

881309

4

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL LOMAS VERDES



Con Estudios Incorporados a la
Universidad Autónoma de México
Número de Incorporación 8813-09

Estudio Teórico y Dogmático de los Delitos de Robo, Fraude y Abuso de Confianza

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADA EN DERECHO
P r e s e n t a
LETICIA CASTAÑEDA MUCIÑO

Director de la Tesis:
LIC. JUAN ARTURO GALARZA

Revisor de la Tesis:
LIC. ABEL GARCIA SANCHEZ

Naucalpan, Edo. de México

1995 6

**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.

A MIS PADRES:

Quienes con su apoyo incondicional, han hecho posible la culminación de mis estudios y cuya fortaleza espiritual y tenacidad para sobreponerse a las adversidades, han constituido mi máximo ejemplo.

A PILAR:

Con quien tengo una eterna deuda, ya que nunca dejaré de agradecer lo que de ella he recibido.

GRACIAS A DIOS

LETICIA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO I: CONSIDERACIONES GENERALES Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	
1.1 Definición de cada uno de los delitos	1
1.2 Código de 1871	10
1.3 Código de 1929	22
1.4 Código de 1931	31
CAPITULO II: SEMBLANZA DEL TIPO	
2.1 El tipo y sus elementos	46
2.2 Clasificación del tipo	73
2.3 Funcionalidad del tipo	78
CAPITULO III: ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO	
3.1 Definición del delito en general	92
3.2 Conducta	100
3.3 Tipicidad	115
3.4 Antijuricidad	122
3.5 Culpabilidad	129
3.6 Ausencia de conducta	151
3.7 Atipicidad	154
3.8 Inculpabilidad	156
3.9 Causas de justificación	158

CONCLUSIONES

161

BIBLIOGRAFÍA

171

INTRODUCCIÓN

El derecho surge desde sus inicios para equilibrar la convivencia humana y así hacer posible la vida en sociedad otorgándole al hombre cierta libertad que solamente se ve restringida y limitada al respecto de los demás integrantes del grupo en que vive, para que así mismo goce de seguridad, de esta manera la norma jurídica al igual que la sociedad va evolucionando poco a poco y sufriendo una serie de cambios en el transcurso de su formación, los cuales en ocasiones se presentan conjuntamente y en otras existiendo cierto retraso en su misma formación por lo que al derecho se refiere, así surgen ordenamientos que dan nacimiento a determinadas figuras jurídicas, de esta manera en 1871 nace el primer Código Penal para el Distrito Federal que da vida a los delitos de ROBO, FRAUDE Y ABUSO DE CONFIANZA, considerado éste último como un delito especial, toda vez que como lo refiere Martínez de Castro en su exposición de motivos: "el abuso de confianza no tiene otro carácter que el de circunstancia agravante" y la Comisión lo ha considerado bajo ese aspecto y al mismo tiempo, bajo el de un delito especial. Siendo estos delitos el objeto principal de nuestro estudio.

En lo referente al Fraude y Abuso de Confianza, estas figuras jurídicas con el tiempo van sufriendo una serie de cambios en nuestra

legislación, que van desde concebirlo como Estafa y como circunstancia agravante, respectivamente, en los Códigos de 1871 y 1929, posteriormente en el Código actual, el Abuso de Confianza es ya un delito autónomo e independiente.

La finalidad del presente estudio, es dar la importancia que merecen los delitos a tratar, como los mismos que tienen una sanción para aquellos que realizan las conductas contempladas en ellos y así poder llegar al logro de aplicar, en la mejor medida posible la administración de justicia que muchas veces se ve entorpecida por aquellos que confunden la aplicación de estos artículos al hecho delictuoso, como se verá a lo largo del presente trabajo.

Así mismo, a lo largo de la presente investigación, diversos fueron los obstáculos que se presentaron al hacer la aplicación de la Teoría del Delito -siguiendo la doctrina analítica del mismo- a este en particular, por la diversidad de criterios existentes entre los distintos autores consultados, de ahí que se tomaron los que se consideraron más adecuados.

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1.1 DEFINICIÓN DE CADA UNO DE LOS DELITOS

Al tratar este primer capítulo, se hará una breve síntesis acerca de los conceptos que se están tratando comenzando por el ROBO como lo define nuestro actual Código en su artículo 367, mismo que a la letra dice: "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."¹

Esta definición del ROBO simple responde a la tradición legislativa mexicana, que prescinde de la distinción Romana entre hurto y robo, predominantemente mantenida en el Derecho Penal Moderno. En este cuadro típico se contienen elementos de muy diversa naturaleza, pues además de aquellos que son descriptivos del comportamiento fáctico - "apoderamiento de una cosa... mueble"², se comprenden también otros de naturaleza superabundantemente normativa "sin derecho y sin

¹ Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal, México, 1994.

² Jiménez Urueta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, tomo IV. De Porrúa, México 1980. Pág. 26.

consentimiento de la persona que podía disponer de ella (de la cosa) con arreglo a la ley³.

El elemento central de esta definición es la acción de apoderarse, que ha de entenderse como la extracción o remoción de la cosa de la esfera de poder, vigilancia o custodia en que se hallaba, para transferirla a la del autor del delito. No empece a esta conclusión, ni transforma el robo en abuso de confianza, la circunstancia de que la cosa sea tenida materialmente y no en virtud de un título jurídico, de posesión derivada por el autor del delito.

La acción de apoderarse se consume desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o la desapoderen de ella (art. 369), es entonces cuando se consume este atentado en contra del patrimonio a través de un atentado en contra de la posesión.

Pero el robo de cosa, es decir, el robo propiamente dicho requiere que la acción de apoderamiento esté informada o presidida por un elemento especial subjetivo, que es el ánimo de ejercer de hecho sobre la cosa todas las facultades que al propietario competen de Derecho, esto es, por el ánimo de conducirse respecto de la cosa como si fuese propia.⁴

³ Idem.

⁴ Ibid. Pág. 29.

Ahora bien, el objeto sobre el que recae la acción del ROBO debe ser una cosa ajena mueble; procediendo a continuación a dar un concepto general de este elemento de nuestro delito en estudio diciendo que la cosa: "son los objetos corporales susceptibles de tener un valor; corporales porque tienen materialidad y poseen dimensión, es decir, ocupan un lugar en el espacio". Las cosas se convierten en bienes no cuando son útiles al hombre sino cuando quedan apropiadas a él. Así también, en cuanto al concepto Mueble, el C.P. establece que la cosa sea mueble y para este debe ser aquella que pueda ser transportada de un lugar a otro. Se dirá que los bienes Muebles se clasifican en tres grupos: 1.- Muebles por naturaleza que son los que se pueden trasladar de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos o bien por efecto de una fuerza exterior; 2.- Muebles por disposición de Ley que son las obligaciones o derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal. En cuanto a este segundo grupo haremos hincapié en que esta denominación no es aplicable a la Ley Penal, por tratarse de bienes incorporales; y, 3.- Muebles por anticipación, que son aquellos inmuebles por su naturaleza: están adheridos al suelo; pero están destinados a convertirse próximamente en muebles: se les considera, no en su estado actual, sino en su estado próximo.⁵

⁵ Barrota, Antonio de Cosas y Sucesiones. Ed. Porrúa, México, 1986. Págs. 79, 114, 116 y 117.

En cuanto a la cosa ajena, esta debe pertenecer al patrimonio de una persona extraña al sujeto activo del Delito. Finalmente, se asentará que esta definición legal consigna todavía al extremo de que el apoderamiento se haya efectuado sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella, razón por la que se ha observado que la ausencia de este consentimiento es redundantemente una de las situaciones en que el apoderamiento se lleva a cabo sin derecho, aunque sea en verdad difícil hallar en el ordenamiento jurídico un derecho diferente del conferido por el consentimiento de quien puede disponer de la cosa. Este es el titular del patrimonio al que la cosa pertenece.

Precisada la figura del robo simple, se procederá a eludir la figura del delito de Fraude Genérico.

FRAUDE:

Proviene del latín *fraus, udis, fraudis* que es genitivo de *fraus* y que significa engañar, usurpar, despojar, burlar con fraude; *fraudulentus*, equivalente a fraudulento, engañoso, fingido, falaz, malicioso.⁶

Gramaticalmente es engaño o acción contraria a la verdad o rectitud. En el ámbito del Derecho Penal, que es donde tiene mayor cabida este vocablo, se estima que la esencia del delito de fraude es el engaño de

⁶ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XII. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1960. Pág. 1169.

que se vale el agente, para hacerse en perjuicio de otro de un objeto de ajena procedencia. Al observar que es el patrimonio el principal interés que se protege dentro de la sociedad, advertimos que las relaciones de sus integrantes deben desarrollarse libres de engaños o maquinaciones que induzcan a error; pero de igual forma se reconoce, que la estancia del hombre lo ha llevado a través del tiempo a obtener mucho de los que se propone, lo que también ha proyectado en el renglón de lo ilícito, cuando ansioso de riqueza refina su mente y empuja la voluntad del semejante a un camino equivocado para causarle un perjuicio patrimonial, con el que se beneficia el creador del engaño o artificio.⁷

El Código Penal vigente en su artículo 386 lo conceptúa así: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno aprovechándose del error en que este se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".⁸

Esta definición que nos da el art. 386 pone de relieve que sus elementos constitutivos son: 1.- UNA CONDUCTA FALAZ que se rige por un extremo psíquico que consiste en determinar a otro, mediante engaños a realizar un acto de disposición patrimonial o a aprovecharse de su error no

⁷ Idem.

⁸ Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, México, 1994.

rectificándolo oportunamente, lo que se puede llevar a cabo poniendo en juego maquinaciones o artificios; o por el aprovechamiento del error, que implica guardar silencio sobre las circunstancias de error en las que se encuentra la víctima a fin de obtener un beneficio de carácter patrimonial. Antiguamente se consideraba que sólo integraban el delito en estudio aquellas conductas en que, para sumergir en error al sujeto pasivo se ponían en juego maquinaciones o artificios (en su acepción gramatical aplicable al problema en estudio, maquinación significa asechanza artificiosa; y artificio, máquina o aparato puesto en juego para lograr con más facilidad o perfección embaucar a la víctima y determinarla o hacer un acto de disposición patrimonial), posteriormente se admitió que el simple engaño (falsedad), aunque no fuere acompañado de aquel aparato externo y corpóreo, bastaba para inducir un error, en la actualidad, también se admite en algunos códigos, como en el de México, que el aprovechamiento del error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo, es ya suficiente para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude; 2.- UN ACTO DE DISPOSICIÓN que se manifiesta dentro de la esencia del propio fraude, pues de suyo el agente pasivo hace voluntaria entrega al agente del delito de la cosa objeto del mismo.

Es decir, el engaño o aprovechamiento de error, conduce al agente pasivo a efectuar un acto de disposición patrimonial en beneficio del agente activo, que puede recaer sobre dinero, muebles, inmuebles, servicios, derechos, etc.; y, 3.- UN DAÑO O LUCRO PATRIMONIAL presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y se manifiesta mediante una disminución apreciable en dinero del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona. Por lo tanto, al ubicarnos dentro del ámbito legislativo del fraude Genérico, observamos que el art. 386 establece que se configura mediante el empleo de engaño o aprovechamiento de error, con el propósito de hacerse ilícitamente de algo o de obtener un lucro indebido.⁹

Concluiremos conceptuando al delito de ABUSO DE CONFIANZA.-

La locución Abuso significa "la acción o efecto de abusar" o sea de usar mal o indebidamente de una cosa; y la palabra confianza, en su primera acepción, equivale a esperanza firme que se tiene en una persona o cosa. La reunión de ambos términos nos lleva a definir gramaticalmente el abuso de confianza como el mal uso que hace una persona de la firme esperanza que puso en ella otra o, como concretamente expresa el Diccionario de la Academia de la Lengua que lo define como "la infidelidad que consiste en burlar o perjudicar

⁹ Ob. Cit. Enciclopedia OMEBA. 1469.

a otro que, por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido, le ha dado crédito. Es una de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal en la ejecución de ciertos delitos."¹⁰

En el Derecho Penal Mexicano el Abuso de Confianza es un delito autónomo y no una circunstancia agravante o una modalidad del robo, figura con la que en un principio estuvo confundido y posteriormente con el fraude. El delito en estudio poco a poco logró su independencia y delimitó claramente sus propios rasgos constitutivos.

El actual C.P. en su art. 382 lo define así: "Por abuso de confianza se entiende la disposición para sí o para otro, en perjuicio de alguien, de cualquier cosa ajena mueble de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio."¹¹

El *quid* de este delito se encuentra en su presupuesto que es la transmisión de la tenencia y no el dominio de la cosa ajena mueble cuando se ha transferido a otro su posesión corporal por cualquier motivo, toda vez que el C.P. no especifica alguno en especial y es menester que tal transmisión se acepte ya sea tácita o expresamente por el sujeto activo del delito.

¹⁰ *Ibid.* Tomo I. Pág. 116.

¹¹ Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. México, 1994.

Tal transmisión implica jurídicamente independizar el poder de hecho sobre la cosa de la persona que efectúa la transmisión y transferir o trasladar dicho poder de hecho a la que más tarde se erige en sujeto activo del delito. Solo puede estimarse que se ha transmitido a ésta dicha tenencia, cuando el poder de hecho que sobre ella obtiene lo ejerce con autonomía, independencia y sin la vigilancia de quien se la transmitió.¹²

En la práctica judicial se llega a confundir el abuso de confianza con el robo y el fraude; para delimitar estas figuras típicas se ha establecido el criterio de que en el abuso de confianza el sujeto activo ya detenta la cosa ajena mueble y únicamente dispone de ella en perjuicio de alguien, en el robo el activo del delito se apodera, va hacia la cosa mueble, mientras que en el fraude la cosa va al activo, o sea es entregada por el pasivo en virtud de la actividad engañosa del activo.

La esencia de la conducta típicamente descrita consiste en que el sujeto activo "disponga" del objeto material, esto significa penalísticamente, que se apropia de la misma, o sea, que actúe frente a ella con ánimo de dueño, sin embargo es preciso aclarar que éste delito se configura con la apropiación indebida y no por el simple uso abusivo o no autorizado del objeto material.

¹² Ob. Cit. Jiménez Huerta, Mariano. Pags. 112-113.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS DE ROBO, FRAUDE Y ABUSO DE CONFIANZA.

1.2 CÓDIGO 1871

México como nación independiente hereda de España un sistema de legislación anárquico, de leyes aisladas y no de códigos completos, unas inaplicables y otras de difícil aplicación, pues propias para un gobierno monárquico no lo eran para un sistema republicano. Consumada la Independencia de México, el país se vio envuelto en una serie de conflictos armados que impidieron la creación de un ordenamiento positivo que regulara aquellas conductas que perjudicaban a la sociedad, existiendo únicamente leyes dispersas que no tenían propiamente aplicación porque en ese entonces era más importante salvaguardar la seguridad y la libertad de la patria.

Durante el período de 1824 a 1835, la actividad legislativa se concentra casi exclusivamente en el Derecho Político y las otras ramas del Derecho Público relativas a las funciones que más bien habían sido aceptadas por el cambio en el modo de ser de la nación tales como la administración fiscal y la justicia. La generalidad de ellas tendían a satisfacer necesidades

apremiantes en los ramos hacendario y militar, que fueron, por razón de la misma agitación política, los que hubieron de atraer la atención preferente a los gobernantes.

El concepto del delito en la legislación española, aún después del fuero juzgo, es religioso político, pues es considerado ya como un acto pecaminoso que infringe los cánones de la religión, ya como una incidencia del estado, o como una agresión perjudicial a la seguridad y armonía de los individuos asociados. La penalidad es una expiación, una vindicta o una forma de escarmiento, según las circunstancias, y dentro de estos tres conceptos adolece del espíritu de barbarie en que se inició la formación de la nacionalidad española, y a la vez, del rigor militar de la constitución política de ésta y de la desigualdad de clases.

Hasta 1857 no existen bases fundamentales de un Derecho Penal propiamente mexicano, estando caracterizado el régimen de represión por una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones de fondo, pues la mayor parte de las dictadas se refieren al procedimiento y a la jurisdicción, para activar los procesos y hacer más efectivas las penas ante el creciente aumento de la criminalidad.

Son los constituyentes de 1857, los que establecen en forma sistemática, las bases del Derecho Penal Mexicano, ampliadas en las leyes del 4 de Diciembre de 1860 y 14 de Diciembre de 1864.

Con toda frecuencia los encargados del Ministerio de Justicia, y aún la misma Suprema Corte en sus informes sobre el estado de la administración de justicia, se quejan de lo inadecuado de las leyes penales, y pugnan por la formación de códigos, preferentemente del penal, en que se clasifiquen los delitos y las penas.

La aparición de los códigos significaba, en la evolución jurídica del país, no sólo el advenimiento de la claridad, del orden y del método de las leyes, substituyendo a la era de las legislaciones superpuestas, concurrentes y supletorias, cada una de las cuales, pretendiendo aclarar las anteriores, venía a producir nuevas dudas, obscuridades y contradicciones, que agotaban la inteligencia de los tratadistas de la época, en glosas y en concordancias; esa aparición significa especialmente, el desarrollo sistemático de todos los principios jurídicos, que las nuevas necesidades de la vida humana trajeron como contingente en el progreso del siglo XIX.

Vencida la intervención francesa, el Presidente Juárez al ocupar la capital de la República en 1867, al iniciar la organización de su gobierno, después de la terrible lucha armada, llevó a la Secretaría de Justicia e

Instrucción Pública, al licenciado Antonio Martínez de Castro, a quien tocó presidir la comisión encargada de formular el Código Penal; siendo hasta 1868, en que el país ya contando con una estabilidad política formó una comisión para redactar un proyecto de Código Penal, dicha comisión inició sus trabajos teniendo como modelo al Código Penal Español que a su vez se basó en los postulados de la ESCUELA CLÁSICA de Derecho Penal, de cuyas ideas principalmente tomó "...LA TEORÍA DE LA JUSTICIA ABSOLUTA Y DE LA UNIDAD SOCIAL como fórmula para la función punitiva y así miró al delito como entidad propia -es decir, que tenía prominencia el delito por sobre el delincuente- y doctrinariamente aceptó el dogma del libre albedrío..."¹⁴ quedando contempladas, en un solo ordenamiento las conductas que en ese entonces se consideraron como constitutivas de un delito.

Así fue como en 1870 se aprobó el proyecto del Código Penal, el cual entró en vigor en 1871, mismo que respondió satisfactoriamente durante varias décadas a las necesidades de la lucha contra el crimen, y en la historia de la legislación mexicana, ocupa un lugar de honor por haber llenado ampliamente sus fines. Promulgado el 7 de Diciembre de 1871, en vigencia desde el 1.º de Abril de 1872, conocido como el "Código de Martínez

¹⁴ Ceniceros, José Angel y Garrido Irujo. La Ley Penal Mexicana. Edit. Botas. México, MCMXXXIV. Pags. 11, 12, 13.

Castro" por el nombre del ilustre presidente de su comisión redactora y autor de su exposición de motivos; conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. Comprende dentro de su articulado, en el Título Primero del Libro Tercero, a los denominados "...Delitos contra la propiedad...".¹⁴

ROBO

En su capítulo I, dentro del artículo 368 define al ROBO; Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho, y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.¹⁵

La comisión redactora del Código de 1871 no reconoce distintos nombres para el hurto (caracterizado por la ausencia de modos violentos en su comisión) y el robo o rapiña (caracterizado por la violencia) como en diversas legislaciones. Por eso puede afirmarse, como nos sugiere Franco Guzmán, que el robo violento es simplemente un robo calificado. En su exposición de motivos al Código de 1871, Martínez de Castro se refiere a que: "Queriendo la Comisión acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, la desechó de su proyecto...".¹⁶

¹⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal México, 1931. México, Leyes, Decretos. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. México, 1931. Pág. 12.

¹⁵ Código Penal 1871. México.

¹⁶ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1993. Pág. 168.

ABUSO DE CONFIANZA

En México aparece por primera vez en el Código Penal de 1871, redactado por la comisión que presidió el Lic. Martínez de Castro y en el cual se le reglamenta en su capítulo IV, artículo 405 como un agravante general, este artículo dice: "Hay abuso de confianza: siempre que para cometer un delito se vale el delincuente de un medio, o aprovecha una ocasión que no tendría sin la confianza que en él se ha depositado, y que no procuró granjearse con ese fin."¹⁷

En el mismo Código de 1871, se le considera ya como un delito especial y Martínez de Castro dice en su Exposición de Motivos: "El abuso de confianza no tiene hoy por nuestras leyes otro carácter que el de circunstancia agravante, y la comisión lo ha considerado bajo ese aspecto y al mismo tiempo bajo el de un delito especial, como lo han hecho el código Francés y todos los posteriores, porque actualmente son dos delitos diversos, el apoderarse alguno de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de su dueño, que es lo que constituye el Robo y el de disponer indebidamente de una cosa ajena que se recibió en convenio o a virtud de un contrato que no transfiera el dominio."¹⁸

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 101.

¹⁸ Ob. Cit. González de la Vega Francisco. Pág. 226.

En el Código Penal Mexicano de 1871, se creó el delito de abuso de confianza en su artículo 407, para quedar así: "El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de un contrato que no le transfiera el dominio; sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondrá si hubiera cometido en dichas cosas un robo sin violencia."¹⁹

Este artículo 407 del Código de 1871, fue reformado por decreto del 26 de Mayo de 1884 y se volvió a reformar por decreto del 5 de Septiembre de 1896, quedando redactado así: "El que fraudulentamente y con perjuicio de otro disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda; de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las

¹⁹ Código Penal 1871. México.

circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia.²⁰

Miguel S. Macedo, en su Exposición de motivos a los trabajos de revisión del Código de 1871, manifiesta: "la comisión estuvo conforme, en principio, con la reforma de 1896; pero considerándolo conveniente para que en el precepto del artículo queden comprendidos no solo los contratos sino también los simples actos, como la tutela, el albaceazgo, el secuestro y otros en virtud de los cuales se pueden entregar cosas muebles sin transferir su dominio, es de opinión de que en vez de decir: "Cosa ajena mueble que el responsable haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato deposito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio", expresiones que se refieren exclusivamente a contratos, se diga: - cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio-, expresión más genérica, que comprende no solo los contratos, sino también cualquier acto."²¹

De todo lo anteriormente expuesto, cabe señalar que la verdadera definición del delito de Abuso de Confianza, es la que nos proporciona el artículo 405 del Código de 1871, en estudio, toda vez que la definición dada por el artículo 407 reformado, no es sino una copia con ligeras variantes, que

²⁰ Ob. Cit. González de la Vega, Francisco, Págs. 228-229.

²¹ *Ibidem*.

más adelante estudiaremos, del artículo 414 del mismo Código en estudio en donde el fraude toma el nombre de estafa.

FRAUDE:

En la reglamentación del Código Penal de 1871, dentro del capítulo V, denominado: Fraude contra la propiedad, en su artículo 413 denomina el fraude así: "Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose de le error en que este se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel."²²

Haciendo un análisis de esta definición, observamos que en esencia era muy restringida porque al emplear la frase "...con perjuicio de aquel..." resultaba que su empleo implicaba necesariamente que el que resentía el perjuicio patrimonial debía ser precisamente el engañado, siendo así que era frecuente que el error se causara a una persona para obtener de ella la cosa o el lucro a costa de otra distinta; no previendo esta situación la legislación en estudio.

