555
2ej

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

*FACULTAD DE DERECHO*

## EL DELITO DE DEFRAUDACION FISCAL

### ESTUDIO DEL ART. 109-V DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION COMO TIPO PENAL

# TESIS

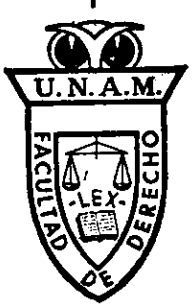
QUE PARA OBTENER LA

## LICENCIATURA EN DERECHO

PRESENTA

**DEMETRIO LEONÍDES PACHECO RUEDA**

*ASESOR: DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA*




258391

NOVIEMBRE, 1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.
P r e s e n t e.

Estimado Maestro:

El pasante de Derecho señor DEMETRIO LEONIDES PACHECO RUEDA, ha elaborado su trabajo de tesis denominado: "EL DELITO DE DEFRAUDACION FISCAL. ESTUDIO DEL ART. 109-V DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION COMO TIPO PENAL", bajo mi dirección.

En mi concepto mencionado ensayo reune los requisitos estatutarios para el examen correspondiente, por lo que, salvo su mejor opinión, ruego a usted expedir el oficio para que se imprima el mismo y se pueda continar con los trámites de rigor, pues ya he manifestado que merece la aprobación

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPRITU"
Ciudad Universitaria, a 24 de noviembre de 1996.

DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA

PSH/gs.

VNIVERSIDAD NACIONAL
AVTONOMA DE
MEXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

CD. Universitaria, a 26 de noviembre de 1997.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E .

EL C. DEMETRIO LEONIDES PACHECO RUEDA, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del Dr. PEDRO HERNANDEZ SILVA, su tesis profesional intitulada " EL DELITO DE DEFRAUDACION FISCAL. ESTUDIO DEL ART. 109-V DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION COMO TIPO PENAL", con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del reglamento de seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

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

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS

A mi padre Don José Carlos Pacheco Camacho, con fervor.

A mi madre Sra. Luz Rueda de Pacheco, con amor.

A mi querida abuela Soledad Quiroz.

A los fisicamente ausentes César Eduardo Pacheco Rueda, mi hermano,

a Don Ismael Pacheco Campos, a Sofia Camacho de Pacheco

y a Don Demetrio Rueda V.

A mis hermanas y hermanos

Ismael, Sofia, Carlos, Luz, César E.(+), Juan.

A mis sobrinos y sobrinas

J. Antonio, Paulina, Carlos A., Guadalupe, Karla,

Sofia, Luz, María, Juan, Jesús, César, Ismael, Mariel.

# *LISTA DE ABREVIATURAS*

| | |
|---|---|
| CC | Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia federal. |
| CFF | Código Fiscal de la Federación vigente. |
| CP | Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia federal. |
| CPEUM | Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. |
| DOF | Diario Oficial de la Federación. |

# *Í N D I C E*

**LISTA DE ABREVIATURAS**

**INTRODUCCIÓN**

***CAPITULO PRIMERO***
**GENERALIDADES**

*SECCIÓN PRIMERA*
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO

1. LAS SOCIEDADES ARCAICAS.
    A. La norma como conciencia colectiva.
2. GRECIA.
    A. Albores de la codificación penal.
3. ROMA.
    A. Fuentes.
    B. Delitos públicos y delitos privados.
    C. Las XII tablas.
    D. El delito y la obligación en el derecho romano.
4. EDAD MEDIA.
    A. La responsabilidad y el daño.
    B. Categorías que aparecen definidas en el derecho de la Alta Edad Media.
5. EL RENACIMIENTO.
    A. Las Universidades.
    B. Razón y religión.
6. LA ILUSTRACIÓN.
    A. El análisis como fuente de conocimiento.
    B. El reducto español.
7. LAS ESCUELAS PENALES.
    A. Escuela clásica.
    B. Escuela positivista.
    C. Corrientes eclécticas.

*SECCIÓN SEGUNDA*
II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO

8. DELITO Y VALORES SOCIALES.

8. DELITO Y VALORES SOCIALES.

A. El delito como instrumento del poder.

B. Concepto jurídico.

9. ORDEN NORMATIVO Y CONTROL SOCIAL.

A. El Estado y las instituciones jurídicas.

*SECCIÓN TERCERA*

III. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

10. LA LEY COMO FUNDAMENTO DEL ORDENAMIENTO PENAL.

11. DOGMÁTICA Y HERMENÉUTICA JURÍDICA.

A. La interpretación de la ley.

B. La dogmática penal.

*SECCIÓN CUARTA*

IV. ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

12. ELEMENTOS DEL DELITO.

A. Actividad-falta de acción.

a) acción.

b) omisión.

B. Tipicidad-Atipicidad.

C. Antijuridicidad-Causas de justificación.

D. Imputabilidad-Inimputabilidad.

E. Culpabilidad-Inculpabilidad.

F. Condicionalidad objetiva-Falta de condición objetiva.

G. Punibilidad-Excusas absolutorias.

13. TEORÍA FINALISTA DE HANS WELZEL.

A. Tipicidad.

a) objetiva.

b) subjetiva.

B. Antijuridicidad.

a) material.

b) formal.

C. Culpabilidad o reprochabilidad.

a) imputabilidad.

b) conocimiento de la antijuricidad.

c) exigibilidad de un comportamiento diverso a la norma.

d) elementos de prueba.

## *CAPITULO SEGUNDO*
## DELITO, PENA Y DELINCUENTE

*SECCIÓN PRIMERA*
V. CONCEPTO SUSTANCIAL DE DELITO

14. DELITO Y SISTEMAS NORMATIVOS.
15. DEFINICIÓN SUSTANCIAL DE DELITO.

*SECCIÓN SEGUNDA*
VI. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

PENA

16. CONCEPTO GENÉRICO.
17. NATURALEZA JURÍDICA.
    A. Corrientes doctrinales.
        a) Absolutas.
        b) Mixtas.
        c) Escuelas.
    B. Aspectos.
        a) Personal o individual.
        b) Estatal.
18. LA INDIVIDUALIZACIÓN.
    A. Sistemas.
19. FINES.
        a) Intimidatoria.
        b) Ejemplar.
        c) Correctiva.
        d) Justa.
20. CLASIFICACIÓN.
    A. Por su aplicación.
        a) Principales
        b) Complementarias.
        c) Accesorias.
    B. Por su fin.
        a) Intimidatorias.
        b) Correctivas.
        c) Eliminatorias.

d) Por el bien jurídico afectado.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

21. ANTECEDENTES.
22. NATURALEZA JURÍDICA.
23. CLASIFICACIÓN.

TEORÍA DE LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

24. TEORÍA DE LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.
    A. Penología.
    B. Principios.
25. LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO MEXICANO.

*SECCIÓN TERCERA*
VII. EL DELINCUENTE

26. NATURALEZA JURÍDICA.
27. CONCEPTO SOCIOLÓGICO DEL DELINCUENTE.
28. BREVE REFERENCIA EN TORNO A LA IMPUTABILIDAD.
29. ANTROPOLOGÍA SOCIAL.
30. TEORÍAS PSICOLÓGICAS.

## *CAPITULO TERCERO*
## VIII. EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EQUIPARABLE

31. BREVE REFERENCIA AL FRAUDE GENÉRICO TIPIFICADO EN EL C.P.

A. Concepto.

B. Elementos.

a) Engaño.

b) Error.

32. DEFRAUDACIÓN FISCAL.

A. Antecedentes.

B. Sujetos activo y pasivo.

33. EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EQUIPARABLE.

A. Antecedentes.

B. Defraudación fiscal propia y "equiparable".

C. Errónea equiparación del Art. 109-V del CFF con el fraude fiscal en sentido estricto previsto en el Art. 108 del CFF.

D. Crítica a su tipificación en el artículo Art. 109-V del CFF.

a) Concepto y antecedentes.

E. Clasificación.

a) En orden a la conducta.

b) En orden al resultado.

## *CAPITULO CUARTO*
## IX. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EQUIPARABLE

34. LA CONDUCTA.

    A. El nexo causal y su aspecto negativo.

35. LA TIPICIDAD.

36. LA ANTIJURICIDAD.

    A. El bien jurídicamente tutelado.

37. LA IMPUTABILIDAD.

    A. Su aspecto negativo.

38. CULPABILIDAD.

    A. Culpa.

    B. Dolo.

        a) Elementos.

        b) Especies.

        c) Su necesaria comprobación.

        d) Crítica al texto del Art. 109-V del CFF.

    C. Aspecto negativo.

39. PUNIBILIDAD.

## *CAPITULO QUINTO*
## X. CONSIDERACIONES PERSONALES

40. NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN FISCAL.

41. OMISIÓN DEL PAGO DE CONTRIBUCIONES.

A. Naturaleza.

a) Penal.

b) Civil.

c) Administrativa.

42. EL ART. 109-V DEL CFF COMO TIPO PENAL.

A. Consideración a su gravedad.

B. Garantías constitucionales del inculpado.

a) Libertad provisional.

b) El Art. 92 del CFF.

**CONCLUSIONES**

**FUENTES CONSULTADAS**

# *I N T R O D U C C I Ó N*

El concepto de prohibición evoluciona junto con intereses que desde la Antigüedad han revestido importancia para determinadas personas en un momento histórico concreto.

El ingenio o inventiva humana han dado origen a escuelas, instituciones políticas y creaciones jurídicas como el concepto delito. Los estudiosos de la ciencia del derecho han intentado captar o entender los fenómenos de su vida cotidiana a efecto de concebir manifestaciones jurídicas que permitan ordenar la conducta humana.

El delito como resultante de la lógica jurídica, reviste o engloba características que lo materializan o exteriorizan. Se discute constantemente sobre la importancia de cada uno de estos elementos que según algunos tratadistas debe contener el concepto jurídico de delito. Sin embargo, existe la opinión de que sencillamente una conducta se considera como ilícita por estar en contraposición con los intereses del grupo que detenta o ejerce el poder del Estado, sin importar (o siendo de poca monta) si dicha conducta es antisocial o contiene ingredientes delictivos.

Así, el delito y la pena que en ocasiones éste acarrea, son consecuencia de la importancia de tutelar bienes o intereses que se consideran valiosos para conservar el orden social, la vida en común y porque no, el poder.

Ordinariamente los ilícitos se encuentran tipificados en el CP. De estos derivan o se desprenden otros delitos que contienen leyes diversas al CP, conocidos como tipos o delitos especiales.

El delito de defraudación fiscal tipificado actualmente en el a. 108 del CFF aparece en nuestro Derecho administrativo en fechas relativamente recientes. Con

anterioridad a su tipificación como delito especial, el Estado procedía contra el contribuyente fundándose en el fraude genérico contenido en el CP.

El concepto vigente de defraudación fiscal se estableció a fines de la década de los años 60. El tipo penal establecido en el CFF en su a. 108 contiene los elementos esenciales del fraude como son: el acto de disposición, el engaño, el error y la obtención de un lucro indebido.

Paralelamente al delito de defraudación fiscal del a.108 del CFF se tipificó en el a. 109 del CFF la hipótesis (que aunque el legislador en rigor no la denominó como tal) equiparable. El referido a. 109 del CFF ha sido objeto de diversas adiciones o reformas entre la que destaca la más reciente, materia del presente estudio.

Esta reforma señalada, del año de 1990, agregó la fracción "V" al multicitado a. 109 del CFF, y en la misma, dejando de lado las características o ingredientes que debe contener el fraude para considerarlo como tal, o bien para equipararse con éste castiga con pena privativa de libertad el dejar de pagar contribuciones omitiendo su declaración correspondiente.

Sancionar con pena "corporal" una obligación del particular frente al Estado no debe acarrear consecuencias que rebasen el ámbito patrimonial de los ciudadanos. El CFF preve procedimientos para garantizar el interés del Fisco con el fin de asegurar el pago de contribuciones.

La omisión en el pago de contribuciones no significa que se deba dar un tratamiento de delincuentes a los contribuyentes morosos. El Estado, a través de sus funcionarios facultados para ello deben comprobar la existencia de un dolo o de "mala fe" (con mayor precisión mala intención) del contribuyente, para en consecuencia instaurar un procedimiento administrativo de ejecución sobre el patrimonio del ciudadano moroso.

La intimidación y una política fiscal que utiliza el terror servirá probablemente para proveer de más fondos o recursos al Estado (como lo vimos muy recientemente con el terrorismo fiscal usado para el pago de tenencias de vehículos en el D.F.) para que éste desempeñe sus funciones; sin embargo la desconfianza, el malestar y la inseguridad jurídica del ciudadano serán elementos constantes en la relación gobierno-gobernado.

# CAPITULO PRIMERO
# GENERALIDADES

## *SECCIÓN PRIMERA*
## I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO

### 1. LAS SOCIEDADES ARCAICAS.

#### A. La norma como conciencia colectiva.

En los grupos arcaicos, la cooperación ocupa un lugar preponderante, es la fuerza que llevará a la colectividad a cazar, protegerse y en alguna medida, a subsistir. Concebir al ser humano como individuo y autosuficiente, es aún más difícil que en la actualidad.

La suerte del individuo está sujeta o determinada por el grupo social en el que se encuentra inmerso o pertenece; está ligado a éste y no varía demasiado a la de sus semejantes.

Al estudiar la evolución de los pueblos prehistóricos, podemos caracterizar al derecho primitivo como un orden de conducta elaborado espontánea, instintiva e inconscientemente.

En rigor, el ser humano primitivo no elaboró conscientemente una lógica normativa, aunque la idea de un comportamiento encaminado a fines valiosos se encontraba ya presente en diferenciar lo bueno de lo malo, aunque confundidos tales conceptos con las nociones de lo prohibido y permitido por la divinidad que se encontraba materializada por las fuerzas perceptibles de la naturaleza.

Los primeros ordenadores de la conducta humana surgieron a partir de fenómenos mágico-religiosos como el hechizo (mandatos) y las prohibiciones (tabú),

motivo por el cual la violación de una norma era independiente de toda conciencia o voluntad, resultando no individual y que acarrearía por tanto la desgracia colectiva.[1]

Existe predominantemente la opinión de que la primera forma de convivencia social ha sido la horda, que es una agregación promiscua de individuos regulada por normas poco estables; en este grupo existía inestabilidad normativa originada por el carácter nómada y las consecuentes migraciones.

El matriarcado parece haber sido la primera forma de organización estable aunque cuando el régimen familiar adquiere cierta entidad jurídica es cuando el padre se convierte en jefe de la familia y centro de la vida social.

Este régimen fundado en vínculos de sangre y una descendencia común constituye la forma de organización política más rudimentaria que dará origen al grupo gentilicio o clan constituido por familias con un ascendiente común.

La organización jurídica continua fundándose en la religión como una consciencia colectiva, aunque comenzándose a orientar hacia fines sociales de cooperación, donde la exigencia de actuar tiene un significado moral.

La idea de justicia aceptada por la comunidad se instituye como reacción, donde la venganza de sangre es concebida como sanción jurídica.

Malinowsky intenta probar que en las sociedades arcaicas en las que se ha negado la existencia de un orden jurídico plenamente determinado, no sólo ha habido un conjunto de reglas sino aun entre los miembros de la agrupación se hallaba la conciencia de que estas normas eran necesarias y era preciso cumplirlas. Tal autor trata de comprobar que en estas sociedades el concepto de ley no estaba ausente y por sencillo que este pudiera ser su infracción acarreaba castigo.[2]

---

[1] ***Enciclopedia Jurídica Omeba***, Tomo XIV, pp. 90-91.
[2] ***Ibíd.***, pp. 97-98.

El concepto de delito evolucionó en relación al desenvolvimiento social, a la experiencia cotidiana del grupo en general. Así, se protegen valores que se consideran importantes para la subsistencia de la agrupación.

## 2. GRECIA.

### A. Albores de codificación penal.

Los primeros centros urbanos de la Hélade deben su origen a la actividad de pueblos agricultores y ganaderos, entre los cuales había sólo rudimentos de organización jurídica.

Los espartanos dominaron todo el valle de Eurotas, destruyendo poblados y repartiéndose las tierras conquistadas. Tal dominación tuvo su eje en la organización militar.

La evolución jurídico-política de Esparta se constituyó en un doble sistema monárquico, pues existían dos autoridades reales simultáneas (Agiades y los Eurípontides). Tal evolución fue más compleja en Atenas, donde existía una forma de gobierno monárquico y organizada bajo el régimen patriarcal.

La autoridad del rey fue suplantada por un jefe del ejército (polemarco), un administrador civil (arconte) y los tesmotetas o magistrados, reduciéndose las funciones del soberano a actividades religiosas y honoríficas.

En esta situación, el Estado se desentendió de la función represiva dejando al individuo ofendido la posibilidad de vengarse, lo cual originó injusticias.

Se atribuye a Dracón la primera codificación penal, estructurada en el principio del Talión. Fue introducida junto con esta corriente reformadora el concepto de responsabilidad de los funcionarios que incurrieran en delitos durante su función.

Al senado le fueron devueltos poderes jurisdiccionales como el control y vigilancia de los magistrados, juzgamiento de delitos contra el Estado y el cuidado de la moral pública.

Esparta y Atenas, al igual que otros estados griegos coexistieron con sistemas jurídicos propios e independientes.

El pensamiento pitagórico demuestra un marcado interés por los problemas de la vida humana; centraba su especulación en relaciones matemáticas, tal especulación abarcaba incluso la idea de justicia. En esta escuela, el orden social se rige por relaciones de armonía y regularidad, entre igualdad de dos actos: entre el delito y su reparación. Aristóteles desarrollará este mismo concepto.

En Grecia, el delito era considerado como una imposición fatal del destino. Dracón distinguió entre los delitos públicos y privados que más tarde Roma habría de recoger. Platón concibió al delito como una enfermedad.

3. ROMA.

A. Fuentes.

En las fuentes romanas -nos dice Jiménez de Asúa- se aceptaron estas expresiones: *scelus, fraus, maleficium, flagitum, peccatum, probum, delictum, crimen*, predominando las dos últimas.

*Delicto o delictum* del verbo *delinquere* significa "desviarse", "resbalar", "abandonar", cometer una falta y crimen del griego *cerno* y *iudio* en latín.

En cuanto al desarrollo de las palabras delicto y crimen en el derecho romano, Bimbaum afirma que crimen significó el delito grave castigado por el Estado mientras que la palabra delicto supuso el hecho que daba lugar a un simple juicio penal pretorio.

En opinión de Albertario, durante toda la época clásica delictum significó el acto ilícito fuente de obligaciones, penado por el *ius civile* con pena privada y crimen era el acto ilícito castigado con pena pública.

B. Delitos públicos y delitos privados.

En Roma, los delitos se dividían en públicos y privados.

a) delitos públicos. dan lugar a la instancia penal o criminal (publicum judicium); se configuran por hechos que atacan a la seguridad general, por lo que cualquier ciudadano tiene derecho para intentar su persecución.

b) delitos privados: en éstos, una persona sufre lesión en sus derechos y le corresponde a ella la persecución; da lugar a la privatum judicium, instancia semejante a procesos del orden civil; se les consideran actos que atacan el honor o los bienes de una persona y son: el hurto, rapiña, daño material, la injuria, entre otros.[3]

Si el hecho dañino no era previsto por la ley, surgían las obligaciones producidas "como por un delito", es decir, se consideran actos que sin ser delitos debían reprenderse, por ejemplo el juez que hacía suyo un pleito, la suspensión de objetos en las ventanas que daban a la parte exterior de la casa, etc.[4]

C. Las XII Tablas.

El derecho penal de las XII tablas estaba acorde con una comunidad de modestas proporciones y carácter rural.

A medida que crecieron los centros urbanos, el crecimiento del proletariado y de los contingentes de esclavos, aumentó la criminalidad, por lo que fueron necesarias medidas para mantener la seguridad pública por ejemplo estableciendo

---

[3] J. Ignacio Morales, ***Derecho Romano***, p. 247.
[4] ***Ibid.***, p. 248.

sanciones más severas para los transgresores del orden; para el ladrón infraganti se estableció la pena de muerte.

