siempre con relación o referencia a la descripción contenida en el tipo legal.

Ahora bien, el sujeto, con su actuar voluntario, viola siempre un deber, el cual en los delitos de acción es de abstenerse por contener un mandato de no hacer; por ello en tales delitos se viola siempre una norma prohibitiva.

Como los deberes de abstención únicamente pueden estar consignados en normas jurídicas, para poder estimar su violación contraria al Derecho, por prohibirse el actuar en consecuencia a la abstención ordenada en la norma, cuando se realiza una conducta positiva, de acuerdo con la descripción hecha por el tipo, se viola siempre la norma prohibitiva que es, necesariamente de naturaleza penal.

Frente a la acción como conducta positiva (implica motividad del cuerpo traducida en una actividad típica voluntaria), encontramos a la omisión, 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.

La omisión puede presentar 2 formas:

- 1.- La omisión simple o propia, originante de los delitos de simple omisión, y
- 2.- La omisión impropia, que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión.

En general, los autores al dar un concepto de la omisión aluden a sus elementos integrantes: inactividad y voluntariedad.

Cuello Calón expresa: "La omisión es la conducta negativa. Mas no toda inactividad es omisión, ésta es inactividad voluntaria. Puede, por tanto, definirse la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejercitar un hecho determinado".

Cavallo nos ilustra diciendo: "Omisión puede definirse como la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación de realizar, que se expresa en una conducta que realiza una situación distinta de la querida por la norma".

Por su parte, Porte Petit afirma que los elementos de la omisión simple son:

1.- Voluntad o no Voluntad (olvido)

2.- Inactividad o no hacer.

Consistiendo el primero "en no querer realizar la acción esperada a virtud de un olvido. No puede ser omisión un no hacer no querido, en tanto no es culposo (olvido). En consecuencia, en la omisión, puede existir al igual que en la acción, un elemento psicológico: querer la omisión, o un olvido.

Por cuanto a la inactividad -expresa Porte Petit- "consiste en una abstención voluntaria o culposa (olvido) violando una norma preceptiva, imperativa: no se hace lo que debe hacerse".

Con relación al fundamento del deber jurídico de obrar, que da contenido a la omisión, no puede encontrarse más que en una norma penal, por ser los delitos de omisión simple incumplimiento a mandatos de hacer contenidos en los tipos penales.

Como dice Porte Petit, un deber jurídico impuesto en un ordenamiento no penal no originaría una omisión típica, pues precisamente lo que constituye delito es la simple omisión típica sin resultado material.

La esencia de la omisión impropia, también denominada comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material.

Jiménez de Asúa, estima que dichos delitos existen cuando se causa una mutación en el mundo exterior no haciendo aquello que se espera del agente.

Por su parte, Cuello Calón expresa: "La omisión impropia consiste en producir un cambio en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer"

A diferencia de la omisión propia o simple, en la cual no existe mutación del mundo fenomenológico, por ser el resultado puramente jurídico o típico, en la omisión impropia la inactividad del agente produce un cambio material en el exterior, razón por la cual muchos autores niegan su existencia, estimando tales delitos como de acción en los cuales, como dice Jiménez Huerta, "La omisión no es más que el medio o modo de realizar la comisión".

En síntesis, se está en presencia de un delito de comisión por omisión cuando el agente llega a producir un resultado material típico a través de una inactividad o no hacer voluntario o culposo, con violación de una norma preceptiva y de una norma prohibitiva.

Por tanto, son elementos de la omisión impropia:

- 1.- Voluntad (no consciente en los delitos de olvido);
- 2.- Inactividad o no hacer, cuya relevancia jurídica se encuentra en la acción esperada y exigida, y
- 3.- Un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse que resultan violados (aún cuando éste último no constituye, en propiedad, un elemento, sino la valoración objetiva que sobre la omisión se hace desde el punto de vista de la antijuridicidad).

El resultado, cuya diferencia precisamos en relación con la omisión simple o propia, constituye la consecuencia de la inactividad, expresión física de la conducta.

Se señalan como diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión, las siguientes:

- 1.- En la omisión simple se viola únicamente una norma preceptiva penal, en tanto en los delitos de comisión por omisión, se violan una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

2- En los delitos de omisión simple sólo se da un resultado jurídico; en los de comisión por omisión, se produce un resultado tanto jurídico como material, y

3.- En la omisión simple es la omisión la que integra el delito, mientras en la comisión por omisión es el resultado material lo que configura el tipo punible.²⁸

De lo referido anteriormente, cabe señalar, que la acción es el movimiento corporal voluntario que realiza el sujeto, que se traduce en un hacer o inactividad, generando un cambio en el mundo exterior, refiriéndose siempre a la descripción contenida en el tipo legal.

Por consiguiente los elementos de la acción son:

- 1.- Actividad o movimiento corporal,
- 2.- La voluntad o el querer realizar dicha actividad; y
- 3.- El resultado de dicha actividad.

Con su actuar voluntario viola un deber, el cual en los delitos de acción debe abstenerse, por contener un mandato de no hacer; por lo que se viola una norma prohibitiva.

Frente a la acción como conducta positiva, nos encontramos con la omisión o conducta negativa.

Con la omisión o inactividad, se viola un deber de ejercitar un hecho determinado; es la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación de realizar, es decir, realiza una situación distinta de la querida por la norma, se viola una norma prohibitiva.

Por lo que toca a los elementos de la omisión, son los siguientes:

- 1.- voluntad o no voluntad (olvido)

²⁸ FRANCISCO PAVON VASCONCELOS Opus Cit. págs. 171 a 178

2.- inactividad o no hacer (voluntaria)

3.- deber jurídico de obrar

También existe la omisión impropia o comisión por omisión, en la cual se produce un resultado en el mundo exterior a diferencia de la omisión simple, en la cual no se produce un resultado material. Por último cabe mencionar, que los elementos de la comisión por omisión son los mismos que de la omisión simple.

LA TEORIA LOGICO MATEMATICA

Esta teoría es el resultado de una investigación del Derecho Penal, fundada en la aplicación de la lógica y las computadoras, realizada por el Doctor Alfonso Quiroz Cuarón y por el Ingeniero Sergio F. Beltrán; los cuales aplicaron la matemática en beneficio de la disciplina de Derecho Penal, creando así, la siguiente teoría:

El Derecho, entendido como ordenamiento jurídico, es la unión de todas sus ramas: Constitucional, Administrativo, Civil, Penal, etc.

Razonamiento: si por la unión de A y B se significa el conjunto de todos los elementos que pertenecen cuando menos a uno de los conjuntos A y B, entonces con (1) se expresa el conjunto de todas las normas jurídicas que pertenecen cuando menos a una de las ramas del Derecho

Simbólicamente: (1) $D = \{ A \cup B \cup \dots \cup N \}$

Razonamiento: Si X es un elemento o miembro de $A \cup B$, entonces X pertenece ya sea a A, ya sea a B, o a ambos.