Además este código de 1871, en su artículo 414, creó un especial delito en los siguientes términos: "El fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o billetes de banco, de un documento que importa obligación,

²² Código Penal 1871, México.

liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad.²⁵

La exclusión de la falsedad en la figura de estafa mereció severas críticas porque en la práctica la mayor parte de las maquinaciones o artificios consisten precisamente en la simulación documental.²⁶

La parte final de este artículo limitaba la noción de la estafa a las maquinaciones y artificios que no constituyen un delito de falsedad. Cuando el agente empleaba como engaños artificiosos la falsificación o alteración de la moneda, o las falsificaciones de billetes de banco, títulos de crédito, sellos, llaves, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas, y documentos públicos o privados, o las falsedades en declaraciones judiciales, y en informes dados a la autoridad, o la variación de nombre o domicilio, o la usurpación funciones públicas o de profesión, o el uso indebido de condecoraciones o uniformes, delitos todos que reciben en nuestros textos legales la común denominación de falsedad, la acción no se sancionaba como delito patrimonial de estafa. La única razón que podría fundamentar dicho antiguo sistema es que la falsedad no puede estimarse como estafa para constituir otro delito típico, pero dicha consideración no fundaría suficientemente la exclusión, ya que en nuestros

²⁵ Ob. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 217.

textos legales está previsto el caso en que con un hecho se violan varias disposiciones legales. Además, es indudable que la manera más al alcance del estafador para apropiarse de lo ajeno es precisamente la falsedad en sus diversas manifestaciones delictivas.⁴¹

Miguel S. Macedo, recogiendo las anteriores manifestaciones, propuso la reforma del Código Penal de 1871, suprimiendo en la definición de la estafa el elemento de que las maquinaciones y artificios no constituyan un delito de falsedad y agregó: "Siendo esto así, la cuestión queda reducida a determinar cuales fraudes sean más graves y deben ser castigados con mayor pena, si los que se cometen empleando maquinaciones y artificios que constituyen un delito de falsedad, a los que se cometen por medio de maquinaciones y artificios de otro género. La cuestión se resuelve con solo plantearla, no obstante lo cual el código no la resolvió de una manera lógica. Y no se diga que en el caso de uso de documentos falsificados o del empleo de otro artificio que constituya delito de falsedad, por la acumulación de ambos delitos -fraude y falsedad-, resultará aumentada la pena; es posible que el que use el documento falso no sea el falseario ni obre de acuerdo con él. Para este caso, este código de 1871 establece la pena del robo sin violencia, y cuando es el mismo falseario quien usa el documento, no hay sino una pena

⁴¹ *Ibid.* Pág.s 255 y 256.

pecuniaria para el fraude. Por eso decimos que la solución del código no es lógica.²⁵

Esta denominación de estafa en el código que nos ocupa y en la doctrina, constituye actualmente un caso de fraude calificado, con agravación de la penalidad comparándola con la del fraude genérico en consideración a que el agente, para defraudar lo ajeno no se conforma con el simple engaño causante del error de la víctima, sino que utiliza maquinaciones o artificios, es decir, apoya su mentira en falsas comprobaciones exteriores que le dan mayor apariencia de verosimilitud.

Fácil es comprobar que esta figura, queda comprendida también en el fraude de engaño o aprovechamiento de error, descrito en las primeras líneas de artículo 413, porque las maquinaciones o artificios son siempre manifestaciones dolosas del engaño, salvo que elaboradas objetivamente y que dan por resultado obtener lo ajeno. La estafa es pues, una especie de fraude limitada a la recepción de cosas por medio de actitudes engañosas, no simples, sino acompañadas de hechos exteriores que las hacen fácilmente creíbles. Entre las primeras líneas del artículo 413 y la estafa, existe una relación de género a especie: fraude de engaño o aprovechamiento de error es la regla general y se aplica para la defensa de toda suerte de engaños; la

²⁵ Idem.

estafa es un caso especial limitado a la protección de los bienes contra las falacias preparadas objetivamente, es decir, maquinadas o artificiosas.²⁶

En este Código de 1871, el legislador principió su tarea por definir el delito genérico de fraude, empleando una fórmula igual a la del encabezado del actual artículo 386 del Código Penal; posteriormente se especificaban algunos casos concretos de fraude provistos de penalidades especiales, de estos sistemas resultaba que todo fraude, especificado o no expresamente, debía participar necesariamente de las constitutivas en la descripción general. Además esta legislación de 1871, que define por separado la antigua estafa, reglamentación complicada de laboriosa técnica y exagerada casuística, dificulta enormemente la interpretación de los casos previstos, y por ello se considera que dicha denominación es incorrecta por consistir únicamente en el fraude calificado de maquinaciones o artificios.²⁷

1.3 CÓDIGO DE 1929

Después de la creación del primer Código Penal en México y habiendo transcurrido más de 50 años de ello, se vio la necesidad de crear un nuevo ordenamiento que estuviera más acorde con la realidad del país y los

²⁶ Ibid. Pág. 253.

²⁷ Ibid. Págs. 248 y 249.

cambios sufridos por la sociedad en el tiempo transcurrido. Así fue como se nombró una comisión redactora, para crear un nuevo ordenamiento encargado de llevar a cabo la revisión del código anacrónico que lo antecede cuya senectud e insuficiencia se palpaban a diario en la vida de los tribunales.

Dicha comisión, designada en la época del gobierno del licenciado Emilio Portes Gil, presidida por el licenciado José Almaríz, concluyó a principios de Septiembre de 1929 los proyectos del Código Penal para el Distrito y territorios federales.

Los vértices filosóficos del Código Penal, fueron expuestos por el licenciado Luis Chico Goerne -miembro de la comisión., en lo relativo al método, se dijo que la nueva ley no era un molde preformado para encerrar a la vida mexicana, sino que era esta la que había sido convertida en norma. Que el Código era una obra referente al delincuente, porque a la comisión no le interesaban los actos, sino los hombres, ya que el delincuente es el tema central de la ciencia penal a partir del humanismo pues "desde cualquier punto de vista teórico, es la sanción, sobre el criminal, la única útil, la única justa y la única científica".²⁸

El mismo licenciado Chico Goerne expuso, además, que la prevención represiva se le consideró en forma dual, partiendo de la idea de

²⁸ Ob. Cit. Ceniceros, José Angel y Garrido, Luis. Pags. 16 y 17.

que la represión colectiva debe concebirse como una actividad biopsicológica por naturaleza. Por último, como cuestión principalísima para realizar las novedades introducidas en el nuevo código, se creó el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, cuyas atribuciones fundamentales eran: 1.- Ejecutar las sanciones con las características de trabajo, tratamiento, individualización e identificación, 2.- La previsión del crimen por medidas administrativas y de utilidad pública; 3.- La asistencia del delincuente salido del imperio judicial por medio de patronatos y 4.- La iniciativa de reformas administrativas penales.²⁹

La comisión acordó presentar un proyecto fundado en la ESCUELA POSITIVA, queriendo dar más importancia al delincuente que al delito, que basa el Jus Puniendi en la reacción del grupo social que se defiende (hecho material) y considera el delito como un producto natural que no nace del libre albedrío, sino de factores físicos, antropológicos y sociales. La escuela Positiva rechaza los fundamentos apriorísticos de los clásicos y aplica a la ciencia penal un nuevo método: el de experimentación y observación, agrupando observaciones sobre observaciones, datos sobre datos y cifras sobre cifras, se presenta la escuela Positiva con la estadística por arma la observación por método y la seguridad y la defensa por fin de sus actividades.

²⁹ ídem.

Se impone substituir el concepto de responsabilidad moral -que determina los límites de imputabilidad penal- por el de responsabilidad social, que se expresa diciendo que todo individuo que cometa un acto prohibitivo por la ley penal, responderá del mismo ante la justicia, cualquiera que sea su estado psico-fisiológico.

La escuela Positiva determina la clase y grado de las sanciones de acuerdo con la personalidad del delincuente, mientras las escuelas basadas en la responsabilidad moral, forzosamente proporcionan el quantum de la pena a la gravedad objetiva del delito.

La escuela penal Positiva se aparta por completo de la escuela clásica, derribando el dogma metafísico de la necesidad de una justa penitencia por el delito cometido y en su lugar exige el moderno principio de la defensa social, de la protección eficaz de la colectividad contra el delito, se limita a proteger a la sociedad contra el delito por el empleo de todos los medios humanos y hacederos que aumentan la efectividad de esta protección.

Así nació el anteproyecto que, ante los obstáculos constitucionales y ante los más insuperables del misonerismo, tuvo que soportar muchas dificultades y restringir su campo de acción, admitiendo un sistema de penas

relativamente determinadas y se vio obligada a seguir el procedimiento antiguo de definir los delitos y sus variedades.

No es de extraño que ante tan grandes y numerosos obstáculos legales, imposibles de franquear y dado su carácter de sistema de transición, este código de 1929, no sea una obra perfecta de acuerdo con las modernas tendencias y conserve su carácter casuístico.

Este código de 1929, es un código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes. Pero no por esto, podrá negarse a la nueva legislación penal todo mérito, rompe con los antiguos moldes de la escuela clásica, impotente para hacer decrecer la criminalidad y es el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consiente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones.³⁰

Es así como surgió el Código Penal de 1929 en estudio, promulgado el 30 de Septiembre de 1929, expedido por el presidente Emilio Portes Gil y conocido como el "Código de Almaráz", que se inspiró en la "Defensa social y la individualización de las sanciones".³¹

Por lo que hace el delito de ROBO, este aparece en el Título Vigésimo, capítulo I, bajo la denominación "De los delitos contra la

³⁰ Almaráz, José. *Exposición de Motivos al Código Penal de 1929*. México, 1931. Págs. 18, 19 y 21.

³¹ Carrancá y Trujillo, Raúl. *Código Penal México 1931*. Pág. 12.

propiedad", mismo que está contemplado en el artículo 1112.- "comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la Ley".³²

Al redactarse el artículo 1112, conservó el precepto del código derogado de 1871 en su artículo 368 en toda su denominación.

En lo que respecta al apoderamiento, uno de los elementos materiales y normativos del delito en estudio, que es la acción consumativa del delito, al redactarse el artículo 1114 que dice.- "Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella." -Se mejoro técnicamente el viejo artículo 370 del código de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón "tiene en sus manos la cosa robada" como esta última disposición limitaba literalmente el robo a aquella forma de apoderamiento directo y físico en que el ladrón asía la cosa con sus propios órganos corporales de aprehensión, este código de 1929, con ligera mejoría técnica, sustituyó esa frase por la de "tiene en su poder la cosa robada", que permite incluir los apoderamientos desviados o indirectos.³³

³² Código Penal de 1929. Ed. Herrera. Méx. 1929.

³³ Ob. Cit. González de la Vega, Francisco. Pág. 170.

En lo que concierne al ABUSO DE CONFIANZA, aparece en el capítulo IV, en el artículo 1114.- "Hay abuso de confianza: siempre que para cometer un delito se vale el delincuente de un medio, o aprovecha una ocasión que no tendría sin la confianza que en él se ha depositado, y que no procuró granjearse con ese fin."¹¹

De igual manera que el código que se derogó, el de 1929, en estudio, en su artículo 1146, establece.- Al que, con perjuicio de tercero disponga, para sí o para otro, en todo o en parte, de una cantidad de dinero en numerial, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio, se le aplicará la sanción que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia.

Al igual que como se hizo mención en el código de 1871, la definición arriba citada, no se considera como tal puesto que ésta es simplemente una copia con ligeras variantes, de la fracción II, del artículo 1151, de la estafa, contemplada en este ordenamiento de 1929.

¹¹ Código Penal 1929. Pág. 364.

De lo expuesto, cabe decir que la definición de abuso de confianza que nos proporciona este código de 1929, es completamente igual a la que nos define el código de 1871, en su artículo 405.

Finalmente, por lo que hace al delito de FRAUDE, aparece en este código de 1929 dentro del capítulo V, denominado De la estafa, suprimiendo la denominación de Fraude, en su artículo 1151, redactándolo así: "Hay estafa:

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

II.- Cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios."⁵⁵

⁵⁵ *Ibid.* Pág. 366.

Este artículo 1151, se creó reuniendo los artículos 413 y del derogado 414 código de 1871, suprimiendo la falsedad que hace mención el artículo 414, en su última línea, y crea el artículo 1152, que dice: "si las maquinaciones o artificios constituyen un delito de falsedad, se acumulará este al delito de estafa, observándose las reglas de acumulación, para la imposición de la sanción."

En esta codificación, respecto al delito que nos ocupa, la principal reforma que se introdujo fue la nomenclatura, llamándosele en general al Fraude, Estafa, olvidando el legislador de 1929 lo impropio de designar al genero por la especie. la reglamentación en general conservó la casuística minuciosa de la anterior legislación, es por ello que podemos decir que este código de 1929 fue ilógico, puesto que contempló con el nombre de Estafa especie de Fraude, comprendió también el Fraude Genérico.

A todo lo anteriormente expuesto, y al hacer un breve análisis de este código de 1929, en su redacción, siguió el criterio objetivo del código derogado, y como consecuencia de ello, los postulados de la escuela clásica, lo cual se puede observar en su articulado que en sí reprodujo el texto del código derogado, estableciendo ligeras variantes en algunos artículos y en otros se hizo la misma transcripción.

1.4 CÓDIGO DE 1931

Con motivo de las dificultades de aplicación y adaptación de los derogados ordenamientos, el Ejecutivo Federal por acuerdo de 2 de junio de 1930, consideró conveniente proceder a la revisión de ellos, con el fin de que se entendieran y propusieran las reformas indispensables, y para el efecto se dispuso integrar una nueva comisión técnica revisora, en la que la mayoría de sus miembros, al iniciar sus labores presentó como orientación de los nuevos códigos en materia penal diversas bases, de las cuales se enunciarán las más sobresalientes:

1) La fórmula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así no hay delincuentes sino hombres.

2) Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Solo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable.

3) El delito es un hecho contingente. Solo existe la responsabilidad social, sus causas son múltiples: es

una sinergia negativa o resultante de fuerzas antisociales.

4) La pena es una necesidad de defensa y prevención social. Es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc. pero fundamentalmente por necesidad de conservación del orden social.

5) El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden.

6) La escuela positiva sólo tiene valor científico como crítica y como método.

7) La sanción penal es "uno de los recursos de la lucha contra el delito". Todos los actos antisociales que no estén incluidos como delitos, corresponden a la prevención gubernativa o de iniciativa privada.

8) El medio de remediar el fracaso de la escuela clásica no lo proporciona la escuela positiva.⁵⁶

⁵⁶ Ob. Cit. Ceniceros, José Angel y Garrido, Luis, Págs. 18 y 19.

Las anteriores bases se conceptuaron por los licenciados Ceniceros Teja, Ángeles y Garrido, como suficientes para normar el trabajo de la comisión, el Lic. Ceniceros manifestó que no era posible, en la elaboración de un código penal, seguir íntegramente determinada escuela, pues no se pretendía discutir previamente una filosofía del código, sino que al ir discutiendo el expedido útilmente, se iría elaborando esa filosofía.

Después de varias discusiones, se pone de manifiesto que las tendencias que se perfilaban en el seno de la comisión, la una para llevar a cabo los trabajos a un terreno puramente académico y filosófico, y la otra, que fue la que prevaleció, afirmando que lo que importaba era comenzar por reformar el articulado que formaba el cuerpo del código en vigor, para no dilatar indefinidamente las labores de la comisión. El propósito fundamental de la revisión consistió en proponer las reformas necesarias para que las leyes penales sirvan a las nuevas necesidades y a los recursos efectivos disponibles, rectificando los errores o deficiencias que existían en el código vigente, causadas por el paso de la antigua legislación a la presente, y adaptando todos los progresos y enseñanzas de la ciencia moderna del derecho penal, en forma práctica y realizable.³⁷

³⁷ Idem. Págs. 19, 20 y 21.

Por lo expuesto anteriormente, se deduce que la comisión realizó sus trabajos siguiendo una tendencia ecléctica, tomando tanto de la escuela clásica como de la escuela positiva, lo que consideró mejor de cada una de ellas, y fue así como por decreto del 2 de Enero de 1931, el presidente Pascual Ortiz Rubio expide el "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal" el 13 de Agosto de 1931, publicado en el Diario Oficial del 14 de Agosto de 1931.

ROBO

Es así como el delito de Robo quedó contemplado dentro del Título Vigésimosegundo, capítulo I, denominado "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", en el artículo 367. Comete el delito de robo: "el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley."⁵⁴

Este código de 1931, en relación a la definición de Robo conservó el mismo sistema que el derogado código de 1871, siendo la definición anterior la que conserva el código vigente en el art. 367.

ABUSO DE CONFIANZA.

⁵⁴ Código Penal 1931. México.

Quedó contemplado dentro del Título Vigésimosegundo, capítulo II en el artículo 382. -Se aplicará prisión de tres días a seis años y multa de cinco a dos mil pesos, al que con perjuicio de tercero, disponga para sí o para otro, de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio.¹⁹

Este código de 1931 ya hacía mención, en su artículo 385, que el delito de abuso de confianza era perseguible a petición de parte ofendida.

La definición del abuso de confianza en este código, se tomó con ligeras variantes de la que emprendía el artículo 1146 del derogado código de 1929 suprimiendo el artículo 1144 del mismo código derogado.

Con estas reformas que introdujera este código a estudio, y al suprimir la definición que hiciera el artículo 1144 del código de 29 podemos decir que este artículo 382 tiene ya posibles elementos configurativos que son: 1) Disposición para sí o para otro; 2) El perjuicio; 3) Que la disposición recaiga en cosas muebles, y 4) Que se haya transferido al agente la tenencia de esas cosas y no el dominio. La reunión imprescindible de estos elementos

¹⁹ Idem.

inseparables integran el abuso de confianza y en los procesos es indispensable la comprobación de todos.⁴⁰

FRAUDE.

El código penal de 1931, rectificó el error del código que le antecedió, ya no denominado a la figura típica que nos ocupa como Estafa, sino que la vuelve a llamar Fraude y por otra parte, describe típicamente a la Estafa en forma lisa y llana, como uno de los supuestos del delito de Fraude, y en el artículo 386 conserva el texto enumerativo del código de 1871 y suprime la frase final que no considera a las maquinaciones o artificios como constitutivos del delito específico cuando estos mismos resultan de un delito de falsedad.

Es así como el delito de Fraude quedó comprendido, en el código que nos ocupa, dentro del mismo Título Vigésimosegundo, capítulo III denominado Fraude dentro del artículo 386. -Se impondrá multa de 50 a 1,000 pesos y prisión de 6 meses a 6 años:

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

⁴⁰ Ob. Cit. González de la Vega Francisco. Pág. 230.

H.- Al que obtenga dinero, valores o cualquier

otra cosa...¹¹

Así también, la Estafa quedó comprendida dentro del artículo 389.

-Se impondrá prisión de 3 meses a 7 años y multa de 20 a 1,000 pesos o solo la prisión, al que, para hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios.

A continuación se enunciarán las reformas sufridas al Código Penal de 1931 en los delitos en estudio:

En cuanto al delito de ROBO, no ha sufrido reforma alguna, definición que nos proporciona el artículo 367, sigue siendo la misma a la proporcionada por los códigos derogados y el de 1931.

Por otra parte, en cuanto a los delitos de Abuso de Confianza y Fraude, han sufrido las siguientes reformas a partir de 1931, y son: Por decreto del 31 de Diciembre de 1945, se reformó el artículo 382 y 386 y se suprime el artículo 389 que hablaba de la antigua estafa, publicado en el

¹¹ Código Penal 1931. México.

Diario Oficial de la Federación no. 8 del 9 de Marzo de 1946, tomo CLV, para quedar así:

382.- Se aplicará prisión de 3 días a 6 años y multa de 5 a 5,000 pesos, al que con perjuicio de alguno, disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transferido la tenencia y no el dominio. Si el valor de la cosa de que se dispuso es mayor a 20 mil pesos la prisión podrá ser hasta de 12 años.

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

El delito de Fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses y multa de 5 a 50 pesos, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad.

II.- Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 50 a 500 pesos, cuando el valor de lo defraudado excediere de 50 pesos, pero no de 3 mil, y

III.- Con prisión de 3 a 12 años y multa hasta de 10 mil pesos, si el valor de lo defraudado fuere mayor de 3 mil pesos.

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no solo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los artículos anteriores, se aumentará con prisión de 3 días a 2 años.

Por decreto del 29 de Diciembre de 1950, publicado en el Diario Oficial de la Federación no. 12 del 15 de Enero de 1951, se reformó el artículo 382. -Al que con perjuicio de alguien disponga para si o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa hasta de 500 pesos, cuando el monto del abuso no exceda de 500 pesos.

Si excede de esa cantidad, pero no de 20 mil pesos la prisión será de un año a 6 meses y la multa de 500 a 5,000 pesos. Si el monto es mayor de 20 mil pesos, la prisión será de 6 a 12 años y la multa de 5 mil a 10 mil pesos.

Por acuerdo del 29 de Diciembre de 1975, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de Diciembre de 1975, se reformó el artículo 386. -Comete el delito de Fraude el que engañando a uno o aprovechándose

del error en que este se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

Se castigará con las penas siguientes:

I.- Prisión de 3 días a 6 meses y multa de 20 a 200 pesos, cuando el valor de lo defraudado excediere de 200 pesos pero no de 12 mil.

II.- Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 200 a 2,000 pesos, cuando el valor defraudado excediere de 200 pesos pero no de 12 mil.

III.- Con prisión de 3 a 12 años y multa de 40 mil pesos si fuere mayor de 12 mil.

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no solo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de 3 días a 2 años.

Por decreto del 23 de Diciembre de 1981, publicado en el Diario Oficial de la Federación no. 40, del 29 de Diciembre de 1981, se reformaron los artículos 382 y 386:

382.- Al que, con perjuicio de alguien disponga para si o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y

no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa hasta de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario. Si excede de esa cantidad, la prisión será de 1 a 6 años y la multa de 100 hasta 180 veces el salario. Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario, la prisión será de 6 a 12 años y la multa de 120 veces el salario.

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

El delito de Fraude se castigará con las penas siguientes.

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses y multa de 3 a 10 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad.

II.- Con prisión de 3 a 6 años y multa de 10 a 100 veces el salario cuando el valor de lo defraudado excediera de 100, pero no de 500 veces el salario.

III.- Con prisión de 3 a 12 años y multa hasta de 120 veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de 500 veces el salario.

Fe de Erratas publicado en el Diario Oficial de la Federación no. 8 del 13 de Enero de 1982, por decreto en el que se reforma el artículo 382 y

386 publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de Diciembre de 1981, para quedar así:

382.- En la página 5, segunda columna, párrafo segundo:

DICE.- Si excede de esta cantidad, la prisión será de 1 a 6 años y la multa de 100 hasta 180 veces el salario.

DEBE DECIR.- Si excede de esta cantidad, pero no de 2000, la prisión será de 1 a 6 años y la multa de 100 hasta 180 veces el salario.

386.- En la página 6, primera columna, párrafo primero, fracción

II:

DICE.- Con prisión de 3 a 6 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediere de 100, pero no de 500 veces el salario.

DEBE DECIR.- Fracción II; con prisión de 6 a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediere de 10, pero no de 500 veces el salario.

Fe de Erratas publicado en el Diario Oficial de la Federación no. 10 del 15 de Enero de 1982, a la publicada el día 13 de Enero de 1982, por

decreto por el que se reforman los artículos 382 y 386, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 1981 del 29 de Diciembre:

386.- En la página 3, segunda columna, párrafo noveno, renglón 10:

DICE.- Fracción II. -Con prisión de 6 a ...