Surgió la llamada justicia policial contra delincuentes violentos, incendiarios, envenenadores y ladrones; esta justicia policial correspondía al pretor urbano como titular del imperium jurisdiccional.[5]

D. El delito y la obligación en el derecho romano.

Martha Morineau nos dice que el delito se consideraba como el hecho humano contrario al derecho y castigado por la ley; se consideraba junto con el contrato una fuente de obligaciones (Gayo 3,8 Instituciones) y traerán como consecuencia la obligación de reparar el perjuicio ocasionado.[6]

El derecho penal reconocía como base el concepto de obligación moral, una obligación cuya observancia prescribe el Estado; es una ley penal donde la inobservancia de sus preceptos dará vida al delito. El delito se borra por la pena, con lo que se restaura el orden público.[7]

En el derecho penal son un todo, las obligaciones morales del hombre frente al estado y por otro lado sus obligaciones morales frente a otros seres humanos; la violación de algún precepto penal que se verificaba ante los comicios y el magistrado pertenecía al derecho público y el procedimiento ante el jurado para conocer delitos, pertenecía al derecho privado.[8]

Delito y pena son principios jurídicos comunes que se complementan. El delito en general se designó con una sola denominación; con independencia de ubicarse dentro de los comprendidos en el derecho público o en el derecho privado, ésta

---

[5] Wolfgang Kunkel. ***Historia del Derecho Romano***, pp. 71-72.
[6] Martha Morineau Iduarte y Román Iglesias González. ***Derecho Romano***, pp. 146-147.
[7] Teodoro Mommsen. ***Derecho Penal Romano***, p. 3.
[8] ***Ibid.***, p. 4.

denominación fue la de noxa o noxia, que significaba daño y por lo tanto abarcaba delitos de ambas esferas.[9]

El término correlativo de delito es el de su retribución ordenaba por el estado, es decir, la pena.[10]

En el derecho penal romano no existieron desde un principio voces adecuadas para designar al delito y la pena en general; en tiempos posteriores se utilizaron de manera general los términos poena y crimen o delictum respectivamente.[11]

4. EDAD MEDIA.

A. La responsabilidad y el daño.

El elemento objetivo identificado con el daño, desempeña una función preponderante para la determinación del concepto de delito en los sistemas penales escasamente desarrollados; el hecho externo, el que se exterioriza y puede ser observado por los órganos sensoriales, se liga a la responsabilidad, que será una responsabilidad por el resultado, que se considera expresión de la voluntad criminal, la voluntad nociva; estas ideas aparecen en la Edad Media como residuos de momentos jurídicos anteriores, pero que este periodo histórico carecen de real y efectiva aplicación.

La responsabilidad se excluye en casos típicamente fortuitos, "no debe pagarse por las muertes que no ocasionó la mano del hombre" ordenaba una máxima.

Las fuentes de la Edad Media presentan la responsabilidad por el resultado como un estado jurídico superado ampliamente; el elemento subjetivo empieza a

---

[9] *Ibíd.*, p. 8.
[10] *Ibíd.*, p. 6.
[11] *Ibíd.*, p. 10.

adquirir importancia decisiva para la configuración del delito y se da mayor importancia a la voluntad del autor, a sus móviles para obrar.

Los elementos subjetivos originan circunstancias atenuantes o agravantes, tanto en la calificación de grave del delito o en agravar las penas que se imponían al autor, es decir, las atenuantes operan en circunstancias donde no se presume o compruebe la acción plenamente voluntarias.[12]

B. Categorías que aparecen definidas en el Derecho de la Alta Edad Media.

Diversas son las categorías que aparecieron definidas en el derecho de la Alta Edad Media, entre las que podemos mencionar:

a) delitos que originan la ruptura de la paz. La paz tiene una gran importancia en este ordenamiento jurídico, sobre ésta descansa el sistema penal. Este tipo de delitos eran especialmente graves y su castigo era no sólo una facultad sino un deber que podría ser incluso la muerte y su ejecución correspondía a la comunidad de que el autor formaba parte en esta categoría aparecía la traición.

b) delitos que originan la pérdida parcial de la paz. A estos ilícitos que originan un quebranto parcial de la paz, tenían un efecto limitado, enlazaban al autor del delito respecto a cierto número de personas; la parte ofendida podía llevar a cabo con legitimo derecho la venganza de sangre. En esta categoría encontramos delitos como el homicidio y las ofensas graves al honor.

c) delitos con sanciones meramente pecuniarias. Dentro de esta categoría se incluyó ilícitos en los que la ruptura de la paz resultaba de excesiva trascendencia, no estaba del todo justificada y podría aparecer rigorista y para ellos se recurrió a la aplicación de penas de menor entidad.[13]

---

[12] José Orlandis. "Sobre el concepto de delito en el Derecho Penal en la Edad Media" en ***Anuario de Historia del Derecho Español***, pp. 112-122.
[13] ***Ibid.***, pp. 123-139.

Las palabras crimen y delictum se usaron técnicamente en el derecho penal de la Edad Media y en la práctica forense se dio a la primera el significado de delito grave y a la segunda de delito leve. Es a partir del Código francés de 1810 que los códigos han hecho uso diferenciado de las expresiones crimen y delito. En lengua castellana se emplea la expresión delito y crimen (aunque no de manera técnica) se utiliza como sinónimo de delito grave.

## 5. EL RENACIMIENTO.

### A. Las Universidades.

Cuando la Edad Media occidental todavía está dividida en feudos y comienza a dividirse en Estados, no por ello deja la cristiandad de constituir una esfera cultural en la que circulan corrientes artísticas transeuropeas como el romántico. El clero se comunica con la única lengua cultural reconocida: el latín, que se practicará hasta el siglo XVII, fundamentalmente en la filosofía.

En el siglo XIII aparecen importantes focos de cultura: las universidades. Se trata de una contribución original de la cristiandad medieval a la cultura, (aún cuando allí se excomulgue y condene y a pesar de que a partir del siglo XVII el pensamiento, la ciencia, la investigación se practiquen con mayor frecuencia fuera de la Universidad.

A partir del Renacimiento se forman y abalanzan grandes olas que trascenderán los límites territoriales hasta entonces conocidos. Primero viene la ola del Renacimiento humanista y la del Renacimiento evangélico.

### B. Razón y religión.

El Renacimiento habrá de liberar los antagonismos hasta ese momento virtuales entre las aportaciones culturales cristianas, judaicas, griegas, romanas. Se

produce una primera disociación estrepitosas entre el mensaje evangélico, umbilicalmente unido al Antiguo Testamento y el Dogma Católico, emerge en las ciudades o principados de Italia y los Países Bajos y ganará a Europa toda, abre una dialógica de ahí en adelante ininterrumpida que comporta intercambios e incorporaciones culturales griegas, romanas, judaicas, cristianas.

Así pues, por el Renacimiento, la cultura europea emerge como ebullición ideológica permanente, suscitando el surgimiento incesante de ideas, teorías, aspiraciones, sueños, formas que se asociarán como un torbellino.[14]

Lo que se produce, a partir del Renacimiento, es ante todo la independización relativa del pensamiento racional y de la esfera filosófica respecto de la esfera religiosa.

Al mismo tiempo que la reactivación de la razón, el retorno a las fuentes griegas resucita una visión del mundo contraria a la visión judeo cristiana.[15]

## 6. LA ILUSTRACIÓN.

### A. El análisis como fuente de conocimiento.

Esta revolución cultural conocida con el nombre de la ilustración nace del pensamiento matemático y geométrico del siglo XVII, y fue puesto al servicio de las ciencias del ser humano y de la naturaleza.

La razón, convertida en el alma de la nueva cultura, se hace crítica y universal enfrentándose a una concepción del mundo profundamente marcada por más de mil años de cristianismo. De ella nace una nueva civilización que por oposición a una presunta oscuridad anterior, similar a la noche gótica o medieval de los

---

[14] Edgar Morin. ***Pensar Europa, las metamorfosis de Europa***, pp. 67-69.
[15] ***Ibíd.***, pp. 73-74.

renacentistas se conoce en todas partes con el nombre de Ilustración o luces: les lumieres, Die Aufklerung.

B. El reducto español.

España se presenta en estos días como un reducto especialmente arcaizante de la cultura tradicional. Bastión de la Contrareforma ha sabido mantener al calor de su compleja estructura monárquico-señorial, religiosa e inquisitiva una concepción del ser humano y del mundo estrechamente vinculada al pensamiento teológico.

Haremos referencia breve al desarrollo de estas ideas en España, pues de la Península Ibérica vendrá a América Latina, aunque con matices propios u originales, la tendencia ilustrada que se extendió en la América hispana y que llena la historia cultural del siglo XVIII.

Así, en una época de crisis de los valores que durante siglos formaron parte de la vida nacional se hace necesaria una nueva mentalidad que superando la divagación sensitiva sobre sus causas, se encare diariamente con la realidad. Esta transformación se la impuso Feijoo como misión. El término crítica define la nueva cultura de las luces a la que este pensador sirve.

En todos los ámbitos había dejado Feijoo su impronta, también en el histórico y en el jurídico: sobre el derecho, especialmente en su rama penal, predica la necesaria dureza y ejemplaridad de la pena, defendiendo la pena de muerte en una línea de severidad.

En España la cuestión a resolver era, como en toda Europa, la aplicación efectiva de unos principios de razón insertos en la nueva metodología crítica y experimental que acabó por romper el viejo molde aristotélico, a la realidad informe de la sociedad histórica.

Si ya en la Edad Media los letrados o legistas habían protagonizado una revolución cultural y política con la difusión del mundo de normas clásico contenido en las compilaciones justinianeas, más tarde, a lo largo de los siglos modernos, tuvieron ocasión de cooperar en el mantenimiento de un sistema que, en buena medida, habían ayudado a construir a partir de la identificación de su saber con el poder de los monarcas.

Utilizando la palanca del Derecho, opuesto por naturaleza al mundo obscuro de la superstición y de la ignorancia, del fanatismo y de los prejuicios que emanan del pasado, intentaron corregir los defectos circunstanciales de un sistema que a esta altura del tiempo histórico denotaba ya su agotamiento.

Para ello, en un último intento por salvar la permanencia de un modelo caduco, juristas, políticos y burócratas al servicio de la Administración, utilizaron por igual el Derecho como instrumento de reforma económica y social. Una abundante legislación reglamentista fue la respuesta del poder inducida por los órganos letrados de la monarquía, a la crisis del sistema.[16]

7. ESCUELAS PENALES.

El pensamiento en el derecho penal ha conocido diversas manifestaciones, opiniones diversas acerca del delito, la sanción, el delincuente y demás conceptos que han originado ideas diversas sobre su naturaleza.

Podemos mencionar entre las corrientes más prominentes a dos, la escuela clásica y la escuela positivista, además de una tercera que podría considerarse derivada de las dos anteriores, denominada corriente ecléctica.

a) Escuela Clásica. Es común en el ámbito popular intentar dar a aquello que ha sido novedoso o ha alcanzado cierta relevancia en días pasados, pero que a la luz de los acontecimientos e ideas actuales no lo es probablemente tanto, el

---

[16] Santos M. Coronas González. ***Ilustración y Derecho (los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII)***, pp. 63-66.

calificativo de "clásico", tal vez sin el ánimo de restar méritos a ideas preeminentes en el pasado, sino quizá con la esperanza de abrir brecha o "hacer campo" a lo nuevo, a lo más reciente.

Como escuela clásica se ha denominado a la corriente de pensamiento que sobre el derecho penal surgió de las ideas de Francesco Carrara, su principal expositor. Este tratadista italiano acuñó el siguiente concepto de delito: "ilícito penal es la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".[17]

Es importante reconocer que Carrara da al delito el calificativo de jurídico, pues debe constituir según él, la oposición al derecho, consecuentemente será la ley establecida por el Estado la que se viola, para que el delito se configure. El delito siempre será resultante de un acto del hombre -diríamos correctamente del ser humano-, haciendo hincapié en el carácter moral de la imputación.

b) Escuela Positivista. La Escuela positivista del derecho penal fue la que denominó como clásicas a las ideas que se oponían a su concepción particular del derecho; entre sus exponentes más destacados encontramos a Rafael Garófalo, quien intenta la definición del delito atendiendo principalmente a que la naturaleza del delito es la oposición a las condiciones básicas de seguridad, condiciones fundamentales para la vida gregaria.

c) Corrientes Eclécticas. Ante la polémica entre las tendencias clásica y positivista , surgieron otras corrientes entre las que destacan: la terza scuola italiana y la escuela sociológica o alemana, tendencias a las que también se les ha dado el calificativo de eclécticas. La escuela del positivismo crítico o *terza scuola* encuentra su formación en estudios de Alimena y Carnevale, constituye una postura ecléctica

---

[17] Francesco Carrara. ***Programa de derecho criminal***, Tomo II, p. 43.

entre el positivismo y la dirección clásica; admite de aquél la negación del libre albedrío y concibe el delito como un fenómeno individual y social.[18]

[18] Fernando Castellanos Tena. ***Lineamientos elementales de derecho penal***, *p.* 69.

*SECCIÓN SEGUNDA*

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO.

### 8. DELITO Y VALORES SOCIALES.

#### A. El delito como instrumento de poder.

El delito ha sido materia de distintas definiciones y concepciones dependiendo de factores socio-culturales diversos. Cada ser humano en su época ha intentado elaborar instituciones y leyes de acuerdo al sentir y percibir el mundo y la realidad en que se encuentra inmerso.

A esta idea contribuye la opinión de Manuel Ovilla, al decir que las prohibiciones están en función de valores sociales que los grupos gobernantes consideran deben resguardarse; de esta suerte califican a ciertas conductas como dañinas para la estructura social.[19]

En consideración a la afirmación anterior, encontramos términos como violación, infracción apartamiento, todos en relación con las condiciones sociales de un momento determinado, pues el momento histórico es determinante para considerar la naturaleza de los acontecimientos "uno y el mismo hecho es conforme a un orden jurídico un acto ilícito o delito, porque en ese orden lo enlaza con una sanción, y no lo es en cambio para otro orden que no prevé consecuencia semejante".[20]

Quien no recuerda durante los regímenes totalitarios que aparecieron en Europa en el segundo cuarto de este siglo, caracterizados por estimar contrario a derecho o punible toda idea que no se ajustara a sus principios. Es famosa la denominada "Bücherverbrenung" en la Alemania nazi, donde en un intento por

---

[19] Manuel Ovilla Mandujano. ***Teoría del Derecho***, p. 112.
[20] ***Ibid.***, p. 127.

desaparecer los textos "inconvenientes" fueron incinerados millares de libros y obras literarias prominentes de la época.

A la palabra delito o ilícito jurídico le corresponden como sinónimos: falta, crimen, culpa, infracción, conducta antisocial, conducta desviante.[21]

B. El delito como concepto jurídico.

Es necesario, para una comprensión clara del concepto delito, guardar una visión precisa de que el único sentido que intenta abordar este trabajo es el jurídico, como atinadamente afirma Castellanos Tena, aclarando que "la definición jurídica del delito debe ser naturalmente formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir causales explicativas cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la psicología criminales y otras".[22]

Tratar de vincular al derecho con otras ciencias se ha intentado repetidamente, procurando explicar por ejemplo, a través de las características físicas de los individuos con la propensión a delinquir, investigaciones que en muchos casos no han arrojado resultados que resistan un análisis jurídico.

Siguiendo las ideas de Kelsen, nos dice en su "pureza": "...al caracterizarse como una doctrina "pura" con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado al derecho, porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico".[23]

9. ORDEN NORMATIVO Y CONTROL SOCIAL.

A. El Estado y las instituciones jurídicas.

---

[21] ***Ibíd.***, p. 110.
[22] Fernando Castellanos Tena. ***Lineamientos elementales de derecho penal***, p. 128.
[23] Hans Kelsen. ***Teoría pura del derecho***, p. 15.

El ser humano ha querido crear instituciones y figuras jurídicas que hagan posible la convivencia y el orden social necesarios para la vida en común . El derecho es una manifestación del ingenio humano para hacer posible el desarrollo y desenvolvimiento social encauzados en valores jurídicos determinados. Consecuente a este progreso, del que surgen el Estado, las organizaciones sociales, el sistema político, los programas económicos, los programas de vivienda, etc.

En esta actividad creadora, el ser humano da vida al derecho y debe precisar qué conductas se consideran dañinas o contrarias al orden social, así, se establecen ideas de aquello que se considera prohibido y de lo que se permite. Estas conductas al verse materializadas en una ley penal, dan vida a lo que conocemos como delitos o ilícitos penales, es decir, se determina qué conductas están prohibidas por estar sancionadas.

De esta manera, encontramos que "el acto o la omisión se tienen como ilícitos penales por chocar con las exigencias impuestas por el Estado para la creación y conservación del orden social".[24]

Precisando, una conducta se tiene por dañina o perjudicial no solamente por chocar con las exigencias que el orden social requiere, deberán además ir acompañadas de un castigo que las reprima y combata, pues "un sistema político requiere de la coacción a fin de garantizar su funcionamiento y reciclaje, pero el espacio de represión es muy reducido para su efectividad, por lo que se hace necesaria la ideología y el hacer aparecer la violencia prescrita o sea, la sanción como último recurso para garantizar la paz social".[25]

El derecho pues, debe imponerse para proteger la vida en sociedad, como atinadamente apunta Fernando Castellanos, esto es, el derecho en su definición

---

[24] F. Castellanos Tena. ***Op. cit.***, p. 130-131.
[25] M. Ovilla Mandujano. ***Op. cit.***, p. 100.

más sencilla, regula la conducta de las personas aún en contra de la voluntad de éstas, o sea:

"Si el derecho es concebido como un orden coactivo, es decir como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describen el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones ,condiciones determinadas por el orden jurídico, debe efectuarse determinado acto coactivo. Actos coactivos son actos que han de cumplirse aún contra la voluntad del afectado, por ellos y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física".[26]

Nuestro CP, define en su artículo 7o. que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, aunque es prudente mencionar que no sólo el Código Penal establece ilícitos, sino también otros instrumentos normativos, entre los que podemos mencionar el Código Fiscal de la Federación, la Ley General de población, etc.

Estos delitos son conocidos como "delitos especiales", por estar definidos y sancionados "fuera" del CP. El a. 6 de este ordenamiento dispone que cuando se cometa un delito no previsto en dicho código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México se aplicarán éstos últimos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del referido ordenamiento.

---

[26] Hans Kelsen. ***Op. cit.***, p. 123.

## SECCIÓN TERCERA

## DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

### 10. LA LEY COMO FUNDAMENTO DEL ORDENAMIENTO PENAL.

La palabra dogma tiene entre otros el siguiente significado: fundamento o punto capital de todo sistema, ciencia, doctrina o religión que se tiene por cierto o innegable.[27]

La imposición de penas estará siempre en función de su existencia en la ley, de otra manera no existiría seguridad y legalidad para las personas y el derecho sería solamente un instrumento odioso y arbitrario.

En México, la Garantía de aplicación estricta de la ley penal ha quedado plasmada en el texto del artículo 16 de la Constitución Federal.[28] Esta Garantía significa un tope al Estado frente a los particulares, constituye un freno a su poder de castigo; este poder, afirma Castellanos Tena "el derecho a castigar del Estado, encuéntrase, pues, limitado por una ley penal, fuente única del derecho represivo".[29]

### 11. DOGMÁTICA Y HERMENÉUTICA JURÍDICA.

A. La interpretación de la ley.

Aún cuando los dogmas sean aceptados y obedecidos, la ley penal se encontrará sujeta a la interpretación o hermenéutica jurídica siempre con el ánimo de aclarar o desentrañar el verdadero significado de la norma, Cuello Calón afirma que "...en esto consiste la interpretación, en determinar la voluntad de la ley".[30]

---

[27] ***Diccionario de la lengua española Kapelusz***, p. 81.
[28] Donde se establece 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 trate". ***CPEUM***.
[29] F. Castellanos Tena. ***Op. cit.***, p. 81.
[30] E. Cuello Calón. ***Derecho Penal***, p. 183.

De acuerdo a Jiménez de Asúa, la interpretación es una operación lógica jurídica que se dirige a descubrir la verdad de la ley, en función con todo el ordenamiento, a fin de aplicarla a los casos concretos de la vida real. [31]

Es necesario distinguir entre lo que significa interpretación analógica y lo que sería una analogía de la ley, circunstancia prohibida en materia penal y fiscal en la Constitución de 1917, así según Castellanos Tena:

"es común la confusión entre la interpretación analógica y la aplicación analógica de la ley penal, cuando se trata de cosas diferentes; la aplicación por analogía consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a crear delitos no establecidos por la ley, mientras que la interpretación analógica estriba en aclarar la voluntad de la norma, al comprender situaciones que inmersas en el propósito de la ley, no se describen expresamente". [32]

B. La dogmática penal.

La corriente alemana ha difundido a través de la llamada dogmática penal la idea del delito como concepto unitario aunque con elementos como componentes esenciales. Estos elementos, como se verá, varían de una corriente doctrinaria a otra. Así, existen por mencionar sólo algunas doctrinas o corrientes: a) tritómicas, b) tetratómicas, c) heptatómicas; mismas que explicativamente afirman el delito debe reunir tres, cuatro o más elementos fundamentales.