En el caso particular, X es una norma jurídica. Por tanto, X representa, simbólicamente, una abstracción genérica del concepto de norma jurídica.

Simbólicamente: (2) $X \in A \cup B$

Si se considera al Derecho como Ciencia, es distinta la expresión lógica, se integra por la intersección de todas las ciencias jurídicas particulares.

Razonamiento: Si por la intersección de A^* y B^* se significa el conjunto de todos los elementos que pertenecen tanto a A^* como a B^* , entonces con (3) se expresa el conjunto de todos los conceptos jurídicos que pertenecen tanto a una como a las restantes ciencias particulares del Derecho.

Simbólicamente: (3) $D^* = \{ A^* \cap B^* \dots \cap N^* \}$

Razonamiento: Si Y es un miembro o elemento de la intersección de las ciencias jurídicas A^* y B^* , entonces Y representa una abstracción genérica común tanto a la ciencia A^* como a la B^* .

Simbólicamente: (4) $Y \in A^* \cap B^*$

De (4) se sigue que los conceptos invariantes (conceptos jurídicos fundamentales, o propiedad de pertenecer al conjunto que caracteriza al Derecho como Ciencia), del derecho penal son, comunes a todas las restantes ciencias del derecho.

El precepto, la sanción y la responsabilidad, son esas nociones que configuran la zona común entre todas las ciencias del Derecho, es decir, son nociones fundamentales del universo conceptual jurídico.

Por ser comunes, se encuentran en todas las ramas del Derecho. Existen otras nociones que también son comunes en la ciencia del Derecho, como son: el deber jurídico, los sujetos, la conducta, etc. Sin embargo, son subclases contenidas en los 3 conceptos: Precepto, Sanción y Responsabilidad. En este caso el precepto en particular.

Si al Precepto, la Sanción y la Responsabilidad se les aplica un determinado proceso de especificación semántica, adoptan dentro de la rama Penal los conceptos de: El Tipo, La Punibilidad y La Culpabilidad

El Tipo, la Punibilidad y la Culpabilidad, relacionados entre sí, permiten construir el sistema de la ciencia jurídico penal. Dicho sistema abarca la totalidad del derecho penal; incluye los conceptos generales, que forman el núcleo axiomático de la teoría, y los conceptos específicos derivados de cada tipo legal.

El método usado para estructurar el modelo lógico matemático del derecho penal, es un método lógico de síntesis y se funda en la lógica matemática, específicamente el cálculo funcional, la lógica formal y la teoría de modelos de cibernética.

El modelo se representa, formal y gráficamente, con una estructura matemática denominada latiz, que corresponde a la lógica formal y a las necesidades de la investigación.

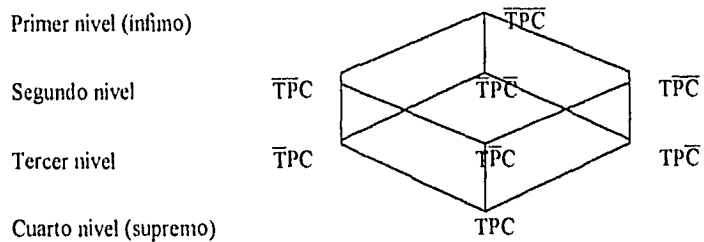
Una latiz, es la representación gráfica ordenada de un conjunto finito de proposiciones lógicas.

La forma de la latiz está determinada por el número y estructura de las proposiciones que se consideren en la elaboración. En el modelo del Derecho Penal se determina por los conceptos del tipo, la punibilidad y la culpabilidad.

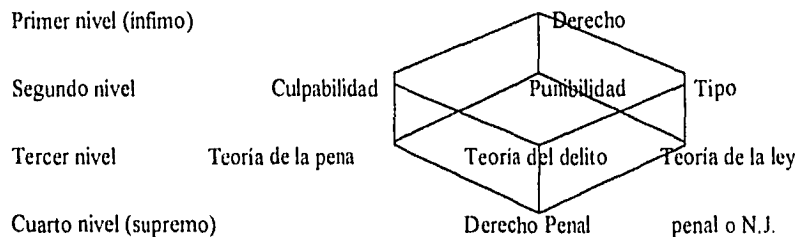
Los 3 conceptos son componentes esenciales e invariantes en la estructura. Si se les asignan los predicados "verdadero" o "falso", se obtienen diversas proposiciones lógico-jurídicas en número determinado. Este número resulta de aplicar la fórmula: X^n , en donde X representa los valores de verdad y n el número de conceptos fundamentales. Por ser 2 los valores de verdad (verdadero o falso) y 3 los conceptos fundamentales a manejar, las proposiciones lógico-jurídicas en el modelo son: $2^3 = 8$. Por tanto, 8 son las expresiones generadas que integran la estructura lógica del derecho penal; y 8 son los nodos de la latiz, y constituyen el universo del discurso jurídico penal.

Por ser la latiz una estructura lógica cerrada, el modelo jurídico penal en ella enmarcado es completo, establece una correspondencia entre la gráfica ordenada de proposiciones lógicas y el conjunto de expresiones jurídicas en ella expresadas. Cada uno de los conceptos del derecho penal encuentra un único correspondiente en la latiz.

El universo lógico se toma como el total universo jurídico, y la estructura matemática completa, integra los elementos de este universo. Estos elementos se ordenan de acuerdo al análisis sintáctico del derecho penal, que los reduce a su expresión jurídico penal partiendo de los conceptos del derecho y terminando en el concepto del derecho penal. La Latiz es la siguiente:



Los resultados se transforman, configurándose la latiz de consecuencias, o sea de los resultados lógico-jurídicos obtenidos en el modelo que se elaboró, encontrando los siguientes componentes que implican el Derecho Penal, es decir, es equivalente por necesidades lógicas, a esta otra latiz:



En el Primer nivel, se comienza en el único nodo del nivel infimo, donde se sitúa el total universo jurídico ($\overline{\overline{\text{TPC}}}$), los símbolos aparecen negados en razón de que, en este nivel, todavía no se entra al campo específico del derecho penal. En otras palabras: se expresa, lógicamente, que es falsa, en este punto, la existencia del tipo y de la punibilidad y de la culpabilidad. Ello no significa negación de las 3 nociones fundamentales del derecho en general.

En el Segundo nivel, se aplica una de las reglas matemáticas que rigen la construcción de la

latiz, según la cual, las expresiones lógicas de un determinado nivel generan a las expresiones lógicas del siguiente nivel, mediante un proceso de manipulación operacional. En consecuencia, la proposición lógica-jurídica ubicada en el nivel ínfimo, representativa del total universo jurídico, genera a las 3 proposiciones del segundo nivel. Por ello en cada una de las proposiciones de este nivel aparece afirmado uno de los símbolos y negado los demás.