DEBE DECIR.- Fracción II. -Con prisión de 6 meses a ...

Por decreto del 16 de Diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de Diciembre de 1991, se reforma el primer párrafo del artículo 386, para quedar así:

386.- ...

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días de multa, cuando el valor de lo defraudado no excede de 10 veces el salario.

II y III.- ..."

Ahora y después de las diversas reformas, finalmente con las del 1o. de Febrero de 1994, quedarán así:

ROBO.- Artículo 367.- Comete el delito de Robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble sin derecho

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Reformas al Código Penal para el D. F. y Territorios Federales. Tomos I, II y III. Sección Compilación de Leyes. México. 1981-1991.

y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley.”

ABUSO DE CONFIANZA.- Artículo 382.- 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, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario. Si excede de esa cantidad, pero no de 2,000 la prisión será de uno a 6 años y la multa de 100 hasta 180 veces el salario. Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario, la prisión será de 6 a 12 años y la multa de 120 veces el salario.”

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

El delito de FRAUDE se castigará en las penas siguientes:

⁴³ Código Penal, México 1994.

⁴⁴ ídem.

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de 10 veces el salario;

II.- Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10 pero no de 500 veces el salario, y

III.- Con prisión de 3 a 12 años y multa hasta de 120 veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de 500 veces el salario.”

⁴⁵ Idem.

CAPITULO II

SEMBLANZA DEL TIPO

2.1 EL TIPO Y SUS ELEMENTOS

El tipo juega un papel importante en el Derecho Penal debido a la trascendencia de sus elementos conceptuales y a la importancia del mismo, siendo ésta una figura propia de la materia penal que la diferencia de las demás ramas del derecho, y para entrar en su estudio, comenzaremos a decir que la palabra tipo deriva del "... latín *tipus*, que en su acepción trascendental para el derecho penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia. Típico es todo aquello que incluye en si la representación de otra cosa y, a su vez es emblema o figura de ella ..."⁶⁶

Por lo que respecta a sus orígenes, la más profunda raíz histórica la tenemos en el concepto de *Corpus Delicti* contenida en las viejas leyes y que aún perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. Y así Hall, subraya que "... la doctrina del tipo ha surgido del concepto *Corpus Delicti* y Antolisei estima que hay una reminiscencia de este viejo concepto

⁶⁶ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1980. Pág. 27.

procesal...". al igual que Jiménez de Azúa quien dice que el tipo "...es la versión a la lengua alemana de los términos *corpus delictus*..."⁶⁸ Estas afirmaciones se encuentran respaldadas por Pietro Ellero, pues al establecer los tres diversos sentidos y acepciones de la expresión del cuerpo del delito, es la acción punible, esto es el hecho objetivo. De tal manera que el tipo fue concebido en principio como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción.⁶⁹

La teoría del tipo nace en sí en el Derecho Penal por obra de Beling, cuando en 1906 publica su obra *Die Lehre von Verbrechen*, surgiendo por primera vez la noción del tipo, al cual en esta primera concepción lo concibe como "... la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo de concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos..."⁷⁰

Según esta concepción, el tipo penal consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito, de manera que la conducta culpable antijurídica sólo es punible con arreglo a las fórmulas de amenaza penal que influye de tal suerte en la definición del delito, que sólo los tipos

⁶⁷ Jiménez Huerta, Mariano. *La Tipicidad*. Edit. Porrúa, S.A. México, 1955. Pág. 22.

⁶⁸ Jiménez de Azúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Edit. Lozada. 1a. Edición. Buenos Aires, 1963. Pág. 751.

⁶⁹ *Ibid.* Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Pág. 22.

⁷⁰ *Ibid.* Pág. 24.

de conducta por ellas captadas, son objetos de penalidad y cada conducta típica sólo es punible en adecuación precisamente a aquella pena abstracta que va unida al tipo en cuestión.⁵¹ Beling atribuye como indica Bettioli "... al principio por ella enunciado el puesto de primer orden en la jerarquía de elementos esenciales a la noción del delito..."⁵² en donde se demuestra no sólo la separación, sino la superior unidad de todos los caracteres del delito, concatenados en el tipo penal, de tal manera que el tipo tendrá un papel independiente, pero sirve para concretar en esa figura, abstracta y conceptual, todos los caracteres y elementos del delito.

Así podemos observar que en ésta primera fase, el tipo tiene una función meramente descriptiva y absolutamente separada de la antijuricidad y la culpabilidad.

En la concepción de Beling, el tipo es objetivo por que comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere de la valorización de los aspectos anímicos de autor, pues todo suceso subjetivo, transcurrido en el interior anímico del mismo no corresponde al tipo legal, además en él no se da juicio de valor alguno. El tipo es valorativamente neutro en el sentido de, que el juez sólo debe comprobar los elementos

⁵¹ Jiménez de Azúa, Luis. *La Ley y el Delito*. Ed. Sudamericana. 5a. Edic. 1967. Pág. 240.

⁵² Ob. Cit. Jiménez Huerta, Mariano. *La Tipicidad*. Pág. 24

contenidos en el tipo sin necesidad de valorar. Tal concepto del tipo penal se designa hoy como descriptivo, mientras que todos los elementos que requieren una valorización judicial para su determinación se caracterizan como normativos. A este respecto, nos dice Claus Roxin que Beling en su teoría no incluyó los elementos normativos porque en ese tiempo no se habían descubierto todavía,⁴² debido a que dentro del enfoque dogmático del delito que se trata de saber es, cuáles son las conductas que han de llevar una sanción, fue necesario disponer de un elemento para diferenciar el delito de las demás conductas antijurídicas⁴³ que cumplidas culpablemente se sustituye en el delito lo. punible por típico, de ahí que a los cuatro principios que Beling destacaba en el Derecho Penal alemán de su tiempo, agregó el de que no hay delito sin tipicidad.⁴⁴

Una vez que Beling elaboró esta teoría, surgieron numerosas críticas que hicieron que él mismo reconociera sus errores, que lo llevaron a la modificación de su originaria noción del tipo, publicando su obra llamada *Die Lehre von Tatbestand* en 1930, donde concibe al tipo de delito como parte de un todo, compuesto de diversos elementos que por muchos y distintos que estos sean, hacen referencia, sin embargo, conjuntamente a una

⁴² Roxin Claus. *Teoría del Tipo Penal*. Edit. Palma, Buenos Aires 1979. Pags. 57 y 59.

⁴³ Fortán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Talleres Gráficos Dulau S.R.L. Buenos Aires. 1949. Tomo II Pág. 33.

⁴⁴ Ob. Cit. Jiménez de Azúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Pág. 754.

imagen de pensamiento que fundamenta la unidad de éste tipo de delito (*Deliktstypus*) y sin la cual, dichos elementos perderían su sentido como característica de este tipo.

Dicha imagen es el llamado *Tatbestand* legal para este *Deliktstypus*.

La idea medular de Beling es, ahora, la separación que establece entre el tipo y la especie delictiva, concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos que se encuentran en la correspondiente descripción legal. Siendo estos, unos de naturaleza externa y objetiva (los que caracterizan la antijuricidad), y otros de naturaleza subjetiva (los que caracterizan la culpabilidad). Todos estos elementos orientados a una imagen unitaria que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva.

Así, en esta concepción, se ve que sólo el *Leitbild* hace posible que se pueda reunir un *typus* de lo injusto y un *typus* de culpabilidad, en el sentido de constituir éste determinado *Deliktstypus*. Con un *typus* de lo injusto "muerte de un hombre" y con el *typus* de culpabilidad "dolo de prevaricación" no llegaríamos a un *Deliktstypus* de asesinato o de prevaricación. Siempre es necesario que el lado objetivo y el subjetivo

coincidan en un punto, de tal suerte que tanto aquel como éste, estén dominados por un *Leitbild* o figura rectora idéntica. Sólo la muerte real de un hombre y el dolo dirigido a ella, hacen posible la representación de la especie delictiva homicidio, como un ejemplo representativo.⁵⁶

En esta segunda concepción, el tipo no es ya para Beling el hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito, sino "...la imagen rectora, cuadro dominante o tipo *regens* que norma y precede cada especie delictiva..."⁵⁷

De tal manera que viene a ser el tipo penal una representación conceptual, es decir, un concepto puramente funcional que sólo ejerce una función orientadora. La adecuación de la conducta al tipo no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora o cuadro dominante de cada una de ellas. Así quería resolver Beling algunos problemas que en su primera concepción quedaban vagos, como la tentativa y la complicidad habida cuenta que la conducta intentada y la de los partícipes no eran plenamente absorbidos en la descripción del tipo. Mezger rechazaba ésta segunda teoría, al afirmar que esta exposición de la materia, vuelva la espalda al mundo luminoso del puro pensamiento típico y

⁵⁶ Ob. Cit. Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. Pág. 27.

⁵⁷ Ob. Cit. Jiménez de Azúa, Luis. La Ley y el Delito. Pág. 242.

se enfrenta con la cruda realidad del propio Derecho punitivo, también Jiménez de Azúa en su crítica opina que con esta nueva obra trató con nueva terminología de resolver el problema sin resolver el importante extremo de la conciencia del dolo, que era uno de los principales defectos de su genial doctrina y que debió superar en éste nuevo estudio.

Después de la elaboración de la primera teoría de Beling y en parte como consecuencia de las críticas que la consideraban como inútil en una segunda fase, surge la teoría del tipo expuesta en el tratado de Derecho Penal de Mayer en 1915, sin la cual, expresan algunos autores, no hubiera tenido ninguna trascendencia la teoría de Beling, pues los tratadistas alemanes no le daban importancia y la calificaban como, inútil y es con Mayer con quien resurge la doctrina del tipo, considerándolo ya no como una mera descripción, pues le atribuye un valor indiciario, es decir, que "...no toda conducta típica es indiciaria de antijuricidad..."⁹⁸

Esta teoría tuvo como consecuencia, el descubrimiento de los elementos normativos, a los cuales atribuye un juicio valor que se da en la antijuricidad y manteniendo la separación entre ésta y la tipicidad. La exposición de los argumentos de Mayer respecto a su teoría es la siguiente:

⁹⁸ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México, 1993. Pág. 166.

a) Los elementos del tipo se perciben mediante los sentidos.

b) Esta característica no se da en el caso de los elementos normativos, pues su determinación requiere una valorización.

c) Dicha valorización no pertenece a la antijuricidad.

d) Estos elementos no sólo entran en el campo de la antijuricidad, aunque resulten ser cuerpos extraños dentro del tipo penal, valorativamente neutro, se les designa como elementos impropios del mismo, de tal manera que los elementos normativos apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en la antijuricidad.⁹⁹

De esta manera, la conexión entre lo típico y lo injusto, se encuentra dentro de los elementos normativos, dotando al primero de un papel indiciario, debido a la relación que existe entre ambos, pues los tipos penales son elementos de cognición de la antijuricidad.

⁹⁹ Ob. Cit. Roxin Claus. Págs. 60-63.

En una tercera fase, aparece la teoría de Mezger dada a conocer en 1931 cuando publica su tratado de Derecho Penal, donde manifiesta que "...El tipo, es el propio sentido jurídico penal que significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal. Por lo tanto, no corresponde a este concepto aquellos presupuestos de la pena, aquellas características del delito perteneciente, no a lo injusto sino a la culpabilidad..."⁶⁰

De manera que, con esta concepción de Mezger, la creación legislativa del tipo contiene directamente la declaración de su antijuricidad, es decir, la fundamentación de lo injusto pues el legislador crea mediante la formulación del tipo penal la antijuricidad específica, de tal manera que, la adecuación típica de la acción no es mera radio de *cognocendi*, sino auténtica radio *esendi*, de la antijuricidad especial. La adecuación típica convierte a la acción en acción antijurídica, no por si sola, sino en vinculación con la falta de especiales fundamentos que excluyen la antijuricidad,⁶¹ de tal suerte, que el tipo jurídico penal es fundamento real y de validéz de la antijuricidad (a reserva de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión de la misma), es

⁶⁰ Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal. Edit. Rev. de Derecho Privado, traducido de la 2a. Ed. Alemana. Tomo II. Madrid, 1935. Pág. 300.

⁶¹ Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa 4a. Edición. México 1968. Pág. 266.

decir, que llega a constituir la base real del injusto y así para Mezger, la antijuricidad de la acción es un carácter del delicto, pero no una característica del tipo, puesto que pueden existir acciones que no son antijurídicas, pero en cambio es esencial a la antijuricidad la tipificación.⁶²

Por otra parte, podemos decir que en esencia de las tres fases del tipo a que se ha hecho mención, actualmente muchos autores recogen elementos de las definiciones que han dado los autores mencionados, para fundamentar su propio concepto respecto del tipo delictivo, así podemos mencionar a los siguientes:

Para Mariano Jiménez Huerta, lo considera como "...el injusto recogido y descrito en la ley penal..."⁶³

Fernando Castellanos Tena, el tipo "...es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales..."⁶⁴

Por su parte Maurach puntualiza que, el "...tipo es la terminante descripción de una determinada conducta humana antijurídica..."⁶⁵

⁶² Ob. Cit. Roxin Claus, Págs. 64 y 65.

⁶³ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, Tomo I, México, 1980, Pág. 42.

⁶⁴ Ob. Cit. Castellanos Tena, Fernando, Pág. 165.

⁶⁵ Maurach, Reinhard. Tratado de Derecho Penal, Ed. Ariel, Vol. I, Pág. 267.

Luis Jiménez de Azúa, nos dice que "...tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando todos los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito..."⁶⁶

En cuanto al tipo, en el sentido de la Teoría General del Derecho, es "...el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. En el Derecho Penal, dicha consecuencia es la pena..."⁶⁷

"...Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él..."⁶⁸

Celestino Porte Petit lo considera como "...una conducta o hechos descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo

⁶⁶ Ob. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, Pág. 747.

⁶⁷ Ob. Cit. Mezger, Edmundo, Tomo I, Pág. 299.

⁶⁸ Ob. Cit. Citado por Castellanos Tena, Fernando, Pág. 166.

además, según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos...¹⁶⁰

En general, se puede decir que todas las definiciones dadas por los autores citados, coinciden en considerar al tipo como la descripción de una conducta, existiendo la diversidad de criterios en que algunos únicamente los consideran como una descripción legal como lo hacen Fernando Castellanos Tena, Jiménez Huerta y Jiménez de Azúa; otro criterio agrega además, elementos subjetivos y normativos (Porte Petit); un criterio más, considera no solamente que hay una conducta descriptiva, sino además la aplicación de una sanción como la que da Mezguer y la Teoría General de Derecho y un criterio más, sostiene que el tipo no sólo está integrado por una conducta sino además, se agrega el resultado, de tal manera que la diversidad de criterios se presenta según el análisis que del tipo haga cada autor.

Por lo que a nuestra legislación se refiere, tenemos que al igual que en la mayoría de los países, se reconoce la necesidad de que se consignen en la ley aquellos actos que el Estado considera delictuosos para que pueda ser sancionada su comisión. De tal manera, que nuestra Constitución toma como un principio rector el antiguo dogma "...*nulium*

¹⁶⁰ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa Sa. Edición México 1977. Págs. 423 y 424.

crimen sine lege y correlativamente el de que no hay delito sin tipo al que corresponda la acción..."²⁰ en su artículo 14 al establecer que "...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata...", de manera que el Estado debe determinar exactamente los presupuestos necesarios para cada delito en concreto sin que esto quiera decir, que deba dar una amplia explicación de la conducta ilícita sino utilizando solamente los términos indispensables para dar la noción completa de la conducta prohibida y que ésta no pueda dar lugar a confusiones.

Así tenemos, que todo lo que no está comprendido en la ley no es delictivo, y que, por el contrario, el concepto de ilicitud es imposible si no se le vincula con una definición legal; de manera que para que pueda constituir delito, tiene que manifestarse en el mundo objetivo.²¹

Dentro del precepto comentado, también podemos ver que la ley prevé, que determinadas conductas deben ser sancionadas cuando cumplen las condiciones que la misma prevé con anterioridad a la realización del acto, de manera que exista un medio de fundamentación preciso, que es el tipo,

²⁰ Carrasá y Trujillo, Raúl y Carrasá Rivas, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Edit. Porrúa México 1982. Pág. 407.

²¹ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tipografía Editora, Buenos Aires, 1963, Vol. II, Pág. 152.

que viene a ser un presupuesto del delito por establecer antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta que fundamenta la existencia del delito.

Retomando los tipos que se vienen analizando, estos se encuentran comprendidos en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal en su Título Vigésimo Segundo, denominado DELITOS EN CONTRA DE LAS PERSONAS EN SU PATRIMONIO, que en su Capítulo I, del ROBO, comprendido dentro del artículo 367; en su Capítulo II del ABUSO DE CONFIANZA, comprendido dentro del artículo 382 y en su Capítulo III del FRAUDE, dentro del artículo 386; artículos en los cuales se sitúan diversas descripciones de conductas, así vemos que dentro de la connotación que requiere el Robo encontramos: el apoderamiento que realiza el activo, de la cosa ajena mueble, con conciencia de su realización, sin el derecho y consentimiento de la persona que tenga disposición de la cosa con arreglo a la ley; en lo referente al Abuso de Confianza, la conducta la encontramos en el acto de disposición que tiene el activo para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, y finalmente en el Fraude, su connotación requiere el engaño que

hace el activo sobre el pasivo o el aprovechamiento del error en que este se haya, para hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido.

En cuanto a la sanción a que hace referencia en su concepto de tipo la Teoría General del Derecho, podemos observar que los tipos que nos ocupan, establecen una sanción como indica Mezguer, al decir que el tipo delictivo "...debe contener la pena asignada a la conducta descrita..."⁷² sin embargo, aun cuando nuestros tipos incluyen una sanción, consideramos que si las penas son la consecuencia del delito como dice Ranieri, al establecer que "...los preceptos de la norma penal, vinculan la forma de todo hecho punible, de tal suerte que no existe delito que no sea típico, esto es, que no tenga una particular forma diferenciada, descrita en un precepto penalmente sancionado..."⁷³ aparentemente el tipo no tiene porque determinar la pena, pues el delito sólo enmarca la descripción de una conducta considerada como ilícita, de lo que resulta que la pena como tal, sólo será aplicable cuando se determine -como los casos en que nos ocupamos en la ley implicando que las penas son medios de los cuales se vale el Estado para reprimir el delito.

⁷² Ob. Cit. Mezguer, Edmundo. Tomo I. Pág. 301.

⁷³ *Ibid.* Citado por Mezguer, Edmundo. Pág. 300.

En el estudio de cada delito en particular, se da como presupuesto necesario que deben concurrir las características necesarias que le dan existencia al mismo, de ahí se dan las normas para clasificar los elementos que integran la figura delictiva que en el tipo legal son: objetivos, subjetivos y normativos.

Objetivos: Estos elementos han sido definidos por diversos autores en la siguiente forma:

Fernando Castellanos Tena, dice que "...si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos..."⁷⁴

Los elementos descriptivos son "...aquellos cuya realización ocurre en el mundo exterior o sea, que son perceptibles por los sentidos..."⁷⁵

Para Francisco Pavón Vasconcelos, dice que "por elementos objetivos debemos entender aquellos susceptibles de ser captados por el simple conocimiento y cuya función es, describir la conducta o el hecho que puede ser materia de imputación o de responsabilidad penal..."⁷⁶

⁷⁴ Ob. Cit. Castellanos Tena, Fernando, Pág. 168.

⁷⁵ Ob. Cit. Roxin, Claus, Pág. 61.

⁷⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Edit. Porrúa 2a. Edición México 1967. Pág. 248.

Para Raúl Carrancá y Trujillo son referencias a cosas, a personas o a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos...⁷⁷

Emilio Prado Aspe, los define como "...estados y procesos externos perceptibles por los sentidos..."⁷⁸

Haciendo alusión a los elementos objetivos, Mezguer dice que se trata "...de estados y procesos externos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente perceptibles por los sentidos "objetivos" en forma descriptiva y que han de ser apreciables por el juez mediante la simple actividad de conocimiento..."⁷⁹

Porte Petit manifiesta que "...la doctrina se refiere a elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo:

a) Estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos objetivos, fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva.

b) Estados y procesos anímicos en otras personas que no son precisamente el autor..."⁸⁰

⁷⁷ Ob. Cit. Carrancá y Trujillo, Ídem, Pág. 108.

⁷⁸ Citado por De P. Moreno, Antonio, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa Tomo I México 1968, Pág. 31.

⁷⁹ Ob. Cit. Mezguer, Edmundo, Tomo I, Pág. 368.

⁸⁰ Ob. Cit. Porte Petit, Celestina, Págs. 431 y 432.

Por su parte, Sergio Rosas Romero dice que "...la descripción del tipo está redactada en un lenguaje humano. Encontrando el símbolo de la conducta de la acción humana exterior, que se traduce ampliamente en el verbo de la descripción. La descripción es extensiva, pudiendo abarcar: conductas de terceros, objetos, horas, lugares, resultados, etcétera..."⁸¹

Carlos Fontán por su parte, considera que los elementos objetivos "...Son referencias a cosas, a personas o modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos..."⁸²

Como se puede observar de la lectura de estas definiciones todos los autores coinciden en considerar que el elemento objetivo del tipo, es aquello que puede ser captado por los sentidos, lo cual, trasladado al mundo exterior es la conducta, y partiendo de esta base y tomando en consideración, que por elemento debe entenderse el "...fundamento o parte esencial de alguna cosa..."⁸³ y por objetivo el "...fundamento en causas externas o materiales..."⁸⁴ por lo que consideramos, que en todos los tipos es indispensable el elemento objetivo, por ser la parte medular del tipo pues se presenta en forma latente en todos los tipos penales de la parte especial de

⁸¹ Rosas Romero, Sergio. *Consideraciones Jurídicas en torno al Corpus Delicti*. Edit. URAM ENEP Aragón. Pág. 3.

⁸² Ob. cit. Fontán, Carlos. Tomo II Pág. 51.

⁸³ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Edit. Heliasa. 17a. Ed. Tomo III. Pág. 400.

⁸⁴ *Ibid.* Tomo V. Pág. 610.

cada Código, de ahí que Beling considero que en el tipo sólo se encontraban estos elementos, en su primer teoría.

Por la relevancia que representan estos elementos, se les ha considerado como indispensables; así Mariano Jiménez Huerta manifiesta que "...en el tipo penal se detalla con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial tenga como contenido una descripción objetiva de conducta..."⁸⁵

Subjetivos:

En otro aspecto, encontramos que puede hacer la descripción legal en algunos casos -como expresa Mariano Jiménez Huerta, "...por razones técnicas, una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta..."⁸⁶ es decir, a elementos subjetivos, los cuales han sido definidos por diversos autores de la siguiente manera:

⁸⁵ Ob. Cit. La Tipicidad, Jiménez Huerta, Mariano, Pág. 64.

⁸⁶ Ibid. Pág. 85.

Para Baumann Jurgen, los elementos subjetivos se presentan en "...ciertas características del tipo, referentes a una actitud interna o dirección de la voluntad o sentimiento del autor..."⁸⁷

Para Fernando Castellanos Tena, esos elementos se presentan cuando "...contienen conceptos cuyo significado se resuelva en un estado anímico del sujeto..."⁸⁸

José Arguibay Molina los define como "...ciertos contenidos interiores que debe de mostrarse existen en el autor, de naturaleza intelectual cognoscitiva, como el hecho de "saber" que se mato al ascendiente... de naturaleza afectiva como el "estado de emoción violenta" ...o de naturaleza volitiva, cuando se refiere a una dirección intencional como las "miras deshonestas en el rapto..."⁸⁹

Luis Carlos Pérez considera que los elementos subjetivos se refieren a tres aspectos, que son:

- 1.- a la culpabilidad, como son las expresiones "el que a sabiendas", "el que sin el propósito de matar",
- 2.- a los móviles, como cuando dice el precepto "el que con ánimo de lucro",

⁸⁷ Derecho Penal, Edit. De Palma, Buenos Aires, 1981, Pág. 80.