## 12. ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Atendiendo a una definición de elemento el diccionario establece "elemento es cada una de las partes que constituye un todo material o no material y que pueden distinguirse separadamente". [33]

---

[31] L. Jiménez de Asúa. ***Op. cit.***, Tomo II, p. 409.
[32] F. Castellanos Tena. ***Op. cit.***, p. 89.
[33] ***Diccionario de la lengua española Kapelusz***, p. 599.

Podemos estudiar de acuerdo a ideas de Castellanos Tena analizando elementos o aspectos positivos o negativos, con ánimo de tener una explicación ilustrativa de las características del delito. Es variada la opinión acerca de los elementos que configuran el delito. Edmundo Mezger considera que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. [34]

Jiménez de Asúa nos dice: "en síntesis -y dejando de lado otros caracteres del delito- podemos decir que los elementos esenciales y permanentemente reconocidos son los que le definen como acción típica antijurídica y culpable. [35]Para este autor los elementos del delito son la acción, punibilidad, antijuridicidad, tipicidad, imputabilidad y culpabilidad. Este tratadista nos ilustra (sin olvidar el debate sobre si los elementos que se mencionan son esenciales o no) con el siguiente esquema:

| **POSITIVOS** | **NEGATIVOS** |
|---|---|
| Actividad | Falta de acción |
| Tipicidad | Atipicidad |
| Antijuridicidad | Causas de justificación |
| Imputabilidad | Inimputabilidad |
| Culpabilidad | Inculpabilidad |
| Condicionalidad objetiva | Falta de condición objetiva |
| Punibilidad | Excusas absolutorias |

[34] E. Mezger. ***Tratado de Derecho Penal***, p. 161.
[35] L. Jiménez de Asúa. ***Op. cit.***, Tomo III, p. 315.

A. ACTIVIDAD-FALTA DE ACCIÓN. Eugenio Cuello Calón identifica al delito con la acción, que es una modalidad de la conducta humana. Nos dice en su Derecho Penal que la acción en amplio sentido, consiste en una modificación del mundo exterior o el peligro de que ésta se produzca. La acción o actividad en este sentido comprende: a) una conducta activa, un hacer positivo y; b) la conducta pasiva u omisión.

a) La acción (activa) exige: un acto de voluntad; una actividad corporal consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que ésta se produzca; el movimiento voluntario del agente y el resultado deben hallarse en relación de causalidad, sin tal reacción no hay acción.

- voluntaria (intencional o negligente).

La acción debe ser:

- externa (perceptible por los sentidos).

b) Omisión. Es la conducta inactiva, más no toda conducta inactiva significa omisión; ésta es inactividad voluntaria; se exterioriza en un "no hacer". Es la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

Concurren en la omisión tres elementos: un acto de voluntad; una conducta inactiva; un deber jurídico de obrar. Existe también la llamada comisión por omisión, donde el deber de obrar puede provenir de una norma jurídica.[36]

Jiménez de Asúa emplea la palabra "acto", para distinguirlo de "hecho" que considera demasiado genérico (designa todo acontecimiento) y de conducta que es sinónimo de comisión. Para Jiménez de Asúa acción es efecto de hacer, que en español sólo violentando la palabra y con esfuerzo podrá servir para indicar un "no

[36] E. Cuello Cualón. ***Op. cit.***, pp. 294-296.

hacer". En cambio, acto aunque parezca sinónimo de acción, también es de hecho y posee elasticidad semántica.

Los elementos del acto son: 1. una manifestación de voluntad, 2. un resultado y; 3. un nexo causal entre ambos.

1. la manifestación de voluntad es actividad externa del ser humano y debe ser consciente, espontánea y referida a cierta representación con un motivo determinado, esta exteriorización puede presentarse como un movimiento corporal o como inactividad del cuerpo del agente.

En opinión del citado jurista, el resultado es uno de los elementos del acto, pero no debe referirse aquél al deseo o volición del autor -agrega- y si se definiera la voluntad en directa persecución del acto, no se podría englobar en esta definición a los llamados delitos culposos.[37]

Porte Petit apunta "nosotros pesamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo".[38]

El hecho está constituido por la conducta, el resultado y la relación de causalidad que vienen a constituir por tanto, partes de ese hecho: elementos objetivo, de carácter general y material. Admite tres formas de conducta: la acción, la omisión simple y la denominada comisión por omisión.[39]

Consideramos pertinente a efecto de ilustrar lo anterior, la reproducción del cuadro siguiente: (Ver siguiente página).

---

[37] L. Jiménez de Asúa. ***Op. cit.***, pp. 332-336.
[38] Celestino Porte Petit. ***Programa de la parte general de Derecho Penal***, pp. 231-232.
[39] ***Idem.***

**FORMAS DE CONDUCTA**

*Acción*

Elementos:
- a) Voluntad
  - Momentos:
    - a) Concepción
    - b) Deliberación
    - c) Decisión
- b) Actividad: ejecución
- c) Deber jurídico de abstenerse

Consecuencia: Resultado

Típico o
Típico y material

*Omisión simple*

Elementos:
- a) Voluntad o no voluntad (delitos de olvido)
- b) Inactividad
- c) Deber jurídico de obrar

Consecuencia: Resultado típico

*Comisión por Omisión*

Elementos:
- a) Voluntad o no voluntad (delitos de olvido)
- b) Inactividad
- c) Deber jurídico de obrar y deber jurídico de abstenerse

Consecuencia: Resultado típico y material

---

* FUENTE: Celestino Porte-Petit C. ***Programa de la parte general de Derecho Penal***, 2a. ed., México, UNAM, 1968, p. 231.

B. TIPICIDAD-ATIPICIDAD. Cuello Calón afirma que para determinar si un hecho es penalmente antijurídico, habrá que acudir como criterio decisivo a la ley penal, la adecuación del hecho al tipo legal (tipicidad) es el modo de exteriorización o manifestación de su antijuridicidad; la tipicidad es el indicio más importante de la antijuridicidad.

Además, apunta el tratadista español, la doctrina de la tipicidad fue creada por Beling, que consideró a la tipicidad como elemento del delito, independiente de la antijuridicidad y la culpabilidad".[41]

Luis Jiménez de Asúa afirma que la tipicidad es una característica descriptiva del delito; el concepto de tipicidad, delimita y enmarca la antijuridicidad "es la simple descripción objetiva del hecho, abstracción de lo que la vida diaria nos presenta".[42]

Intenta definirla como sinónimo de garantía liberal, pues "es una exigencia que el acto se subordine al tipo penal", lo que tal autor denomina "función agotadora" del tipo, es decir, un juez no podrá actuar sino cuando el hecho revista todos los elementos del tipo delictivo.[43]

La tipicidad, por tanto, afirma Carrancá y Trujillo, es sencillamente una hipótesis legislativa y la acción ha de encajar dentro de la figura del delito creada por la norma penal; la conducta humana es configurada hipotéticamente por el precepto legal.[44]

Para Edmundo Mezger es la necesidad propia para delimitar las características del hecho punible.[45]

---

[41] E. Cuello Calón. ***Op. cit.***, pp. 312-313.
[42] L. Jiménez de Asúa. ***Op. cit.***, Tomo III, pp. 777-778, 78l-782.
[43] ***Ídem.***
[44] R. Carrancá y Trujillo. ***Derecho Penal Mexicano***, Tomo II, pp. 192-193.
[45] E. Mezger. ***Op. cit.***, p. 350.

Castellanos Tena, concretamente define la tipicidad como "el encuadramiento de la conducta con la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador".[46]

Atipicidad. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta la atipicidad, que es un aspecto negativo del delito. La atipicidad, es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

El tipo existe, mas la conducta dada no se amolda o adecua a éste, es decir, es la falta de adecuación exacta a la descripción legislativa.[47] La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley.[48]

Luis Jiménez de Asúa la denomina como ausencia de tipicidad concibiéndola como la ausencia de tipo de sus referencias o de sus elementos.[49]

En esta definición cabe distinguir la tipicidad de la ausencia de tipo en la ley, pues en este último caso podrá existir una conducta que en el sentido general de la sociedad se considere dañina más eso no garantiza que exista como tipo penal dentro de la ley.

El propio Jiménez de Asúa al citar a Emilio González López, concreta lo anterior al decir que el hecho de la vida que no encaja en algunas de las figuras delictivas descritas por el legislador es un acto penalmente irrelevante.

Esta distinción la realiza dicho tratadista -aunque no de manera clara- al diferenciar entre la atipicidad cuando falta alguno de los elementos del tipo y cuando la ley penal no ha descrito la conducta (atipicidad en sentido estricto).

C. ANTIJURIDICIDAD-CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. Afirma Cuello Calón que lo antijurídico es contrario a derecho, no basta que el hecho encaje

---

[46] F. Castellanos Tena. ***Op. cit.***, p. 168.
[47] ***Ibid***, p. 174-175.
[48] ***Ibid.***, p. 168.
[49] L. Jiménez de Asúa. ***Op. cit.***, Tomo III, p. 940.

descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico. Antijurídico es todo hecho definido en la ley y no protegido por causas de justificación.

La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que la prohiba u ordene su ejecución.[50]

Los hechos que las normas penales prohiben o mandan ejecutar son siempre nocivos o peligrosos desde el punto de vista social, pero aún cuando no lo fueran no dejarían de ser antijurídicos por estar en contraposición con lo mandado por la norma.[51]

Para determinar si un hecho es penalmente antijurídico, habrá que acudir como criterio decisivo a la ley penal pues un hecho no será antijurídico si no se haya definido por una ley como delito, por antisocial o inmoral que se repute.

Porte Petit nos dice "al realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídico en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación.[52]

Hasta el momento y si se delimita nuestro objeto de estudio, es de concluirse que lo antijurídico es toda conducta que contraría al derecho a la ley penal.

Jiménez de Asúa estima el concepto antijuridicidad como incompleto, por ser "puramente nominal" y cita como ejemplo cuando la norma jurídica no es visible o cuando hay que interpretar algún precepto legal confuso u obscuro en que no puede determinarse con claridad el bien jurídico que se tutela.

Para este tratadista la antijuridicidad es siempre objetiva, la liga en relación contradictoria acto contra norma de cultura, norma reconocida y estatuida por el Estado.[53]

---

[50] E. Cuello Calón. ***Op. cit.***, p. 309.
[51] ***Ibíd.***, p. 311.
[52] C. Porte Petit. ***Importancia de la dogmática jurídico penal***, p. 309.
[53] L. Jiménez de Asúa. ***Op. cit.***, Tomo III, p. 979.

El estudio de lo antijurídico se aborda desde dos corrientes: la objetiva, que considera lo injusto como la contradicción del acto con la norma y la subjetiva donde lo antijurídico se enlaza con la conducta del sujeto activo así como la capacidad de obrar dolosa o culposamente.

Para Castellanos Tena lo antijurídico comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psíquico-causal, pues ello corresponde a la culpabilidad que es externa, objetiva, atiende solamente al acto.[54]

Una conducta podrá ser típica en aparente contradicción con el derecho sin que por ello sea necesariamente antijurídica. El citado profesor nos ilustra con el siguiente ejemplo: un hombre priva de la vida a otro, su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del Art. 302 del Código Penal Federal y sin embargo, puede no ser antijurídica si se descubre que obró en legítima defensa, por estado de necesidad o en presencia de cualquier otra justificante.

Causas de justificación. Ricardo Franco Guzmán explica a las causas de justificación bajo los principios de la ontología formal del Derecho, que se fundamenta en la estima de que a las normas de derecho pueden aplicarse principios validos para toda época y cuya validez está por encima del contenido de la norma además de ser invariables.

El primer principio afirma que toda norma jurídicamente regulada es lícita o ilícita (los delitos pertenecen al grupo de las ilícitas) pues un proceder no puede ser prohibido y permitido a la vez.

En ocasiones aún cuando un hecho viole aparentemente una norma, no puede quedar englobado en un proceder jurídicamente ilícito, en virtud de que no supone el incumplimiento de una norma preceptiva, ni el de una prohibitiva: una actividad puede haber integrado el supuesto de una norma secundaria, pero no

---

[54] F. Castellanos Tena. *Op. cit.*, p. 178.

haber violado la norma primaria en virtud de que tal hecho se encuentra regulado como conducta jurídicamente lícita en una norma diversa.

Así, quien priva de la vida a otro, integra el supuesto del artículo 302 del C.P. mas este hecho está justificado por el artículo 15 del mismo ordenamiento.

Este tipo de conducta pertenece a la clase de procederes jurídicamente lícitos. Toda conducta lícita sólo puede ser: a) un proceder jurídicamente libre o (potestativo) o; b) jurídicamente ordenado (obligatorio).

Agrupa a las causas de justificación en dos grandes grupos: 1. las que se realizan en ejercicio de un derecho y; 2. las que se producen en cumplimiento de un deber.[55]

Castellanos Tena afirma que la antijuridicidad consiste en una oposición objetiva al derecho, si la antijuridicidad está ausente el delito no puede configurarse.

Las justificantes pueden eliminar tal antijuridicidad, resultando por ende la conducta conforma a derecho. Distingue a las causas de justificación de otras excluyentes de responsabilidad, apuntando que quien actúa con derecho por encontrarse amparado por una causa de justificación realiza una conducta lícita, de acuerdo con el orden social, en cambio en las otras eximentes subsiste la antijuridicidad de la conducta.[56]

D. IMPUTABILIDAD-INIMPUTABILIDAD. Para el positivismo criminológico la responsabilidad social no toma en cuenta la causalidad moral, sino la puramente física (material) y la *psicológica* (voluntad pero no en el sentido de la libertad de elección) y por ello la *imputabilidad* del sujeto supone "las condiciones mínimas necesarias para determinar en el hombre la posibilidad abstracta de que le sea atribuido un hecho punible", de manera que la *imputación* resulta ser la afirmación

---

[55] Ricardo Franco Guzmán. "Clasificación lógico-jurídica de las causas de justificación" en ***Lecturas Jurídicas***, Revista de la Universidad de Chihuahua, pp. 9-21.

[56] F. Castellanos Tena. "Las causas de justificación en el Código Penal" en ***Revista de la Facultad de Derecho***, UNAM, pp. 181-188.

provisional de la existencia en el individuo de tales condiciones para *atribuirle* un delito, o sea, para declarar que el acto de que se trata es producto de la actividad psicofísica de la personalidad de ese individuo.[57]

El conocimiento de la *ilicitud* del hecho y del *deber* de acatamiento de hacer o de no hacer, contenido en la norma es revelador de que el sujeto reúne, a tal fin, las condiciones psicosomáticas necesarias, es decir, *las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental* para aprehender respecto del hecho concreto, su significación jurídica y su vinculación personal con ésta. La determinación espontánea a su realización o ejecución, significa poner en movimiento la *voluntad,* en su más estricto sentido para ser realidad el hecho pensado y decidido.[58]

Consideramos que la imputabilidad precede a cualquier otra consideración. De un hecho o conducta, que lesiona un bien jurídico, surge una relación de Derecho Penal; pero si el sujeto no es capaz de delito, esta relación no surge.

Queda claro de este modo la prioridad lógica y la prioridad temporal del concepto; pero también (usando la terminología de Porte Petit) queda clara la prelación lógica, que es fundamental.

La imputabilidad es un estatus; el sujeto es o no capaz, independientemente de cualquier relación jurídica y la incapacidad es previa a toda relación[59]

Inimputabilidad. Si la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.[60]

---

[57] José Almaraz Harris. ***Tratado teórico práctico de ciencia penal***, Tomo II. Citado por Francisco Pavón Vasconcelos. ***Imputablidad e inimputabilidad***, p. 49
[58] ***Ibíd.***, p. 71.
[59] Giovanni Leone, "L'imputabilità nella teoria del reato" en ***Rivista italiana di diritto penale***. Citado en ***Derecho Penal Contemporáneo,*** Octubre de 1965, número 9, pp. 42-43.
[60] F. Castellanos Tena, ***Op. cit.***, p. 223.

E. CULPABILIDAD-INCULPABILIDAD. Castellanos Tena considera la culpabilidad como una situación de rebeldía subjetiva entre el autor y el orden jurídico; es un elemento del delito y tiene como presupuesto a la imputabilidad. Para este autor la conducta humana es consecuencia del discernimiento y de la voluntad; a un ser humano, autor de un delito se le considera culpable por ser la causa física sino también psíquica, pues lo produce con actos inteligentes y voluntarios; la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito.[61]

En la naturaleza de la culpabilidad se encuentran el conocimiento y la voluntad; esto es, el elemento intelectual y volitivo.

Se puede delinquir mediante una determinada intención o aceptación del evento (dolo) o con un descuido en la actuación, sin poner en juego las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria.[62]

Inculpabilidad. La inculpabilidad opera siempre que se hallen ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. La tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al derecho de una conducta típica; y la culpabilidad, concentrando su atención en el aspecto subjetivo del hecho, presupone una valoración de antijuridicidad de la conducta coincidente con un tipo penal.[63]

Las causas de inculpabilidad, a diferencia de las justificantes, son subjetivas y personalísimas, se refieren a la conducta de un sujeto plenamente capaz, cualquier causa que elimine los elementos intelectual y emocional deberá presentarse como de inculpabilidad.

---

[61] F. Castellanos Tena. "La culpabilidad, su aspecto negativo", en ***Revista Jurídica Veracruzana***, pp. 47-48.
[62] ***Ibíd.***, p. 51.
[63] ***Ibíd.***, p. 55.

La moderna doctrina alude al error esencial de hecho y a la no exigibilidad de otra conducta como causas que excluyen el elemento subjetivo del delito[64].

F. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD-FALTA DE CONDICIÓN OBJETIVA. Para Carlos Vidal Riveroll, al estudiar las condiciones objetivas de punibilidad los especialistas incurren en contradicciones, pues aunque la mayoría señala que: a) su presencia exige el cumplimiento de determinados requisitos, sin los cuales no es dable la pena al haberse cometido un delito; que desempeñan un papel accidental; b) que no forman parte constitutiva del ilícito, etc.

Cuando se señala la función que desempeñan, se llega a contradicciones en su término (mismas que se observan cuando refiriéndose a su objetividad en cuanto a terminología se trata, empiezan a fundarla en renglones objetivos, en móviles del delito e ingredientes que corresponden al tipo o a la culpabilidad) y no sólo eso, sino que se ubican dentro de los elementos del delito, como si formaran parte de él, y por si fuera poco mezclan y confunden su misión con otras figuras (como los requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, los obstáculos procesales y las excusas absolutorias) del procedimiento penal.

Las condiciones objetivas de punibilidad han sido estudiadas de la siguiente manera: Ernest Von Beling las considera elementos adicionales del tipo, para él son circunstancias que la ley exige para que se aplique la pena.

Franz Von Liszt las considera como extrañas al delito y aunque son externas e independientes también son "añadiduras", pues se ha hecho depender de éstas la eficacia de la sanción.

Para Jiménez de Asúa son condiciones extrínsecas de penalidad que no constituyen caracteres del delito, sino son hipótesis de las que el legislador hace depender la eficacia de la pena.

---

[64] *Ibíd.*, pp. 56-57.

Vidal Riveroll las entiende como condiciones accidentales que hacen depender de un acontecimiento incierto, la punición de un delito, es decir sin la concurrencia de determinados requisitos no es factible que se aplique la sanción.[65]

Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad. Si las condiciones objetivas de punibilidad son exigencias para que la pena tenga aplicación, éstas no son elementos esenciales del delito y son raros los delitos que tienen penalidad condicionada.[66]

G. PUNIBILIDAD-EXCUSAS ABSOLUTORIAS Alfonso Velázquez Estrada nos dice que comúnmente la noción de punibilidad se identifica con el concepto sanción; en este sentido, la punibilidad es la consecuencia, es la función específica de imposición de penas.

Existen dos corrientes doctrinarias sobre la punibilidad:

1. La que considera que la punibilidad no es elemento esencial del delito, sino una consecuencia; autores como Beling, Mayer, Mezger y Zaffaroni siguen estas ideas.

2. La que considera la punibilidad como elemento propio del delito. Para Jiménez de Asúa, la tipicidad y la penalidad son caracteres específicos del delito. El delito acarrea la punibilidad y es lo que lo separa de otras acciones antijurídicas. El quebrantamiento doloso de un contrato civil es una acción injusta y culpable; si el derecho positivo asocia una pena a esa conducta antijurídica, el delito surge.[67]

Ambas opiniones -según Eduardo Villarreal Moro- derivan de la doctrina alemana, que arranca en las postrimerías del siglo pasado y alcanza apogeo en nuestros días y es difundida por la llamada dogmática penal; en tal corriente se

---

[65] Carlos Vidal Riveroll. "Las condiciones objetivas de punibilidad" en ***Revista Jurídica Veracruzana***, pp. 106-128.
[66] Fernando Castellanos T. ***Op. cit.***, p. 278.
[67] A. Velázquez Estrada. "La punibilidad, ¿elemento del delito?" en ***Revista de la Facultad de Derecho***, pp. 155-165.

concibe al delito como un concepto unitario, con elementos esenciales que son condiciones, lo que en teoría del Derecho es el supuesto jurídico.[68]

La dogmática penal concibe al delito como un concepto unitario, aunque con caracteres como componentes esenciales.