La simple lectura, revela que se trata de nociones que si son propias y específicas del derecho penal. Ellas son, de derecha a izquierda: (\overline{TPC} , \overline{TPC} y \overline{TPC}), o sea: en el nodo derecho se afirma el tipo (T) y se niegan la punibilidad (P) y la culpabilidad (C); en el nodo central se afirma la punibilidad (P) y se niega el tipo (T) y la culpabilidad (C); y en el izquierdo se afirma la culpabilidad (C) y se niega el tipo (T) y la punibilidad (P). Simplificando, en este nivel aparecen el tipo (T), la punibilidad (P) y la culpabilidad (C). Las proposiciones de este segundo nivel corresponden a las invariantes.

El Tercer nivel se genera en el inmediato anterior, y, por ende, en él se sitúan expresiones lógicas con 2 símbolos afirmados y uno negado. Las proposiciones de este nivel son, lógicamente, consecuencias genéricas de las invariantes.

En primer lugar, de la unión de las expresiones \overline{TPC} y \overline{TPC} se obtiene TPC (en el nodo derecho del tercer nivel), expresión lógica en la que se afirma el tipo (T) y la punibilidad (P) y se niega la culpabilidad (C). Si la norma jurídico penal se compone de tipo y punibilidad, entonces la proposición TPC significa la teoría de la ley penal (simbólicamente n).

La proposición del nodo central, es una consecuencia lógica de \overline{TPC} (el tipo) y \overline{TPC} (la culpabilidad) y por eso su expresión simbólica es \overline{TPC} que da contenido a la teoría del Delito (simbólicamente D).

Finaliza el tercer nivel con la expresión lógica \overline{TPC} del nodo de la izquierda, que se fundamenta en \overline{TPC} (la punibilidad) y \overline{TPC} (la culpabilidad). Aquí se origina la teoría de la pena (simbólicamente P).

Por último, en el nivel supremo, la teoría de la ley penal, en su unión con la teoría del delito y la teoría de la pena, sintetizan la teoría del Derecho Penal, conjunto maximal o síntesis de todos los conceptos jurídicos aquí manejados y con el cual se cierra la estructura.

Como puede observarse, de las 3 nociones comunes a todas las ramas del derecho, transformadas en conceptos jurídicos penales, se obtuvieron los 3 grandes capítulos de la ciencia del derecho punitivo, los que, unidos entre sí, configuran el modelo completo, cerrado, representado por una latiz.

En síntesis, como ciencia, el derecho penal está integrado por la teoría de la ley penal, la teoría del delito y la teoría de la pena y medidas de seguridad. Como ordenamiento jurídico, se compone de una parte General y una Especial. La primera contiene todas aquellas reglas generales que han de ser asociadas a las normas establecidas en la parte Especial. En la segunda, el legislador establece los tipos y la punibilidad que va relacionada con ellos.

En la teoría de la ley penal, han de estudiarse las fuentes de la norma jurídico penal, los componentes que la integran (precepto y sanción), o sean los tipo y la punibilidad, sus ámbitos de validez, así como las formas de interpretación, de integración y el concurso aparente de normas jurídico penales.

Del tipo debe considerarse todo lo relacionado con su estructura y con la función que cada elemento típico cumple en la propia estructura, como son:

- 1.- El deber jurídico penal (deber jurídico penal)
- 2.- El bien jurídico (bien jurídico)
- 3.- El sujeto activo (calidad y número)
- 4.- El sujeto pasivo (calidad y número)
- 5.- El objeto material (objeto material)

6.- El Kernel o núcleo del Tipo (voluntad dolosa, culposa, actividad, inactividad, resultado material, Medios Referenciales: temporales o espaciales o de ocasión).

7.- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico (lesión del bien jurídico o puesta en peligro del bien jurídico).

8.- La violación del deber jurídico penal (violación del deber jurídico penal).

De la punibilidad han de tomarse en cuenta todas las propiedades que la caracterizan.

Es oportuno señalar que la teoría de la ley penal es un capítulo de la ciencia del derecho penal; por definición tiene que cumplir con las propiedades de universalidad y validez. En cambio, el concepto de norma jurídico penal es el objeto que se estudia por aquella parte de la ciencia punitiva y debe satisfacer las características de generalidad, abstracción, porque no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que puedan realizarse durante su vigencia; y permanencia, porque subsiste a pesar de su cumplimiento o incumplimiento.

En el modelo, la teoría del delito es la unión del tipo y la culpabilidad, y tiene como objeto de estudio al delito en su aspecto positivo y negativo.

El delito es un hecho, y, como tal, es un concepto particular, concreto y temporal. Se integra con elementos fácticos adecuados a un tipo, y un específico grado de culpabilidad determinado por el ejercicio de la libertad y los reductores de éste.

La teoría del delito, por ser un capítulo de la ciencia del derecho penal, debe cumplir con las propiedades asignadas a la ciencia, o sea, universalidad y validez.

La teoría de la pena queda constituida con la unión de la punibilidad y la culpabilidad. Su objeto de estudio es la pena y su aspecto negativo (excusas absolutorias). Es un capítulo de la ciencia del derecho penal y por ello debe satisfacer las propiedades de universalidad y validez.

Por el contrario, la pena es un concepto particular, concreto y temporal, que se constituye

al individualizar el intervalo de la punibilidad mediante el reproche de la culpabilidad.²⁹

Después de haber estudiado la teoría Lógico Matemático expuesta anteriormente, a mi parecer está muy completa y creo que sería de una gran ayuda a los estudiantes en derecho que ven por primera vez la materia, el que la estudiaran con esta teoría, ya que explica de una forma sencilla la materia del Derecho Penal.

²⁹ OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMIREZ. "Lógica del Tipo en el Derecho Penal". Edit. Jurídica Mexicana. 1970 pág. 9 a 23. 32 y 33.

CAPITULO IV

"EL FRAUDE"

EL ESTELIONATO

El Estelión o salamandra, animal de colores indefinibles, pues varían ante los rayos del Sol, sugirió a los romanos al nombre de estelionato como título de delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctúan entre la falsedad y el hurto, y que aunque participen de las condiciones de uno y otro delito, no son propiamente ni el uno ni el otro.

Según esta versión, la palabra estelionato se habría inspirado en un concepto material; pero, según otros, se inspiró en un concepto intelectual, por haberse querido expresar la índole astuta y mudable del hecho mismo, y no la figura ambigua del delincuente que artificiosamente asume formas, es decir, una astucia especial.