⁸⁸ Op. Cit. Pág. 168.

⁸⁹ Arguibay Molina, José. Derecho Penal, Edit. Eder Argentina 1972, Tomo I, Pags. 203 y 204.

3.- a ciertos estados de conciencia, como ocurre con la atenuante por ira o dolor provocados injustamente.⁹⁰

En cuanto a Carlos Fontán, distingue dentro del elemento subjetivo las siguientes especies principales:

a) Casos en que el tipo requiere un determinado propósito o finalidad de la acción. En estos supuestos el autor se propone lograr un fin o resultado.

b) Casos en que el fin perseguido tiende a ser alcanzado con la acción típica misma, y no existe en el autor el propósito de cumplir una actividad posterior.

c) Casos en que la acción va acompañada de un ánimo determinado, y

d) Casos en que el tipo requiere en el autor, el conocimiento de circunstancias que dan al hecho carácter antijurídico o determinan con él un mayor

⁹⁰ Pérez Luis, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Edn. Temis, Bogotá Colombia, 1967. Tomo I. Pags. 487 y 488.

desvalor. Ese conocimiento debe ser abarcado por el dolo para que el hecho sea subjetivamente típico.⁹¹

Del análisis de las definiciones antes citadas, podemos concluir que los autores referidos, al mencionar un estado anímico, actitud interna, o dirección de la voluntad, a un propósito, finalidad o bien a los móviles, todos coinciden en esencia en que los elementos subjetivos se representan en el tipo legal como aquellos que se encuentran dentro de la psiquis del sujeto y no pueden ser captados por los sentidos.

Normativos.- Por último en el tipo se pueden presentar otros elementos llamados normativos "...se tienen en cuenta en algunos casos en que la ley exige condiciones contenidas de valor jurídico o valoración jurídica, por lo que es indispensable que el juez realice una apreciación jurídica o un juicio de valor..." definición realizada por Luis Carlos Pérez.⁹²

Para Ignacio Villalobos ha concebido como aquellos "...cuya concurrencia en un caso concreto sólo pueden ser establecidos mediante una valoración..."⁹³

Baumann considera que los elementos normativos son "...características que exigen del interprete de la ley, una valoración..."⁹⁴ de tal

⁹¹ Ob. Cit. Fontan Balestra, Carlos. Págs. 52 y 54.

⁹² Ob. Cit. Pérez Luis, Carlos. Tomo I. Pág. 488.

⁹³ Ob. Cit. Villalobos, Ignacio. Pág. 278.

⁹⁴ Ob. Cit. Pág. 78.

manera que los elementos normativos se refieren a aquellos aspectos que requieren de una apreciación del legislador "...sobre el hecho, que obliga al interprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada..."⁶⁸ y al cual se le asigna ya sea "...expresa o tácitamente, la labor de llevar valorativamente determinados términos con ayuda de los métodos de interpretación disponibles..."⁶⁹ dicha valoración, dicen algunos autores como Porte Petit y Castellanos Tena, puede ser jurídica o cultural.

La presencia de elementos normativos es necesaria en algunas descripciones para una mejor adaptación al caso concreto, al igual que la de los elementos subjetivos; así tenemos, que la mayoría de los autores coinciden en que se pueden presentar en forma variable, al contrario de los elementos objetivos cuya presencia es de tal relevancia que en ocasiones sólo basta con la presencia de los mismos para describir la figura legal, sin embargo, en otros casos es importante la presencia de los elementos subjetivos y normativos para darle sentido a la descripción, pues sin ellos no estaría bien precisada la conducta y por tanto se caería en confusión.

Trasladados los elementos.- a que hemos hecho mención.- a los tipos que venimos analizando sobre los delitos de ROBO, FRAUDE Y ABUSO

⁶⁸ Ob. Cita. Jiménez Huerta, Mariano, Pág. 73.

⁶⁹ Maurach, Beolhert, Tratado de Derecho Penal, Ediciones Ariel, Vol. I.

DE CONFIANZA, contenidos en los artículos 367, 368 y 383, respectivamente del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, haremos mención a los aspectos que se presentan en cada una de las formas, para después aludir a aquellas que se presentan en forma general en sus tipificaciones y así mismo de los que no se presentan.

Así tenemos que la descripción típica del delito de ROBO, puntualiza como elemento objetivo un presupuesto de la conducta activa contenida en la frase, "el que se apodera de una cosa ajena mueble", aspectos éstos que hacen alusión a un objeto, y dicha actividad se presenta en el momento de la ejecución del ilícito por el modo de obrar de una persona al momento del apoderamiento, pero como podemos ver, en lo relativo al elemento normativo, en esta frase participa junto con el objetivo en la integración de esta parte medular del tipo legal, puesto que la frase "cosa ajena mueble", es motivo de apreciación legal ya que se requiere de una valorización por parte del juzgador, y dicha valorización la basara conforme a los preceptos jurídicos legales a que hicimos referencia en el primer capítulo de este estudio, tales como cosa, objetos muebles, etc..., tal apreciación legal es con la finalidad de conocer la procedencia del objeto en cuestión, esto es,

si en verdad se justifica su propiedad por parte del pasivo; así tenemos como elementos subjetivos que la acción descrita no se acompaña ni por el derecho ni por el consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley, así vemos que estos elementos subjetivos, que aunque no estén expresos en el tipo legal, se comprenden en este caso, con -el ánimo de lucro por parte del activo que se presenta inserto- en el tipo. De ahí que podamos distinguir, por ejemplo entre el robo simple antes descrito y el robo de famélico, el cual no se castiga penalmente ya que no contiene el elemento subjetivo consistente en el ánimo de lucro o la intensión del activo por el lucro. Así tenemos que este tipo legal descrito se manifiesta con el apoderamiento de la cosa que es lo que constituye su finalidad y está integrada por los tres elementos estudiados a los que no se les puede separar, ni quitar o agregar nada pues sin ellos no existiría el tipo legal del ROBO.

En relación al delito de FRAUDE, comenzaremos por los elementos subjetivos, mismos que se comprenden en primer lugar en la frase "al que engañando a uno o aprovechándose del error", así tenemos que el engaño produce en el sujeto pasivo del delito una falsa concepción de la realidad y el aprovechamiento de error es el silencio que asume el sujeto activo respecto

del concepto equivocado de la verdad por parte del pasivo, este elemento subjetivo, consistente en la conducta falaz a la que hicimos referencia en el primer capítulo de este estudio, que se rige por un extremo psíquico consistente en determinar a otro, mediante engaños a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovechándose del error no rectificándolo oportunamente implicando guardar silencio sobre las circunstancias de error en las que se encuentra la víctima a fin de obtener un beneficio de carácter patrimonial; elemento que participa junto con el normativo, toda vez que debe de haber una apreciación legal por parte del Juzgador a fin de saber el móvil del engaño o error en que se ha inducido al pasivo por parte del activo, así también apuntaremos que en la frase "se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido" presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y se manifiesta mediante una disminución apreciable al conjunto de valores económicos correspondientes a una persona, en lo anterior radica el elemento objetivo de este tipo.

Por último, en el ABUSO DE CONFIANZA, puntualiza como elemento objetivo lo contenido en la frase "disponer para si o para otro, de cualquier cosa ajena mueble" en donde la esencia de la conducta típicamente descrita consiste en que el sujeto activo del delito "disponga" del objeto

materiál, esto es que se apropie del mismo, elemento que actúa inmerso con el normativo toda vez que la apreciación legal por parte del juzgador radica en determinar la consistencia de la cosa ajena mueble de la que se dispuso indebidamente; así lo contenido en la frase "del que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio", resalta que el elemento subjetivo participa de igual forma con el normativo en la integración de esta parte del tipo legal, puesto que dicha conducta a la vez es motivo de apreciación legal ya que requiere una valoración del juzgador ya que en su presupuesto que es la transmisión de la tenencia y no el dominio de la cosa ajena mueble cuando se ha transferido a otro su posesión corporal por cualquier motivo, toda vez que el Código Penal no especifica alguno en especial, y es menester que tal transmisión se acepte tácita o expresamente por el sujeto activo del delito, sólo puede estimarse que se ha transmitido a este dicha tenencia cuando el poder de hecho que sobre ella obtiene lo ejerce con autonomía, independencia y con ánimo de dueño y en éste ánimo radica el elemento subjetivo de este delito. Así vemos que el elemento normativo participa en todo el tipo legal de este delito.

Aún cuando en otros tipos, la presencia de los elementos subjetivos y normativos es variable, puesto que pueden o no existir, con

respecto a los tipos legales motivo de nuestro estudio, son necesarios para dejar mejor precisada la conducta que se describe puesto que de no estar establecidos se podría caer en confusión e incluso, como se pudo observar en ocasiones el elemento subjetivo y normativo forma parte de la misma descripción objetiva de nuestros tipos.

Consideramos que el tipo legal es la descripción que hace el legislador de una conducta que considera, es ilícita como resultado de una serie de circunstancias de hecho que ha apreciado se presentan en forma repetitiva perjudicando a la sociedad y así prevén la comisión de esa conducta de tal manera que elabora el tipo legal, unas veces mediante elementos objetivos únicamente cuya presencia es indispensable (porque no podría concebirse el tipo penal si careciera del mismo), pues sin ellos sería difícil su comprobación, así pues del análisis de los delitos en estudio, se desprende que esta descripción objetiva se presenta en forma latente en cada uno de sus artículos.

2.2 CLASIFICACIÓN DEL TIPO

Los tipos se clasifican en:

a) Normales.- Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal, ninguno de los delitos en estudio están incluidos en esta clasificación.

Anormales.- Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, se estará frente a un tipo anormal, los delitos en estudio están considerados dentro de esta clasificación, pues los tres contienen dichas valoraciones jurídicas o culturales, normativas o subjetivas.⁹⁷

No se considera necesario establecer la diferencia entre tipo normal y anormal, pues ésta ha quedado debidamente asentada con anterioridad en el presente estudio.

b) Fundamentales o básicos.- El profesor Mariano Jiménez Huerta anota que la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado, forja una categoría común, capaz de servir de título o rubrica a cada grupo de tipos, constituyendo cada agrupamiento una familia de delitos, estos tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código, nuestros delitos están contenidos dentro del Título Vigésimo Segundo denominado: "Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio", y dentro de esta clasificación están comprendidos el Robo Simple y el Fraude Genérico, pues

⁹⁷ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa. 1993. Pág. 170.

de estos tipos se derivan otros como por ejemplo el robo con violencia, el robo en lugar cerrado, etc., así el fraude específico, etc., no así el Abuso de Confianza, pues este delito es autónomo y no fundamental o básico.

e) Especiales.- Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir a los hechos bajo el tipo especial. Los delitos en estudio no están comprendidos dentro de estos tipos especiales puesto que el Robo y el Fraude son básicos por tener plena independencia cada uno de ellos, así mismo el Abuso de Confianza que además de independencia es autónomo.

d) Complementados.- Estos tipos se integran con el tipo fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta. Según Jiménez Huerta, se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.⁹⁸

Como ejemplo a esta clasificación, tenemos el Robo Calificado, ya sea agravado por circunstancias personales o por circunstancias de lugar; el Fraude Calificado por la presencia de maquinaciones o artificios entre los que

⁹⁸ Idem. Pág. 171.

cabe mencionar la exhibición de documentos falsos, imaginarios para defraudar, exhibición de nombramientos, credenciales o certificados no verdaderos, la intervención de terceros que dan crédito a la mentira ante la víctima, etc.

Los tipos especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad, dentro de esta división, podemos mencionar como agravados, el Fraude y el Robo calificados con alguna de las agravantes de premeditación, alevosía, ventaja, etc. y como privilegiado el Robo de Familiar, pues este no se castiga penalmente al no existir por parte del activo el ánimo de lucro, ambos delitos, agravados o privilegiados, están incluidos dentro de los complementados.

e) Autónomos o independientes.- Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo. El delito de Abuso de Confianza es netamente autónomo, así mismo, el Robo Simple y el Fraude Genérico pueden comprenderse dentro de esta clasificación.

f) Subordinados.- Dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida

en razón de éste, al cual no sólo complementan sino se subordinan. Nuestros delitos no se encuentran dentro de esa clasificación.

g) De formulación casuística.- Son aquellos en los que el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en dos.-

1.- alternativamente formados: se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas.

2.- acumulativamente formados: se requiere el concurso de todas las hipótesis y el tipo exige dos circunstancias.

Nuestros delitos no están considerados dentro de esta clasificación.

h) De formulación amplia.- Se describe una hipótesis única en donde caben todos los modos de ejecución, el apoderamiento en el robo, el engaño o aprovechamiento de error en el fraude -cuyos términos engaño y error, por su similitud, no se comprende éste tipo dentro de los alternativamente formados- y la disposición en el abuso de confianza.

Algunos autores llaman a estos tipos de "formulación libre" por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la ley sólo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías. Nos parece impropio hablar de formulación libre por prestarse a confusiones en las disposiciones dictadas en países totalitarios, en los cuales se deja al juzgador gran libertad para encuadrar como delictivos, hechos no previstos propiamente.

i) De daño y de peligro.- Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción, el tipo se clasifica como de daño y los delitos patrimoniales en estudio, protegen el patrimonio de las personas en su posesión o disminución, y de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.⁹⁹

2.3 FUNCIONALIDAD DEL TIPO

Una vez que el legislador ha considerado ciertos aspectos de la convivencia humana que perturban a la sociedad y por ello realiza la descripción del hecho para que sea considerada como infracción, es entonces

⁹⁹ Idem. Págs. 172 y 173.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

cuando adquieren vida jurídica las figuras delictivas y por ello "...resulta claro que el estudio de los tipos diseñados de cada particular delito no es otra cosa que el resultado de las circunstancias y elementos de cada concreto delito..."¹⁰⁰ y a partir de esto, nos damos cuenta que la funcionalidad del tipo presenta diversas situaciones en las cuales puede hacerse presente y éstas pueden ser tan variantes como hechos están previstos en la ley, así podemos ver que dicha función del tipo se patentiza no solamente por establecer diversidad de elementos que lo integran, pues además se pueden presentar otros aspectos, como a los que hemos señalado en el inciso 2.2 de este estudio.

En otro aspecto de la funcionalidad del tipo, en ocasiones podemos ubicarnos en el problema a que da lugar la concurrencia de delitos que derivan de la acción de un mismo sujeto dando lugar a la aparición de varios delitos, de ahí que si examinamos la acción del sujeto activo del delito en relación con el resultado que de la misma se deriva, puede haber una o varias acciones y así mismo pueden presentarse uno o varios resultados. De ahí que se puedan presentar diversas hipótesis al respecto:

¹⁰⁰ Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Ed. Talleres Gráficos Dalau. Buenos Aires, 1949. Tomo II. Pág. 50.

a) Unidad de acción y pluralidad de resultado
(concurso ideal),

b) Pluralidad de acciones y unidad de resultado
(delito continuado),

c) Pluralidad de acciones y de resultado
(concurso material).

Por lo que se refiere a la primera hipótesis, existe el concurso formal cuando con una conducta se producen varias violaciones a la ley y así tenemos que Eugenio Cuello Calón, al hablar de concurso ideal, dice que este se presenta "...cuando con una sola acción se producen varias infracciones de la ley penal..."¹⁰¹

Florian manifiesta que "...cuando con un mismo hecho se cometen varias lesiones jurídicas..."¹⁰²

José Arguibay Molina por su parte, manifiesta "...que un mismo hecho puede constituir la materia de varios tipos penales verdaderamente diferentes entre sí..."¹⁰³ es decir, "...cuando en un sólo acto se violan varias disposiciones penales..."¹⁰⁴

¹⁰¹ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Edit. Nacional. Tomo I. Madrid, 1976. Pág. 557.

¹⁰² Florian, Eugenio. Parte General de Derecho Penal. Traducción de la 3a. Edic. Italiana. Edit. La Propagandista. La Habana, 1929. Tomo I. Pág. 372.

¹⁰³ Ob. Cit. Arguibay Molina, José. Pág. 64.

¹⁰⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Ed. Porrúa. Segunda E. México 1967. Pág. 470.

Mariano Jiménez Huerta puntualiza que "...existe un efectivo concurso formal o ideal de figuras típicas cuando la conducta enjuiciada es penalísticamente encuadrable en varios tipos que se encuentran los unos frente a los otros en una situación de neutralidad armónica..."¹⁰⁵ es decir, que la conducta realizada presenta aspectos relevantes compatibles entre sí.

En una forma más amplia, Ignacio Villalobos nos dice que "...cuando sólo por su aspecto ideal, de antijuricidad o de valoración, se puede decir que hay una doble o múltiple infracción. No debe haber sino una sola actuación del agente, con la cual resulten cumplidos varios tipos penales, realizándose varias lesiones jurídicas o afectados varios intereses protegidos, y ésta clase de concurso puede, a su vez, tener lugar a dos maneras diferentes: cuando por una sola acción se producen dos resultados antijurídicos (cuando un sólo disparo lesiona a dos personas), otra cuando el acto ejecutado, sin pluralidad en sus efectos materiales corresponde a dos o más estimaciones jurídicas diferentes o puede ser considerado bajo dos o más aspectos, y conforme a cada uno de ellos merezca una sanción diversa..."¹⁰⁶ pudiéndose ubicar en este último aspecto, el ejemplo que se da

¹⁰⁵ Ob. Cit. Jiménez Huerta, Mariano. Pág. 340.

¹⁰⁶ Ob. Cit. Villalobos, Ignacio. Pág. 505.

en las relaciones sexuales que se tienen con la hermana casada en su domicilio conyugal.

Se considera que los autores mencionados coinciden en general, en que el concurso ideal se da cuando con una sola conducta realizada por un sólo agente, se violan disposiciones legales, es decir, que la conducta produce varios resultados de manera que con ello se da lugar al encuadramiento de varios tipos, que es a lo que en particular se refiere Mariano Jiménez Huerta y además Ignacio Villalobos agrega dos supuestos que se pueden presentar: uno cuando haya dos resultados, otro cuando no se puede hablar propiamente de pluralidad de efectos. Así tenemos que para la existencia del concurso ideal, se precisan los siguientes requisitos:

a) Una conducta, es decir, de una actuación por parte del sujeto activo del delito, pero además algunos autores como Eugenio Cuello Calón¹⁰⁷ y Sebastián Soler¹⁰⁸ consideran que debe haber unidad en el fin, o intención de ese sujeto.

¹⁰⁷ Ob. Cit. Tomo I. pág. 537.

¹⁰⁸ Ob. Cit. Tomo II. pág. 300.

b) Pluralidad de delitos.- Con la acción realizada se violan infracciones jurídicas o producen varios efectos.

c) El carácter compatible entre las normas en concurso, es decir que habiendo un encuadramiento pueden compenetrarse en otro.

También encontramos que en éste concurso se puede dar la homogeneidad y heterogeneidad. "...En el primero, como expresa Maurach, la misma conducta (acción) cumple repetidamente el mismo tipo, en tanto que en el concurso ideal heterogéneo, la única conducta infringe varios tipos penales..."¹⁰⁹ en el primer caso mencionado se puede dar como ejemplo el que con un disparo mata a dos personas y en el segundo, el caso que mencionamos de incesto y adulterio.

Porte Petit, al tratar sobre el concurso ideal ve como requisito del concurso ideal homogéneo:

- "...a) Una conducta.
- b) Varias lesiones jurídicas iguales, y
- c) Compatibles entre sí.

¹⁰⁹ Citado por Favón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 471.

En cambio, son requisitos del concurso ideal heterogéneo:

- a) Una conducta.
- b) Varias lesiones jurídicas distintas, y
- c) Compatibles entre sí...¹¹⁰

Por su parte, nuestro Código Penal en su artículo 18 establece:

"...existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos...", lo cual se apega a las consideraciones doctrinarias al ser interpretada la ley.

En lo tocante a la aplicación de sanciones, el artículo 64 dispone que "...En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero..." De manera que la agravación de la sanción que resulta como consecuencia del concurso ideal, se da sobre la base del delito que tiene penalidad más grave la cual, a criterio del Juez y tomando en consideración algunos aspectos como la peligrosidad del sujeto y los daños que origine con su conducta, podrá aumentar la

¹¹⁰ Idem.

sanción hasta la mitad como máximo de la que hubiera fijado por el delito que merezca pena mayor.

En lo relativo al concurso real o material, éste se presenta cuando "...una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, sino ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita..."¹¹¹

Por su parte, Miguel Ángel Cortes Ibarra, dice que ésta figura se presenta "...cuando el sujeto realiza pluralidad de conductas independientes entre sí, integrando cada una de ellas un hecho delictivo, sin que el agente por las mismas, le haya recaído sentencia ejecutoria..."¹¹² y en los mismos términos, Fernando Castellanos Tena dice que se da cuando "...un sujeto comete varios delitos mediante acciones independientes, sin haber recaído sentencia por alguno de ellos..."¹¹³

Ignacio Villalobos, al referirse al concurso material comenta que "...existe siempre que un mismo sujeto comete dos o más delitos, integrando cada uno de ellos plenamente por todos sus elementos de acto humano, antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, sin que importe su menor o mayor

¹¹¹ Ob. Cit. Pavón Vasconcelos, Francisco. Pág. 168.

¹¹² Cortes Ibarra, Miguel Ángel. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México. 1971. Pág. 279.

¹¹³ Ob. Cit. Castellanos Tena, Fernando. Pág. 297.

separación en el tiempo y con el solo requisito de que la responsabilidad por todos ellos se haya viva, es decir, que no haya prescrito ni haya sido juzgada..."¹¹⁴

Gustavo Labatut Glens, manifiesta que el concurso material "...consiste en la ejecución simultánea o sucesiva por un mismo agente, de dos o más delitos de la misma o de distinta especie, objetiva y subjetivamente, independientes entre si y siempre que no haya recaído sentencia condenatoria sobre ninguno de ellos..."¹¹⁵

Por otro lado, Cuello Calón puntualiza que el concurso real "...existe cuando se han realizado uno o varios hechos encaminados a fines distintos que originan diversas infracciones independientes..."¹¹⁶

De los conceptos anteriormente enunciados, podemos concluir que todos los autores coinciden en que es un mismo sujeto el que realiza los delitos, aún cuando Cuello Calón no lo dice en su definición, pero si posteriormente manifiesta que para la existencia del concurso material es preciso que "...un individuo sea autor de uno o más hechos encaminados a la obtención de diversos fines delictuosos..."¹¹⁷, también la realización de varias infracciones y que a ninguna de ellas les haya recaído una sentencia. Además

¹¹⁴ Villalobos Ignacio. *Dinámica del Delito*. Ed. Jus. México, 1955. pág. 241.

¹¹⁵ Labatut Glens, Gustavo. *Derecho Penal*. Ed. Jurídica de Chile, 7a. Edic. 1976. Pág. 165. Tomo I.

¹¹⁶ Ob. Cit. Cuello Calón, Eugenio. Tomo I. Pág. 539.

¹¹⁷ Idem.