La coacción, que es un carácter esencial de toda norma jurídica, se manifiesta en el derecho penal como la punibilidad, es decir, es la forma como la pena (consecuencia) se relaciona con el delito (supuesto), con independencia de la voluntad psicológica del agente.[69]

Sólo negando el carácter coactivo es como la doctrina puede sostener que la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, de donde se sigue que hay casos en que se puede dar un delito sin que sea punible, sin que pueda ser sancionado, por ejemplo cuando un inimputable participa en un crimen como activo, su responsabilidad sigue las reglas específicas que dispone la legislación penal, diferentes a las reglas que se aplican a la generalidad de los individuos.[70]

Para este autor, la punibilidad da vida por sí misma al delito; es como se crea, por virtud de la punibilidad y sólo por función de la punibilidad, el delito. La dogmática penal enuncia características accidentales de ciertos regímenes de derecho, por ejemplo en la Alemania del III Reich existía libertad judicial para estimar delictuoso un comportamiento no tipificado por el legislador, es decir, una idea contraria al principio de legalidad que rige en ciertas legislaciones occidentales.

Excusas absolutorias. En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas

---

[68] Eduardo Villarreal Moro. "La punibilidad en la definición del delito" en ***Derecho Penal Contemporáneo***, p. 31-38.
[69] ***Ibíd.***, p. 31.
[70] ***Ibíd.***, p. 34.

causas que dejando insubsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.[71]

Para los tratadistas españoles como Sivela, son causas que eximen de responsabilidad criminal a la persona que ejecuta un hecho castigado por la ley. En relación a la denominación, el citado tratadista apunta: "...estas causas no tienen denominación especial en nuestro derecho y pueden ser, con bastante propiedad designadas bajo el nombre de excusas absolutorias...".[72]

Jerónimo Montes afirma que las excusas absolutorias excluyen la responsabilidad ya que obedecen a razones de simple política criminal.[73]

Otros autores como Antón Checa definen equiparablemente a las excusas absolutorias como las causas por las cuales el Estado renuncia a castigar un hecho punible cuya naturaleza delictiva ha sido una realidad indiscutible, aclarando que si bien el delito está consumado, éste no se encuentra agotado totalmente, permitiendo lo anterior eximir a ciertos partícipes del ilícito por el retroceso en su conducta.[74] Para ejemplificar lo anterior se contempla la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer.

13. TEORÍA FINALISTA DE HANS WELZEL.

En esta teoría se reducen los elementos del delito a tres: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

A. Tipicidad.

Dentro de la tipicidad o acción delictiva encontramos al tipo objetivo y tipo subjetivo.

---

[71] F. Castellanos Tena. ***Op. cit.***, p. 278.
[72] Manuel Cobo. "Función y naturaleza del artículo 226 del Código Penal Español", en ***Revista de Ciencias Penales de Chile***, p. 133.
[73] ***Ídem.***
[74] ***Ibíd.***, pp. 136-137.

a) objetiva. En el tipo objetivo se colocan:

- acción: que determina el resultado, la atribuibilidad, medios utilizados, el objeto material, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, elementos normativos, calidad de los sujetos, bien jurídico, formas de intervención y calificativas

- resultado: modificación del mundo exterior o poner en peligro el bien jurídico tutelado, pudiendo ser este resultado material o jurídico.

- atribuibilidad: es una relación nexo de causalidad entre la acción y el resultado, es decir, la causa del comportamiento voluntario del sujeto activo que se dirige a obtener el resultado.

- medios utilizados: de los que se vale el sujeto activo para lesionar o destruir el bien o ponerlo en peligro.

- objeto material: lesión del bien o destrucción del mismo que puede recaer en persona o cosa puestas en peligro.

- circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión: se refiere al lugar del evento; tiempo: fecha y hora en que se realiza; modo: se refiere a cómo realiza la conducta el sujeto activo del delito.

- elementos normativos: el sujeto realiza la acción sin ningún derecho, no hay permisibilidad para su conducta por el contrario hay permisión.

- calidad de los sujetos: cuando se requiere para la integración del delito alguna calidad del sujeto activo o del pasivo. Ejemplo.- en el parricidio la calidad de ascendiente del sujeto activo.

- bien jurídico: es el bien protegido por la norma para permitir la conservación del orden social, y puede ser la vida, el patrimonio de las personas, etc.

• formas de intervención: pues esta podrá ser individual o conjunta y se realiza entre varios sujetos.

• calificativas: que pueden agravar la penalidad si se refieren a la calificativa de agravación.

b) subjetiva: engloba el dolo y la culpa, o sea, forma de realización, adecuación a la conducta, las reglas de comprobación y el valor jurídico de la prueba.

B. Antijuridicidad (lo contrario a derecho). Y de ésta se desprenden:

a) antijuridicidad material: es la violación a las normas de cultura que dan origen al tipo penal: no matarás, no robarás, etc.

b) antijuridicidad formal: cuando hay una prohibición en el tipo penal; ejemplo se prohibe emplear a menores de edad en centros de vicio.

c) causas de justificación: las que excluyen el delito como legítima defensa, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, etc.

d) injusto penal: el conocimiento de la no permisibilidad de la conducta.

C. Culpabilidad o reprochabilidad penal. En la que se coloca:

a) la imputabilidad que aparece en dos órdenes uno objetivo y otro psicológico; el primero es una mayoría de edad (18 años) y el segundo es una salud mental.

b) conocimiento de la antijuridicidad: corresponde a si existe una conciencia de la antijuridicidad por parte del autor del delito.

c) exigibilidad de un comportamiento distinto a la norma: consistente en determinar si el sujeto activo del delito, tenía capacidad de culpabilidad y conocía la

antijuridicidad del hecho, por tanto, no se encuentra en alguna de las causas de exculpación.

d) elementos de prueba que fundamentan la culpabilidad penal:

- argumentos de los que se dicen ofendidos.
- argumentos del acusado.
- demás pruebas.
- el razonamiento.
- la determinación, tomando en consideración el valor jurídico de la prueba y finalmente.
- el juicio de reproche que es la esencia para determinar la penalidad o consecuencia de la acción.

# CAPITULO SEGUNDO
# DELITO, PENA Y DELINCUENTE

*SECCIÓN PRIMERA*

## V. CONCEPTO SUSTANCIAL DE DELITO.

### 14. DELITO Y SISTEMAS NORMATIVOS.

La conducta del ser humano que vive en sociedad aparece regulada por cuatro órdenes de normas a saber: las formas sociales o costumbres, la religión, la moral y el derecho. Todo acto que infringe el *minimun* de disciplina social que tales normas imponen es juzgado como infracción de uno de estos órdenes o de todos a la vez.[73]

El delito es casi siempre un ilícito moral y jurídico al mismo tiempo, pero es siempre un ilícito jurídico aunque en algunos casos no sea un ilícito moral.

Para referirnos al delito sólo podemos hacerlo en cuanto a que es una violación de a la disciplina social establecida por las normas jurídicas.

En el Derecho Penal, los principios jurídicos no pueden sino referirse al delito como acto humano poseedor de la antijuridicidad que consiste en estar castigado con una pena por la ley y que es condición preliminar para la actuación de la justicia punitiva.[74]

Por razones de brevedad, denominaremos que el delito es la violación a la ley penal.

### 15. DEFINICIÓN SUSTANCIAL DE DELITO.

---

[73] Enrique Ferri. ***Principios de derecho criminal, delincuente y delito en la ciencia, la legislación y en la jurisprudencia***, p. 357.
[74] ***Ibid.***, p. 360.

Es a partir de Franz von Liszt cuando la preocupación por el concepto de delito toma verdadera importancia en la dogmática jurídico-penal.

Con Ernesto Beling nace la llamada tendencia técnico-jurídica y para este autor (1906) el delito es una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada, satisfaciendo las condiciones objetivas de punibilidad.

El autor apunta que toda definición de delito ha de elaborarse en relación a determinada legislación positiva. En esta definición, encontramos la introducción de los conceptos de tipicidad y condiciones objetivas de punibilidad.

En 1930, Beling rectifica, pues en estos días, para tal autor el delito es toda acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, en la que no concurre una causa material de exclusión de la pena.[75]

Definiciones más recientes de la segunda mitad del siglo XX como la de Remo Pannain, definen al delito como el hecho descrito por la norma y que prohibe bajo amenaza de una pena criminal. Estas ideas giran en torno a la de nominada "perspectiva fenoménica", donde el delito se nos presenta como un hecho humano que reproduce la hipótesis criminal abstractamente formulada en la norma penal.[76]

En la primera mitad del siglo XX existía el casi alineamiento general de los penalistas de la Argentina (denominados "rioplatenses") en dos escuelas u orientaciones: la positivista y la técnico jurídica o neoclásica.

Tanto el positivismo penal como la corriente técnico-jurídica hicieron crisis, apareciendo estudios penales de carácter monográfico apoyados en firmes y comunes presupuestos generales: los de la Escuela Ius-filosófica argentina.[77]

---

[75] ***Ibid.***, p. 52.
[76] ***Ibid.***, p. 57.
[77] Enrique Aftalioni, "Por una definición realista del delito", en ***Revista Criminalia***, Año XXIII, México, 1957, Ediciones Botas, pp. 821 y 823.

Para Aftalioni la definición del delito deberá atender a las siguientes afirmaciones:

a) No es posible formular definiciones universales y necesarias, esenciales del Derecho Penal, del delito y de la pena, por la razón de que no son conceptos jurídicos fundamentales o "puros", sino de conceptos empíricos; este tratadista distingue entre estos dos conceptos, fundamentales y empíricos, en virtud de que los segundos son secundarios y contingentes.

b) Que los términos delito y pena son correlativos o funcionales, ya que ninguno de ellos puede ser definido descartando al otro.

La definición del delito como una acción típicamente antijurídica y culpable es incompleta, pues la antijuridicidad y la culpabilidad no pueden considerarse privativas del Derecho Penal, ya que pueden aparecer como un ilícito civil, por ejemplo el incumplimiento doloso de un contrato.[78]

Según Antolisei para conocer una noción sustancial del delito, es preciso reconocer la necesidad del Estado a recurrir a la pena para hacerse obedecer.

En consecuencia, el Estado a través de un legislador usa la pena cuando se atribuye a un deber un valor elevado, impidiendo con ésta su violación; para tal autor existe una noción sustancial del delito al mencionar que "el delito es aquel comportamiento humano que a juicio del legislador está en contradicción con los fines del Estado y exige como sanción una pena".[79]

Para este tratadista no existe diversidad sustancial entre el ilícito penal y el civil, pues la distinción únicamente podría encontrarse en la sanción como consecuencia de dichos actos, aunque es de señalarse que el mencionado autor engloba dentro del ilícito civil a la sanción fiscal; sin embargo, otros tratadistas como

---

[78] ***Ibíd.***, pp. 823-830.
[79] Francesco Antolisei. ***Manual de Derecho Penal***. Parte general, p. 118.

Maggiore[80] sostienen como criterio único para distinguir el ilícito civil del delito a la sanción.

En este punto, al tratar de distinguir entre el ilícito penal o delito y el ilícito civil Aftalioni distingue solamente con mayor "énfasis" de lo que llama aspectos retributivos y ejemplificadores lo que da un sentido correccionalista o readaptador de la ejecución penal.

*SECCIÓN SEGUNDA*

## VI. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

### PENA

16. CONCEPTO GENÉRICO.

Existe de manera general en la doctrina, la idea de concebir a la pena como una relación meramente lógica entre dos supuestos: "a" acarrea "b" que sólo es una consecuencia. La pena, en este orden de ideas es la consecuencia legal que tiene el delito para su autor, quien sólo debe sufrirla cuando se la impone el Estado por resolución de sus tribunales.[81] Es siguiendo lo anterior, una reacción estatal que se impone a otra persona como un sufrimiento que es consecuente o derivado de la realización de una conducta que la ley señala como ilícita.

Las escuelas modernas que intentan estudiar la pena, no aceptan que ésta se encuentre predeterminada, ni que guarde proporción con el delito únicamente, sino que afirman que la pena debe ser indeterminada y además adaptada a la persona del delincuente. Según estas ideas, la pena deberá individualizarse para ser eficaz.[82]

---

[80] Giuseppe Maggiore. "El delito, la pena, medidas de seguridad y sanciones civiles", en ***Derecho Penal***, vol. II, p. 423.
[81] Carlos Franco Sodi. ***Nociones de Derecho Penal***, p. 111.
[82] ***Ibid.***, p. 112.

Atendiendo al denominado principio de legalidad la pena estará siempre predeterminada por una norma. La tesis de la individualización sigue el criterio de procurar una conducta de respeto a las garantías individuales de las personas, por parte del Estado.

17. NATURALEZA JURÍDICA.

A. Corrientes doctrinales.

Una vez que se produce un delito, se da vida a otros efectos como lo son: se lesiona el bien protegido por la norma penal y tal conducta ilícita se relaciona no solo con la víctima, sino además con el grupo social, donde se reflejan también sus consecuencias.

La función de la pena, su fundamento, radica en ser una medida severa y fuerte orientada a dos fines: a) compensar el daño originado por el delito y; b) restaurar la confianza en la ley, pues la ley debe someter a su imperio a quien intenta contrariarla.

Las doctrinas para fundamentar la pena se pueden agrupar en: absolutas, mixtas y relativas.

a) absolutas: manifiestan que la pena debe imponerse porque así lo requiere la justicia, es decir, la pena no tiene un fin práctico y es solo una consecuencia; esta primera característica podemos subdividirla a su vez en retribucionista y reparadora. Las teorías retribucionistas pueden ser: la que encuentra la pena como una retribución divina, donde el delito viola la ley del ser supremo, ofendiéndolo y la pena es una necesidad para calmar a tal divinidad. La retribución moral, impulsada por Kant, en la que la pena es la consecuencia de delinquir y la ley penal es un imperativo categórico no atenuante, la pena restablece el orden social; en esta teoría se considera a la pena como un medio para prevenir el delito y asegurar la vida en sociedad, es una vía para contener a los delincuentes.

b) las teorías mixtas intentan conciliar la justicia absoluta con una finalidad, uno de sus más conocidos exponentes es Pellegrino Rossi, que parte de la existencia de un ordenamiento moral inmutable y externo, anterior a todas las cosas y del que surgen los derechos y las obligaciones del ser humano que vive en sociedad; la pena es una retribución del mal con el mal.

Además existen las escuelas siguientes:

a) la pena para la escuela clásica: para esta escuela la pena es una retribución del Estado hacia el delincuente por el mal que éste ha causado; para los clásicos la pena es proporcional al delito cometido, además debe ser legítima (una expiación que redima) e idónea, (proporcional, cualitativa e individual, además de pública, pronta y cierta).

b) la pena para la escuela positivista: para esta escuela, la pena tiende a la defensa social, previene el delito y no es una retribución de o para éste; según estas ideas, la pena no es un castigo, sino tiende a resocializar al individuo, razón por la cual evitan el término "pena" y utilizan sanción, por encontrar este último más adecuado. Los fines de la pena son la defensa de la sociedad y la resocialización de los inadaptados, para lo cual habrá de utilizarse: el trabajo obligatorio que evite el ocio, la reparación del daño producido por el delito y la segregación de reos peligrosos hasta que se encuentren aptos para la libertad, además de pugnar por la existencia de una pena individualizada, adecuada y adaptada para cada reo.

c) nuevas teorías: Marco del Pont nos dice que a partir de la consideración de ineficaz hacia la pena han surgido las teorías de la defensa social y sostienen que tanto la criminología como la dogmática penal no solucionan ya las necesidades actuales. En una interpretación más clara de esta teoría de la defensa social, se maneja como concepto básico la protección de la sociedad del delito y de la

criminalidad. A esta teoría se ha denominado también humanista, de manera indirecta tiene sus antecedentes en el positivismo.[83]

La pena constituye un elemento de cual se valen los funcionarios que detentan el poder del Estado para reprimir conductas peligrosas para la colectividad pero también es utilizada como medio para conservar dicho poder. Así, en la llamada "época de los plagios" el presidente Juárez instauró las célebres Guardias Rurales y legisló en 1869 una ley aprobando los juicios sumarios y la aplicación inmediata de la pena de muerte, para entre otras cosas terminar con la denominada "cosecha de héroes" que como rivales reclamaban honores y poder.

B. ASPECTOS.

La naturaleza de la pena, apunta Welzel se manifiesta en dos aspectos: para el que la sufre y para el que la impone, que es el Estado, es decir, se manifiesta en un aspecto personal y en el estatal.

En su aspecto estatal, el fundamento de la pena radica en su carácter indispensable para mantener el orden de la comunidad.[84]

Este punto Kelsen lo sintetiza de manera muy lógica: "...según los órdenes jurídicos primitivos, la reacción sancionadora frente al hecho antijurídico es enteramente descentralizada. Queda librada a los individuos lesionados en sus intereses por la ilicitud. Estos quedan facultados a establecer en un caso concreto si se ha dado la situación ilícita y ejecutar la sanción determinada por el orden jurídico. Reina el principio de la defensa propia.

En el curso de la evolución, ésta reacción sancionadora ante la circunstancia antijurídica es centralizada en medida creciente en cuanto a la determinación del hecho ilícito y en cuanto al cumplimiento de la sanción, que son reservados a órganos que funcionan dividiéndose el trabajo: tribunales y funcionarios ejecutivos.

---

[83] Luis Marco del Pont. ***Penología y sistemas carcelarios***, Tomo I, p. 6.
[84] Hans Welzel. ***Op. cit.***, pp. 281-282.

El principio de la defensa propia es limitado en todo lo posible... incluso el Estado moderno en que la centralización de la reacción sancionadora ante la situación ilícita, alcanza su grado máximo, siempre permanece un mínimo de autodefensa...".[85]

Para Marco del Pont la pena es un mal impuesto por el Estado consistente en la pérdida de bienes; para este autor dicho mal es una retribución de la sociedad agraviada por el delito cometido.[86]

Welzel nos dice que la pena es un mal impuesto al autor por el hecho culpable.[87]

18. LA INDIVIDUALIZACIÓN.

A. Sistemas.

Hay tres sistemas de individualización: la individualización legal, la judicial y la administrativa.[88]

a) individualización legal. Trata de realizar una clasificación legal de los criminales y trata de organizar el régimen de pena adaptable para cada uno de ellos.

b) individualización judicial. La realiza el juzgador, considerando el conocimiento que obtuvo durante el proceso, de la personalidad del delincuente.

c) individualización administrativa. Llevada a cabo al realizar la ejecución de la pena, el juez establece la pena y los funcionarios de los establecimientos penitenciarios, la duración de la pena.

La pena ha sido definida también como un contraestímulo para disuadir del delito y una vez realizado éste, se trate de corregir al delincuente; la pena es un

---

[85] Hans Kelsen. ***Teoría pura...***, *Op. cit.*, p. 53.
[86] Luis Marco del Pont. ***Op. cit.***, pp. 4-5.
[87] Hans Welzel. ***Op cit.***, p. 281.
[88] ***Ibid.***, p. 115.

castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley para mantener el orden jurídico.[89]

19. FINES.

Los fines de la pena son la justicia y la defensa social, más como un mecanismo de eficacia, debe ser:

a) Intimidatoria. Para a través de ella prevenir el delito.

b) Ejemplar. Para advertir que la amenaza es real y efectiva.

c) Correctiva. Pues durante el tiempo de su duración se llevan a cabo tratamientos de enseñanza para prevenir la reincidencia.

d) Justa.[90]

20. CLASIFICACIÓN.

A. Por su aplicación.

Los tratadistas que se han abocado al estudio de la pena ha elaborado la siguiente clasificación:

a) Por su forma de APLICACIÓN pueden ser: a) *principales*, señaladas por la ley y el juez las impone; b) complementarias, señaladas también en la ley, pero su imposición es potestativa; son secundarias, agregadas a otras de mayor importancia; c) accesorias, se agregan de manera inmediata a la pena principal.

b) Por su FIN pueden ser: a) intimidatorias, que lo son todas las verdaderas penas, pero con exclusividad de la multa y las prisiones de corta duración; b) correctivas, se supone este carácter para toda pena, dan lugar a someter al sujeto a un régimen o tratamiento adecuado; c) eliminatorias, que son temporalmente o en

---

[89] Ignacio Villalobos. ***Derecho Penal***, p. 528.
[90] ***Ibid.***, pp. 529-530.

forma parcial o bien perpetuamente como la pena de muerte; d) por el bien jurídico afectado, existe la pena capital o de muerte que priva de la vida; las llamadas penas corporales, mismas que se aplican directamente en el físico de al persona, mismas que tienden a desaparecer; penas contra la libertad; penas pecuniarias; penas contra otros derechos como la suspensión o inhabilitación para ejercer cargos públicos (algunos tratadistas consideran a estas últimas como medidas de seguridad).

## LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

También denominadas sustitutivos penales, las medidas de seguridad son medidas preventivas tomadas por el Estado para evitar la producción del hecho delictuoso, para combatir las causas del delito.[91]

### 21. ANTECEDENTES.

Existieron desde hace tiempo instituciones que se consideran antecedentes quizá precarios de las medidas de seguridad como las casas para reforma de vagabundos que se instalaron en Holanda en el siglo XVI, las galeras de mujeres en que se recluían prostitutas y holgazanas de la España del siglo XVII.

Los anteproyectos del Código Penal alemán de principios de siglo, presentaron sistemáticamente a las medidas de seguridad. En Italia fueron introducidas en el llamado Código Rocco de 1930.

### 22. NATURALEZA JURÍDICA.

Las medidas de seguridad tienen un carácter preventivo, en tanto que la pena una función represiva que aquellas se les atribuye también la calificación de sanción jurídica.

---

[91] C. Franco Sodi. ***Nociones...***, *Op. cit.*, pp. 113-114.

Algunos tratadistas intentan ubicar a las medidas de seguridad dentro del campo del derecho administrativo.

El derecho penal no es sólo un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si esta doble tarea se lleva a cabo solamente con la aplicación de un solo medio, con la pena, se habla de un Derecho Penal monista y por el contrario, se habla de un derecho penal dualista, cuando junto a la pena se aplican otras medidas de distinta naturaleza a las que se llaman medidas de seguridad.[92]

El sistema dualista se centra en distinguir la pena de la medida de seguridad, cuando ambas en la práctica de su ejecución tiene asignada la misma finalidad: la reinserción y readaptación social del delincuente.

Un sistema dualista por lo tanto constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado[93], pues es un sistema de control social que aplica medidas oficialmente no penales más tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos, lo que se considera el derecho penal de culpabilidad.

La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. Son fuerzas sociales existentes en un momento determinado la que define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad.

El derecho penal de culpabilidad es retributivo; ajeno a toda finalidad preventiva.[94]

Las leyes son condiciones bajo las cuales hombres aislados e independientes se unieron en sociedad (sacrificaron una parte de su libertad en aras de acabar con la inseguridad que acarreaba el estado continuo de guerra.

---

[92] Francisco Muñoz Conde. ***Derecho penal y control social***, p. 51.
[93] ***Ibid.***, p. 59.
[94] ***Ibid.***, pp. 59-66.

La suma de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno forma la soberanía de una nación y el soberano es su administrador y legítimo depositario. No bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular el cual procura no sólo quitar del mencionado depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes para contener el ánimo despótico de cada hombre. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes.

Beccaria los llama *motivos sensibles* porque la experiencia demostraba que la multitud no adoptaba principios estables de conducta ni se alejaba de aquella innata general disolución que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran a los sentidos y que de continuo se presenten al entendimiento para contra balancear las fuertes impresiones que los ímpetus parciales que se oponen al bien universal para sujetar las pasiones excitadas por los sensibles incentivos de los objetos presentes.[95]

Parafraseando a Montesquieu, Beccaria afirma que todo acto de autoridad que no derive de la absoluta necesidad es tiránico. En este punto, encontramos el fundamento del derecho del soberano castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones.[96]

La palabra derecho no es contradictoria de la palabra fuerza, antes bien aquella es una modificación de ésta. Justicia es el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad.

Consecuencias: la primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato

---

[95] Cessare Beccaria. ***De los delitos y las penas***, pp. 9-10.
[96] ***Ibid.***, p. 10.

social. La segunda consecuencia es que si todo miembro particular se haya ligado a la sociedad, ésta lo está también con cada uno de ellos que de su naturaleza obliga a las dos partes, es decir, el interés de todos está en la observación de los pactos útiles al mayor número.[97]

23. CLASIFICACIÓN.

Las medidas de seguridad pueden ser de dos clases, según se propongan readaptar al individuo a la Sociedad corrigiéndolo, o bien eliminar definitivamente de la colectividad al inadaptado.[98]

Las medidas de seguridad son aquellas que sin valerse de la intimidación y sin tener carácter definitivo buscan prevenir futuros atentados por parte de una sujeto como ejemplos de estas encontramos el confinamiento, la prohibición de ir a un lugar determinado, etc.

Deben evitarse tres errores frecuentes:

i) confundir las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia, pues éstas son actividades del Estado que se refieren a toda la población del territorio y que pueden redundar en la disminución de los delitos.

ii) suponer que las medidas de seguridad se toman respecto a incapaces exclusivamente pues las medidas de seguridad previenen el delito, mirando o atendiendo a la peligrosidad del sujeto.[99]

Las medidas de seguridad son medios dirigidos a readaptar al delincuente a la vida social, además son aplicables cuando la pena por si misma no se considera suficiente para prevenir la comisión de nuevos delitos.

---

[97] ***Ibíd.***, p. 12.
[98] ***Ibíd.***, p. 115.
[99] Ignacio Villalobos. ***Op. cit.***, pp. 534-535.

En muchas ocasiones ha sido discutida la diferencia entre la pena y las medidas de seguridad, para algunos tratadistas se identifican, otros las consideran distintas y en cambio algunos sostienen una posición intermedia.

a) entre los que identifican ambas figuras se encuentran Ferri y Gispringing. El punto donde concurren ambas es el fin: la defensa social y aun reafirman que pueden sustituirse una con otra.

b) la tesis separatista encuentra medidas que las distinguen y afirma que sería un error identificarlas.

c) la tesis ecléctica acepta las diferencias entre la pena y las medidas de seguridad, más éstas sólo son teóricas, pues el la práctica tales diferencias desaparecen y más aún la medida de seguridad es un estadio evolucionado o desarrollado de la pena.

Para estos tratadistas, ambas figuras convergen en el aspecto de la prevención general, es decir, tienen fines análogos, peculiares o comunes, como son: el carácter intimidatorio, sus funciones rehabilitadoras.

## TEORÍA DE LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

### 24. TEORÍA DE LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Para abordar de manera concreta el tema de la pena y las medidas de seguridad habrá de mencionar a la Penología, voz que al decir de Howard Wines fue inventada y aplicada por primera vez en América por Francis Lieber (1800-1812) que la definió como la rama de la ciencia criminal que trata del castigo del delincuente.[100]

A. Penología.

[100] Citado por Eugenio Cuello Calón, ***La moderna Penología***, p. 7.

La Penología no es parte integrante de la Criminología, sino una disciplina autónoma que para la realización de sus fines toma en cuenta los datos e informes que la ciencia criminológica le proporciona. Pero ambas son de muy diferente contenido.

La criminología dirige sus investigaciones hacia la etiología (estudio o teoría sobre las causas de las cosas) del delito y sus formas de aparición como fenómeno social y natural, mientras que la Penología persigue un objetivo diferente: el estudio de los diversos medios de represión y prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad), de sus métodos de aplicación y de la actuación postpenitenciaria. Quedan por tanto, comprendidas dentro de su ámbito, no sólo el tratado de las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad y su aplicación, sino todas las restantes clases de penas y medidas, la pena capital las penas corporales, las penas y medidas restrictivas de libertad, penas pecuniarias, etc.

Todo tipo de sanción, pena o medida, de sentido retributivo o de finalidad reformadora o aspiración defensiva, cualquiera que sea su clase y métodos de ejecución, caen dentro del campo de la Penología.[101]

B. Principios.

Del principio básico de legalidad de la pena (*nullal poena sine lege*), se origina como consecuencia lógica el de la legalidad de su ejecución, es decir, la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad no ha de quedar abandonada al libre arbitrio de la autoridad penitenciaria o de la administración, sino habrá de practicarse con arreglo a las leyes y disposiciones legales.

La pena es la justa retribución del delito, proporcionada a la culpabilidad del reo, esto es su esencia íntima. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado, es decir, la realización de la justicia.

---

[101] ***Ibid.***, p. 8-9.

Contra la retribución como esencia de la pena reaccionó violentamente la escuela positivista que proclamó como fin de aquella la defensa social contra la delincuencia (Ferri, Garófalo, Florián), sin embargo uno de sus principales exponentes, Gisprigni, sostuvo que ésta no es compatible con la concepción de la pena como retribución moral, siempre que se trate de una retribución moral objetiva o jurídico-social.

Más fuerte repercusión han tenido en la Penología, las doctrinas que señalan como único y exclusivo fin de la pena la reforma del penado y su readaptación a la vida social. La pena no puede aspirar como estas teorías sostienen de modo exclusivo, a la reforma del penado. En primer lugar, hay penas que por su naturaleza excluyen el fin reformador, la pena capital por ejemplo; las privativas de derechos, etc.

En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, un nuevo movimiento científico en el campo del derecho penal ha alcanzado considerable extensión, la llamada nueva defensa social. No constituye una doctrina unitaria, está integrada por grupos que mantienen posturas no siempre coherentes y a veces distantes. Su creador e impulsador, Filippo Gramatica sostiene una actitud radical en su concepción de la defensa social, rechaza toda idea de derecho penal represivo que debe ser reemplazado por sistemas preventivos o por intervenciones educativas y reeducativas. La pena como sufrimiento impuesto al delincuente debe ser sustituida por completo por la resocialización de los sujetos antisociales. Los rasgos esenciales de este movimiento son: predominio de la prevención especial, la readaptación social de los delincuentes y su tratamiento desprovisto por completo de sentido represivo. Es en esencia, una doctrina preventiva y antiretribucionista.[102]

El ejercicio del *lius puniendi* en un Estado democrático debe respetar las garantías vigentes en el Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al Principio de legalidad.

---

[102] ***Ibid.***, pp. 20-28.

El derecho penal en un estado social y democrático de derecho exige atribuir a la pena la función de prevención de delitos, quedando descartada en un Estado que se acoge al mandato Constitucional una concepción de la pena que se funde en la retribución del mal por el mal cometido.[103]

## 25. LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO MEXICANO.

El art. 18 de la Constitución Federal de 1917 establece que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. Este precepto encuentra el antecedente de su formación en el Constitución de Cádiz de 1812 (a. 296), en las ideas aparecidas en el Reglamento Político mexicano de 1823 (a.a. 72, 73 y 74) en las 7 leyes de 1836 (a. 43 y 46), en el proyecto de Reforma (a. 9), en el proyecto de 1842 (a. 7 fr.VIII y a. 118), en las bases orgánicas de 1843 (a. 19 fr. IX), en el estatuto orgánico de la República mexicana de 1856 (a.a. 149 y 50) y finalmente en la Constitución Federal de 1857 (a.a. 18 y 23). De aquellas, pasó la idea al Estatuto provisional del Estado Mexicano (a. 67) y pasó también al Constituyente de 1916-17; reformado el mencionado artículo en 1964 y publicado en el DOF de fecha 23 de febrero de 1965.[104]

El referido art. 18 fundamenta el sistema penitenciario mexicano.

El estudio acerca del fundamento jurídico de la pena, que desde el punto de vista filosófico conduce al problema de su justificación moral y social, tradicionalmente ha sido explicado.[105]

Parece evidente que el fundamento penal que adopta nuestra Constitución Federal de 1917 en su Art. 18 se manejo por el legislador el Principio de la

---

[103] Santiago Mir Puig. ***La función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho***, p. 21.
[104] Gustavo Malo Camacho. ***Manual de Derecho Penitenciario***, pp. 63-64.
[105] ***Ibíd.***, p. 64.

Readaptación, aunque es de observar que la función complementaria de la pena es la prevención.[106]

[106] ***Ibíd.***, p. 69.

*SECCIÓN TERCERA*

## VII. EL DELINCUENTE

### 26. NATURALEZA JURÍDICA.

Al tratar de realizar un análisis de lo que jurídicamente se considera un delincuente, encontramos distintas ideas que parten de consideraciones de carácter físico, psicológico o bien simplemente de lo que en un grupo determinado se considera contrario a la justicia y el orden social.

Examinando la raíz de la palabra delincuente, encontramos: del latín *delinquens, delinquentis*, sustantivo, el que delinque; delinquir del latín *delinquere*, cometer delito; delito, de *delicto*, culpa, crimen, quebrantamiento de la ley.[107]

Delincuente es aquella persona que ha cometido un delito. Esta noción nos da dos componentes: persona y delito, es decir, la relación entre individuo, sociedad, y su interacción con el orden jurídico.

No existe hasta el momento común acuerdo en cuanto a la denominación del transgresor al ordenamiento jurídico-penal. Así, se habla de criminales, transgresores, antisociales, desviados, atípicos sociales, malhechores, etc.

Recientemente la criminología ha preferido la acepción criminal, ya que engloba la noción antisocial dentro de la cual tendríamos a la mayoría de los casos al delincuente.

La esencia de lo delictivo es un complejo fenómeno bio-psico-social, que supone procesos individuales y colectivos, mismos que habrán de estudiarse desde un enfoque interdisciplinario, sin perder de vista la relación entre la personalidad del delincuente, los procesos de creación de la ley penal violada, así como los procesos de reacción social formal e informal y que se derivan de la detección de tal

---

[107] ***Diccionario de la Real Academia Española***, p. 450.

transgresión y que tienden a culminar en el éxito del etiquetamiento del transgresor como delincuente.

Delincuente vendría a ser aquel individuo sano o enfermo que ha llegado a violar el ordenamiento jurídico-penal previamente existente, y que por reacción del Estado se ha logrado tener éxito en su denominación como delincuente. No necesariamente la conducta de tal individuo, reviste características de antisocial, ni todo hecho antisocial es por fuerza delictivo.[108]

Puede haber delincuente sin haber todavía delito perfeccionado, como sería en la tentativa frustrada de la realización de un delito.

El concepto general es relativo e imperfecto por múltiples razones, pues varía según la escuela que lo considere o estudie.

Para la escuela clásica, el delincuente es un ser humano no común, igual o semejante a todos los seres humanos, pero que en forma totalmente consciente, deliberada, libre y espontánea, ha transgredido el ordenamiento jurídico cometiendo un delito; para tal escuela, el delincuente es una categoría especial de individuo que sin ser totalmente demente, no es tampoco absolutamente cuerdo.

## 27. CONCEPTO SOCIOLÓGICO DEL DELINCUENTE.

La teoría sociológica del delincuente da importancia absoluta a las causas externas y sociales que dan vida al delito y al autor del mismo, niega todo valor a las causas individuales, pues las considera de importancia secundaria. El delito, siguiendo esta doctrina, es directa consecuencia de las condiciones sociales (culturales, económicas, morales y políticas) que presentan los pueblos, pues son tales condiciones sociales las que forman el carácter individual, es decir, el ser humano delinque o no, según sea el ambiente en que vive, desarrolla y educa.[109]

---

[108] ***Diccionario Jurídico Mexicano***, Tomo d-h, p. 86.
[109] Benigno Di Tulio. ***Tratado de antropología criminal***, pp. 85-86.

La importancia que tiene el ambiente sobre el desarrollo de la personalidad humana es debida a que él constituye la expresión de todas las fuerzas y condiciones naturales, sociales y morales que circundan y acompañan al ciclo evolutivo de la propia personalidad.

El ambiente no puede dejar de influir en el modo de sentir, de pensar y de actuar del individuo.

Ferri expone magistralmente las razones por las cuales el fenómeno de la criminalidad debe ser considerado de naturaleza bio-sociológica.

Analizando las ideas anteriores, es vana cualquier tentativa que sea dirigida a sostener la naturaleza exclusivamente sociológica del delito.[110]

La tesis central de la criminología sociológica, es que la conducta criminal es resultado de procesos idénticos a los que condicionan los restantes comportamientos sociales. Esta tesis se sirve de la estadística como instrumento principal para obtener el material del que extraerá sus conclusiones.[111]

28. BREVE REFERENCIA EN TORNO A LA IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad se refiere a una cualidad del sujeto. Imputable es la persona a quien se atribuye, se puede acusar o imputar algo; imputar es la acción de atribuir a alguien como suyo un determinado comportamiento que puede traerle consecuencias jurídicas. Es como hemos mencionado en su oportunidad, la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

La imputabilidad es inherente y propia del sujeto que se ha pretendido individualizar como una cualidad o capacidad, desde el punto de vista del derecho esta capacidad es la que otorga sentido a la condición humana.[112]

---

[110] ***Ibid.***, p. 91, 182-184.
[111] Michelangelo Peláez. ***Introducción al estudio de la criminología***, pp. 121-122.
[112] Francisco Pavón Vasconcelos. ***Imputabilidad e inimputabilidad***, p. 58.

Sólo el humano puede ser sujeto activo del delito, pero a fin de que la ley pueda poner a su cargo determinada pena, como consecuencia de su conducta típica y antijurídica, es necesario constatar su imputabilidad, como previa condición del reproche en que se hará consistir al autor del hecho típico y antijurídico.

El juicio de culpabilidad, previo al reproche mismo, presupone entonces una condición de imputabilidad en el sujeto: aquel juicio recae sobre el hecho, para declarar que su autor es culpable; en tanto la imputabilidad precisa constatar que se den en él las condiciones necesarias para ser declarado culpable.

La imputabilidad del sujeto precisa en éste, la posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del hecho, del deber de acatar el mandato contenido en la norma, y en segundo lugar, la posibilidad de realizarlo voluntariamente.[113]

El conocimiento de los presupuestos anteriores es revelador de que el sujeto reúne las condiciones psicosomáticas necesarias, es decir, las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental para aprehender respecto del hecho concreto, su significación jurídica y su vinculación personal con ésta.

La determinación espontánea para su realización o ejecución, significa poner en movimiento la voluntad, en su más estricto sentido, para hacer realidad el hecho pensado y decidido. Se trata de un hecho nacido de la libre elección.[114]

Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputablidad supone la ausencia de dichas capacidades y por ello la incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

En la determinación de las causas de inimputabilidad, aunque no señalándolas expresamente bajo tal rubro, las legislaciones penales emplean

---

[113] ***Ibíd.***, p. 70.
[114] ***Ibíd.***, p. 71.

fundamentalmente criterios biológicos, psicológicos y mixtos. En el primero, se excluye la imputabilidad con base en un factor biológico; en el segundo en el estado psicológico del sujeto que por anormalidad como lo es la perturbación de la conciencia, le impide el conocimiento de la ilicitud de su acción.[115]

El criterio biológico se apoya en consideraciones orgánicas relacionadas con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto. Los Códigos, apoyados en tal criterio, señalan una determinada edad que ordinariamente fluctúa entre los 16 y los 18 años, para establecer la línea divisoria entre los sujetos imputables y los inimputables.

El criterio psicológico, elabora el concepto de inimputabilidad en función al trastorno mental, sea éste transitorio o permanente, en cuyo último caso desígnasele comúnmente con el nombre de enfermedad mental o anomalía psicosomática permanente. Este criterio se apoya en la noción psicológica que merece el sujeto calificándolo de inimputable por cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación, de manera genérica comprende la inmadurez mental independientemente del factor cronológico y toda clase de alteraciones o traumas psicológicos.[116]

El criterio mixto permite el empleo de la combinación de las anteriores, la Ley mexicana adopta un sistema biopsicológico-psiquiátrico, por cuanto atiende para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad utilizando las fórmulas tanto biológicas (minoría de edad) como psicosiquiátrica (estados de inconsciencia y enfermedades mentales).

29. ANTROPOLOGÍA SOCIAL.

Los vacíos dejados en la investigación criminológica por los estudios sociológicos, solamente podía colmarlos la antropología criminal, entendida como

---

[115] Raúl Carrancá y Trujillo. ***Causas que excluyen la incriminación***, p. 95.
[116] ***Ibíd.***, p. 96.

tratamiento de los problemas inherentes al delincuente en particular, es decir, como individualidad psicofísica o biopsíquica.[117]

Entre los precursores de la antropología criminal están los fisionomistas, Lavater, Gall, etc. quienes de las protuberancias y depresiones de la caja craneana creyeron poder entrever el grado de inteligencia y tendencias individuales, comprendida la misma moralidad; la criminalidad podía considerarse consecuencia de alguna irregularidad en el desarrollo de regiones del cerebro y del cráneo.