El nombre de estelionato se mantuvo como clásico en la teoría y en la práctica, desde los tiempos romanos hasta los más recientes, para designar una forma especial de delitos contra el patrimonio económico ajeno, y que su carácter es configurar un despojo injusto de la propiedad ajena, que no es ni verdadero hurto, ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad, pero que participa del hurto, porque ataca injustamente la propiedad ajena; del abuso de confianza, porque se abusa de la buena fe de otros, y de la falsedad, porque a ella se llega mediante engaños y mentiras.

La criminalidad está toda en los antecedentes, en los artificios para engañar; por esto el engaño constituye la verdadera esencia de este delito, y por medio de la palabra "Betrug" lo definieron los legisladores alemanes.

Por lo tanto, el delito consiste en los artificios engañosos con que se induce maliciosamente

al propietario a despojarse de su dominio, haciéndole creer lo falso como verdadero.³⁰

De lo anterior se desprende que la palabra Estelionato fue utilizada por primera vez en Roma para definir el delito cometido en perjuicio de la propiedad ajena por medio de engaños, mentiras, artificios y hurto.

EL ESCROQUERIE

Los franceses llaman Escroquerie, los españoles Estafa, que equivale a Escroquerie y Engaño.

Expresan la idea de un efecto obtenido, o sea, el efecto del engaño ajeno en la palabra española, y el efecto verdaderamente consumativo del delito al arrancar una cosa mediante engaños, en la palabra francesa.

El 21 de febrero de 1868 (asunto Danion), la Corte francesa de Casación decidió que en la preparación de una nota exagerada de crédito, es tentativa de Escroquerie, cuando la nota exagerada ha sido presentada para el pago, pero con tal de que bajo la nota de crédito haya un visto bueno de una tercera persona, capaz de inducir al deudor a engaño; sin esto, como se trata de la simple presentación de una cuenta sujeta a discusiones, no se tendrían los elementos de la tentativa punible.³¹

En este orden, los franceses denominan al engaño producido con la intención de despojar a su dueño de la cosa, con la palabra "Escroquerie", que viene siendo un delito similar a la Estafa (denominada en España) y al Estelionato (denominada en Roma).

³⁰ FRANCESCO CARRARA. "Programa de Derecho Criminal". (Tomo IV) Edit. Temis. 1966 págs. 412 y 413.

³¹ FRANCESCO CARRARA. Opus Cit. Págs. 414 y 417.

LA TRUFFA

La palabra Truffa, reemplazó a la latina *offucia* (derivada de *fucus*), fue introducida en la práctica penal en la edad media, y llegó hasta nosotros como expresión constante de una forma especial de delito contra la propiedad; pero últimamente el foro lombardo-veneto emplea esta palabra en un sentido bastante diverso, a causa de la versión italiana del código austriaco vigente en esas regiones.

Los hechos que en el antiguo foro se llamaban estelionatos, y que llamamos fraudes, en el original Alemán se designaron con la palabra *Betrug*, que como significa engaño, representa exactamente el concepto; pero el traductor vertió desacertadamente el *Betrug* por *truffa*, pues no encontró tal vez la palabra *fraude* (*frode*), que habría correspondido mejor; y luego cuando le tocó traducir la palabra *Veruntreung*, que en el código austriaco designa la verdadera truffa, según el concepto común, la tradujo por infidelidad, palabra completamente nueva en el lenguaje científico.

Así, en tanto que en Francia se designa la Truffa con el nombre de *Abus de Confiance*, el código austriaco puso en uso en la provincia veneta la palabra *Truffa*, en sentido amplísimo y casi indefinido.

En la lengua de los bretones y en sus diccionarios se encuentra *Truffe*, por estafa o engaño; *Truffare*, por escarnecer, burlarse; y *Truffa* por sustraer, pero también por lisonjear, seducir con lisonjas; en la lengua vasca, *Trufatza* significa "yo me burlo"; los antiguos franceses tenían *Truffe*, por burla, y *Truffer*, por burlarse; los españoles, *Trufa*, por burla, y *Trufar*, por burlarse.

Francesco Carrara, dice que fue una voz, y es todavía, del francés y del bretón antiguos.³²

En consecuencia, a causa de la versión italiana del código austriaco, se le denomina *Truffa* al delito contra la propiedad, en vez de *Frode* que le correspondía mejor.

³² FRANCESCO CARRARA. *Opus Cit.* Págs. 362 y 363.

EL FRAUDE

Sus primeras manifestaciones legislativas, se hallan en las disposiciones estatuidas por los pueblos antiguos para tutelar la honestidad de las relaciones comerciales, y evitar en ellas las alteraciones de calidades, pesas y medidas y la exigencia de un precio mayor al debido.

Ya en la antigüedad el Código de Manú, el de Hammurabit y el Corán, castigaban a los que hacían uso de cualquier artificio dirigido a acrecentar el aparente valor de la mercancía.

Los hechos falsos y engañosos que matizan la esencia antijurídica del delito de fraude, también fueron tenidos en cuenta por el Derecho romano para integrar algunos crímenes, como el de "furtum" (quien obtenía un dinero haciéndose pasar por el acreedor), "falsum" (quien vendía con diversos contratos a dos personas la misma cosa) y "stellionatus" (aquellos hechos delictivos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena); pero el desarrollo fáctico del delito y su completa estructuración sólo se alcanza cuando a partir de la mitad del siglo XIX, el comercio jurídico y el tráfico mercantil se desarrollan intensamente en las relaciones humanas.

El delito de fraude es, un producto malo de nuestra civilización que únicamente en la actualidad adquiere sustantividad técnica y autonomía típica.

El delito es conocido con el nombre de estafa en los códigos penales francés, alemán y español, el código penal de México le denomina fraude, siguiendo la tradición legislativa que iniciará el código Toscano de 1853.

Lo que constituye la esencia del delito, es el engaño de que se vale el sujeto activo para hacerse, en perjuicio de otro, de un objeto de ajena pertenencia.

Este es el sistema seguido por el código penal de México; habida cuenta de que tras de formular en el artículo 386 un concepto general y compendioso del delito de fraude, en las veintiún fracciones del 387 específicamente se describen otras tantas conductas que el legislador

con mayor o menor acierto reputa fraudulentas.³³

Como podemos ver, el delito es el mismo pero con diversas denominaciones, dependiendo la época y los países de origen.

El delito consistía en los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctúan entre la falsedad y el hurto, en arrancar una cosa mediante engaños, seducciones o lisonjas. Son los romanos quienes definen por primera vez este delito dándole el nombre de Estelionato y posteriormente en Francia se le da el nombre de Escroquerie, hasta que la mala traducción del código austriaco hecho por Italia, le da el nombre de Truffa y en México se le denomina Fraude.

ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL ROBO, FRAUDE Y ABUSO DE CONFIANZA

Para entender mejor las similitudes y diferencias entre estos delitos, debemos analizar el concepto de cada uno de ellos.