Pavón Vasconcelos, Cortés Ibarra, Castellanos Tena y Villalobos hablan de que se efectúan dos o más conductas independientes entre si, agregando el último de los autores mencionados, que para ello no importa la menor o mayor separación en el tiempo, por su parte, Labatut Glens menciona que la ejecución puede ser simultánea o sucesiva, es decir, que puede ser en un sólo momento o en varios momentos y así tenemos que Sebastián Soler se expresa en el mismo sentido al puntualizar que "...Es perfectamente posible un concurso real simultáneo, cuando con una sola acción se realizan varios hechos objetiva y subjetivamente independientes. El caso común sin embargo, está constituido por una serie de hechos cometidos por el mismo sujeto (concurso real sucesivo)..."¹¹⁸ de tal manera que el hecho es único ya que puede ser el resultado de una acción, como dice Cuello Galón pero subjetivamente debe haber pluralidad de fines o una doble intención como el clásico ejemplo que dan los tratadistas, de un sujeto que quiere matar a dos personas y con un solo disparo logra su fin (lo cual es más factible hacerlo en tiempos diferentes e incluso en lugares distintos) y así le dan gran relevancia al elemento subjetivo, los autores mencionados explicando además que es

¹¹⁸ Ob. Cit. pág. 314.

esto lo que diferencia al concurso material del formal y no propiamente la pluralidad de acciones.

Un aspecto más que considera Pavón Vasconcelos y Villalobos es que la acción no haya prescrito, pues en este caso no está vigente la responsabilidad. Por su parte nuestra ley define al concurso material en su artículo 18, diciendo que "...Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se producen varios delitos..." de lo que se puede inferir que en nuestra legislación se toma en cuenta la teoría que determina que esas conductas pueden ser producidas por varios agentes y no solo por uno.

Tomando en consideración los aspectos de que se ocupan los autores mencionados, tenemos como supuestos relevantes del concurso material los siguientes:

- a) Uno o varios sujetos activos.
- b) Generalmente, la existencia de dos o más acciones pero en caso de que sea una la acción, que ésta persiga fines distintos.
- c) La comisión de varios delitos incompatibles entre si, es decir, que sean independientes pudiendo darse la homogeneidad y heterogeneidad.

d) Que no haya recaído una sentencia firme por cualquiera de los delitos cometidos.

Este último aspecto es de gran importancia porque de existir sentencia ejecutoriada respecto de alguno de los ilícitos cometidos saldríamos del concurso material y estaríamos en presencia de la figura denominada reincidencia, la cual es concebible en el artículo 20 del Código Penal "...siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley..."

En cuanto a los tipos penales motivo de nuestro estudio, contenidos en los artículos 367, 382 y 386 del Código Penal y aplicándolos a las dos situaciones que se presentan en la concurrencia de delitos (que se da en forma general cuando en un solo sujeto recae la responsabilidad que existe en dos o más delitos), podemos observar lo siguiente:

Si tomamos en consideración la primera hipótesis que se refiere al concurso ideal o formal, el cual se presenta cuando por una sola conducta producida por un mismo agente se violan diversas disposiciones, tenemos

que estas situaciones no se pueden presentar en ninguna de las conductas contempladas en nuestros artículos en estudio, en virtud de que en ninguna de ellas sería factible producir varias infracciones, pues es propio que las situaciones planteadas en las mismas, vislumbran una sola violación.

En lo concerniente al concurso material o real, si tomamos en cuenta que además de presentarse cuando con varias conductas independientes entre si, se producen diversas infracciones o la misma pero en diferentes ocasiones, realizada por el mismo sujeto, "...El más acabado caso de no concurrencia de tipos penales en la misma conducta es el llamado concurso real, en que hay pluralidad de acciones independientes que pueden encuadrar en varios o en el mismo tipo..."¹¹⁹ es decir, que dichas acciones pueden llevarse a cabo por diferentes sujetos, situación a la que se refiere el Código Penal en la segunda parte de su artículo 18 al establecer "...Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos..."

Aplicando lo anteriormente dicho a los tipos penales, motivo de este estudio, podemos ver que las hipótesis contempladas en los artículos 367, 382 y 386 del Código Penal, no se pueden presentar, toda vez que en

¹¹⁹ Zafaroni Eugenio, Raúl, Teoría del Delito, Editorial Edler, Buenos Aires, 1973, Pág. 714.

ninguna de ellas sería factible producir, igualmente, varias infracciones es pues propio que las situaciones planteadas exigen una sola violación.

De lo anterior, se deduce que si la finalidad de la acción es producir un resultado, no se está en presencia de este tipo de concursos; así mismo, cabe hacer mención que los delitos en estudio están comprendidos dentro de los continuados a los que hace mención el artículo 19 del Código Penal y la fracción III del artículo 7º, ello en virtud de la ausencia de concursos; como ejemplo a lo anterior, tenemos al sujeto que va apoderándose poco a poco de la azúcar contenida en un costal hasta agotarla, o bien, los engaños y maquinaciones que día con día va realizando el sujeto activo al pasivo para lograr su fin, los anteriores ejemplos se comprenden en los delitos de robo y de fraude, respectivamente, etc. y de igual forma, los tres delitos en estudio pueden ser instantáneos que son los que refiere la fracción I del artículo 7º del Código Penal, pues pueden ser consumados en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

CAPITULO III

ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO

3.1 DEFINICIÓN DEL DELITO EN GENERAL

Antes de entrar al estudio del delito, se estima conveniente entrar al estudio de un aspecto muy importante que lo constituye que es, el objeto del delito, en el cual doctrinariamente se ha distinguido que se ubican dos objetos: siendo uno de ellos el objeto jurídico también denominado bien jurídico tutelado que viene a constituir el interés protegido por la norma; y, el otro es el objeto material que es la persona o cosa sobre la cual recae la lesión.

En cuanto al objeto jurídico de la infracción, Luis Jiménez de Azúa dice que "...esta constituido por el interés tutelado jurídicamente..."¹²⁰

Antonio De P. Moreno considera que "... el bien jurídico protegido es el interés lesionado o comprendido por el hecho delictivo..."¹²¹

Celestino Porte Petit estatuye que "...se entiende por bien jurídico, el valor tutelado por la ley penal..."¹²²

¹²⁰ Ob. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Pág. 105.

¹²¹ De P. Moreno, Antonio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa S. A. México 1968. Tomo I. Págs. 27 y 28.

¹²² Ob. Cit. Pág. 413.

Luis Cousiño concluye que " ...la noción mas generalizada entiende por objeto jurídico del delito, el objeto mismo de la protección penal, o sea, los bienes jurídicos tutelados por el derecho ..."¹²³

Eugenio Cuello Calón estima que " ...es la norma o precepto violado o puesto en peligro por el hecho delictuoso...."¹²⁴

Por su parte, Francisco Pavón Vasconcelos puntualiza que, por objeto jurídico se entiende "... el bien jurídico tutelado a través de la ley penal, mediante la amenaza de sanción ..."¹²⁵

Tomando en cuenta los aspectos a que hacen mención los autores citados al hablar del objeto jurídico, por éste entienden al bien jurídico que viene a ser el interés tutelado, el cual constituye el objeto mismo de la protección, siendo además la norma o precepto motivo de la violación, lesión o puesta en peligro, la cual implica como consecuencia una sanción.

Haciendo un análisis de esta definición, tenemos que Antonio De P. Moreno y Porte Petit en vez de hablar de objeto jurídico, lo hacen de bien jurídico en cambio Cousiño y Pavón Vasconcelos mencionan al segundo como integrante del concepto del primero, pero ya sea que lo denominen de una u otra forma, consideramos que en sí tratan de lo mismo, es decir, de un

¹²³ Cousiño Mac Iver, Luis. Derecho Penal Chileno, Parte General. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. 1975. Pág. 288.

¹²⁴ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 249.

¹²⁵ Ob. Cit. Pág. 149.

interés protegido por una norma, como una protección y así cuidar que no sea motivo de infracción. Así tenemos que ya sea con unas u otras palabras en esencia todos coinciden en lo fundamental, con excepción de Cuello Calón, el cual en nuestro concepto, tiene una idea errónea de lo que es el objeto jurídico, porque este en si no es la norma violada -aun cuando representa la razón de ser de la misma- porque si tomamos en cuenta que para la elaboración de la ley, se atiende a diversas situaciones tomadas de una realidad que va encaminada a la protección de un interés que puede ser individual o colectivo y así "... La convicción jurídica conduce a la formación de un sistema de mandatos dirigidos a la colectividad, destinados al mantenimiento del bien..."¹²⁶ de esto se puede concluir que el bien jurídico tutelado constituye un presupuesto esencial y necesario y por tanto debe existir antes que el delito, de esta manera se infiere que representa el núcleo de la norma y la razón de ser del delito, de ahí que todo ilícito amenace un bien jurídico, y la fundamental importancia que representa el objeto jurídico para la elaboración de la ley, situación después de la cual ya se puede hablar de la violación de la norma y no antes.

¹²⁶ Ob. Cit. Maurach, Reinhardt, Vol. I. Pág. 258.

Ahora bien, en cuanto al objeto material del delito, por éste se entiende "...el ente físico -cosa o persona- en quien recae la acción u omisión que configura legalmente el delito de que en cada caso se trata..."¹²⁷

Eugenio Cuello Calón considera que "... es la persona o cosa sobre la que recae el delito, por tanto pueden ser objetos materiales del delito el hombre vivo o muerto, las personas colectivas, el Estado; en estos casos, el objeto material del delito no puede distinguirse del sujeto pasivo del mismo, también pueden ser objetos materiales del delito los animales y los objetos inanimados..."¹²⁸

Por su parte, Francisco Pavón Vasconcelos estima que el objeto material "...es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no debiendo confundirse con el sujeto pasivo, aun cuando en ocasiones éste último no pueda al mismo tiempo constituir el objeto material del delito..."¹²⁹

Luis Jiménez de Azúa determina que el objeto material "...lo constituye evidentemente la cosa o la persona sobre la que se produce el delito. Es decir, todo hombre vivo o muerto, consciente o inconsciente, toda persona jurídica, toda colectividad y particularmente el Estado y toda cosa

¹²⁷ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ed. Driskill S.A. Buenos Aires, Argentina, 1978, Tomo XX, Pág. 65.

¹²⁸ Ob. Cit. Pág. 249.

¹²⁹ Ob. Cit. págs. 149 y 150.

animada o inanimada, con la sola diferencia de que si las personas tienen capacidad suficiente, según los casos, pueden ser sujetos y objetos, en tanto que las cosas y los animales nunca pueden ser más que objetos del delito...¹³⁰

Luis Cousiño por su parte, puntualiza que "...es objeto material del delito la persona o cosa sobre la cual se materializa el hecho ejecutado o, como dice Mezguer, aquel objeto corporal sobre el cual la acción típicamente se realiza..."¹³¹

Gustavo Labatut Glens estatuye que "...representa la materialidad misma del delito, la persona o cosa sobre la que recae: el cadáver en el homicidio, la cosa apropiada en el robo o el hurto. Pueden serlo tanto quienes invisten la calidad de sujeto pasivo o víctima -caso en el cual ambos conceptos de ordinario se confunden- como también los animales y cosas inanimadas entre las que se comprenden los cadáveres..."¹³²

De los anteriores conceptos, en términos generales se advierte que todos coinciden en que el objeto material del delito es la persona o cosa que recibe el daño o sobre la que recae la acción delictuosa, agregando además Luis Jiménez de Azúa y Eugenio Cuello Calón, quienes pueden ser las

¹³⁰ Ob. Cit. Jiménez de Azúa, Luis. Tomo I. Pág. 102.

¹³¹ Ob. Cit. Cousiño, Luis. Tomo I. Pág. 286.

¹³² Ob. Cit. Labatut Glens, Gustavo. Tomo I Pág. 154.

personas y las cosas, de lo cual, en lo único en que no estamos de acuerdo es en que consideran al cadáver como una persona, pues pensamos que es más apropiado el criterio que determina que el hombre al morir pasa a ser una cosa inanimada, como dice Gustavo Labatut.

Otro aspecto que tratan Eugenio Cuello Calón, Pavón Vasconcelos, Luis Jiménez de Azúa y Gustavo Labatut, es que no debe confundirse el objeto material con el sujeto pasivo, pues aun cuando coinciden estos dos cuando se trata de personas, ello no significa que sean lo mismo, en virtud de que el objeto material es en estos casos, la persona sobre la cual recae la acción delictuosa, en cambio el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado.

Además de la idea de cosa o persona sobre la que recae la actividad física del culpable, esta debe ser completada con la idea de que ese objeto forme parte de la descripción legal, porque si tomamos en cuenta que hay objetos que reciben el daño, como el clásico ejemplo de la caja fuerte que es forzada para sustraer los valores en ella contenidos, no sería adecuado considerar que esta represente el objeto material del delito.

Retomando el análisis motivo de este estudio, tenemos que:

El bien jurídico tutelado dentro de las hipótesis que consagran los artículos 367-ROBO, 382-ABUSO DE CONFIANZA y 386 FAUDE, lo encontramos en el interés de tutelar "El Patrimonio de las Personas" que se va a traducir en la POSESIÓN que se viola de lo que es el objeto o efecto del delito, es decir, de los bienes protegidos en estos delitos patrimoniales, o dicho sea de otra forma, el objeto jurídico es el interés que protege la norma para que no se prive de la posesión de esos bienes, siendo el sujeto pasivo el titular del bien jurídico protegido.

En lo tocante al objeto material de nuestros delitos en estudio, es la obtención de la cosa sobre la cual recae la lesión o acción delictuosa y se traduce en un beneficio lucrativo monetario o material, esto es, de cosas tangibles.

Entrando al estudio de lo que es el delito, en primer termino tenemos que en cuanto a la palabra delito, ésta "...deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley..."¹⁵³

A través del tiempo, diversos estudiosos del derecho han tratado de elaborar una noción filosófica y general del delito, de esta manera

¹⁵³ Ob. Cit. Castellanos Tena, Fernando. Pág. 125.

tenemos que unos lo han considerado como la violación de un deber, otros como la transgresión de un derecho, también se le determino como un ente social, como un hecho jurídico, etcétera; sin embargo, los intentos para dar un concepto con valor universal para todos los tiempos y grupos sociales fueron vanos, porque en si no se llegaba a definir al delito como tal pues en ocasiones solo se referían a determinados aspectos; lo que incluso sucede en las definiciones jurídicas, como es el caso de nuestro país, en que se ha definido al delito en su artículo 7 del Código Penal como "...la acción u omisión sancionada por las leyes penales...", estando constituida con dos aspectos únicamente; el primero de ellos consistente en una acción u omisión; y el segundo es que esa acción u omisión este sancionada por la ley, lo cual resulta insuficiente y denota la simplicidad de la misma e incluso José Ángel Ceniceros, integrante de la comisión redactora del Código Penal que nos rige, determina que "...Los elementos apuntados nos demuestran que los autores del Código no pudieron encontrar una fórmula que proyectara la verdadera naturaleza del delito -y para cubrir esa deficiencia argumenta- porque todas las escuelas penales han pretendido definir el delito

sin lograrlo satisfactoriamente, no obstante que el Código se inspira en la idea de que la culpabilidad es la base de una infracción de carácter penal.¹⁵⁴

De esta manera se han elaborado múltiples definiciones, no siendo sino, hasta ahora en la actualidad que la dogmática jurídica ha creado una definición (la cual ha sido aceptada cada día mas) integrada por los elementos que constituyen al delito, con el único problema de que no hay uniformidad al considerar dichos elementos.

Por nuestra parte, para efectos del estudio que se realiza nos adherimos a la definición que da Zaffaroni al decir que en estricto sentido el delito es: "... la conducta típica, antijurídica y culpable..."¹⁵⁵

3.2 CONDUCTA

Como primer elemento del delito se encuentra la conducta, "...reconocida por la gran mayoría de los especialistas como elemento objetivo o elemento material, denominado así, por constituir aquella parte de la realización de la figura delictiva que se expresa mediante manifestación en el mundo exterior..."¹⁵⁶

¹⁵⁴ Ob. Cit. Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Teoría del Delito*, Pág. 39.

¹⁵⁵ Ob. Cit. Pág. 52.

¹⁵⁶ Trujillo Campos, Jesús Gonzalo, *La relación material de causalidad en el delito*. Ed. Porrúa, S.A. México 1975. Pág. 9.

la primer problemática que nos encontramos al entrar al estudio de la conducta, se presenta al tratar de hallar la palabra adecuada que exprese en su contenido tanto la acción como la omisión (elementos que conforman su integración); realizados por un ser humano (por ser el único dotado de inteligencia) mediante su voluntad que se propone un fin (no debiendo confundir el fin propuesto aquí con el dolo que se presenta en la culpabilidad), por esto, se han dado diversas denominaciones a este primer elemento que son a saber: acción, conducta o hecho a mas de otras. Por nuestra parte, consideramos mas adecuado llamarlo conducta, pues si tomamos en cuenta las criticas que han recibido los otros dos términos, tenemos en primer lugar que a la acción se le censura de pretenciosa por querer incluir a la omisión, determinándose que acción es un termino restringido donde solo puede presentarse la acción propiamente dicha porque esta implica movimiento, actividad y no así la omisión. En cuanto a llamar a la conducta como hecho se le critica porque esta calificación es demasiado amplia, pues dentro del mismo "...se entiende todo acontecimiento de la vida, provenga o no del hombre..."¹⁵⁷ es decir, que en este sentido puede contener tanto sucesos de la naturaleza como conductas

¹⁵⁷ Ob. Cit. Labatut Glens, Gustavo, Tomo I Pág. 76.

humanas (voluntarias o involuntarias), abarcando así, más de lo que se quiere significar, además de que al hecho se le ha definido por los tratadistas de derecho procesal penal en sentido como aquel que "...debe comprender todos los elementos que componen la hipótesis legal...";¹³⁸ por tanto, la palabra hecho no es más amplia de lo que con ella se quiere significar.

A grandes rasgos, esta es la problemática que se presenta en torno a la denominación del primer elemento del delito, la cual no solo es una cuestión terminológica.

Visto lo anterior, procederemos a tratar las definiciones que han dado los tratadistas acerca de la conducta. Así tenemos, que para Luis Cousiño "... es la realización, mediante una actividad o una inactividad de un acontecimiento trascendente, que produce una modificación o una quietud en el mundo exterior..."¹³⁹

Luis Carlos Pérez opina que "...la acción no es cualquier comportamiento humano, sino sólo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior ..." ¹⁴⁰

¹³⁸ Carnelutti, Francisco. *Principios del Procedimiento Penal*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1971. Pág. 130.

¹³⁹ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 325.

¹⁴⁰ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 165.

Francisco Antolisei estatuye que la acción es "... aquel comportamiento que se concretiza en un hecho que puede ser reconocido exteriormente, en un hecho físico ..."¹¹¹

Raúl Carrancá y Trajillo dice "... la conducta consiste en un hecho material, exterior positivo o negativo producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico; y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado..."¹¹²

Se considera que, la conducta es el comportamiento humano, voluntario de producir un cambio en el mundo exterior, mediante un movimiento o abstención. Decimos que es un comportamiento humano porque se ha considerado en la actualidad que solo al hombre, por estar dotado de discernimiento de entender y querer se le puede atribuir responsabilidad, y no así los animales, las cosas ni las personas morales, a los cuales por no contar con voluntad, no pueden realizar una conducta, sin embargo, a las personas morales "... únicamente puede exigirse

¹¹¹ Antolisei, Francisco. La acción y el resultado en el Delito. Traducido del Italiano. Ed. Jca. Mexicana México 1959. Pág. 287.

¹¹² *Ibid.*

responsabilidad a los individuos que funcionan como representantes, pero nunca el cuerpo colectivo a quien representan ..."¹⁴³

La conducta además es voluntaria. "... la doctrina es unánime en requerir la voluntariedad en la conducta cuando no es un mero resultado mecánico, o sea, cuando hay una decisión por parte del sujeto.

Esta conducta u omisiva, en ocasiones se concretiza por la mera actividad o abstención y en otras ocasiones requiere además de esa acción u omisión, un resultado. Por lo que se requiere a éste, algunos autores han considerado que no forma parte de la conducta y lo ubican como problema de la culpabilidad, argumentando que la voluntad en algunos delitos no se presenta porque no se lleva consigo un fin, "... la expresión "voluntad" debe entenderse como ejercicio de la capacidad de movimiento..."¹⁴⁴ de realizarla u omitirla." "...Por ello no se confunde esa manifestación de voluntad con el contenido de la misma, que pertenece a la culpabilidad. Una cosa es que el movimiento corporal responda a la decisión del hombre -libre o coacto, imputable o inimputable- y otra que se realice conociendo y queriendo o aceptando algo."¹⁴⁵

¹⁴³ Ob. Cit. Pág. 261.

¹⁴⁴ Ob. Cit. Fontán Balestra, Carlos. Pág. 424.

¹⁴⁵ Ídem. Págs. 423 y 424.

El resultado es considerado como "... el efecto del acto voluntario en el mundo exterior, o más precisamente la modificación del mundo exterior, por efecto de la actividad delictuosa,"¹⁶⁶ de tal manera que el resultado es todo cambio que se presenta en el mundo exterior, por la manifestación voluntaria del sujeto de obrar o abstenerse de realizar cierta conducta vinculada con esa modificación.

Por otro lado, en ocasiones la "...acción. puede coincidir con el resultado en los delitos de pura actividad ... pero eso no significa que el resultado sea la actividad con su manifestación de voluntad, sino la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que puede ser resultado en sentido jurídico penal si queremos ser conscientes con el fin fijado a nuestro deseo ..."¹⁶⁷

Un aspecto que se presenta entre la conducta y el resultado es, el nexo de causalidad que es la conexión entre ambos para poder atribuir un resultado a la conducta del hombre.

Giuseppe Maggiore al respecto señala "... cuando decimos que la acción consiste en un hacer o en un no hacer, que produce un cambio en el mundo exterior, sugerimos al mismo tiempo la idea de una relación existente

¹⁶⁶ Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal*. Tomo I. Ed. Temis. Bogotá. 1951. Pág. 357.

¹⁶⁷ Oj. Cfr. Fontán Balestra, Carlos. Tomo I. Pág. 126.

entre la conducta (positiva o negativa) y el resultado, y no una relación estática, sino dinámica y productiva. No tenemos de un lado la acción y del otro el resultado sino que la acción produce el resultado, la acción debe causar el efecto, estamos pues, ante una relación causal, en donde la acción obra como causa.¹⁴⁸ Es decir, que ese nexo de causalidad es la reacción que existe entre la acción u omisión de la conducta y la producción material o cambio en el mundo exterior (resultado). Hay que tener presente que el nexo de causalidad solo existe en los delitos de resultado material (que se presentan en el mundo exterior, que pueden ser captados por los sentidos), y no así en los delitos de resultado jurídico.

Como otro aspecto de la conducta, encontramos que esta se puede presentar en dos formas: por una acción; y la otra, por una omisión que a su vez se subdivide en omisión simple y comisión por omisión. Concerniente a este aspecto, Mariano Jiménez Huerta nos dice que "...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 inactiva..."¹⁴⁹

¹⁴⁸ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 119.

¹⁴⁹ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 107.

La acción como una de las formas de la conducta viene a ser "... todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación..."¹⁵⁰

En general, doctrinarios del Derecho coinciden en que la acción significa movimiento, actividad, en si, un hacer voluntario, además algunos agregan que se representa un cambio o modificación en el mundo exterior por la realización de un daño, puesta en peligro o un resultado.

Nosotros consideramos que la acción se integra por una actividad humana voluntaria, que se manifiesta en la modificación del mundo exterior, produciendo un resultado material (delitos materiales) o no (delitos de mera actividad).