Pero entre los precursores más directos de la antropología criminal, se deben recordar a algunos médicos alienistas y carcelarios (Pinel, Ferrarese, Esquirol, Morel, etc.), pero es sobre todo César Lombroso el primero en iniciar el estudio científico del delincuente.

En 1871, se inicia la fase lombrosiana de la antropología criminal, Lombroso afirmaba la naturaleza atávica de la delincuencia y desarrolló el concepto de la relación y afinidad entre degeneración y criminalidad.

El criminal es considerado como un primitivo y salvaje, como degenerado de naturaleza más o menos patológica.

Tales estudios fueron seguidos por la fase antilombrosiana, que critica a Lombroso por haber dado excesiva importancia a cuestiones morfológicas y haber descuidado la importancia del ambiente social.

A tal fase antilombrosiana, sigue aquella en que encontramos desarrollados los mayores y prevalentes estudios sociológicos sobre la criminalidad.[118]

---

[117] ***Ibid.***, pp. 146-147.
[118] Benigno Di Tulio. ***Op. cit.***, pp. 49-50.

## 30. TEORÍAS PSICOLÓGICAS.

Las modernas teorías psicológicas basadas o que reconocen un origen en Sigmund Freud como punto de partida de sus construcciones científicas, han aportado un nuevo enfoque sobre el delincuente.

Víctor Frankl, continuador de Freud con su teoría del llamado análisis existencial, que trata de liberar las fuerzas del espíritu, ha aportado un nuevo concepto sobre ciertos delincuentes.

Alfred Adler, también continuador de Freud y su teoría de la llamada Psicología individual, aporta nuevos conceptos sobre el tema.

El aporte de Freud, puede sintetizarse en lo siguiente: los instintos sexuales reprimidos originan diversos tipos de neurosis y algunas de ellas van a terminar en el delito, por lo tanto, algunos delitos tienen su origen en los instintos sexuales reprimidos. Lo que podría llamarse "delincuente sexual" aunque el delito que se cometa no sea un delito sexual.

Frankl difiere un poco de Freud porque opina que no es el instinto sexual que al ser reprimido origina la neurosis, sino es el espíritu humano el que al ser reprimido origina la neurosis, y siendo por esencia libre, ello origina la anormalidad que puede llegar al delito. El espíritu humano es liberado, según Frankl, por lo que él llama el análisis existencial. Las teorías de Frankl se inspiran principalmente en la antropología filosófica de Max Scheler y en la filosofía existencialista de Kierkegaard, Heideggerd y continuadores. Para este doctor, el delincuente es un enfermo psicológico, cuyo origen es la falta de libertad de su espíritu.

Para Alfred Adler, los tres problemas fundamentales que se plantean a todo ser humano son: su actitud frente a lo social; su actitud frente a su trabajo o medio

de vida y; su actitud frente al amor. Estos tres.problemas serán resueltos correcta o inadecuadamente, según el ser humano tenga lo que Adler llama espiritu de comunidad, que sería algo como la capacidad de identificarse con otros seres humanos.

Para resolver estos problemas vitales, el ser humano realiza lo que Adler denomina movimientos, mismos que al tomar ciertas direcciones, van formando costumbres o hábitos (entrenamiento) y la orientación o tendencia que este entrenamiento va a dar a cada ser humano, lo llama estilo de vida.

Si las primeras experiencias del niño son favorables a su sentido de la colaboración y solidaridad con las otras personas que lo rodean, va a imprimir en el sujeto un estilo de vida favorable al espíritu de comunidad, pero el estilo de vida será opuesto en caso contrario.

Tres factores intervienen para producir la carencia de espíritu de comunidad en un ser humano, según Adler: a) los mimos de que es objeto el niño cuando muy pequeño; b) las minusvalías orgánicas congénitas y c) una incorrecta educación.

Si el sujeto no resuelve los tres problemas mencionados (el social, el trabajo, el amor), surgirá un sentido de vida erróneo adoptando una conducta que Adler llama en retirada, en que el individuo no busca una compensación, que en consecuencia puede significar una permanente tensión emocional y en determinados casos podrá ser la causa del delito.

# CAPITULO TERCERO

# VIII. EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EQUIPARABLE

## 31. BREVE REFERENCIA AL DELITO DE FRAUDE GENÉRICO TIPIFICADO EN EL C.P.

A. Concepto.

Desde el punto de vista gramatical, el fraude significa engaño, la acción contraria a la verdad. El fraude se distingue de otros delitos en cuanto que existe por parte del sujeto activo el ánimo, la intención de engañar o inducir a otro (sujeto pasivo) a errar valiéndose el primero de artificios y/o actitudes mentirosas, maquinaciones para beneficio propio o de un tercero.

De la revisión de lo anterior, encontramos que los elementos o ingredientes sustanciales del fraude lo son: a) el engaño y; b) el error.

Históricamente se reprimió la conducta de "entregar una cosa por otra", lo que la jerga popular ha ejemplificado como "dar gato por liebre", por las consecuencias negativas que tal comportamiento acarrea, como el abuso, la alteración, la mentira. Ancestralmente, se castigaba el vender grano malo por bueno, falsificar pesas, medidas o diversos utensilios o bien herramientas.

Múltiples anécdotas existen en nuestro devenir nacional que podrían ilustrar o ejemplificar claramente la naturaleza del fraude, se recuerda por solo citar alguno, el intercambio de objetos entre los naturales americanos y los europeos navegantes, que relata Bernal Díaz del Castillo en su "Historia verdadera de la Conquista de la Nueva España".

B. Elementos.

El denominado fraude genérico se encuentra tipificado en el artículo 386 del CP: "comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error

en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido". Los ingredientes de engaño y error los encontramos aquí.

a) El engaño. Engaño es un sustantivo que proviene del verbo transitivo engañar y que significa hacer creer o inducir a alguien mediante palabras o acciones, fingidas una cosa que no es verdad. Engañar por tanto, es dar a algo apariencia de verdad o que tiene una naturaleza diversa a lo que en rigor le corresponde. El engaño supone el ánimo de inducir a alguien a errar, a caer en error; es un medio de que se vale una persona para inducir a otra a una creencia falsa.

En el engaño existe una intención o deliberación a fingir.

b) El error (del latín *error*). Es el concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada.

Coloquialmente se dice que error es conocer, pero conocer o saber mal.

Para Eduardo López Betancourt, en un sentido gramatical, el fraude es una acción encaminada a eludir cualquier disposición de la ley, ya sea fiscal, penal o civil, siempre que con ello se produzca un daño contra terceros.

Según el diccionario de la lengua española, eludir proviene del latín *eludere* verbo transitivo significa huir a la dificultad, esquivarla o salir de ella con algún artificio.

Analizando el concepto del maestro López Betancourt, encontramos que engloba en un mismo concepto de fraude conductas con caracteres civiles, penales o fiscales por igual, sin embargo, en las consecuencias que acarrea una conducta estriba la distinción que a una u otra se le de.

Por ejemplificar, el CC en su a. 303 establece la obligación de los padres de proporcionar alimentos a sus hijos; si algún papá no cumple con este deber sin valerse de engaños o maquinaciones, si no porque prefiere disponer libre y sin

preocupación alguna de sus ingresos existirá la posibilidad de producir daños a sus descendientes, pues está incumpliendo o ELUDIENDO el deber que le impone la ley (pues el padre "irresponsable" está esquivando o saliendo de la "dificultad" que le significa proporcionar los alimentos) sin que por ello cometa fraude como equivocadamente afirma el autor citado. El fraude como se apuntó contiene dos ingredientes fundamentales: el error y el engaño. En el ejemplo anotado no existe ni error ni engaño por parte del padre incumplido, sino simplemente una omisión que por antisocial o negativa que pueda ser no engloba o reviste los caracteres esenciales del fraude.

La anterior equivocación se encuentra igualmente plasmada en el Art. 109-V del CFF, pues indebidamente sanciona figuras o conductas que no tienen un carácter penal o bien no suponen un matiz delictivo.

Como hemos anotado en puntos anteriores, el legislador prevé consecuencias más severas para reprimir o prevenir conductas que se consideran lesivas para los intereses de la colectividad; así, las leyes penales sancionan el bíblico "no matarás" tipificando el delito de homicidio y previendo penas de prisión al que prive de la vida a otro. La reacción del Estado se lleva a cabo con mayor fuerza, lo que hace sustancialmente la diferencia entre una infracción civil y un delito o ilícito penal.

Como veremos, el actual CFF sancionaba conductas que verdaderamente implicaban una maquinación, un engaño para eludir el pago de contribuciones. Actualmente se castiga la abstención del pago de contribuciones y el no presentar la declaración respectiva, lo cual rebasa el carácter meramente civil o administrativo de las contribuciones (no debemos olvidar que las contribuciones son uno de los medios de que dispone el Estado para llegarse fondos o recursos) para darle consecuencias incluso privativas de libertad.

## 32. DEFRAUDACIÓN FISCAL.

A. Antecedentes.

Es un delito proveniente de la legislación fiscal, excluido del CP y de la legislación vigente sobre delitos del orden común, por ser un delito exclusivo del derecho tributario y, por consiguiente de los llamados delitos especiales legislados en ordenamientos tributarios de la Federación y de los Estados.

Se considera como delito especial por estar tipificado en una ley distinta al CP como lo es el CFF.

La defraudación supone la intención de dañar, la realización de un acto voluntario o la ocultación (omisión) de cualquier circunstancia con relevancia fiscal con el propósito deliberado de sustraerse en todo o en parte a una obligación fiscal. Defraudación es acción y efecto de defraudar.

La figura del delito de defraudación fiscal aparece en nuestro derecho positivo hasta fecha reciente. Con anterioridad la tipificación del delito de defraudación fiscal se podía proceder en contra del causante con fundamento en el fraude consignado en el CP. Al no exigir calidades especiales en el sujeto pasivo, el fraude en contra de la hacienda pública quedaba comprendido dentro del fraude genérico.

En el pliego de envío al Congreso del Proyecto de Ley de Ingresos del Erario Federal para el año de 1947 el presidente de la República expresó que "las autoridades fiscales deberán asumir una actitud en principio, de mayor confianza en la buena fe del contribuyente más las leyes habrán de prever el castigo severo de la evasión fiscal asimilándola, cuando proceda, como se hace en otros países, a un verdadero delito". Se inició de esta manera una nueva tendencia dentro de la política fiscal. Como consecuencia de esta nueva tónica en la política hacendaria del país, se convocó la Tercera Convención Nacional Fiscal celebrada en 1947 en la ciudad de México, las conclusiones obtenidas fueron las siguientes:

a) una hacienda pública fuerte y organizada, no puede basarse en la desconfianza recíproca entre el fisco y los causantes; b) es necesario iniciar una

política de mutuo entendimiento y lealtad; c) el fisco declara su fe en las declaraciones de los causantes y suprime los procedimientos de inspección y calificación, como forma de control de los nuevos gravámenes; d) unificación y simplificación de diversos impuestos; e) en principio cada causante no debe pagar sino un impuesto; f) se establece una pena corporal como castigo para el fraude al fisco.

Consecuencia directa del punto 6o. de la anterior declaración se expidió la ley Penal de Defraudación Impositiva en Materia Federal. Tenía por objeto la mencionada ley elevar a categoría de delito, penado con sanciones de las llamadas corporales, el fraude al fisco cometido en los impuestos interiores, puesto que la omisión de los impuestos exteriores, desde los primeros días de la independencia, estaba sancionada.

La mencionada ley tiene trascendencia dentro del orden jurídico penal positivo, puesto que por primera vez erige en delito conductas que anteriormente no tenían carácter delictivo. Al parecer el 30 de diciembre de 1947 la Ley Penal de Defraudación Impositiva se buscaba tutelar el interés del Estado con el fin de hacer eficiente el funcionamiento de su administración pública, ya que el bien jurídico tutelado en la nueva ley es el patrimonio del Estado. El fin de la norma se explica en función de la necesidad de reprimir penalmente las conductas fraudulentas que ofenden al derecho del estado respecto de los impuestos y contribuciones que van a engrosar su patrimonio.

El secretario de Hacienda y Crédito Público al impulsar la expedición de una ley en la que se tipifican conductas que entrañan una defraudación al fisco, estimaba que las prevenciones del CP en su capítulo de fraude no eran del todo precisas.[119]

---

[119] ***Diccionario Jurídico Mexicano***, Tomo II, pp. 857-858.

Al utilizar la palabra defraudación fiscal o fraude fiscal, la expresión debe llevar implícito el concepto de ilicitud, siendo que algunos tratadistas utilizan el concepto de fraude legal, fraude ilícito en contra de fraude ilegal o fraude ilícito, buscando con esto distinguir entre el llamado concepto de planeación fiscal y defraudación. El uso de las palabras fraude legal o ilícito llevan en sí mismas un contrasentido, pues parece absurdo hablar de fraude legal o ilícito, por lo menos en el lenguaje jurídico, ya que la calificación del acto como "infracción" punible supone su ilicitud.[120]

B. Sujetos activo y pasivo.

La enciclopedia jurídica Omeba denomina esta figura como defraudación en perjuicio de la administración pública y la considera como una forma calificada de defraudación que se caracteriza porque el fraude esta dirigido directamente a perjudicar en su patrimonio a la administración pública. Los medios fraudulentos de que se valga el sujeto activo no hacen la calificativa. Es la calidad del sujeto pasivo del delito lo que determina la figura agravada. Fraude es engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza que produce un daño; cuando tal conducta fraudulenta perjudica al patrimonio de una administración pública, se está en presencia de esta forma calificada de defraudación.

Así entendido el fraude, como medio apto para engañar o sorprender la buena fe ajena debe entenderse la figura que se estudia. Debe llevar implícita la voluntad de poner en ejercicio determinada actividad adecuándola a la idea de conseguir cierto beneficio patrimonial por medio de una maquinación. Se puede defraudar a la administración pública no tan solo valiéndose de una estafa, sino también por medio de un abuso de confianza. El perjuicio ocasionado por el fraude debe recaer en los bienes que pertenecen a la administración pública defraudada.

---

[120] ***Ibid.***, p. 858.

Sujeto activo del delito es cualquier particular que defraude a la administración pública; si se trata de un funcionario público, la naturaleza del delito no varía.

Objeto material del delito son los bienes que pertenecen en propiedad a alguna administración pública, sea federal, estatal o municipal y el perjuicio que sufre el sujeto pasivo debe ser con motivo de la lesión operada en sus bienes y no el que pueda sufrir indirectamente a raíz del delito, como cuando lo defraudado sea un bien de propiedad particular que se encuentre en poder de la administración pública y que ésta deba responder civilmente por su pérdida.[121]

## 33. EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EQUIPARABLE.

A. Antecedentes.

El CFF de 30 de diciembre de 1938 establecía los ilícitos en el a. 232 y comprendían principalmente los casos de falsificación y uso indebido de estampillas.[122] Las fracciones I, II, III, VI, IX, X y XI se referían a ilícitos de falsificación, manufactura e instrumentos para falsificación de estampillas, la impresión de estampillas falsas y su comercio.[123]

El 30 de diciembre de 1947 se expidió la ley penal de defraudación impositiva en material Federal, cuyo proyecto fue elaborado por Julio Klein. Esta ley tuvo una vida breve pues estuvo vigente hasta 1948 y es generalmente reconocida como el primer Código Penal mexicano en material fiscal.[124]

El CFF de 1938 mencionado se modificó por decreto de 29 de diciembre de 1948, en el título quinto capítulo VI se tipificó en el a. 270 expresamente el delito de

---

[121] ***Enciclopedia Jurídica Omeba***, Tomo XVII, p. .
[122] Alfonso González Rodríguez. ***La justicia tributaria en México***, pp. 132.
[123] ***Ídem***.
[124] ***Diccionario Jurídico Mexicano***, *Op. cit.*, pp. .

defraudación. Este Código fue abrogado el 30 de diciembre de 1966 y en el se establece el concepto vigente de Defraudación Fiscal.[125]

B. Defraudación fiscal propia y "equiparable".

Es pertinente aclarar que en efecto, establece el concepto que con ligeras modificaciones prevalece de defraudación fiscal o en sentido estricto, porque en cuanto a la defraudación fiscal "equiparable" establecida en el Art. 109-V del CFF no puede aplicarse lo anterior. Como podemos encontrar de la lectura de sus subsecuentes reformas, el Art. 109 CFF ha sido objeto de diversas modificaciones.

Es en el sexenio de Carlos Salinas de Gortari en el que se agregó la muy discutida fracción "V", adición que castiga con pena de prisión el hecho de dejar de pagar impuestos (en este caso es plenamente aplicable el calificativo-sustantivo "impuesto" y no contribuciones, expresión ésta última propia de gobiernos liberales y sistemas más equitativos) dejando de presentar la declaración correspondiente por más de seis meses.

Fue quizá el mito salinista de que entrábamos al llamado primer mundo (además del ya reconocido y famoso mayoriteo a que se sometían buena parte de las decisiones en este nuestro país presidencialista) el que llevó a castigar el abstenerse del pago de impuestos, pues en un afán probablemente de reorganización y reestructura de nuestro sistema tributario que tanto se pregonaba en esos días, se intentó dar un tratamiento a los contribuyentes como el de ciudadanos de países industrializados en los que sus ingresos les permiten el pagar contribuciones sin que esto signifique un sacrificio de la economía personal.

C. Errónea equiparación del Art. 109-V del CFF con el fraude fiscal en sentido estricto previsto en el Art. 108 del CFF.

---

[125] A. González R. ***Op. cit.***, p. 152.

El CFF establece en su a. 108 primer párrafo: "comete el delito de defraudación fiscal quien con el uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal."

Nosotros afirmamos que el tratamiento penal de las contribuciones es incorrecto por lo siguiente: a) En primer término (y aún atendiendo a que la ley da el tratamiento de conducta equiparable) de ninguna manera la fracción V del a. 109 del CFF tiene características que siquiera hagan similar o parecida la hipótesis que prevé al delito de fraude genérico, razón por la cual resulta absurdo "equiparar" o "asimilar" alguna cosa u objeto a otra a la que ni siquiera se parece o semeja. Esta opinión se cimienta en las siguientes consideraciones:

i) El acto de defraudación tiene como presupuesto lógico y necesario la obtención de un lucro, lo cual se consigue mediante el error o el engaño.

En este punto cabe preguntar, ¿en dónde se encuentra el acto de disposición o bien la obtención de un lucro en perjuicio de otra persona? Si bien es cierto el pago de contribuciones es una obligación de los mexicanos, es muy discutible que podamos obtener un lucro o disponer de algo que ni siquiera ha salido de nuestro poder. Asimismo es muy discutible que por el hecho de existir una obligación de pagar contribuciones nuestro dinero pertenezca por este motivo y de antemano al Estado.

ii) El fraude es una conducta intencionalmente causada con el objeto de disponer del patrimonio de otro, todos los artificios, todas las maniobras, todos los procedimientos de cualquier naturaleza que sean propios para llevar a ese resultado entran en la noción general del fraude. Es a la ley a la que pertenece, según el progreso y evolución de la civilización, caracterizar las condiciones del fraude punible.

Los esfuerzos de los criminalistas para fijarlo a priori en fórmulas generales, aplicables a todos los tiempos y a todos los países, serán siempre ilusorias y vanas, lo que la ley penal castiga no es la mentira en la conclusión de un contrato o la deslealtad en su ejecución, sino la obtención del patrimonio de la cosa de otro cometida por ese medio.[126]

Analizando lo anterior desde el punto de vista de los contribuyentes, la defraudación (y el delito de defraudación fiscal equiparable) no existe ni puede existir, porque la persona que no ha entregado su contribución no ha despojado a nadie, no se ha apoderado de cosas y menos de bienes ajenos, simplemente ha dejado de contribuir, de aportar algo que en principio es suyo, para los gastos públicos.

"Probablemente, con la amenaza penal podrán aumentar las recaudaciones, pero tal incremento se deberá más a que la legitimidad del cobro, a la aceptación forzada de los contribuyentes ante la coacción ejercida y la amenaza de un daño corporal si no se paga lo que se exige. Estas fórmulas de cobranza, así como la extorsión y las que prohibe el a. 22 de la CPEUM, es indudable que obligarán a pagar a cualquier contribuyente, pero no son propias de un país civilizado".[127]

El convertir o dar un matiz penal a conductas que recaen en el ámbito administrativo o civil del Estado como lo son el pago de las contribuciones, podrá incrementar los fondos o percepciones de la administración pública, sin embargo existirán consecuencias negativas como desconfianza e inseguridad de los contribuyentes.

D. Crítica a su tipificación en el Art. 109-V del CFF.

a) Concepto y antecedentes.

---

[126] Francisco González de la Vega. ***Derecho Penal***, p. 243. Citado por Alfonso González Rodríguez, ***Op. cit.***, p. 254.
[127] ***Idem***.