Robo: artículo 367 del C.P.D.F.- Comete el delito de robo el que se *apodera* de una *cosa ajena mueble* sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley.

El apoderamiento es la aprehensión de la cosa, por la que se entra en su posesión o sea que se "ejerce sobre ella un poder de hecho". El apoderamiento se consuma cuando, además de la simple remisión de la cosa del lugar en que se encontraba, el agente le tiene en su posesión material. Asimismo pueden concurrir la fuerza en las cosas y la violencia física o moral en las personas, haciendo que por ese medio se desposea de las cosas.

Por cosa se entiende "un objeto corporal susceptible de tener un valor, el cual no debe ser

³³ MARIANO JIMENEZ HUERTA. "Derecho Penal Mexicano" (Tomo IV) Edit. Porrúa. 1986. págs. 125 a 127.

necesariamente económico, pudiendo ser documental o meramente moral o afectivo. Las cosas pueden ser sólidas, líquidas o gaseosas”.

Es ajena la cosa que no pertenece al agente y sí pertenece a alguien.

Los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley.

Sin derecho, comprende el derecho mismo y la capacidad para ejercitarlo.

No es ilegítimo el apoderamiento si se hace mediando el consentimiento del propietario o de quien legítimamente puede otorgarlo. El consentimiento puede concederse expresa, tácita o presuntamente y sólo excluye el delito si es anterior a la perpetración de éste.

Objeto jurídico del delito, es el patrimonio económico de las personas.

Abuso de Confianza: artículo 382 del C.P.D.F.- Al que, con perjuicio de alguien, *disponga* para sí o para otro, de cualquier *cosa ajena mueble* de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio.

El perjuicio causado por el delito ha de ser de naturaleza patrimonial. Toda vez que el delito se integra con la ilícita disposición de la cosa, el perjuicio no puede ser sino la consecuencia necesaria de dicha disposición.

Disponer es ejercer derecho de propiedad en cuanto a la cosa “gozando y disponiendo” de ella. El dolo específico del delito consiste en el ánimo de lucrar, como consecuencia del ánimo de dominio o de propietario.

En cuanto a las definiciones de cosa, ajena y mueble, ya las mencionamos anteriormente.

La posesión que el agente debe tener, de la cosa, ha de ser sólo precaria, es decir, simple tenencia, material y no jurídica.

En síntesis, para que exista este delito es necesaria la concurrencia de 3 elementos:

- 1.- Que el delincuente haya recibido la cosa objeto del delito en virtud de un contrato que le transfirió la propiedad más no el dominio.
- 2.- Que la confianza que motivó la entrega se hubiera alcanzado con un fin distinto al de lograr la entrega de la cosa, y
- 3.- Que se haya dispuesto fraudulentamente de lo recibido.³⁴

SEMEJANZAS ENTRE EL ROBO Y EL ABUSO DE CONFIANZA

- 1.- El sujeto activo es el mismo: cualquier persona física.
- 2.- El sujeto pasivo es el mismo: cualquier persona física o moral.
- 3.- El objeto material es el mismo: cosa ajena mueble.
- 4.- La pena va de acuerdo al monto del daño patrimonial, tomando como base para la sanción el salario mínimo general vigente.
- 5.- El objeto jurídico es el mismo: el patrimonio.
- 6.- La reprochabilidad en ambos es dolosa (intencional).
- 7.- Ambos admiten el grado de tentativa.

DIFERENCIAS ENTRE EL ROBO Y EL ABUSO DE CONFIANZA

- 1.- La conducta típica es diferente.
- 2.- El abuso de confianza exige un presupuesto básico.

³⁴ RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL CARRANCA Y RIVAS. "Código Penal Anotado". 1990. Edit. Porrúa. Págs. 839 a 842, 866 y 867.

3.- El robo exige 2 elementos normativos.

4.- En el robo si hay una circunstancia atenuante: el robo de uso, artículo 380 del C.P.D.F.

5.- En el robo si hay circunstancias agravantes: arts. 372 al 374, 381 y 381 bis del C.P.D.F.

6.- El robo contempla dos casos de impunidad: una excusa absolutoria por mínima temibilidad, art. 375 del C.P.D.F. y uno por estado de necesidad, art. 379 del C.P.D.F.

7.- El robo se persigue de oficio y en algunos casos de querrela, el abuso de confianza de querrela.

8.- En el robo sí puede presentarse la violencia como medio, y en el abuso de confianza no.³⁵

Por último, la actividad típica en el delito de robo se encuentra expresada en el verbo "apoderarse", núcleo del tipo, mientras que en el abuso de confianza dicha actividad se expresa con el verbo "disponer".

Debido a que nuestra legislación penal contempla un fraude genérico y varios específicos, por el momento nos ocuparemos del primero.

Fraude: artículo 386 del C.P.D.F.- 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 engaño constituye una mentira dolosa cuyo objeto es producir en la víctima una falsa representación de la verdad, o sea que debe ser bastante para vencer la incredulidad del pasivo y embaucarlo. El engaño debe ser la causa de error en el pasivo, debe estar dirigido a obtener la prestación voluntaria del mismo pasivo.

³⁵ IRMA G. AMUCHATEGUI REQUENA. "Derecho Penal". Edit. Harla. 1993. pág. 392.

El aprovechamiento del error en que se encuentre el pasivo presupone en el agente el conocimiento de la falsa representación de la verdad que aquél sufre. El dolo de fraude consiste, en el caso, en aprovecharse del error, para obtener la prestación que es objeto material del delito.

Ilícitamente, elemento normativo que se refiere al dolo específico consistente en la conciencia y voluntad del agente de obtener su enriquecimiento patrimonial valiéndose de un medio operatorio ilícito, indebido, ilegítimo.

En cuanto a la cosa, ya mencionamos su contenido cuando nos referimos al robo.

Lucro indebido, es la ganancia o provecho de carácter económico, ilícitos.

Su objeto jurídico, es el patrimonio económico de las personas.

En síntesis, los elementos materiales del delito de fraude son:

- 1.- El engaño a una persona o el aprovechamiento del error en que se halle.
- 2.- Que por éste medio se obtenga ilícitamente una cosa o se alcance un lucro indebido.³⁶

En este orden, cabe mencionar una diferencia importante entre los delitos de robo, abuso de confianza y fraude:

En el robo, el ladrón va hacia la cosa de la que trata de apoderarse.

En el abuso de confianza, el abusario no tiene que llevar a cabo ningún esfuerzo para hacerse de la cosa, ya que la tiene en su poder por la confianza que depositaron en él.

En el fraude, el sujeto activo hace el esfuerzo para atraer la cosa hacia él, la cosa viene hacia el defraudador.

Las analogías entre estos 3 delitos son: que son dolosos y patrimoniales.

³⁶ RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL CARRANCA Y RIVAS. Opus Cit. págs. 873 y 874.