Los tratadistas consideran que la acción contiene tres elementos que son a saber: la manifestación de la voluntad; resultado; y relación de causalidad.

1) La manifestación de la voluntad aquí consiste en la realización voluntaria de un movimiento presente en el mundo exterior "... pues para que un acto externo se considere como acción el sentido del derecho; es

¹⁵⁰ Ob. Cit. Castellanos Tena, Fernando. Pág. 152.

necesario el concurso de la voluntad. El acto externo debe reflejar, reproducir la voluntad de la gente; no debe ser sino una externación, una manifestación de su querer ...¹⁵¹ es decir, "... Este motivo, proveniente del mundo exterior, constituye uno de los factores de la manifestación de la voluntad. El otro factor, está constituido por la naturaleza propia del agente en cuanto a su pensamiento, su sensibilidad y su voluntad ..."¹⁵² Por ello, basta que el sujeto haya querido los efectos de la acción, es decir, el actuar o realizar ese movimiento, pues las consecuencias pueden ser queridas, lo que debe quererse el hecho externo.¹⁵³

2) Resultado.- El resultado en la acción consiste "... en la producción del evento inmediato que de ella deriva o en el peligro de que eso ocurra ..."¹⁵⁴ Siendo el resultado la consecuencia derivada de la conducta que realiza el sujeto mediante una actividad que produce

¹⁵¹ Ob. Cit. Antolisei, Francisco. Pág. 54.

¹⁵² Ob. Cit. Tomo II. Pág. 285.

¹⁵³ Ibid. Pág. 58.

¹⁵⁴ Ob. Cit. Labatut Glenn, Gustavo. Tomo I. Pág. 77.

una mutación en el mundo exterior (resultado material).

3) Nexo causal.- "... Existe una relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando este no hubiere tenido lugar sin aquel" ¹⁵⁵ es decir, que la actividad realizada por la manifestación de la voluntad fue lo que trajo como consecuencia ese cambio el mundo exterior como resultado de ese hacer.

Lo anterior, visto desde el punto de vista causalista; para los tratadistas que se basan en el finalismo, es la finalidad que comprende el conocimiento causal, es decir, el conocimiento del hombre sobre las posibles consecuencias de su actividad y la voluntad de realización basada sobre este conocimiento, ya que la acción es un suceso dirigida finalmente, no mera causalidad. La acción es mas que un simple proceso causal; este es naturalmente parte integrante de la acción, pero no configura por si solo la acción. ¹⁵⁶

Este se explica de la siguiente manera, la realización de una conducta es en relación al fin que se pretenda alcanzar, buscando para esto

¹⁵⁵ Von Iba, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Traducido de la 20a. Edic. Alemana. Edit. Reus. Madrid, 1927. Pág. 292.

¹⁵⁶ Justus Ramirez, Juan. Culpa y Finalidad. Edit. Jurídica de Chile, 1967. Tomo I. Pág. 27 y sig.

los elementos idóneos para su realización y una vez determinados estos, lograr el fin proyectado.

Como la otra forma en que se puede presentar la conducta, tenemos a la omisión que consiste en "...una abstención de todo movimiento, momento durante el cual el sujeto es pasivo y negativo por relajación, inercia, ablandamiento, debilitación, quietud o inactividad muscular o glandular..."¹⁵⁷

Fernando Castellanos Tena determina que la omisión "... radica en un abstenerse de obrar; simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar..."¹⁵⁸

Eugenio Cuello Calón estatuye que "... consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado..."¹⁵⁹

En sí, la omisión mas que un no hacer es algo que se deja de hacer voluntariamente o no, cuando se tiene la obligación de realizar una conducta, produciendo un resultado que se manifiesta en un cambio en el mundo exterior.

Como elementos de la omisión tenemos:

¹⁵⁷ Ob. Cit. Cousiño Mac Iver, Luis, Tomo I, Pág. 337.

¹⁵⁸ Ob. Cit. Pág. 152.

¹⁵⁹ Citado por Castellanos Tena, Fernando, Ob. cit. Pág. 152.

1) Manifestación de voluntad.- Consiste "...aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería haberse realizado; el omitir, el no hacer, sólo puede ser voluntario en los delitos dolosos y en los culposos con culpa consciente... pero en los delitos omisivos culposos con culpa inconsciente -en los delitos llamados de olvido- no puede haber ninguna voluntad de omitir, de no hacer..."¹⁶⁰

2) Deber Jurídico de Obrar.- Algunos autores hablan de que este deber forma parte de la conducta omisiva; sin embargo, esto no es así, pues como vimos en el punto anterior, el bien jurídico representa un presupuesto del delito, sin embargo, en el delito omisivo aún cuando no forma parte de él, se debe de tomar en consideración.

3) Resultado.- El resultado se presenta "...sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado puede equipararse el hecho de no impedirlo

¹⁶⁰ Ob. Cit. Zaffaroni Eugenio. Raúl. Pág. 123.

al hecho de causarlo..."¹⁶¹ es decir, que en la omisión el resultado se presenta por la abstención voluntaria de producir un cambio en el mundo exterior.

4) Nexo Causal.- Aquí el nexo de causalidad consiste o está en relación directa con el no hacer la conducta omitiva voluntaria que produce una mutación en el mundo exterior, perceptible por los sentidos (resultado material), o no perceptible (delito de mera actividad).

La omisión impropia, según Celestino Porte Petit, "... se presenta por un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa) violando una norma perceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una prohibitiva..."¹⁶²

Para Francisco Pavón Vasconcelos, la comisión por omisión se da "...en la inactividad voluntaria que al infringir un medio de hacer, acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo tanto típico como jurídico o material..."¹⁶³

¹⁶¹ Ob. Cit Von Liza, Franz. Tomo II. Pág. 304.

¹⁶² Ob. Cit. Pág. 341.

¹⁶³ Ob. Cit. Págs. 202 y 203.

En la comisión por omisión en sí, se produce una doble violación resultante de infringir una norma preceptiva y una norma prohibitiva.

Concerniente a los elementos integrantes de la omisión impropia, conforme al criterio de Celestino Porte Petit, son:

1) Una voluntad o no voluntad (culpa).-

Consistente en la actividad de no hacer voluntario o no, cuando se tiene el deber jurídico de obrar.

2) Deber.- El deber se traduce en dos: un deber jurídico de obrar y un deber jurídico de abstenerse.

3) Resultado.- El resultado que produce el cambio será el resultado típico o material. Aquí el resultado típico viene a ser el jurídico, que se da en la mutación del bien jurídico.

Con la descripción de la conducta exigida para la configuración de los delitos de ROBO, FRAUDE Y ABUSO DE CONFIANZA, podemos concluir que definitivamente estos delitos son acordes a la teoría finalista, ya que existe una finalidad en las conductas para un resultado determinado, y además, encontramos que en estos delitos la conducta se presenta en forma sencilla y uniforme, toda vez que para obtener el fin deseado, la acción se da

por el sólo hecho del "apoderamiento", "del engaño o aprovechamiento del error en que se induce al pasivo" para hacerse de la cosa o alcanzar el lucro indebido, y finalmente, en el abuso de confianza, la conducta se traduce en la "disposición" del objeto material o apropiación del mismo; así, como los delitos en estudio son unisubjetivos, para su consumación es suficiente la voluntad de un sólo sujeto ya que es menester que la conducta del mismo tenga el propósito firme de delinquir.

Por lo que concierne al resultado, si lo consideramos en un sentido amplio, tenemos que la palabra "...resultado, se usa como sinónimo de "suceso" y designa cualquier hecho que se haya producido en la realidad fenoménica. En este sentido general la palabra "resultado" comprende la acción humana, porque también la acción en un hecho, un "suceso"..."¹⁰¹ de tal manera que entendido en este sentido y aplicado así a los delitos que nos ocupan, el resultado se presenta en cada acción de las planteadas en los artículos 367, 382 y 386 del Código Penal.

¹⁰¹ Ob. Cit. Antolisei, Francisco, Págs. 131 y 132.

3.3 TIPICIDAD

El segundo elemento del delito a estudiar es la tipicidad, que también constituye un elemento necesario para la existencia del delito o hecho delictuoso, pues si únicamente considerara éste a la conducta sería demasiado simple y carecería de sentido, de ahí la necesidad de que existan otros elementos que la complementen.

Como ya dejamos asentado al estudiar el tipo legal, este es la descripción que hace el legislador de una conducta que considera es ilícita, de tal manera que las leyes penales prevén las acciones punibles a través de abstracciones que condensan en fórmulas estrictas, las características que deben reunir los actos que se cumplen en la vida real, situación ésta que se diferencia de la tipicidad en que ésta última ha sido considerada en general por diversos autores como el encuadramiento de la conducta al tipo legal, así ha sido definida por Fernando Castellanos Tena como "...el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley..."¹⁶⁵. Raúl Carrancá y Trujillo, al tratar el tema dice que "...la acción ha de encajar dentro de la figura del delito creada por la norma penal positiva..."¹⁶⁶

¹⁶⁵Ob. Cit. Pág. 166.

¹⁶⁶Ob. Cit. Pág. 406.

Por su parte, Carlos Fontán determina que "...la cualidad de típica está dada por la identificación de una conducta con la prevista en una figura del delito..."¹⁶⁷

Luis Jiménez de Azúa considera que "...la tipicidad, en cuanto carácter de delito, se emplea aquí como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción..."¹⁶⁸

Mariano Jiménez Huerta estatuye que la "...adecuación típica, significa pues, encuadramiento, subsanación de la conducta principal en su tipo de delito, subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias..."¹⁶⁹

Francisco Blasco conceptúa a la tipicidad como "aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar en la generalidad de los casos, un precepto, una norma penalmente protegida..."¹⁷⁰

Como se puede ver, en general los autores mencionados hablan de que existe una adaptación de la conducta al tipo legal, sin embargo

¹⁶⁷ Ob. Cit. Tomo II. Pág. 25.

¹⁶⁸ Ob. Cit. Tomo II. Pág. 746.

¹⁶⁹ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 207.

¹⁷⁰ Citado por Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. Pág. 470.

considerada únicamente así, resultaría demasiado restringida pues la tipicidad no sólo es el ajuste de la conducta a la descripción legal, sino en sí, viene a ser la adecuación de todos los elementos integrantes del tipo cuya exigencia requiere el tipo legal. Así pues, la tipicidad es "...una expresión propia del Derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político "nullum crimen sine lege"... como garantía de libertad consignada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el inicio de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible..."¹⁷¹, de manera que, tomando en consideración lo establecido en el artículo 14 Constitucional ya transcrito con anterioridad, se puede determinar que no existe delito sin tipicidad, de lo cual se desprende que la tipicidad en nuestra Ley Fundamental la considera como una garantía individual.

Ahora bien, considerada la conducta como parte integrante del ajuste a la hipótesis legal, es necesario observar que la conducta se puede agotar en uno en varios momentos, presentándose esa conducta conforme al resultado, en forma instantánea, con efectos permanentes, o continuada. Y así, el delito se considera en el artículo 7º del Código Penal, de la siguiente forma:

¹⁷¹ Ob. Cit. Jiménez Huerta, Mariano, Tomo I, Pág. 22.

...I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

II.- Permanente o Continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola al mismo precepto legal..."

En cuanto al delito instantáneo, Fernando Castellanos Tena nos dice que "...éste se presenta cuando la acción que lo consume se perfecciona en un solo momento..."¹⁷²

Mariano Jiménez Huerta por su lado, estima que éste se da "...cuando el comportamiento humano al propio tiempo que viola la norma penal, destruye el bien jurídico que la norma protege o pone en marcha las condiciones que después producen su destrucción, sin que dada la naturaleza del bien protegido, resulte factible prolongar la conducta..."¹⁷³

¹⁷²Ob. Cit. Pág. 137.

¹⁷³Ob. Cit. Tomo I: Pág. 153.

Los criterios para la elaboración del concepto de delito instantáneo, la doctrina los refiere a: uno que atiende a la consumación del delito; y, otro que se refiere a la destrucción del bien jurídico.

Como se puede apreciar, el criterio legal toma como base la consumación del delito ya que éste no se determina por la instantaneidad del proceso seguido en la ejecución, es decir, de la serie de actos que conforman la conducta, sino por la consumación que se da al realizarla, de tal manera que el delito instantáneo se presenta cuando una vez agotada la conducta, se han concretizado todos los elementos constitutivos del tipo.

Por lo que se refiere al delito instantáneo con efectos permanentes, es "...aquél cuya conducta destruye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, en un sólo momento pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo..."¹⁷⁴

Celestino Porte Petit determina que, "...es aquel en que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos..."¹⁷⁵

Ignacio Villalobos considera que, los delitos continuados "...son aquellos en que hay varios actos de una misma naturaleza antijurídica, que

¹⁷⁴ Ob. Cit. Castellanos Tena, Fernando. Pág. 138.

¹⁷⁵ Ob. Cit. Pág. 383.

corresponde a un mismo tipo penal o que afectan a un mismo bien jurídico, pero todos los cuales se ha convenido en reunir en una sola unidad; bien por corresponder a un sólo propósito, o mejor por la similitud de elementos, condiciones o circunstancias que objetivamente concurren en su ejecución y los ligan para formar la unidad de un sólo delito."¹⁷⁶

Eugenio Cuello Calón los define como, "...aquellos en los que después de su consumación, continúa interrumpida la violación jurídica perfeccionada en aquella..."¹⁷⁷

En conclusión, el delito instantáneo con efectos permanentes es aquel en cuya conducta se presenta el resultado que perdura en el tiempo, y el delito continuado es aquel en que habiendo unidad de propósito delictivo y pluralidad de conducta, se viola un mismo precepto legal, presentándose en este, tres elementos a saber: "...a) la unidad de resolución, b) la pluralidad homogénea de acciones y, c) la unidad de lesión jurídica..."¹⁷⁸

Aplicando lo anterior a los tipos que nos ocupan, se puede observar que la conducta típica se presenta, primero en el delito de ROBO en forma instantánea, pues la acción se consume en el momento del apoderamiento de la cosa ajena mueble por parte del activo, así también, éste

¹⁷⁶ Ob. Cit. Pág. 24.

¹⁷⁷ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 262.

¹⁷⁸ Ob. Cit. Soler, Sebastián. Tomo II. Pág. 308.

delito puede ser continuado, como hicimos referencia con anterioridad al citar el ejemplo del ladrón que se va apoderando, poco a poco del contenido de un costal de azúcar, hasta agotarlo, ejecutando con ello una pluralidad de conductas violando así un mismo precepto legal, teniendo con ello que la conducta se puede tipificar en dos posibilidades.

De igual forma, en el delito de FRAUDE se observa que la conducta se puede tipificar, tanto en forma instantánea como en forma continua, toda vez que en la primera el "engaño o aprovechamiento del error" puede presentarse por una sola ocasión en donde el activo se hace ilícitamente de la cosa o alcanza el lucro deseado, pero también, es continuo pues el engaño o aprovechamiento de ese error puede ser provocado por maquinaciones o artificios, resultantes de pluralidad de conductas, violando así el mismo precepto legal.

Finalmente, en lo que hace al delito de ABUSO DE CONFIANZA, se puede tipificar en forma instantánea, pues para su consumación basta la disposición que el activo ejerza sobre la cosa ajena mueble, consumando así el delito en cuestión; no encontrando en ningún caso de nuestros tipos, la posibilidad de que se presenten los delitos en formas permanentes.

3.4 ANTIJURICIDAD

Una vez analizada la conducta y la tipicidad, corresponde ahora enfocar nuestro estudio a la antijuricidad, por ser ésta un elemento necesario para la existencia del delito, puesto que para una conducta humana sea considerada "...como delictiva, necesario es que sea antijurídica..."¹⁷⁹ de ahí la importancia de este elemento del delito.

Previamente a las concepciones que sobre la antijuricidad se han dado, cabe mencionar que a esta la han denominado diversos autores como injusto e ilicitud en forma indistinta, sin embargo, otros consideran que éstos términos tienen distintos significado, así tenemos que al respecto José Arguibay Molina considera que "...la antijuricidad es la relación de conflictos entre la acción (conducta) humana y el orden jurídico; mientras que la ilicitud, es la conducta ya declarada antijurídica..."¹⁸⁰ por su parte, Binding determina que lo injusto "...es sólo no derecho y que lo antijurídico es ya un anti..."¹⁸¹, es decir, un concepto que se opone al derecho, de tal manera que la antijuricidad está contemplada dentro de la ilicitud y lo injusto, representando éstos dos aspectos más de los que se quiere significar por

¹⁷⁹ Ob. Cit. Jiménez Huerta, Mariano. Tomo I. Pág. 208.

¹⁸⁰ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 236.

¹⁸¹ Citado por Jiménez de Azúa Luis. Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit. Tomo III. Pág. 960.

antijuricidad como elemento del delito, de ahí que estos autores opinen que no debe usarse en forma indistinta éstos conceptos.

Ahora bien, entrando en lo que es antijuriciada tenemos que se han formado diversas concepciones al respecto, dentro de las cuales tenemos la que concibe la antijuricidad como lo contrario a derecho; y la que determina que es aquella conducta que se ajusta por lo establecido por la norma.

Así tenemos que es con Francisco Carrara, con quien se da una concepción en su forma más simple estimando que la antijuricidad es lo contrario a la ley del Estado, de tal manera que existe una "...relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley..."¹⁸²

Posteriormente, "...Binding descubre que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal... se quebranta la norma más no la ley, y sigue diciendo, la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe..."¹⁸³

Para Meyer "...es antijurídica la acción que lesiona las normas de cultura, reconocidas por el estado..."¹⁸⁴

¹⁸² Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Tomo I. Edr. Temis. Bogotá Colombia, 1971. Pág. 50.

¹⁸³ Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Págs. 176 y 177.

¹⁸⁴ Citado por Carracá y Trujillo Raúl, Carracá y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 355

Por su parte, Raúl Carracá y Trujillo estima que "...es la contradicción entre una conducta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado..."¹⁸⁵

Fernando Castellanos dice que la antijuricidad "...radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo..."¹⁸⁶

Mariano Jiménez Huerta estatuye que para que una conducta "...pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad..."¹⁸⁷

Celestino Porte Petit manifiesta que para que exista antijuricidad, debe haber "...Adecuación o conformidad a un tipo legal, y que la conducta no esté emparada por una causa de exclusión del injusto o causa de ilicitud..."¹⁸⁸; al respecto José Arguibay Molina dice que el encuadre de la tipicidad "...no presupone que esa misma conducta sea antijurídica, se tendrá que tomar en cuenta que es lo que contraría el Derecho y si aquella no es también susceptible de subsumirse en una causa de justificación. Esto quiere decir que aunque en ocasiones una conducta sea típica, no por ello tiene que

¹⁸⁵ Ibid. Pág. 353.

¹⁸⁶ Ob. Cit. Pág. 176.

¹⁸⁷ Ob. Cit. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 207.

¹⁸⁸ Ob. Cit. Porte Petit, Celestino. Pág. 484.

ser inevitablemente antijurídica, ya que podrá adecuarse perfectamente a una causa de justificación...¹⁸⁰

De los autores mencionados, podemos decir que la antijuricidad en principio, sólo era considerada como lo contrario a Derecho (Carrará) reconocida por la generalidad como tal en esa época, sin embargo, aparece una nueva concepción que cambia el sentido de la anterior, pues estima que la antijuricidad se presente cuando la conducta se da conforme a lo que establece la norma (Binding), surgiendo de esta manera la discrepancia en torno a la definición de antijuricidad y apareciendo después ésta como la violación o lesión de un bien jurídico tutelado por el Estado, surgiendo como complemento que la conducta no está amparada por una causa de justificación.

Aún cuando se ha considerado que la antijuricidad constituye un concepto unitario, doctrinariamente se ha determinado una doble concepción de la misma, estimando la existencia de una antijuricidad formal, representada por la oposición a la ley, y una material que se representa por el daño causado a la colectividad con la conducta.

¹⁸⁰ Ob. Cit. Arguillay Molina, José, Tomo I, Pág. 196.

Es con Lizt con quien aparece esa concepción dualista de la antijuricidad, de tal manera que para él, se presenta la antijuricidad formal "...cuando implica transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley) y materialmente antijurídico en cuanto significa contradicción a los intereses colectivos..."¹⁹⁰

Para Eugenio Cuello Calón "...la antijuriciada presenta un doble aspecto, uno formal constituido por la conducta opuesta a la norma, y otro material integrado por la lesión o peligro para los bienes jurídicos..."¹⁹¹

Ignacio Villalobos estima que es formal "...por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley..."¹⁹²

A pesar de existir el criterio que concibe dos antijuridicidades, en realidad no existen dos conceptos de ellas "...pues la antijuricidad siempre es material, en el sentido de que implica una afectiva afección del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino, que remitirse a pautas sociales de conducta. La antijuricidad, siempre es formal, porque su fundamento (aveces no así su determinación) no puede partir más que del texto legal..."¹⁹³, de tal forma que la antijuricidad representa un

¹⁹⁰ Citado por Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit. Pág. 178.

¹⁹¹ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 311.

¹⁹² Ob. Cit. Pág. 259.

¹⁹³ Ob. Cit. Zaffaroni Eugenio, Raúl. Pág. 451.

concepto unitario siendo formal cuando implica transgresión a una norma establecida por el Estado, y material cuando se traduce en una lesión de los bienes protegidos por el mismo. Así para Beling, "...en toda antijuricidad, están unidos lo formal y lo material..."¹⁹⁴

En otro aspecto de la antijuricidad, debe tenerse presente que se "...discute muy frecuentemente la naturaleza objetiva o subjetiva de la antijuricidad, por lo que por "objetividad" o "subjetividad" se puede con ello connotarse por demás equivoco..."¹⁹⁵. Así Fernando Castellanos Tena determina que, "...el juicio de antijuricidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico casual; ello corresponde a la culpabilidad..."¹⁹⁶

Por su parte, Celestino Porte Petit opina al respecto que la "...antijuricidad es objetiva, y existe cuando una conducta o un hecho, violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse del elemento subjetivo de la culpabilidad, la circunstancia de que la antijuricidad tenga naturaleza objetiva, tan sólo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho..."¹⁹⁷

¹⁹⁴ Citado por Porte Petit, Celestino, Ob. Cit. Pág. 468.

¹⁹⁵ Ob. Cit. Zafaroni Eugenio, Raúl, Pág. 452.

¹⁹⁶ Ob. Cit. Pág. 176.

¹⁹⁷ Ob. Cit. Págs. 486 y 487.

En torno a este aspecto objetivo "...es preciso subrayar que no se especifica en un elemento material susceptible de percepción sensorial de igual naturaleza que la conducta; por el contrario, su existencia surge de un juicio de valoración de la conducta en relación con el orden jurídico-cultural, y por consiguiente, en relación a los valores..."¹⁰⁸

De lo anterior, se desprende que a la antijuricidad sólo le interesa la expresión de la conducta externa con relación a lo establecido en el precepto legal para la valoración de dicha conducta, pues los aspectos internos del sujeto son situaciones que se reservan para la culpabilidad.

Podemos concluir, que la antijuricidad como elemento del delito, es un concepto unitario de carácter objetivo, es decir, es el resultado de un juicio de valoración de la conducta típica que está en relación con la violación o lesión de un bien jurídico tutelado por el Estado, siempre que no este amparado por una causa de justificación.

De tal suerte, que en los delitos en estudio, la antijuricidad se presenta latente en todas las conductas realizadas, cuando se viola el bien jurídico tutelado por este precepto, que se traduce en la "protección del

¹⁰⁸ Ob. Cit. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal, Tomo I. Pág. 210.

patrimonio de las personas", toda vez que no existe en ellos una causa que justifique la conducta en cuestión.