Actualmente este articulo establece que: "Será sancionado con las mismas penas de la defraudación fiscal, quien ...V.- sea responsable por omitir presentar por más de seis meses la declaración de un ejercicio que exijan las leyes fiscales dejando de pagar la contribución correspondiente...". Es decir para efectos de la pena se equipara o asimila la abstención en pago de contribuciones y su correspondiente declaración, con la omisión total o parcial del pago de contribuciones aprovechando error o usando engaños.

En su texto original (publicado en el DOF. del jueves 31 de diciembre de 1981) este mismo artículo consignaba "Artículo 109.- Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal quien: I Consigne en las declaraciones que presente para efectos fiscales, ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas. II. Omita enterar a las autoridades fiscales dentro del plazo que la ley establezca las cantidades que por concepto de contribuciones hubiere retenido o recaudado. III. Se beneficie sin derecho de un subsidio o estímulo fiscal".

Por decreto, publicado en DOF. de 28 de diciembre de 1989, se agregó la fracción IV para quedar: Artículo 109.-(...) IV. Realice dos o más actos relacionados entre ellos con el único propósito de obtener un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal."

Es característica general presente en cada una de las reformas señaladas la presencia de ingredientes por sí mismos ilícitos o delictivos como declaración de ingresos menores; el no enterar al Estado las cantidades que se hubieren recaudado por concepto de retenciones, en las que el contribuyente es un mero depositario, por lo que no puede disponer con toda libertad de éstas; realizar conductas o maquinaciones con ánimo de lucrar o beneficiarse perjudicando con éstas al Estado, etc.

Característica que no prevaleció en la reforma de 1990, la cual a consideración propia dejó de tipificarse conductas delictivas y se castiga una

omisión ya que como se apuntó no existe engaño o aprovechamiento de error, para sin la menor técnica jurídica (cuando menos conocer que de forma lógica para equiparar una figura jurídica con otra, debe ésta tener caracteres comunes o siquiera similares a la hipótesis con la que se intenta "asimilar") sancionar severamente con pena privativa de libertad la omisión en el pago de contribuciones y su respectiva declaración fiscal.

En su exposición de motivos, la 13ª. Reforma del CFF del año 1990, se agregó al artículo 109 la fracción V, para quedar como sigue: "Artículo 109...V.- Dejar de presentar por más de seis meses la declaración de un ejercicio que exijan las leyes fiscales omitiendo el pago de la contribución que con ella debiera haberse efectuado. [128]

La comisión de Hacienda y Crédito Público presentó al pleno de la Cámara de Diputados el dictamen de la referida 13a. Reforma. Refiriéndose concretamente a la inserción en el a. 109, textualmente se lee: "Esta comisión dictaminadora considera importante la propuesta de adición de una fracción V al artículo 109 del CFF. Es necesario para efectos de aclarar la tipificación del pago de una contribución por la falta de la declaración del ejercicio, al establecer que el hecho punible consiste en dejar de presentar por más de seis meses la declaración de un ejercicio, omitiendo el pago de la contribución que debiera haberse efectuado; por lo anterior, se propone que la fracción V quede de la siguiente manera: Artículo 109:..V.- Sea responsable por omitir presentar, por más de seis meses la declaración de un ejercicio que exijan las leyes fiscales, dejando de pagar la contribución correspondiente...".

En el debate de 14 de diciembre de 1990, el diputado Zeferino Esquerra Corpus, al abordar la adición de la fracción V afirmó:

---

[128] ***Diario de debates de la Cámara de Diputados***. Año III, Número 7, 15 de noviembre de 1990, p. 333.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

"en el caso que nos ocupa, se debe contemplar que el contribuyente no es el verdadero responsable y además por que la autoridad fiscal debe acreditar otros elementos que pudiesen auxiliar en la tipificación de la comisión del ilícito y considerar o que en tal comisión del ilícito existió dolo manifiesto o mala fe por parte del contribuyente o de quien resulte responsable...", más adelante sugiere que la fracción V quede: "V.- quien sea responsable por omitir presentar por más de seis meses la declaración de un ejercicio que exijan las leyes fiscales, dejando de pagar la contribución correspondiente, cuando se acredite por parte de la autoridad que incurrió en la omisión mediando dolo manifiesto o mala fe del contribuyente o quien resulte responsable...".[129]

Así, no se precisa la comprobación o existencia del dolo o "mala fe" (técnicamente mala intención) siendo cuestionable su tipificación como hipótesis equiparable al fraude fiscal en sentido estricto previsto en el a. 108 del CFF.

Esta reforma fue publicada como se encuentra actualmente en el DOF. de 26 de diciembre de 1990.

E. CLASIFICACIÓN.

a) En orden a la conducta.

Atendiendo al Art. 109-V, la conducta equiparable al delito de defraudación fiscal se materializa por un abstención, una inactividad que se concreta en el abstenerse de declarar conforme a la ley fiscal y dejar de pagar la contribución que ésta establece.

Doctrinariamente, según la forma de conducta del activo, esta conducta se encuentra dentro de los llamados delitos de omisión, pues concretando, el delito de defraudación fiscal que podríamos denominar "equiparable" se encuadra en los delitos de simple omisión o de omisión en sentido estricto, ya que sanciona el dejar

[129] *Op. Cit.*, 14 de diciembre de 1990, p. 453.

de hacer, el no realizar una conducta, independientemente del resultado que con esto se produzca.

b) En orden a resultado.

En el fraude fiscal equiparable, la conducta se agota con la simple omisión, sin que medie o se produzca un resultado concreto, se sanciona la omisión en sí misma, no es necesario que se produzca un resultado que pueda tener manifestaciones externas.

# CAPITULO CUARTO

## IX. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL EQUIPARABLE.

### 34. LA CONDUCTA.

A. El nexo causal y su aspecto negativo.

Como ha quedado establecido en apartados anteriores, el delito de defraudación fiscal equiparable que tipifica el Art. 109-V del CFF contempla una conducta negativa o de omisión, por lo que no existirá en este caso nexo causal alguno. Castellanos Tena nos dice "huelga hacer notar que como en los delitos de simple omisión no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación causal (sólo comportan resultado jurídico)."[130]

Para que exista una relación de causalidad, ha de aparecer un nexo entre la conducta y el resultado, sin embargo, la conducta típica del Art. 109-V del CFF consiste en una omisión sin que sea necesario un resultado específico.

### 35. TIPICIDAD.

La tipicidad, como hemos ya señalado, es el "encuadramiento" de la conducta a la hipótesis prevista por el legislador. El agente agota la conducta típica al omitir presentar la declaración de un ejercicio fiscal por más de seis meses dejando de pagar la contribución correspondiente.

### 36. LA ANTIJURIDICIDAD.

En su más sencillo sentido, la antijuridicidad es lo contrario a derecho. Una conducta que pueda parecer a todas luces legal será antijurídica por así estar prevista por el legislador, y por injusta que pueda parecer esta prohibición.

---

[130] Fernando Castellanos T. "Lineamientos..." ***Op. cit.***, pp. 159-160.

¿Cuál es el bien jurídicamente tutelado en el delito de defraudación equiparable? Por ser según la ley una figura susceptible de asimilarse, o semejante al fraude, haremos nuevamente referencia a éste último. En el fraude es necesario que el agente lesione el patrimonio del sujeto pasivo; lo anterior nos lleva a vislumbrar que el bien jurídicamente tutelado en el delito de fraude lo es el patrimonio de las personas.

A. El bien jurídicamente tutelado.

La Enciclopedia Jurídica Omeba denomina genéricamente defraudación en perjuicio de la Administración Pública, pues establece que es la calidad del sujeto pasivo (el Estado) lo que agrava esta figura delictiva.[131] En el delito de defraudación fiscal equiparable el bien jurídicamente tutelado lo es la protección del patrimonio que se considera del Estado.

La justificación del Derecho Penal en dar consecuencias más severas a la comisión o realización de cierta conducta, encuentra apoyo en que es necesario tutelar intereses que deben ser asegurados a toda costa por ser fundamentales para garantizar la supervivencia del orden social. En otras palabras, la doctrina incluso hace especial mención en que aunque los intereses que el derecho intenta proteger son de importancia incalculable, el derecho penal tutela aquellos que guardan o tienen preeminencia o mayor importancia por ser como se apuntó, fundamentales.

Sin embargo, aunque podría argumentarse el papel social que guardan las contribuciones, pues el Estado recauda recursos para con los mismos allegarse fondos y atender carencias de la población, seguridad, etc., no existe total acuerdo en que sea necesario apoyar la recaudación en el miedo y la intimidación.

"Es necesario descriminalizar algunos delitos fiscales, que las conductas sean regidas por el Código Fiscal, sancionarlas con pena pecuniaria y se obtenga la satisfacción del interés fiscal a través del procedimiento administrativo fiscal. Ninguna conducta debe ser

[131] ***Enciclopedia Jurídica Omeba***, Tomo VI, p. 125.

tratada como criminal a menos de representar una amenaza grave para la sociedad y no poder ser solucionada gracias a los recursos de otras instituciones sociales."[132]

Con lo anterior, no se quiere decir que dichas conductas sean legalizadas o permitidas, sino que se trasladen del nivel represivo penal al administrativo.[133]

Los tipos legales convierten a los hombres en delincuentes al describir la conducta delictuosa con fines ya sea puramente económicos o políticos que no tienen trascendencia en la colectividad por que su lesión no implica perjuicio alguno, el comportamiento descrito penalmente no debe ser indiferente del grupo social, sino que la norma debe contener un valor que la sociedad exige que sea resguardado por ésta.[134]

Desde un punto de vista meramente técnico, no existe duda, el Art. 109-V del CFF establece una conducta que debe reprimirse; es sencillamente una conducta tipificada como delito, sin embargo, desde el punto de vista lógico, humano e incluso social el tipificar cualquier conducta como delito, atendiendo sólo a situaciones económicas o políticas que podrán ser pasajeras, traerá consecuencias sociales desastrosas y desalentar probablemente nuevas inversiones. Así, la protección que se pretende para el Estado, resulta adversa originando el llamado temor tributario.

Desde el punto de vista técnico, el Art. 109-V del CFF es antijurídico por ser lo contrario a derecho; es una conducta tipificada como delito y por lo tanto debe reprimirse. Tipificar una conducta no debe atender únicamente a cuestiones económicas o políticas, pues contrariamente a la protección que se intenta alcanzar, se desalentará la confianza de los ciudadanos.

## 37. LA IMPUTABILIDAD.

Capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, la imputabilidad conjuga dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales. El a. 1°. del CFF

---

[132] Citado en ***Memoria del Primer Congreso Nacional de Derecho Financiero***. "Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea", ponente Sara Solano Torres "La norma penal fiscal", pp. 357-358.
[133] ***Ídem***.
[134] ***Ibid.***, p. 351.

establece la obligación de las personas de contribuir para los gastos públicos conforme a la ley. Dentro de la anterior hipótesis se incluye a los menores de edad, considerados por la ley penal como inimputables.

Un sujeto "A" de escasos 10 años ha alcanzado un éxito rotundo al grabar un disco con canciones infantiles, tal grabación se ha vendido mucho y sus ventas han dado lugar a ganancias cuantiosas. Si la fracción "V" del 109 establece "sea responsable por omitir presentar la declaración de un ejercicio..." ¿cuál será la situación del sujeto "A", si en rigor, conforme al a. 1º. del CFF estaría obligado a pagar contribuciones, si además de no realizar el pago, el tipo penal exige omitir la declaración correspondiente? "A" no sería "apto" para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales, quedando excluido en consecuencia del universo del Derecho penal.

El "responsable" en el ejemplo citado lo sería la persona encargada de realizar las declaraciones y pagos al Estado.

A. Su aspecto negativo.

El aspecto negativo de la imputabilidad, se materializa en las causas que anulan la aptitud psicológica de la persona para delinquir. La fracción VII del a. 15 del CPV establece como "causas de exclusión del delito": "...VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible...".

En el caso del delito de defraudación fiscal equiparable, no es operante la fracción antes señalada.

38. CULPABILIDAD.

A. Culpa.

Como se apuntó, es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto,. Reviste dos especies: a) culpa y; b) dolo según el a. 8º. del CPV Pensamos que el delito de defraudación equiparable sólo debe sancionarse penalmente o con pena privativa de libertad cuando la omisión de declaraciones y contribuciones se lleven a cabo dolosamente utilizando engaños o maquinaciones que conlleven elementos eminentemente delictivos, como hemos ya apuntado la fracción V del a. 109 se trata de asimilar al fraude, sin que en tal fracción puedan encontrarse elementos o ingredientes afines a aquel.

Para que exista el fraude, deben aparecer necesariamente dos ingredientes: el engaño y el error, sin embargo, en la hipótesis del a. 109 puede ocurrir que ninguna de estos elementos aparezca, pues el agente del delito no intenta engañar al Estado dejando de presentar declaraciones y de pagar sus contribuciones, sencillamente en ocasiones puede no contar con los recursos necesarios para cubrir tales pagos al fisco, lo que no significa que el sujeto deba ser tratado como un delincuente siguiéndose en su contra una causa penal.

B. Dolo.

Engañar, es dar a la mentira apariencia de verdad, es decir, existe el supuesto de mentir, si ni siquiera se está realizando manifestación alguna ¿cómo va aparecer la mentira?.

Una persona está en error, cuando cree cierto lo que es falso; en el caso de la omisión del pago de contribuciones no se engaña ni se pretende engañar al Estado, para inducirlo a error; el Estado, por razones diversa puede ignorar que alguien no está pagando contribuciones, sin embargo al descubrir lo anterior, el contribuyente será incluso sancionado con pena de prisión, pudiéndosele además seguir el procedimiento administrativo que asegure el cumplimiento de obligaciones frente al fisco.

a) Elementos.

Abordando los elementos del dolo: ético y volitivo (o emocional), se hace la siguiente aclaración: el sujeto A es microempresario en la Ciudad de México, por razones diversas

entre las que pudiera ser la supervivencia de su negocio[135] puede este sujeto tener la conciencia de que al dejar de contribuir quebranta un deber, sin embargo el elemento psicológico que consiste o se materializa en la voluntad de dejar de pagar sus contribuciones es sumamente discutible.

En el fraude genérico existe el ánimo intrínseco del activo de lesionar con su conducta el patrimonio del pasivo, mas en el caso a estudio, podrá o no existir tal ánimo como se señaló, ya que lo anterior es contingente y podrá aparecer o no, pues se sanciona la omisión y más aún, con la salvedad de las llamadas "retenciones" (en las que el contribuyente es mero depositario), el dinero que se ha dejado de pagar al fisco de ninguna manera forma parte, por sí mismo o en principio, del patrimonio del Estado. En este punto, dónde quedaría el llamado "acto de disposición" tan importante en el delito de fraude?.

En un plano estrictamente penal, la maquinación o el engaño se materializa por ejemplo, nos dice Jiménez Huerta: "cuando el acreedor es persuadido con maniobras engañosas, a no exigir el cumplimiento de su crédito...".[136]

b) Especies.

Atendiendo a las especies de dolo, encontramos: i) dolo directo. El resultado coincide con el propósito del agente (decide privar de la vida a otro y lo "mata"; ii) dolo indirecto. El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos (para dar muerte a alguien que va a abordar un avión, coloca una bomba en el motor, con la certeza de que se destruirá el aparato y morirán otras personas; iii) indeterminado. Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado especial, (anarquista que lanza bombas); iiii) eventual. Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros

---

[135] Dada las difíciles condiciones económicas que actualmente vive nuestro país, aunado a una crisis galopante, ha dejado de "tributar" (en México debe con toda propiedad hablarse aún de tributos ya que como en las sociedades absolutistas de épocas anteriores el tributo se le impone al ciudadano -so pena de castigos y persecución- como pago de cantidades en numerario o bienes para la subsistencia del Soberano) y no de contribuciones que son verdaderas aportaciones de los ciudadanos en beneficio del bienestar común y propias de las llamadas sociedades liberales.

[136] Mariano Jiménez Huerta. ***Derecho Penal Mexicano***, Tomo IV, p. 197.

no queridos directamente (incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones).[137]

c) Su necesaria comprobación.

Así, siendo tan amplio el horizonte en que podría encuadrarse una conducta dolosa, sería pertinente y ante todo necesario, que antes de dar inicio a un proceso penal en contra de alguien (con las consecuencias naturales que esto acarrea como la pérdida de prestigio, reputación e incluso el trabajo) someter a estudio si la conducta realizada se sujeta a una de las clases de dolo anotadas.

Si por el contrario, no se somete a un estudio minucioso el estudio del dolo, ¿cómo podrá ejercerse acción penal por parte del Ministerio Público faltando un elemento del delito como lo es la culpabilidad?.

d) Crítica al texto del Art. 109-V del CFF.

Para concluir este apartado diremos que el legislador asimiló al fraude conductas que en realidad no tienen características siquiera parecidas a éste; ya en el proyecto de ley de ingresos de 1947 se puntualizó que se aplicaría un castigo severo a la "evasión fiscal" como si se tratara de un *verdadero delito*; esto es, ya desde su nacimiento (y no como equiparable, sino como evasión o defraudación fiscal propiamente dicha) se aceptó que no se trataba, en rigor, de una conducta delictiva, entonces qué sucede cuando se sanciona penalmente una conducta equiparable a otra que desde su nacimiento se ha cuestionado su naturaleza como delito?.

En el diario de debates e la Cámara de Diputados encontramos que la fracción V del multicitado Art. 109-V del CFF se aprobó con la fórmula del mayoriteo acostumbrado por algunos de los legisladores, ya que los argumentos usados para la aprobación de adicionar esta fracción distan de ser lógicos, incluso, quizá desconociendo el alcance de sus palabras el Diputado Oscar Villalobos Chávez manifestó lo siguiente: "El a. 109 tiende a evitar lo que en la práctica ha venido sucediendo en este país...a evitar la práctica que empresarios o

[137] Fernando Castellanos T. "Lineamientos..." ***Op. cit.***, p. 241.

personas físicas, por no estar registrados ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y al ***simplemente omitir su declaración estén defraudando al fisco*** ...".[138]

Reconoce que la simple omisión es eso, una simple omisión de pago. Más adelante, sin el menor conocimiento del alcance de los términos jurídicos añade: "efectivamente, coincidimos en que pudiera ser ajena a su voluntad la omisión de la declaración. Por lo mismo se incluyó la responsabilidad como requisito para la aplicación de sanciones correspondientes a esta ***defraudación fiscal que ahora tipificamos***".[139]

Según este Diputado al agregar las palabras "sea responsable" se acredita el dolo o mala fe del contribuyente, sin embargo el diputado confunde claramente el concepto culpabilidad con la responsabilidad. Es responsable quien habiendo realizado un hecho, está obligado previa sentencia firme, a responder de él.

El diputado Villalobos justifica su posición con sólo incluir el "sea responsable". Nadie es responsable antes del proceso y la correspondiente sentencia que así lo declare. No acaso hubo una reforma incluso Constitucional que substituyó la "presunta" por la probable responsabilidad? Opinamos que esta reforma es resultado de una adición poco meditada y estudiada, es el costo de legislar atendiendo a consideraciones económicas o de recaudación del ingreso y sin el menor sentido humano, tan característico de nuestros gobernantes tecnócratas.

Esta adición al Art. 109-V del CFF se realizó en 1990, justo en el umbral de la algarabía y la efervescencia del sexenio salinista y como consecuencia de una arbitrariedad fiscal que hoy día aún padecemos, que ha alcanzado niveles de intimidación tributaria, llamada incluso "terrorismo fiscal".

C. Su aspecto negativo.

La inculpabilidad aparece cuando no se encuentran presentes los elementos de la culpa como son : a) conocimiento y ; b) voluntad o bien faltando alguno de los elementos del

---

[138] El subrayado es nuestro.
[139] El subrayado es nuestro.

delito. Toda causa que elimine alguno de los elementos señalados, se considera como causa de inculpabilidad. Castellanos Tena nos dice :"el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad".[140]

39. PUNIBILIDAD.

*Punible*. Adj. Que merece castigo. Doctrinariamente la posición más aceptada ante la punibilidad es que no estamos frente a un elemento sino una consecuencia del delito.

Según el Art. 109-V del CFF dejar de pagar contribuciones y omitir declaraciones al fisco, la persona se hace acreedora a pena privativa de libertad.

Consideramos en extremo drástica la reacción del Estado en este supuesto, pues el aplicar pena de prisión a quien incumple con deudas frente a la persona Estados Unidos Mexicanos es sumamente rigorista. Esta reacción del Estado, según la doctrina penal es más enérgica que tratándose de infracciones civiles.