CAPITULO V

“REGULACION JURIDICA”

LA TIPICIDAD

Como ya lo mencioné anteriormente, nuestra legislación penal contempla un fraude genérico y varios específicos, por otra parte, son 3 los conceptos que consideran conductas equiparadas al fraude, y no son otra cosa que fraudes especiales o específicos.

Comencemos con el fraude genérico, contemplado en el artículo 386 del C.P.D.F.:

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.

Para entender mejor la tipicidad en el fraude, debemos comenzar por definir al tipo y la tipicidad.

Tipo.- es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.

Tipicidad.- es la adecuación de la conducta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

La conducta típica en el fraude genérico presenta 2 modalidades: engañar a alguien o para aprovecharse del error de alguien.

Engañar, significa dar apariencia de verdad a lo que es mentira; provocar una falsa concepción de algo. Implica fraude mediante el engaño, un mecanismo psicológico por parte del

activo para inducir al pasivo a que caiga en una situación incierta. Caracteriza al activo en este delito su habilidad, astucia e ingenio, los cuales despliega sobre el pasivo quien voluntariamente accede a las pretensiones de aquel, bajo la falsa idea de lo que en realidad ocurre.

El rasgo característico de este delito es la ausencia de medios violentos.

Aprovecharse de error de alguien, ésta otra posible conducta típica implica que el propio pasivo propicia con su error que el agente aproveche esa situación para cometer el ilícito. Aquí no es el activo el iniciador de la conducta, sino el propio pasivo quien por una equivocación facilita la comisión del fraude.

La Tipicidad en el Fraude: será conducta típica cuando estén juntos todos los elementos encuadrados en el tipo legal (tanto en el genérico como en cada uno de los específicos).

En lo que se refiere a los elementos del fraude genérico, estos son:

- A) *Sujeto Activo.*- cualquier persona física.
- B) *Sujeto Pasivo.*- cualquier persona física o moral.
- C) *Conducta Típica.*- engañar o aprovecharse del error del sujeto pasivo.
- D) *Resultado Típico.*- hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido.
- E) *Elemento Normativo.*- contenido en las expresiones “ilícitamente e indebido”.
- F) *Objeto Material.*- cualquier cosa mueble o inmueble e incluso inmaterial.
- G) *Objeto Jurídico.*- el patrimonio.

Los Fraudes Específicos: la doctrina los denomina también especiales o espurios y están previstos en las XXI fracciones del artículo 387 del C.P.D.F., así como en los artículos 388, 389 y 389 bis del C.P.D.F.

Como cada una de estas fracciones contempla un fraude especial e independiente del genérico, basta con ver a cada uno de ellos para entender en qué consiste cada fraude específico, por lo que veremos su concepto y los elementos típicos de cada uno de dichos fraudes. Los elementos que destacaremos son: sujeto activo, pasivo, objeto material y conducta típica.

Frac. I.- Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio de un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquella o no realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma, o porque renuncia o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado.

Sujeto Activo: Abogado o persona que ofrece hacerse cargo de un asunto civil, penal o administrativo.

Sujeto Pasivo: La persona que encarga el asunto y se ve afectada patrimonialmente.

Objeto Material: Dinero, valores o cualquier cosa mueble o inmueble.

Conducta Típica: No efectuar la defensa o encargo, ni la dirección o el patrocinio del asunto a renunciar o abandonar el negocio o la causa sin motivo justificado.

Frac. II.- Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento 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.

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Cosa mueble o inmueble.

Conducta Típica: Enajenar, arrendar, hipotecar, empeñar o gravar una cosa de la cual no tiene derecho de disponer.

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

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Documento nominativo a la orden o al portador.

Conducta Tipica: Otorgar o endosar un documento nominativo a la orden o al portador contra una persona supuesta, o que el otorgante sabe que no ha de pagarle.

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

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Cualquier cosa o servicio.

Conducta Tipica: Hacerse servir una cosa o admitir un servicio y no pagar el importe.

Fracc. V.- Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado y rehuse después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exigiere lo primero dentro de 15 días de haber recibido la cosa del comprador.

Sujeto Activo: Cualquier persona física (comprador).

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral (vendedor).

Objeto Material: Cosa mueble.

Conducta Típica: Comprar y no pagar la cosa o no devolverla.

Fracc. VI.- Al que hubiere vendido una cosa mueble y recibido su precio, si no la entrega dentro de los 15 días del plazo convenido o no devuelve su importe en el mismo término, en el caso de que se le exija este último.

Sujeto Activo: Cualquier persona física (vendedor).

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral (comprador).

Objeto Material: Cosa mueble.

Conducta Típica: No entregar la cosa vendida o no devolver su importe.

Fracc. VII.- Al que vende a dos personas una misma cosa sea mueble o raíz y recibe el precio de la primera o de la segunda enajenación, de ambas o parte de él, o cualquier otro lucro con perjuicio del primero o del segundo comprador.

Sujeto Activo: Cualquier persona física (vendedor).

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral (comprador).

Objeto Material: Cosa mueble o inmueble.

Conducta Típica: Vender a dos personas una misma cosa.

Fracc. VIII.- Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de éstas ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física.

Objeto Material: Contratos o convenios.

Conducta Típica: Obtener ventajas usurarias valiéndose de la ignorancia o malas condiciones económicas del pasivo.

Fracc. IX.- Al que para obtener un lucro indebido, ponga en circulación fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquier materia como signos convencionales en sustitución de la moneda legal.

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Fichas, tarjetas, planchuelas o cualquier objeto que substituya a la moneda legal..

Conducta Típica: Poner en circulación objetos en sustitución de la moneda legal.

Fracc. X.- Al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial, con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido.

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Contrato, escrito, acto o juicio simulado.

Conducta Típica: Simulación de actos, contratos, escritos o juicios con perjuicio de alguien.

Fracc. XI.- Al que por sorteos, rifas, loterías, promesas de venta o por cualquier otro medio, se quede en todo o en parte con las cantidades recibidas, sin entregar la mercancía u objeto ofrecido.

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Objetos o dinero.

Conducta Típica: Quedarse con el dinero recibido o no entregar el objeto ofrecido en rifas, sorteos, etcétera.

Fracc. XII.- Al fabricante, empresario, contratista, o constructor de una obra cualquiera, que emplee en la construcción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de él.

Sujeto Activo: Fabricante, empresario, contratista o constructor.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Materiales de construcción.

Conducta Típica: Emplear materiales de construcción en cantidad o calidad inferior a la estipulada.

Fracc. XIII.- Al vendedor de materiales de construcción o cualquiera especie, que habiendo recibido el precio de los mismos, no los entregare en su totalidad o calidad convenidos.

Sujeto Activo: Vendedor de materiales de construcción.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral (comprador).

Objeto Material: Materiales de construcción.