3.5 CULPABILIDAD

Una vez que hemos analizado, tanto la conducta como la tipicidad y la antijuricidad, corresponde ahora entrar al estudio del cuarto elemento del delito denominado culpabilidad, pues como ya dejamos asentado en páginas anteriores, ninguno de los elementos antes mencionados representan por si solos una jerarquía de valores distintos porque es necesaria la concurrencia de todos ellos para la integración del hecho delictuoso.

Previamente al estudio de la culpabilidad, cabe señalar que para que un sujeto sea culpable antes debe ser imputable, de ahí que iniciemos nuestro estudio con la "imputabilidad".

Imputabilidad: En principio podemos decir, que respecto a su ubicación, doctrinariamente no ha habido unificación de criterios, de ahí que algunos autores consideren a la imputabilidad como un elemento del delito, como forma integrante de la culpabilidad o como presupuesto del delito o de la culpabilidad. Por nuestra parte hemos adoptado la teoría que coloca a la

imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad cuyos orígenes se basan en "...la corriente doctrinaria alemana que tiene como base sustentadora la formulación del juicio de reproche relativo a la culpabilidad en función de un hecho concreto del que se pretende responsabilizarse al autor de la conducta enjuiciada..."¹⁹⁹

Por lo que se refiere a la palabra imputabilidad, ésta "...significa "calidad de imputable", así como imputable es "que se puede imputar". Pero, cuando el Diccionario de la lengua española define lo que debe entenderse por imputar, dice: "atribuir a otro una culpa, delito o acción". Por lo demás, la evolución semántica en la esfera de las ciencias penales ha dado a este término el sentido de facultad o capacidad de un sujeto para que puedan serle atribuidos a sus actos como a su causa moral. (Responsabilidad moral)..."²⁰⁰

En cuanto a la definición de la imputabilidad, tenemos que Luis Jiménez de Azúa considera que es el "...presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente, -y sigue diciendo- lo primero indica

¹⁹⁹ Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Primera Parte. Edn. Trillas. México, 1977. Pág. 28.

²⁰⁰ Ob. Cit. Jiménez de Azúa, Luis. Tomo V. Pág. 80.

madurez y salud mentales, lo segundo, libre determinación; o sea posibilidad de inhibir los impulsos delictivos..."²⁰¹

Raúl Carrancá determina que "...será imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que se apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida social humana..."²⁰²

Fernando Castellanos estatuye que "...es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal..."²⁰³

Gustavo Labatut dice que "...es una aptitud, condición a capacidad personal el sujeto, determinados por ciertas calidades biológicas o psicológicas, permanentes o temporales..."²⁰⁴

Cesar A. Osorio estima que es "...la capacidad de entender y querer, consideradas dentro del ámbito del derecho penal. Como se aprecia, ésta capacidad tiene dos elementos: uno, intelectual referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza y otro de índole volitivo, es decir, desear un resultado..."²⁰⁵

²⁰¹ Ob. Cit. Pág. 86.

²⁰² Ob. Cit. Pág. 415.

²⁰³ Ob. Cit. Pág. 218.

²⁰⁴ Ob. Cit. Tomo I, Pág. 109.

²⁰⁵ Osorio y Nieto César A. Síntesis de Derecho Penal. Ed. Trillas, México, 1984. Pág. 62.

De la lectura de las anteriores definiciones, podemos inferir que todos los autores mencionados coinciden en la esencia de lo que debe entenderse por imputabilidad; así tenemos que un sujeto es imputable si al momento de la acción u omisión, reúne las condiciones psíquicas y biológicas requeridas por la ley, es decir, que posea la capacidad de entender pero además de ello, es necesario la libre determinación de sus actos, de manera que con esto posee la capacidad de querer el hecho para que le pueda ser imputable.

Como podemos observar, para que un sujeto sea imputable son requisitos necesarios poseer las condiciones biológicas representadas por la edad que marca la ley y las psicológicas, que constituyen la salud mental del sujeto y la libertad de dirigir su conducta hacia el hecho delictuoso.

La imputabilidad es una figura abstracta que representa el aspecto psicológico de la culpabilidad y cuyo estudio debe ser previo de la misma, porque para que un sujeto sea culpable primero necesita ser imputable, luego la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad.

Por lo que al fundamento de la imputabilidad se refiere, doctrinariamente se han seguido dos tendencias, que son a saber: la primera de ellas, sustentada por la Escuela Clásica cuyo principal exponente es

Francisco Carrascá, el cual al hablar del tema manifiesta "...No me ocupo de cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre..."²⁰⁶ estableciendo que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de manera que una no puede existir sin la otra, de ahí que el sujeto al tiempo de la acción deba tener capacidad de entender y querer, dando lugar a una responsabilidad penal, consecuencia de una moral; así la imputabilidad moral sólo tiene como condición que el hombre que fue causa material de un hecho, haya sido además su causa moral.²⁰⁷; y la segunda, sostenida por los deterministas que niegan el libre albedrío, fundamentándose "...en que si es verdad que el querer es el motor de la conducta, a su vez está determinado por otros motivos naturales, sociales e individuales..."²⁰⁸ y sostienen que "...el hombre que delinque está necesariamente sometido a un determinismo que le impiden las desgraciadas condiciones de su organismo y el conjunto de causas circundantes que impelen al delito, en medio de las cuales se encuentra abandonado..."²⁰⁹, de tal manera que el hombre ya no es responsable moralmente sino socialmente, pues al vivir en sociedad, está

²⁰⁶ Ob. Cit. Programa de Derecho Criminal. Pág.82.

²⁰⁷ Ibid. Págs. 34 y 35.

²⁰⁸ Ob. Cit. Carrascá y Trujillo, Raúl y Carrascá y Rivas, Raúl. Pág. 116

²⁰⁹ Ob. Cit. Vela Treviño, Sergio. Pág. 9.

relacionado, con ella e influido por el medio ambiente que lo hacen así responsable socialmente.

Una vez que ha quedado asentado lo que es la imputabilidad, ahora trataremos un caso que se presenta cuando una vez que el sujeto ha entendido y querido una acción antijurídica, se coloca en un estado de imputabilidad y en tales circunstancias se produce el resultado, siendo esa acción libre en su causa pero determinada en sus efectos, presentándose así las acciones libres en su causa en las cuales se ha considerado que existe responsabilidad porque el actuar fue entendido y querido independientemente del momento en el que se produjo, pues incluso se estima que el sujeto dolosamente se coloca en ese estado para producir el resultado y por tanto existe responsabilidad respecto de tal hecho.

CULPABILIDAD:

Dejando asentada la noción de imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, corresponde ahora determinar a ésta como el último elemento positivo del delito, pues no es suficiente que una conducta sea típica y antijurídica sino que además se requiere que sea culpable para que se pueda reprochar una conducta.

A la culpabilidad, Sergio Vela la concibe como "...el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable, haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento adecuado a la norma..."²¹⁰

Por su parte, Luis Jiménez la define como la "...reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica, fundado en el nexo espiritual que liga al sujeto con su acto..."²¹¹

Bettioli concibe a la culpabilidad, desde un punto de vista normativo, como "...un juicio de reproche personal por la perpetración de un hecho lesivo, de un interés penalmente protegido. Los elementos sobre los cuales se basa el juicio son, la capacidad de comprender y de querer, la voluntad del hecho, en los respectivos límites del dolo y de la culpa y la posibilidad de una motivación moral de la voluntad..."²¹²

Por culpabilidad para Luis Carlos Pérez, "...debe entenderse una relación psíquica entre el agente y su obra. Este vínculo entre lo que quiere hacer y lo que en realidad resulta, puede ser directo o indirecto, y aún referido a un no hacer, como ocurre en ciertas infracciones culposas, pero de todos modos el producto está vinculado con la acción antijurídica..."²¹³

²¹⁰ *Ibid.* Pág. 201.

²¹¹ *Ob. Cit. Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Pág. 86.

²¹² Citado por Pérez Luis, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, Edit. Temis, Bogotá Colombia, 1967, Tomo I.

²¹³ *Ibid.* Pág. 499.

Francisco Pavón considera que la culpabilidad "...supone un juicio de referencia y de valoración mediante el cual se determina que el autor del hecho típico y antijurídico lo ha ejecutado culpablemente..."²¹⁴

Zafaroni entiende a la culpabilidad como reprochabilidad esto es, "...el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochable jurídicamente a su autor..."²¹⁵

Ignacio Villalobos, dice que es "...el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por impotencia o desatención, nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos..."²¹⁶

En general, la culpabilidad como aspecto subjetivo del delito, es el juicio de reproche que vincula al sujeto con su conducta típica y antijurídica, es decir, con el aspecto material del ilícito, de tal manera que para que un sujeto sea culpable es necesaria la existencia de los siguientes elementos:

- a) Que el sujeto se encuentre en las condiciones psíquicas y biológicas necesarias al momento de realizar el acto.

²¹⁴ Citado por Jiménez Huerta Mariano. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 455.

²¹⁵ Ob. Cit. Pág. 506.

²¹⁶ Ob. Cit. Villalobos, Ignacio. Pág. 272.

b) Que se encuentre vinculado a su acción psicológicamente por su libre y consciente voluntad.

c) Que le pueda ser reprochada su conducta, regido dicho reproche por determinadas normas valorativas que han sido violadas.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la culpabilidad, se han elaborado dos teorías que son a saber:

1) Teoría Psicológica.- Para ésta, la culpabilidad "...se reduce a un problema de vinculación psíquica entre el sujeto y su acción punible, y todo el contenido de ella está representado según se trate de un delito o un casi delito..."²¹⁷ Esta teoría predominó propiamente en el siglo pasado en donde se consideraba al estudio de la culpabilidad en el de la psiquis del sujeto para determinar cual ha sido su conducta con relación al resultado objetivo, dejando toda valoración jurídica a la antijuricidad, siendo criticable esta teoría, porque al ser aplicada se encontraron "...varias dificultades

²¹⁷ Ibid. Pág. 109.

sistemáticas, entre las que podemos mencionar la impresión respecto de cuales son las relaciones psicológicas que tienen relevancia penal, la falta de explicación respecto a la ausencia de culpabilidad en los que en la relación psicológica existe (como en el estado de necesidad) y la imposibilidad de hallar un fundamento a la culpa inconsciente...²¹⁸

2) Teoría Normativa.- Para ésta teoría, la culpabilidad no se reduce a un aspecto "...puramente psicológico. Su contenido es un juicio de reprobación del acto respecto de su autor, que se funda en la exigibilidad de la conducta ordenada por la ley... la simple relación psicológica no basta para darle por establecida, si no es reprobatorio el juicio de valor que se emita sobre la motivación psíquica del acto ejecutado por la ley...²¹⁹, es decir, que requiere resolver de conformidad con la ley si se le puede ser reprochada dicha conducta. En esta teoría, existe una norma que

²¹⁸ Ob. Cit. Zaffaroni E., Raúl. Pág. 510.

²¹⁹ Ob. Cit. Labatut, Gustavo. Pág. 109.

exige determinada conducta y de cuya violación se fundamenta el juicio de reproche al sujeto capaz que ha obrado con dolo o con culpa.

En cuanto a la posición adoptada por la ley en vigor, algunos autores como Raúl Carrancá y Trujillo²²⁰ y Fernando Castellanos Tena²²¹ sostienen que el sistema seguido por nuestro Código es el psicológico, argumentado por fundamento para ello que el artículo 8º. se habla de "intención" (o DOLO, según las reformas al Código Penal publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 10 enero 1994.), la cual requiere solamente el estudio de la conducta del sujeto en relación con su resultado. Por su parte, Mariano Jiménez Huerta manifiesta que el sistema seguido por la legislación mexicana es el normativista porque si se siguiera el psicológico, no se podrían incluir determinadas situaciones de inculpabilidad marcadas por la ley, diferenciándose en que aquella se presenta no obstante el claro nexo psicológico entre el sujeto y la conducta típica y antijurídica a él reprochable.

En base a lo anterior, consideramos que en el Código en vigor se determinan tanto los aspectos psicológicos como los referentes a la norma,

²²⁰ Ob. Cit. Págs. 118 y 119.

²²¹ Ob. Cit. Pág. 235.

existiendo un vínculo entre la libre determinación del sujeto con su resultado por realizar un acto que viola el bien jurídico previamente establecido.

Entrando al estudio de las formas en que se exterioriza la culpabilidad, la ley establece las siguientes a decir:

1) DOLO.

2) CULPA.

De esta manera, cuando el sujeto tuvo un propósito determinado surgió la figura del dolo y si no hubo un deseo pero por negligencia se produjo un resultado, estaremos en presencia de la culpa.

Pasando al estudio de cada una de las formas en que se presenta la culpabilidad, iniciaremos por el dolo, el cual para Maurach "...es el querer, regido por el conocimiento de la realización del tipo objetivo..."²²²

Sergio Vela estima que "...cuando el autor de una conducta se representó el resultado de ella y encaminó su comportamiento hacia la producción del resultado o cuando menos lo aceptó como posible..."²²³

Luis Jiménez determina que, "...es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico, cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la

²²² Ob. Cit. Tomo I. Pág. 302.

²²³ Ob. Cit. Vela Treviño, Sergio. Pág. 211.

relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior, con conciencia de que quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto y con representación del resultado que se quiere, o consciente..."²²⁴

Luis Carlos Pérez considera que, "...es el conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho que rodean la descripción legal..."²²⁵

Por su parte, Fernando Castellanos Tena dice que "...consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico..."²²⁶

Gustavo Labatut estatuye que es "...la voluntad de realizar una acción cuyo resultado ilícito, previsto como seguro, probable o posible, es querido o al menos asentido por el sujeto..."²²⁷

En cuanto al Código Penal se refiere, éste lo define en su artículo 9º primer párrafo diciendo "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."²²⁸, además es

²²⁴ Ob. Cit. Tomo V. Pág. 417.

²²⁵ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 517.

²²⁶ Ob. Cit. Pág. 239.

²²⁷ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 111.

²²⁸ Código Penal para el D.F. en Materia de Fuero Común y para toda la República, en materia de Fuero Federal. México, 1994.

concebido en forma genérica como la intención que viene a constituir el aspecto psicológico conforme al cual el sujeto dirige su voluntad hacia un fin determinado que a la vez es querido por él mismo. Por otra parte, se requiere además que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, pues es suficiente que él esté consciente de que viola un deber que sabe perjudica a la sociedad, aún cuando no conozca en sí el contenido de la norma y no obstante, esto dirige su conducta hacia la producción del resultado.

En cuanto a los elementos que integran el dolo, doctrinariamente existen diversos criterios siendo los más aceptados los siguientes:

a) Elemento Intelectual.- Que se presenta en la mente del sujeto en tanto que conoce las circunstancias de hecho, aún cuando no conozca las de derecho que con su conducta viola la norma que le impone un deber de obrar o abstenerse, es decir, la conciencia de que actúa ilícitamente.

b) Elemento Volitivo.- Este elemento representa la voluntad del sujeto de la cual ya hemos hablado con anterioridad al tratar la conducta, en la cual tiene una acepción diferente a la que aquí se quiere significar,

pues la voluntad en el dolo se entiende "...como el contenido de intencionalidad de la conducta cuando le impone a ésta una dirección determinada que viene a ser la contraria a la norma y marcha hacia un resultado antijurídico..."²²⁹, de tal manera que además de la conciencia de que con su proceder viola un deber impuesto, es necesario que exista la intención dirigida hacia su producción.

Respecto a las especies de dolo, varios tratadistas han dado su clasificación del mismo pero aquí sólo veremos los más frecuentes, que son los siguientes:

DOLO DIRECTO.- En éste, el sujeto quiere la conducta y el resultado y lo produce, es decir, que la conducta "...cae sobre el fin y los medios... en que el autor quiere directamente la producción de sus resultados..."²³⁰

DOLO INDIRECTO.- En éste, el sujeto tiene un fin determinado pero sabe que para alcanzar dicho

²²⁹ Ob. Cit. Vela Treviño, Sergio. Pág. 221.

²³⁰ Ob. Cit. Zaroni E., Raúl. Pág. 295.

objeto, necesariamente resultarán otras consecuencias pero comprendiendo dicha situación no retrocede en su propósito y para alcanzar su logro, produce otro resultado en forma indirecta.

DOLO EVENTUAL.- En éste, el sujeto quiere un resultado pero conoce la posibilidad de producir otras consecuencias no deseadas y no obstante realiza su conducta esperando que éstas no se realicen.

DOLO INDETERMINADO.- Aquí el sujeto se propone delinquir sin la intención determinada de producir un resultado concreto.

Como segunda forma de culpabilidad, está la culpa a la que Miguel A. Cortes determina que se da en la conducta de "...quien sin prever el resultado, siendo previsible y evitable, o habiéndolo previsto confiando en que no ocurre, produce un daño típico penal..."²³¹

Para Luis Carlos Pérez, "...hay culpa cuando el agente previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto confió imprudencialmente en poder evitarlos..."²³²

²³¹ Ob. Cit. Pág. 224.

²³² Ob. Cit. Tomo I. Pág. 510.

Por su parte, Mezguer dice que es "...la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado..."²³³

Sergio Vela estatuye que es "...la forma de manifestación de la culpabilidad, mediante una conducta causalmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento..."²³⁴

La culpa está definida en el artículo 9º párrafo segundo al decir que "...obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales..."²³⁵

En conclusión, existe culpa cuando el sujeto actúa voluntaria y conscientemente previendo o no las circunstancias de su actuar, por no tomar las debidas precauciones produce un resultado lesivo no deseado, como consecuencia de su negligencia.

²³³ Ob. Cit. Carraced y Trujillo. Raúl. Pág. 439.

²³⁴ Ob. Cit. Pág. 245.

²³⁵ Ob. Cit. Código Penal. 1994.

En la culpa podemos distinguir dos especies, que son a saber:

CULPA CONSCIENTE: También denominada con representación o previsión, en ella el sujeto prevé la posibilidad de producir un resultado que no desea y tiene la esperanza de que no ocurra y se da.

CULPA INCONSCIENTE: Sin previsión o representación a la que también se le denominaba leve o levisima. En éste, el sujeto no prevé el resultado que es susceptible de ser previsto, pero por falta de precaución en el actuar produjo una consecuencia penalmente tipificada.

Podemos observar que los elementos que se presentan en la culpa

son:

- a) Una conducta que se manifiesta voluntariamente en forma positiva o negativa.
- b) Que no exista intención "dolo".
- c) La producción de un resultado típico no deseado que se pueda prever y evitar.

d) Que dicho resultado se deba a la imprudencia, negligencia o falta de cuidado por no tomar las precauciones necesarias.

Por otro lado, como un límite a la culpabilidad se puede presentar un supuesto en el que un sujeto sin intención ni imprudencia (dolo y culpa), con el cuidado debido por una acción imprevisible, produce consecuencias dañosas de su actuar, estando fuera de su alcance preverlas, de tal manera que cuando dicha consecuencia no pueda imputársele, estaremos en presencia de un caso "fortuito". El Código Penal incluye al caso fortuito dentro de las causas de exclusión del delito en su artículo 15 fracción X, que a la letra dice "el delito se excluye cuando, el resultado típico se produce por caso fortuito".

Para Fernando Castellanos Tena "...En el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de mera culpabilidad, en virtud de no ser previsible el resultado..."²⁵⁶

En tanto para Gustavo Labatut, son tres los elementos que integran al caso fortuito, que son a saber:

1.- Una conducta inicial lícita.

²⁵⁶ Ob. Cit. Pág. 221.

2.- La acción debe realizarse con la debida diligencia, y

3.- Que el mal sobrevenga por mero accidente.²³⁷

Responsabilidad.

La responsabilidad ha sido objeto de diversas interpretaciones; así hay quienes al hablar de responsabilidad, lo hacen como sinónimo de imputabilidad o culpabilidad; en otras ocasiones, como aquello que involucra las formas de aparición del delito con su consecuencia y en un concepto más, como el resultado de la violación a la ley. Al respecto, Ignacio Villalobos concibe que la "...responsabilidad es la relación entre el sujeto y el Estado, relación ésta última que puede tomarse en tres momentos: el relativo a la imputabilidad, que es sólo capacidad o potencialidad y entonces significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias; el que se refiere a la materia procesal, que se deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo y el correspondiente a la culpabilidad, que como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el delincuente y el Estado..."²³⁸

²³⁷ Ob. Cit. Tomo I. Pág. 125.

²³⁸ Ob. Cit. Pág. 280.

Luis Jiménez por su parte, determina que la responsabilidad "...es la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto (noción valorativa objetiva), del reproche de culpabilidad (noción normativa y subjetiva), y de la prohibición de la acción u omisión, típicamente descrita en la ley..."²³⁹

Para Enrique Pessina, la responsabilidad se presenta cuando en "...aquél en quien se presenta concentrada, como su propia causa, la esencia toda del hecho criminoso; aquél que quiere y realiza el delito, es el sujeto del mismo y el que debe responder de él ante la justicia penal..."²⁴⁰

Zaffaroni considera que la responsabilidad "...es el conjunto de caracteres del objeto que hacen que a un autor le sea reprochable..."²⁴¹

Por lo que hace a la responsabilidad penal, el Código no da una definición de la misma y únicamente menciona quienes incurren en ella por sus actos en el artículo 13, y señala un límite a la misma, estableciendo: artículo 13.- Son autores o partícipes del delito..."

La responsabilidad penal se presenta cuando el sujeto imputable realiza una conducta dañosa tipificada por la ley y por el cual debe responder ante el Estado, sufriendo las consecuencias de su actuar deficiente.

²³⁹ Ob. Cit. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Pág. 88.

²⁴⁰ Pessina, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, Edit. Reus, Madrid, 1936, Pág. 480.

²⁴¹ Ob. Cit. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Pág. 521.

En cuanto a la aplicación objetiva del estudio que antecede a los delitos que venimos analizando, tenemos que en los tres artículos en estudio, se requiere de un sujeto que tenga la capacidad de entender y querer el resultado que con su conducta provoca. La imputabilidad a la que nos hemos referido con anterioridad, justifica la valoración que permite vincular la conducta antijurídica y por ello típica, con el sujeto imputable mediante lo que es mencionado como juicio de reproche, determinando la participación en la comisión del delito y fundamentando la precisión del elemento de la culpabilidad que corresponde al respecto, las tres conductas en estudio se realizan por medio de dolo directo, excluyéndose en todas sus hipótesis de los artículos 367, 382 y 386, la presencia de culpa. De la situación planteada se complementa el Juicio de Reproche y por tanto queda justificada la responsabilidad penal.

Una vez que hemos analizado los elementos positivos del ilícito penal y que dejamos establecido que sólo cuando se integran todos y cada uno de ellos podemos hablar de que existe un delito, corresponde ahora entrar al estudio del aspecto negativo del mismo, donde únicamente analizaremos los elementos que tengan posibilidad de presentarse dentro del

delito de Robo, Fraude y Abuso de Confianza, impidiendo con su presencia que se integren los hechos delictuosos.

3.6 AUSENCIA DE CONDUCTA

Pasando al aspecto negativo de la conducta, atenderemos a su ausencia, la cual implica falta de integración en el delito por carecer de un elemento fundamental para la configuración del tipo penal, toda vez que la conducta depende del acto de voluntad sin el cual en la fase fundamental no existiría el ilícito penal, a pesar de las circunstancias que marca la ley.