Conducta Típica: No entregar al comprador la totalidad de materiales de construcción o la calidad convenida.

Frac. XIV.- Al que venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella, o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que éstos últimos resulten insolutos. Cuando la enajenación sea hecha por una persona moral, serán penalmente responsables los que autoricen aquella y los dirigentes, administradores o mandatarios que la efectúen.

Sujeto Activo: Cualquier persona física que venda o traspase una negociación.

Sujeto Pasivo: Los acreedores de la negociación

Objeto Material: Una negociación.

Conducta Tipica: Vender o traspasar una negociación sin autorización de los acreedores o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos insolutos.

Frac. XV.- Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física.

Objeto Material: Evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.

Conducta Tipica: Explotar las preocupaciones, superstición o ignorancia del sujeto pasivo por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones.

Frac. XVI.- Al que ejecute actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas.

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Propiedad intelectual.

Conducta Típica: Ejecutar actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística..

Frac. XVII.- Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente entrega.

Sujeto Activo: Patrón o sus representantes.

Sujeto Pasivo: Trabajador.

Objeto Material: Salarios.

Conducta Típica: Valerse de la ignorancia o malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio pagándole cantidades inferiores.

Frac. XVIII.- Al que habiendo recibido mercancías con subsidio o franquicias para darles un destino determinado, las distraere de ese destino o en cualquier forma desvirtúe los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia.

Sujeto Activo: Cualquier persona física.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Mercancías subsidiadas.

Conducta Típica: Distraer subsidios o franquicias de su destino o desvirtuar sus fines.

Frac. XIX.- A los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero, títulos o valores por el

importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro.

Sujeto Activo: Intermediarios en operaciones de traslación de dominio de inmuebles o gravámenes reales.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Bienes inmuebles.

Conducta Típica: No destinar el dinero para el objeto de la operación concertada en las operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o gravámenes reales sobre estos.

Fracc. XX.- A los constructores o vendedores de edificios en condominio que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro.

Sujeto Activo: Constructores o vendedores de edificios en condominio.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Edificios en condominio.

Conducta Típica: No destinar el dinero al objeto de la operación.

Fracc. XXI.- Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate.

... No se procederá contra el agente cuando el libraniento no hubiese tenido como fin el

procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

Sujeto Activo: Librador de un cheque.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona (beneficiario del cheque).

Objeto Material: Cheque.

Conducta Típica: Librar un cheque sin fondos suficientes o sin tener cuenta en el banco.

EQUIPARABLES AL FRAUDE

Art. 388.- Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude.

Sujeto Activo: Administrador o encargado de cuidar bienes ajenos.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Bienes muebles e inmuebles.

Conducta Típica: Alterar cuentas o condiciones de los contratos, etc., en la administración o cuidado de bienes ajenos.

Art. 389.- Se equipara al delito de fraude y se sancionará con prisión de 6 meses a 10 años y multa de 400 a 4,000 pesos, el valerse del cargo que se ocupe en el gobierno, en una empresa descentralizada o de participación estatal, o en cualquier agrupación de carácter sindical, o de sus

relaciones con los funcionarios o dirigentes de dichos organismos, para obtener dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o aumento de salario en tales organismos.

Sujeto Activo: Persona que tiene un cargo en el gobierno, empresa descentralizada o de participación estatal, o en agrupación sindical.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física.

Objeto Material: Dinero, cosas o cualquier beneficio.

Conducta Típica: Valerse de un cargo público o relaciones con dirigentes sindicales para obtener cualquier beneficio a cambio de prometer o proporcionar trabajo, ascenso o aumento de salario.

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

Sujeto Activo: Fraccionadores.

Sujeto Pasivo: Cualquier persona física o moral.

Objeto Material: Terrenos urbanos o rústicos propios o ajenos.

Conducta Típica: Causar perjuicio público o privado al fraccionar, transferir o prometer transferir la propiedad, posesión u otro derecho sobre un terreno urbano o rústico propio o ajeno, con o sin construcción sin permiso de la autoridad o sin haber satisfecho los requisitos señalados.

LA ATIPICIDAD

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito. La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, por lo cual da lugar a la no existencia del delito.

La Atipicidad en el Fraude: Cuando falta alguno de los elementos típicos y, por tanto, la conducta no encuadra en el tipo. Ejemplo: será atípico el comportamiento de quien alcanza un lucro indebido, pero no por medio de engaño ni de aprovechamiento del error del pasivo, sino por la violencia.

LA ANTIJURIDICIDAD

Es lo contrario al derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

La Antijuridicidad en el Fraude: Se deriva de la violación al precepto mismo que tutela el patrimonio como bien jurídico. De manera especial se resalta la antijuridicidad en el fraude con las expresiones: ilícitamente o indebido a las cuales se refiere el art. 386 del C.P.D.F.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa.

Causas de Justificación en el Fraude: Es imposible que pueda presentarse alguna causa justificadora en el fraude debido a la exigencia legal de los medios empleados y del dolo requerido para su configuración.

Solamente en algunos casos de fraudes específicos podría presentarse, por ejemplo el estado de necesidad (fracc. IV del art. 387), cuando alguien se hace servir un alimento y no lo paga.

Ya se dijo que el delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica; ahora veremos el otro elemento necesario para integrarse en su totalidad el delito: la culpabilidad.

LA CULPABILIDAD

Es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. De acuerdo con los lineamientos del código penal vigente, los grados o tipos de culpabilidad son: Dolo, culpa y preterintención.

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso.

La culpa ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable. La doctrina le llama delito culposo, imprudencial o no intencional.

La preterintención consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado. Existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor entidad, por actuar con imprudencia.

La Culpabilidad en el Fraude: Solo es posible la forma dolosa o intencional, siendo inconfigurable la culpa o imprudencia.

Sin embargo, se considera posible la culpa en el caso de fraude específico, previsto en la fracción XXI del artículo 387, cuando la expedición de un cheque no tiene fondos por la negligencia del librador por no anotar las cantidades libradas. En este caso no hay ánimo de

engaño ni de obtener un lucro, simplemente se da la actitud imprudente por no tener cuidado de llevar una adecuada contabilidad.

Por otra parte, el propio precepto citado en su segundo párrafo indica que: "No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido". Con esto queda sin sanción lo que podemos llamar fraude culposo, por faltar el elemento subjetivo; esto es, la intención por parte del activo para alcanzar un lucro indebido.

LA PUNIBILIDAD

Es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma.

La Punibilidad en el Fraude: Se toma en cuenta el daño patrimonial tomando como base para la sanción el salario mínimo general vigente en la localidad y en el momento de la comisión del delito; en cuanto a la prisión puede ser de 3 días o hasta 12 años.

Así el artículo 386 del C.P.D.F. en sus 3 fracciones señala las penas imponibles siguiendo la misma regla para el caso de los fraudes específicos previstos en el artículo 387. Únicamente el artículo 389 señala una pena especial que va de 6 meses a 10 años de prisión y comparativamente, queda comprendida en la pena prevista entre las fracciones II y III del 386; sin embargo, señala también una multa de 400 a 4,000 pesos.

Por otra parte cabe señalar que en el delito de fraude no se presenta ninguna excusa absolutoria.

Consumación: Ocurre en el instante en que el activo se hace de la cosa o alcanza el lucro indebido. En cada fraude específico la propia norma lo establece, siendo el momento consumativo aquel en el que queda integrado el resultado típico.

En este orden, con relación a la tentativa en el fraude si es posible su configuración.

Por último mencionaremos que el fraude se persigue de oficio, y de querrela cuando lo comete alguna de las personas a las que se refiere el artículo 399 bis del C.P.D.F.³⁷

CRITICA AL CODIGO PENAL RESPECTO DE LA PUNIBILIDAD

Es innegable el orgullo de los Estados modernos en cuanto a sus adelantos técnicos y científicos; sin embargo esto también ha traído consigo un resquebrajamiento de las conductas humanas.

En efecto, la delincuencia y su incremento "binomio siniestro", pone en tela de juicio la actuación de nuestro ordenamiento punitivo, junto con las personas encargadas de prevenir la misma.

Hoy en día los mecanismos para delinquir han superado en mucho la validez del cartabón penal, obligándonos a incrementar sus penas con el propósito de que los sujetos mediten su conducta desviada.

Tal es el caso de las personas que piden préstamos a Instituciones o Empresas, las cuales les solicitan un avalúo de sus bienes dados de garantía, pero los posibles clientes elevan el precio de sus bienes y engañan a estas Empresas o Instituciones hasta obtener el dinero prestado con intereses; y posteriormente cuando se vence el plazo de los títulos de crédito y el acreedor quiere cobrar, se encuentra con la novedad de que han sido objeto de fraude por parte de sus deudores.

También se dan casos en los que los deudores venden a escondidas de sus acreedores, los bienes que dieron en garantía; o que destinan el dinero que se les prestó a fines diversos de los estipulados.

³⁷ IRMA G. AMUCHATEGUI REQUENA. "Derecho penal". Edii. Harla 1993. págs. 56, 63, 67, 68, 82 a 84, 90, 393 a 402.

Por eso considero que es indispensable aumentar la penalidad señalada para el delito de fraude, toda vez que la actual no es impedimento para que se siga cometiendo este delito.

Por consiguiente, a mi juicio la punibilidad debería ser la siguiente:

I.- Con prisión de 6 meses a 3 años o de 180 a 250 días multa cuando el valor de lo defraudado no exceda de 10 veces el salario.

II.- Con prisión de 3 a 6 años y multa de 250 a 750 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10 pero no de 500 veces el salario.

III.- Con prisión de 6 a 15 años y multa hasta de mil veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de 500 veces el salario.

CONCLUSIONES

1.- Se torna imprescindible una reforma profunda al ordenamiento punitivo, en relación al delito de fraude incrementando su penalidad al igual que los otros dos patrimoniales, ya que de lo contrario las estadísticas seguirán superando cualquier ficción. La proliferación de tales delitos es una evidencia inequívoca, que obliga a adecuar la ley penal a los tiempos de inseguridad que estamos viviendo.

2.- Resulta de capital importancia la selección de personal en lo relativo al órgano investigador, con el propósito que las indagatorias reúnan verdaderamente los requisitos señalados en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución. Debemos propugnar por que el representante social cuente siempre con elementos suficientes y bastantes, cuando pretenda excitar al órgano jurisdiccional, ya que de lo contrario sería violatorio de garantías fundamentales.

3.- De igual manera resulta inaplazable capacitar a los peritos que coadyuvan con el representante social, con el objeto de ilustrarlos en qué consiste el quebranto patrimonial.

En efecto, dicho personal en muchas ocasiones desconoce la maquinación realizada por el sujeto activo, para la obtención del lucro indebido, por ejemplo en asuntos tratándose de factoraje.

4.- Se recomienda hacer más ágil la indagatoria tratándose de los delitos patrimoniales, conllevando que el Ministerio Público ejercite la acción penal y que los infractores no se sustraigan al imperio de la Ley. Todo lo anterior reuniendo las formalidades esenciales del procedimiento.

5.- El fraude al ser un delito eminentemente de inteligencia, se recomienda que el representante social lleve muy de cerca la indagatoria, con el propósito de motivar sin demora al órgano jurisdiccional, en base a las consideraciones anteriormente expuestas.

6.- El delito cuenta con dos enemigos: El tiempo y el hombre mismo; el tiempo por que

inexorablemente borra cualquier huella o vestigio y el hombre porque por fuerza lógica pretende borrar todo aquello que le es imputable. En este sentido no debemos esperar tanto tiempo para resolver una situación jurídica tratándose de los delitos patrimoniales.

7.- Por último, rogamos la benevolencia del lector en esta investigación, la cual pretende como requisito fundamental llevar a cabo nuestra máxima constitucional: Hacer expedita la procuración e impartición de justicia, pues una justicia tardía es una justicia negada.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- AMUCHATEQUI REQUENA, IRMA G. "Derecho Penal", Edit. Harla 1993.
- 2.- ARTILES, SEBASTIAN "Derecho Romano", Edit. Jurídica Venezolana Caracas 1978.
- 3.- CARRANCA y TRUJILLO, RAUL, CARRANCA y RIVAS, RAUL "Código Penal Anotado", Edit. Porrúa 1990.
- 4.- CARRANCA y TRUJILLO, RAUL, CARRANCA y RIVAS, RAUL "Derecho Penal Mexicano", Edit. Porrúa 1988 y 1991.
- 5.- CARRARA, FRANCESCO "Programa de Derecho Criminal" (Tomo IV), Edit. Temis 1966.
- 6.- FONTAN BALESTRA, CARLOS "Tratado de Derecho Penal" (Tomo II), Edit. Abeledo Perrot, Argentina 3a. Reimpresión.
- 7.- ISLAS, OLGA y RAMIREZ, ELPIDIO "Lógica del Tipo en el Derecho Penal", Edit. Jurídica Mexiana 1970.
- 8.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS "Tratado de Derecho Penal", (Tomo V), Edit. Losada 1963, 1973 Y 1976.
- 9.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO "Derecho Penal Mexicano" (Tomos I y IV), Edit. Porrúa 1983 y 1986.
- 10.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO "Manual de Derecho Penal Mexicano", Edit. Porrúa 1974.

11.- VILLALOBOS, IGNACIO "Derecho Penal Mexicano", Edit. Porrúa 1974.

12.- Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Sista 1994.