Doctrinalmente se ha considerado como aspecto negativo de la conducta la llamada *bis absoluta* o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal, la cual al decir de Celestino Porte Petit se presenta "...cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una voluntad deducida de la violencia física humana e irresistible..."²⁴²

Por su parte Mariano Jiménez Huerta manifiesta "...tampoco existe señoría alguna de la voluntad cuando el hombre interviene como simple naturaleza muerta -y fuerza mayor- o como mero instrumento material -fuerza

²⁴² Ob. Cit. Pág. 406.

irresistible- interviene el hombre como simple naturaleza muerta, siempre que ocasiona un resultado lesivo a consecuencia de una violación exterior y absoluta producto de la fuerza ciega de la naturaleza..."²⁴³

Como podemos observar, la fuerza física exterior irresistible se presenta cuando el individuo por medio de una acción y en virtud de una fuerza que proviene del exterior realiza un comportamiento que no deriva de su libre voluntad, sino que está sujeto a la manipulación irresistible de que es objeto, de tal manera que no existe unión entre el elemento psicológico y su resultado.

Como segunda forma de presentación de la ausencia de conducta, tenemos la hipnosis como un aspecto determinante de ausencia de conducta, el cual al decir de Ignacio Villalobos "...deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una obediencia automática hacia el sugestionador..."²⁴⁴

Así mismo se ha considerado al sonambulismo como otra causa de ausencia de conducta y que a decir de lo antes mencionado, ésta no se integra por falta de "...una verdadera conciencia pues el sujeto se rige por

²⁴³ Jiménez Huerta, Maciano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I. 3ra. Ed. Porrúa, México 1980. Pág. 111.

²⁴⁴ Ob. Cit. Pág. 408.

imágenes de la subconsciencia provocada por sanciones exteriores o interiores y por estímulos somáticos o psíquicos..."²⁴⁵

Tanto en la hipótesis como en el sonambulismo no existe tampoco acto voluntario preciso para argumentar el concepto de conducta porque en ellos se presenta un estado psicológico en donde existe conciencia que permita dirigir la voluntad, de tal manera que para que exista ausencia de conducta, ésta no debe encontrarse vinculada con el elemento interno o volitivo en el momento de desarrollarse una acción u omisión.

Por lo que hace a la aplicación práctica del aspecto negativo de la conducta en los tipos penales motivo de nuestro estudio, es dable la presencia de la hipótesis de ausencia de conducta que hemos analizado, conforme a la fracción I del artículo 15 del Código Penal en cuanto habla de actividad o inactividad involuntaria, ya que con respecto al ROBO o ROBO de fámélico, podría darse éste bajo un estado de inconsciencia involuntaria; pero en lo tocante a los delitos de FRAUDE y ABUSO DE CONFIANZA, no es dable, ello en virtud de que la actividad desarrollada por el sujeto, activo del delito, que consiste precisamente en la conciencia de llevar a cabo

²⁴⁵ Idem.

maquinaciones o artificios para hacer caer en el engaño al pasivo o bien, la disposición de la cosa ajena mueble, es completamente dolosa.

3.7 ATIPICIDAD

La tipicidad considerada como la adecuación de todos los elementos integrantes del tipo cuya exigencia requiere el mismo, "...es el medio de que dispone la ley penal para delimitar el grupo de las acciones antijurídicas que son punibles. De modo que toda acción que no reúna las características contenidas en alguna de las figuras de la parte especial...",²⁴⁶ representa el aspecto negativo de la tipicidad.

La atipicidad ha sido definida por Celestino Porte Petit, como aquella que existe "...cuando no hay adecuación al tipo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito en la norma..."²⁴⁷

Zaffaroni por su parte, determina que hay atipicidad, "...cuando se pone en cuestión la existencia de algunos de los elementos del tipo..."²⁴⁸

Carlos Fontán considera que la "...ausencia de tipicidad puede resultar de que no concurra un elemento particular (específico) de la figura legal..."²⁴⁹

²⁴⁶ Ob. Cit. Fontán Balestra, Carlos. Tomo I. Pág. 59.

²⁴⁷ Ob. Cit. Pág. 175.

²⁴⁸ Ob. Cit. Pág. 393.

Luis Jiménez de Azúa menciona que no se puede dar la adecuación típica cuando "...falta alguno de los caracteres o elementos típicos..."²⁴⁹

Podemos concluir que la atipicidad como aspecto negativo de la tipicidad, se presenta por la ausencia de adecuación de la conducta al tipo legal, por la falta de alguno de los elementos que la integran porque aún cuando existe un tipo específico no hay adecuación al mismo, por no realizar la conducta bajo todas las condiciones establecidas por el mismo, de ahí que dependiendo del contenido del tipo, será la extensión de la atipicidad.

Así podemos ver que la atipicidad se puede presentar:

- a) Por falta de objeto jurídico o material.
- b) Por falta de elemento objetivo, es decir, por falta de la conducta o alguna de sus modalidades, que en el caso específico sólo se puede presentar la temporal.
- c) Por falta de algún elemento subjetivo o normativo.

A falta de cualquiera de las características mencionadas, "...nos hallaremos ante casos específicos de atipicidad y por ende, no se puede

²⁴⁹ Ob. Cit. Fontán Balestra, Carlos. Tomo I. Pág. 60

²⁵⁰ Ob. Cit. La Ley y el Delito. Pág. 263.

proceder contra el autor de la conducta en que los elementos del tipo faltan...²⁵¹

En cuanto a los tipos que nos ocupan, podemos observar lo siguiente:

a) Se presenta la ausencia de objeto jurídico cuando el bien jurídico tutelado, la continuidad de proteger la posesión o con la conducta realizada, no se viola la correcta administración de justicia, y,

b) Cuando se presenta el aspecto negativo de la tipicidad al no darse todos y cada uno de los elementos subjetivos o normativos que ya determinamos al realizar el estudio del tipo de los artículos que venimos analizando.

3.8 INCULPABILIDAD

Una vez que ha quedado determinado que para la existencia de culpabilidad se requiere de un sujeto que al momento de realizar su conducta, entienda y quiera el resultado que con ella surge, de manera que le

²⁵¹ Ob. Cit. Jiménez de Azúa, Luis. Pág. 263.

sea reprochable en virtud del nexo que existe entre éste y la conducta típica y antijurídica, que resulta de la violación a la obligación de conducirse conforme al derecho cuando deba y pueda hacerlo, se presenta como aspecto negativo la inculpabilidad cuando al sujeto imputable, no le sea exigible que actúe conforme a derecho cuando no tenga el deber de hacerlo o no puede cumplir con esa obligación. Al respecto, Sergio Vela estima que "...en los casos en que no es posible precisar la obligación de acatar el mandamiento de la norma porque el sujeto particular y respecto del hecho aislado no se le puede exigir normativamente ese comportamiento adecuado a la pretensión del derecho..."²⁵²

Por su parte, Mezguer manifiesta que "...no actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta de la exigida..."²⁵³

Ignacio Villalobos determina que "...Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por los cuales resulta humano, excusable o no punible, que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no

²⁵² Ob. Cit. Pág. 280.

²⁵³ Ibid. Pág. 285.

puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social...²⁵⁴

De lo expresado por los autores mencionados, se puede inferir que se ha considerado como un caso de inculpabilidad la situación en la que se coloca el sujeto, respecto de las circunstancias personales que lo rodean cuando, la ley impone un deber, en cuyo caso no le es exigible conducirse conforme a derecho, presentándose así la no exigibilidad de otra conducta. De ésta manera, se ve como la ley exime de responsabilidad a aquel sujeto que se encuentra en una situación en que no puede obrar conforme a lo establecido por la ley.

3.9 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito, en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a

²⁵⁴ Ob. Cit. Pág. 437.

derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de ilicitud, etc.

A las justificantes, generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, o mejor dicho, impeditivas de su configuración. Suelen catalogárseles bajo la denominación de causas excluyentes de responsabilidad, causas de incriminación, etc. Nuestro Código usa la expresión causas de exclusión del delito, comprendiendo varias de naturaleza diversa.

Raúl Carrancá y Trujillo, con innegable acierto, utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación. Indudablemente este nombre es tan adecuado como el empleado por el legislador (ahora con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de enero de año de mil novecientos noventa y cuatro), además de comprender todos los aspectos negativos del delito, al ser substituida la palabra circunstancias por causas, pues como muy bien dice Jiménez de Azúa, "circunstancia es aquello que está alrededor de un hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia."²⁵⁵

Las causas que excluyen la incriminación son: Ausencia de conducta, Atipicidad, Inculpabilidad y Causas de Justificación.²⁵⁶

²⁵⁵ Citado por Carrancá y Trujillo, Raúl. O. C. Cit. Tomo II. Pág. 16.

²⁵⁶ Ob. Cit. Castellanos Tenza, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 183, 184 y 189.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad.
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.
- f) Impedimento legítimo.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En el ROBO, el elemento central es la acción de apoderarse, que ha de entenderse como la extracción o remoción de la cosa de la esfera de poder, vigilancia o custodia en que se hallaba, para transferirla a la del autor del delito y se encuentra informada o presidida por un elemento especial subjetivo, que es el ánimo de ejercer de hecho sobre todas las facultades que al propietario competen de derecho, esto es, por el ánimo de conducirse respecto de la cosa como si fuese propia.

SEGUNDA: En el FRAUDE los elementos constitutivos son: UNA CONDUCTA FALAZ, que se rige por un extremo psíquico que consiste en determinar a otro, mediante engaños a realizar un acto de disposición patrimonial o a aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente, lo que se puede llevar a cabo poniendo en juego maquinaciones o artificios, o por el aprovechamiento del error que implica guardar silencio sobre las circunstancias de error en las que se encuentra la víctima a fin de obtener un beneficio de carácter patrimonial; UN ACTO DE DISPOSICIÓN, que se manifiesta dentro de la esencia del propio fraude, pues de suyo el agente pasivo hace voluntaria entrega al agente del delito de la cosa objeto del mismo, es decir, el engaño o aprovechamiento de error conduce al agente pasivo a efectuar un acto de disposición patrimonial en beneficio del agente

activo, que puede recaer sobre dinero, muebles, inmuebles, servicios, derechos, etc. y UN DAÑO O LUCRO PATRIMONIAL, que se manifiesta mediante una disminución apreciable en dinero del conjunto de valores económicos correspondientes a una persona con el propósito de hacerse ilícitamente de algo o de obtener un lucro indebido.

TERCERA: En lo tocante al ABUSO DE CONFIANZA, este delito se encuentra en su presupuesto que es la transmisión de la tenencia y no el dominio de la cosa ajena mueble cuando se ha transferido a otros su posesión corporal por cualquier motivo, toda vez que el Código Penal no especifica alguno en especial y es mantener que tal transmisión se acepte ya se tácita o expresamente por el sujeto activo del delito.

CUARTA: En la práctica judicial se llega a confundir el abuso de confianza con el robo y con el fraude; para delimitar éstas figuras típicas se ha establecido el criterio de que en el abuso de confianza el sujeto activo ya detenta la cosa ajena mueble y únicamente dispone de ella en perjuicio de alguien, en el robo el activo del delito se apodera, va hacia la cosa mueble y mientras en el fraude, la cosa va al activo, o sea, es entregada por el pasivo en virtud de la actividad engañosa del activo.

QUINTA: A través de la historia legislativa, se contempla que el robo, fraude y abuso de confianza, en esencia no han tenido variantes, a excepción del fraude que aparece en un tiempo con la denominación de Estafa, la cual fue criticada por los estudiosos del derecho, provocando con ello la rectificación de la denominación que debía tener el conjunto de elementos típicos que por estafa se entendían, cambiando por lo que en la actualidad conocemos como fraude.

SEXTA: Así se tiene que la descripción típica del delito de Robo contempla tres elementos; como elemento objetivo un presupuesto de la conducta activa contenida en la frase "el que se apodera de una cosa ajena mueble", aspectos éstos se hacen alusión a un objeto, dicha actividad se presenta en el momento de la ejecución del ilícito por el modo de obrar de una persona al momento del apoderamiento, pero como se puede ver, en lo relativo al elemento normativo, en esta frase participa junto con el objetivo de la integración de esta parte medular del tipo legal, puesto que la frase "cosa ajena mueble", es motivo de apreciación legal ya que se requiere de una valoración por el juzgador y esta la basará conforme a diversos preceptos jurídicos legales, esto es, la esencia y/o procedencia del objeto en cuestión; y como elemento subjetivo, se tiene que la acción descrita no se acompaña ni

por el derecho ni por el consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley, así se ve que éstos elementos subjetivos, que aunque no estén expresos en el tipo legal, se comprenden en este caso en el ánimo de lucro por parte del activo que se presenta inserto en el tipo.

SÉPTIMA: Así mismo, el Fraude se constituye por tres elementos, siendo el subjetivo el que se comprende en la frase "al que engañando a uno a aprovechándose del error", así se tiene que el engaño produce en el sujeto pasivo del delito una falsa concepción de la realidad y el aprovechamiento de error es el silencio que asume el sujeto activo respecto del concepto equivocado de la verdad por parte del pasivo, este elemento subjetivo se rige por un extremo psíquico consistente en determinar a otro, mediante engaños a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovechándose del error no rectificándolo oportunamente, implicando guardar silencio sobre las circunstancias de error en las que se encuentra la víctima a fin de obtener un beneficio de carácter patrimonial, elemento que participa junto con el normativo, toda vez que debe de existir una apreciación legal por el juzgador para saber el móvil del engaño o error en que se ha inducido al pasivo, así también se apuntará que en la frase "se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido" presupone un daño o perjuicio para el titular del

patrimonio afectado y se manifiesta mediante una disminución apreciable al conjunto de valores económicos correspondientes a una persona, radicando en ello el elemento objetivo de este tipo.

OCTAVA: En el Abuso de Confianza, se puntualiza como elemento objetivo lo contenido en la frase "disponer para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble" en donde la esencia de la conducta típicamente descrita consiste en que el sujeto activo del delito disponga del objeto material, esto es, que se apropie del mismo, elemento que actúa inmerso con el normativo, toda vez que la apreciación legal del juzgador radica en determinar la consistencia de la cosa ajena mueble de la que se dispuso indebidamente; así lo contenido en la frase "del que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio", resalta que el elemento subjetivo participa de igual forma con el normativo en la integración de esta parte del tipo legal, puesto que dicha conducta a la vez es motivo de apreciación legal, ya que su valoración jurisdiccional radica en la transmisión de la tenencia y no el dominio de la cosa ajena mueble cuando se ha transferido a otro su posesión corporal por cualquier motivo, toda vez que el Código Penal no especifica alguno en especial, sólo puede estimarse que se ha transmitido a este dicha tenencia cuando el poder de hecho que sobre ella obtiene lo ejerce con autonomía,

independencia y con ánimo de dueño y en éste ánimo recae el elemento subjetivo de este delito; finalmente, se observa que el elemento normativo participa en todo el tipo legal de este delito.

NOVENA: Los tipos penales en estudio son, Anormales: pues contienen valoraciones jurídicas o culturales, normativas o subjetivas; Fundamentales o Básicas: en lo relativo al Robo y al Fraude, pues de éstos tipos se pueden derivar otros como el robo en lugar cerrado y el fraude específico, no así el abuso de confianza pues éste es autónomo; así mismo, los tres tipos son Independientes: (autónomos) pues tiene vida propia y no dependen de otros tipos, y finalmente, estos tipos son de Daño: pues tutelan los bienes frente a su destrucción protegiendo el patrimonio de las personas en su posesión o disminución.

DÉCIMA: Los delitos en estudio están comprendidos dentro de los delitos continuados a los que hace mención el artículo 19 del Código Penal y la fracción III del artículo 7º del mismo ordenamiento legal, ello en virtud de la ausencia de concursos, ejemplificando a lo anterior el sujeto que va apoderándose poco a poco del contenido de azúcar de un costal hasta agotarla, los engaños y maquinaciones que día con día realiza el sujeto activo al pasivo para lograr su fin, esto en lo que concierne al robo y al fraude, no

así al abuso de confianza pues éste, al igual que los otros dos, son así mismo instantáneos, como los contemplados en la fracción I del artículo 7º del Código Penal pues pueden ser consumados en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos. (concursos)

DÉCIMA PRIMERA: Con la descripción de la conducta exigida para la configuración de los delitos de Robo, Fraude y Abuso de Confianza, se puede concluir que definitivamente estos delitos son acordes a la teoría finalista, ya que existe una finalidad en las conductas para un resultado determinado, y además, se encuentra que en éstos delitos la conducta se presenta en forma sencilla y uniforme, toda vez que para obtener el fin deseado, la acción se da por el sólo hecho del apoderamiento, del engaño o aprovechamiento del error en que se induce al pasivo para hacerse de la cosa o alcanzar el lucro indebido, y finalmente en el abuso de confianza, la conducta se traduce en la disposición del objeto material o apropiación del mismo; así, como los delitos en estudio son unisubjetivos pues para su consumación es suficiente la voluntad de un solo agente ya que es menester que la conducta del mismo tenga el propósito firme de delinquir, y el resultado en los delitos en estudio, se presenta en cada acción de las

planteadas en los artículos 367, 382 y 386 del Código Penal en los que están consagrados.

DÉCIMA SEGUNDA: El bien jurídico tutelado por los delitos en estudio, lo se encuentra en el interés de tutelar "El patrimonio de las personas" que se va a traducir en la POSESIÓN que se viola de lo que es el objeto o efecto del delito, es decir, de los bienes protegido en estos delitos patrimoniales, o dicho sea de otra forma, el objeto jurídico es el interés que protege la norma para que no se prive de la posesión de esos bienes, siendo el sujeto pasivo el titular del bien jurídico protegido.

DÉCIMA TERCERA: En lo tocante al objeto material, dentro de los tipos en estudio es la obtención de la cosa sobre la cual recae la lesión o acción delictuosa y se traduce en un beneficio lucrativo monetario o material de cosa tangible.

DÉCIMA CUARTA: Dentro de la conducta típica, ésta se presenta en el delito de Robo en forma instantánea, consumándose la acción con el apoderamiento de la cosa ajena mueble por el activo, así mismo este tipo puede ser continuado, como hicimos referencia con anterioridad, ejecutándose una pluralidad de conductas violando un mismo precepto legal,

teniendo con ello que la conducta típica puede presentarse en dos posibilidades.

DÉCIMA QUINTA: De igual forma, la conducta típica en el delito de Fraude se puede presentar tanto en forma instantánea como en forma continuada, esto es, en una sola ocasión o con pluralidad de conductas violando así un mismo precepto legal.

DÉCIMA SEXTA: En lo relacionado al Abuso de Confianza, su conducta puede tipificarse en forma instantáneas, pues para su consumación, basta la disposición que el activo ejerce sobre la cosa ajena mueble. No encontrando en ningún caso de estos tipos en estudio la posibilidad de que se presenten sus conductas en formas permanentes. (tipicidad)

DÉCIMA SÉPTIMA: Al hacer referencia a la antijuridicidad en el Robo, Fraude y Abuso de Confianza, ésta se presenta latente en todas las conductas realizadas cuando se viola el bien jurídico tutelado por estos preceptos, que se traduce en la "protección del patrimonio de las personas", toda vez que no existe en ellos una causa que justifique la conducta en cuestión.

DÉCIMA OCTAVA: En los tres artículos en estudio, se requiere de un sujeto que tenga la capacidad de entender y querer el resultado que con

su conducta provoca. La imputabilidad a la que se hizo referencia en este estudio, justifica la valoración que permite vincular la conducta antijurídica y por ello típica, con el sujeto imputable mediante lo que es mencionado como juicio de reproche, determinando la participación en la comisión del delito y fundamentando la precisión del elemento de la culpabilidad que corresponda al respecto, los cuales se realizan por medio de dolo directo, excluyéndose en todas sus hipótesis, la presencia de culpa.

BIBLIOGRAFÍA

- Arquibay Molina, José. *Derecho Penal*. Edit. Edier. Buenos Aires. 1972.
- Antolisei, Francisco. *La Acción y el Resultado en el Delito*. Traducido del italiano. Editorial Jca. Mexicana. México. 1959.
- Almaráz, José. *Exposición de Motivos al Código Penal de 1929*. Editorial Herrero. México. 1931.
- Carrara, Francisco. *Programa de Derecho Criminal*. Editorial Temis, Bogotá, 1971. Tomo I.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. México, *Leyes y Decretos, Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales. Código 1931*.
- Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. México 1993.
- Ceniceros, José Angel y Garrido Luis. *La Ley Penal Mexicana*. Editorial Botas. México 1934.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Edit. Heliasa. 17a. Edic. Tomo I
- Carnelutti, Francisco. *Principios del Procedimiento Penal*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971.

Cortes Ibarra, Miguel Angel. *Derecho Penal Mexicano*. Edit. Porrúa. México, 1971.

Cousiño Mc. Iver, Luis. *Derecho Penal Chileno*. Tomo I. Editorial Jca. de Chile. 1975.

Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. Edit. Nacional. Madrid. 1976.

De P. Moreno, Antonio. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I. Edit. Porrúa. México. 1968.

De Ibarrola, Antonio. *Cosas y Sucesiones*. Edit. Porrúa. México. 1986.

Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Talleres Gráficos Dalau, Buenos Aires. 1949. Tomo I.

García Ramírez, Sergio. *Derecho Penal*. Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1983.

González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos*. Editorial Porrúa. México. 1993.

Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I, Parte Especial. Editorial Porrúa. México. 1980.

Jiménez Huerta, Mariano. *La Tipicidad*. Editorial Porrúa. México. 1955.

Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo IV. "La Tutela Penal del Patrimonio". Editorial Porrúa. México. 1980.

Labatut Glens, Gustavo. *Derecho Penal*. Edit. Jurídica de Chile. 7a. Edic.
1976. Tomo I.

Maggiore, Guiseppe. *Derecho Penal*. Tomo I. Edit. Temis. Bogotá, 1954.

Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Vol.I. Ediciones Ariel.

Mezguer, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Rev. de Derecho
Privado Traducido de la 2da. Edición Alemana. Madrid, 1935.
Tomo II.

Porte Petit, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*.
Edit. Porrúa. México, 1977

Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal*. Edit. Porrúa.
México. 1967.

Pérez, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Temis. Bogotá, 1967.
Tomo I.

Pessina, Enrique. *Elementos de Derecho Penal*. Edit. Reús. Madrid. 1936.

Rosas Romero, Sergio. *Consideraciones Jurídicas en torno al Corpus Delicti*.
Edit. UNAM, E.N.E.P., Aragón.

Roxin, Claus. *Teoría del Tipo Penal*. Edit. Palma. Buenos Aires, 1979.

Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Vol. 2. Tipografía Editora. Buenos
Aires, 1963.

- Trujillo Campos, Jesús Gonzalo. *La Relación Material de Causalidad en el Delito*. Edit. Porrúa. México. 1975.
- Vela Treviño, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Primera Parte. Edit. Trillas. México, 1977.
- Villalobos, Ignacio. *Dinámica del Delito*. Edit. Jus. México. 1955.
- Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México. 1963.
- Von Litz, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido de la 20a. Edic. Alemana. Edit. Reús. S. A. Madrid, 1927. Tomo II.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Teoría del Delito*. Editorial Edier, Buenos Aires. 1973.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Código Penal de 1871.
- Código Penal de 1929.
- Código Penal de 1931.
- Código Penal 1944. (Vigente)
- Reformas al Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1931 a 1991. Cuadernillos 1, 2 y 3 (Compilación de Leyes de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.)

ENCICLOPEDIAS CONSULTADA

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XX. Edit. Driskil. S.A.

Buenos Aires. 1978.