---

[140] ***Ibíd.***, p. 258.

# CAPITULO QUINTO

# CONSIDERACIONES PERSONALES

## 40. NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN FISCAL.

La obligación fiscal según el artículo 6 del CFF nace cuando "se realizan las situaciones jurídicas o de hecho previstas en las leyes fiscales" Estas prevén una hipótesis según la cual, en el momento que una persona física o moral lleva a cabo el acto o actividad contemplado, se causa la contribución.

> Asimismo, "las contribuciones se causan cuando se dan circunstancias de hecho no previstas por las leyes fiscales pero que cumplen el objeto establecido en la ley, por ejemplo: para ser sujeto de un impuesto se necesita ser "persona" física o moral, ésta sería la "situación jurídica" prevista en la ley fiscal; sin embargo, puede suceder que varios sujetos se agrupen para realizar actos gravados por las leyes fiscales, pero que no constituyan ninguna Sociedad, sino que solamente sean una unidad económica sin personalidad jurídica. La anterior constituye una situación de hecho de las que el CFF contempla como atribuible de causación de impuestos".[141]

El CFF en su a. 1°. establece la obligación de las personas a contribuir para los gastos públicos, conforme a las leyes fiscales.

En su a. 31-IV la CPEUM establece genéricamente como obligación de los mexicanos el contribuir para los gastos públicos.

En su "Derecho de las obligaciones" Ernesto Gutiérrez y González distingue entre los conceptos obligación y deber jurídico, pues la obligación es

---

[141] Ramón Navarro Bañuelos. ***El CFF y la fiscalización coordinada***, p. 40.

una especie del género deber jurídico -lato sensu-. Toda obligación es un deber, pero no todo deber jurídico es una obligación.[142]

Se entiende por deber jurídico, la necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo que prescribe una norma de Derecho, ya en favor de la colectividad, ya de una persona determinada.[143]

Por obligación se entiende la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir.[144]

En atención a las ideas señaladas, la persona, al momento de realizar la hipótesis o dar origen a la situación de hecho prevista por la ley, da nacimiento o causa las contribuciones, es decir, nace la obligación de pagar contribuciones.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en el a. 21 del CFF el cual establece que cuando no se cubran las contribuciones en la fecha o dentro del plazo fijado por las disposiciones fiscales, el monto de las mismas se actualizará desde el mes en que debió hacerse el pago y hasta que el mismo se efectúe, además deberán pagarse recargos.

## 41. OMISIÓN DEL PAGO DE CONTRIBUCIONES.

Como se ha estudiado en incisos anteriores, la conducta entraña: a) acción y; b) omisión. Esta última se subdivide a la vez en omisión propia o en sentido estricto y la omisión impropia o comisión por omisión.

Nuestra ley sanciona el omitir presentar declaraciones dejando de pagar la contribución correspondiente, lo anterior si se realiza por más de 6 meses. Es de resaltarse que tal omisión de pago deberá por tanto ir aparejada del no

---

[142] Ernesto Gutiérrez y González. ***Derecho de las Obligaciones***, pp. 28-29.
[143] ***Ibid.***, p. 29
[144] ***Ibid.***, p. 32.

presentar la declaración que corresponda. El párrafo segundo de la fracción V del artículo Art. 109-V del CFF establece que no se formulará querella si el contribuyente entera espontáneamente la contribución omitida con sus recargos, antes de que la autoridad fiscal descubra la omisión o el perjuicio o medie requerimiento o gestión de dicha autoridad.

A. Naturaleza de la omisión de pago de contribuciones.

a) Penal.

"Por su significación social, se ha considerado que algunos ilícitos fiscales sean sancionados con pena privativa de libertad, para adecuar así la mayor reprobación social de la conducta y la gravedad de la pena".[145]

La omisión del pago de contribuciones y su declaración, está tipificada entre otras hipótesis junto con ilícitos como el contrabando (a.a. 102-107), la defraudación fiscal en sentido estricto, etc. Si analizamos, el contrabando se sanciona la introducción de mercancías, sin embargo este internamiento, como el propio CFF establece es susceptible de agravantes como el realizarse con violencia, usando documentos falsos, de noche, etc.

En donde la conducta establece modalidades delictivas que hacen posible la aparición de figuras por sí mismas dañosas y reprobables. La defraudación fiscal se manifiesta engañando, aprovechando errores, presupuestos que involucran conductas fraudulentas, actos que entrañan hipótesis previstas como delitos por la ley penal.

En este punto preguntamos ¿es tan grave el dejar de pagar contribuciones y omitir declaraciones, sin engañar o aprovechar errores, en donde no existan subterfugios o maquinaciones, sino por diversas razones. (Comúnmente estas razones suelen ser económicas como la falta de liquidez

---

[145] Miguel Ángel García Domínguez. ***Derecho Penal Fiscal (las infracciones y las multas fiscales)***, p. 38.

que tan frecuentemente en estos días de crisis viven algunas empresas en nuestro país) se "deja" de pagar contribuciones al Fisco?, ¿Tan grave es su significación social"?, ¿Acaso no es más importante la subsistencia de una empresa que como unidad económica genera empleos y produce bienes?.

Además de las anteriores cuestionamientos habría que preguntar al ciudadano (a) común si el pago de contribuciones le ayuda verdaderamente a subsistir o considera que por el contrario "el gobierno" (diríase correctamente el Estado) vive de las contribuciones y no a la inversa como sucede en otros lugares del mundo donde el Estado es verdadero promotor de la producción y el empleo, además de significar un apoyo para la Sociedad.

De este modo, el legislador optó por castigar con pena privativa de libertad en el artículo Art. 109-V del CFF con las consecuencias de crear un repudio generalizado al pago de contribuciones vía intimidación-coacción, algo similar a lo que los historiadores de la revolución de 1910 llamaron "leva". Así las cosas, incluso los diputados priístas al aprobar el histórico incremento del IVA del 10 al 15 por ciento en los primeros años del régimen del presidente Zedillo, hubieron de reconocer lo impopular que resultan las medidas fiscales que se encaminan predominantemente a incrementar el ingreso de recursos para el Estado.

No olvidemos, como se apuntó en otro apartado que "el derecho es el uso reglamentado de la fuerza" según el desaparecido maestro Manuel Ovilla Mandujano, este poder se encarna o materializa en las leyes y el ordenamiento jurídico en general; en este sentido, el sentir, el pensar o los intereses y conveniencias de la clase dominante que ejerce el poder se plasman en la norma.

Claro ejemplo de esto lo encontramos:

i) en la eminentemente populista ley carrancista de 6 de enero de 1915, con la que se buscó "piraterar" o arrebatar la bandera que enarbolaban otras

facciones revolucionarias contra las que se veía venir la lucha; ii) en las diversas leyes juaristas orientadas a combatir a los rivales conservadores, pues afirma José Fuentes Mares, don Benito era más peligroso con un par de leyes en la mano que con un par de pistolas.

b) Civil.

El párrafo cuarto el a. 17 de la CPEUM prohibe el aprisionamiento por deudas puramente civiles. Aunque en otras épocas la recaudación de los tributos se reguló por el Derecho Civil, hoy encontramos que evolutivamente existe una rama especializada del Derecho administrativo que determina las conductas de recaudación del Estado.

Las relaciones civiles entre las personas tienen dos facetas: a) las relaciones de tipo familiar y b) las relaciones de tipo patrimonial-pecuniario.[146]

Encontramos entonces que cuando el Estado se dirige a celebrar por ejemplo contratos con los particulares, ésta relación está regulada por el derecho civil (si se celebra un contrato de préstamo con garantía hipotecaria deberá estarse a lo que establece el CC en materia de contratos y lo que tal ordenamiento especifica como "prenda").

Si sabemos que el Derecho administrativo regula la conducta del Estado, podremos percatarnos que un acto jurídico estará "regulado" (en el ejemplo del contrato que manejamos) en principio por normas de Derecho Civil y en el cual deberá considerarse también el derecho administrativo pues este determina las conductas del Estado, conductas que ejerce a través de funcionarios facultados.

No sin dejar de recordar la opinión de si el Estado actúa en una relación de "Derecho privado" frente al particular o si éste último se encuentra en

[146] Ernesto Gutiérrez y González. ***Op. cit.***, p. 19.

subordinación frente a aquel, pues a las reglas del derecho administrativo deberá apegarse la conducta del Estado.

En su origen, pensamos, de la hipótesis del artículo Art. 109-V del CFF deriva una obligación civil y de su incumplimiento debiera generar un derecho de crédito a favor del Fisco, de la que respondería el particular con sus bienes materiales y siguiendo un procedimiento administrativo, contrariamente al matiz penal que se lleva en la actualidad, pues como se explicó no existen elementos que hagan probable la aparición de conductas ilícitas.

Esto es, al referir el art. 17 Constitucional que "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil", alude a su contraposición al adeudo penal, que es consecuencia de la obligación de reparar un daño, ya que no existen "deudas administrativas".

El concepto deuda civil proviene de la obligación de una persona física o moral frente a otra.

La consecuencia de no cumplir con el pago de contribuciones (donde manifiestamente no existan actos por sí mismos delictivos o dañosos como el engaño, el aprovechamiento de error, etc.) deben ser reguladas por leyes "civiles" (o bien no penales) que den origen a procedimientos especiales administrativos, dándoles un tratamiento de "deuda", de una obligación (en principio civil) frente al Estado.

c) Administrativa.

El CFF establece en su a. 21 un procedimiento específico para el caso de que no se cubran las contribuciones en la fecha o plazo señalado para ello, y prevé consecuencias meramente pecuniarias como: actualización de recargos, indemnización, etc. que aseguren y garanticen el probable daño y su reparación a favor del Fisco.

De este modo, si el cumplimiento de la obligación es susceptible de garantizarse e incluso cobrarse a través de un procedimiento diferente al penal ¿por qué castigar severamente la multicitada omisión que prevé el artículo Art. 109-V del CFF sancionándola con pena privativa de libertad?, ¿Por qué dar un tratamiento tan drástico a los ciudadanos (sabiendo los alcances que puede tener la prisión preventiva aún siguiéndose proceso en libertad) y no diseñar un sistema de recaudación más justo en el que muchos paguen poco y no a la inversa donde poca gente paga contribuciones caras?.

Existe quizá la creencia de que la gravedad en la omisión en el pago de contribuciones está determinada porque se violan disposiciones de "Derecho Público" y que por tanto el interés que se pretende tutelar tiene importancia preponderante sobre las relaciones de "Derecho "Privado" entre los particulares; dado lo anterior, si no se pagan contribuciones deberá castigarse con mayor fuerza tal conducta, buscando así reprimirla con ahínco.

El Estado como persona que es, tiene una personalidad unitaria, como la tiene cualquier otra persona física o moral.

La personalidad del Estado es única; no hay aplicación de un "derecho privado" o de un "derecho público", en donde éste actúe en ocasiones como soberano y en otras como particular, por el sencillo hecho de que no lo necesita, sino que él mismo, al ir elaborando el Derecho, determina como ha de ser su conducta y su intervención en cada caso. Hay así entonces una especialización de las normas, pero no una doble personalidad del Estado.[147]

Si el Derecho Administrativo es el conjunto de normas que determinan la conducta del Estado, las leyes fiscales determinan por tanto la conducta del Estado en materia de contribuciones encontrándose entonces dentro de la órbita del derecho administrativo.

---

[147] Ernesto Gutiérrez y González. ***Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al estilo mexicano***, pp. 529-530.

## 42. EL ARTÍCULO ART. 109-V DEL CFF COMO TIPO PENAL.

El tipo es la hipótesis establecida, trazada o prevista por el legislador para considerar una conducta como delito. Al prever una pena como consecuencia a cierta conducta, el Estado busca reprimir, evitar a través del castigo que las personas realicen dicho acto.

Es importante recalcar la importancia de las contribuciones que son una de las fuente a través de las cuales el Estado se allega recursos, sin embargo, al tipificar como delito el no pago de contribuciones y su declaración respectiva, podrá esto significar o redundar en una política de coacción o temor que obligue al particular a pagar, a que el Estado aumente la percepción de recursos, sin que por ello exista un bienestar genérico de sus gobernados, como podemos notar en los resultados financieros alcanzados por el Gobierno Federal y dados a conocer hace algunos días.

Según el informe o balance general de las percepciones de los Estados Unidos Mexicanos , dados a conocer a través de funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público durante el primer semestre de 1997, se alcanzó un superávit fiscal que permitirá al Gobierno Federal encarar con más solidez la recesión esperada para el segundo semestre del presente año.

Mientras que el Estado obtiene un superávit en sus finanzas, en las calles del D.F. y otras entidades federativas sigue apareciendo una miseria, un subempleo creciente aunado a una depauperación de la Sociedad en general ¿Acaso el Estado subsiste a costa de sus gobernados?

A. Consideración a la gravedad del artículo Art. 109-V del CFF como tipo penal.

Existen diversas opiniones que pretenden explicar la gravedad de los delitos en atención a diversos factores como son: 1. Que priven al inculpado de la garantía de libertad caucional a que se refiere el a. 20 de la CPEUM; 2. Aquellos cuya pena máxima puede ser la muerte según el a. 22 del mismo

ordenamiento; 3. Si la determinación de tales delitos no es posible a menos que la propia ley secundaria o la Constitución los determine.[148]

Conforme al a. 70 del CFF además de la pena que resultare de la comisión del delito de defraudación fiscal equiparable, podrá exigirse por la autoridad el pago de las contribuciones respectivas. El delito de defraudación fiscal materia del presente trabajo, se incluye en el capítulo II del CFF, regulado junto con el contrabando y la defraudación fiscal propia o en sentido estricto, en los que como se mencionó, la actividad del activo del delito involucra ingredientes en que el dolo es manifiesto.

Aunque el delito de defraudación fiscal de la fracción V no se considere como grave, el hecho de que se encuentre regulado en el CFF le da una connotación singular, pues el tratamiento que da el Estado para los delitos fiscales se sujeta a reglas específicas que el mismo ordenamiento establece:

El a. 42-VII del CFF establece las facultades de comprobación de las autoridades fiscales entre las que se encuentran: Allegarse las pruebas necesarias para formular la denuncia, querella o declaratoria al M.P. para que ejercite la acción penal por la posible comisión de delitos fiscales. Las actuaciones que practiquen las autoridades fiscales tendrán el mismo valor probatorio que la ley respectiva concede a las actas de policía judicial; y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de los abogados hacendarios que designe, será coadyuvante del M.P. Federal.

El a. 52 del CFF párrafo primero establece la presunción como de "ciertos" los hechos afirmados en dictámenes contables que sobre la situación fiscal de los contribuyentes, elaboren los contadores públicos registrados ante las autoridades fiscales.

---

[143] *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo d-h, pp. 882.

El a. 55-I del CFF establece los casos en que las autoridades fiscales pueden determinar presuntivamente las utilidades fiscales de los contribuyentes.

El a. 63 del CFF los hechos conocidos con motivo de las facultades de comprobación podrán servir para motivar resoluciones de las autoridades u organismos competentes en materia de contribuciones federales.

Las presunciones enumeradas en estos artículos, aunadas a las amplias facultades de que goza la autoridad para allegarse pruebas, para comprobar la situación probable del contribuyente , además del valor que se concede a las diligencias practicadas por el fisco hacen pensar en una verdadera desprotección del ciudadano frente a la autoridad.

El a. 16 de la CPEUM señala: "...No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

El a. 92 del CFF establece como requisito para proceder penalmente que la SHyCP formule querella, tratándose de entre otros, del artículo Art. 109-V , por lo que el primer requisito para que el Juez ante el que se consignó la averiguación previa emita la orden de aprehensión queda satisfecho según este numeral.

"...que la ley señale como delito..." el a. Art. 109-V del CFF en relación con el 108 del mismo ordenamiento establece una pena de entre 3 meses a 9 años dependiendo del monto "de lo defraudado".

"...existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...". De la lectura de los artículos del CFF señalados, encontramos amplias facultades del Estado para allegarse

datos o información que a criterio de la autoridad pudieran acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado.

El dotar a la autoridad de facultades tan amplias aunadas a las presunciones que el propio Código establece derivan en una evidente discrecionalidad del fisco lo que en múltiples ocasiones origina arbitrariedades, intimidación y el denominado "terrorismo fiscal".

B. Garantías constitucionales del inculpado.

a) Libertad provisional.

Las garantías que consagra nuestra ley fundamental son instituciones y procedimientos mediante los cuales la Constitución Política de un Estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados.[149]

Las garantías constitucionales son limitaciones al poder del Estado frente al ciudadano o el particular.

Las garantías del acusado son los derechos que la Constitución Federal establece en beneficio del inculpado durante el desarrollo del proceso penal, con el objeto de lograr un equilibrio frente al Ministerio Público como parte acusadora.

El a. 20 de la CPEUM en diez fracciones consagra los derechos del acusado en el proceso penal. Estudiaremos en concordancia con el CFF la fracción I, misma que fue reformada en el año de 1996 y que actualmente establece:

"Artículo 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

[149] Rafael de Pina. ***Diccionario de Derecho***, p. 185.

Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohiba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se le fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.

El beneficio de la libertad provisional está sujeto a que la ley, por la gravedad del delito expresamente prohiba concederlo. El a. 194 del CFPP establece el catálogo de delitos que se califican como "graves", de los ilícitos previstos en el CFF, sólo contempla dos: 1. Contrabando (a. 104-II y III); 2. Tenencia de mercancías de tráfico prohibido (a. 105-IV).

b) El Art. 192 del CFF.

El art. 192 párrafo cuarto del CFF establece: "...En los delitos fiscales en que sea necesaria la querella o declaratoria de perjuicio, y el daño o el

perjuicio sea cuantificable, la SHyCP hará la cuantificación correspondiente en la propia querella o declaratoria. La citada cuantificación sólo surtirá efectos en el procedimiento penal. Para conceder la libertad provisional, el monto de la caución que fije la autoridad judicial, comprenderá, en su caso, la suma de la cuantificación antes mencionada y las contribuciones adeudadas, incluyendo la actualización y recargos, que hubiera determinado la autoridad fiscal a la fecha en que se promueva la libertad provisional. La caución que se otorgue en los términos de este párrafo no sustituye la garantía del interés fiscal...".

# *C O N C L U S I O N E S*

I. La venganza es característica en grupos sociales donde el ordenamiento de la conducta es incipiente. Así, encontramos que en sistemas con cierta organización o entidad jurídica la reacción al delito proviene de un tercero que es la autoridad o jefe pues la conducta peligrosa o dañina se empieza a reprimir no con venganza, sino se intenta "borrar" con un castigo que restaure o repare el perjuicio ocasionado.

II. El delito ha sido materia de distintas definiciones y concepciones dependiendo de factores sociales diversos. Cada ser humano en su época ha intentado elaborar instituciones, organizaciones y leyes de acuerdo a su percepción del mundo y de la realidad en que se encuentra inmerso.

III. El ser humano ha creado instituciones y figuras jurídicas que hagan posible la convivencia y el orden social necesarios para la vida en común . El derecho es una manifestación del ingenio humano para hacer posible el desarrollo y desenvolvimiento social encauzados en valores jurídicos determinados. Consecuente a este progreso, del que surgen el Estado, las organizaciones sociales, el sistema político, los programas económicos, los programas de vivienda, etc.

IV. La pena constituye un elemento de cual se valen los funcionarios que detentan el poder del Estado para reprimir conductas peligrosas para la colectividad pero también es utilizada como medio para conservar dicho poder. Así, en la llamada "época de los plagios" el presidente Juárez instauró las célebres Guardias Rurales y legisló en 1869 una ley aprobando los juicios sumarios y la aplicación inmediata de la pena de muerte, para entre otras cosas terminar con la denominada "cosecha de héroes" que como rivales reclamaban honores y poder.

V. Es erróneo equiparar una conducta con otra que no tiene elementos o caracteres similares. Para asimilar la hipótesis prevista en el Art. 109-V del CFF con el a. 108 del mismo ordenamiento deben existir ingredientes o características esenciales como el aprovechamiento de error, el engaño y la obtención de un lucro como consecuencia.

VI. Convertir y dar un matiz penal que recaen en el ámbito administrativo o civil del Estado (como lo es el pago de contribuciones) podrá incrementar los fondos o percepciones de la administración pública, sin embargo correlativamente existirán consecuencias negativas como una desconfianza e inseguridad jurídica del contribuyente.

VII. El Art. 109-V del CFF en sus inicios contemplaba sólo conductas por sí mismas dañosas como declarar ingresos falsos o no pagar las llamadas retenciones posteriormente al adicionar la fracción V, se equiparó la omisión de contribuciones y de declaraciones fiscales sin que se pruebe la existencia de engaño, aprovechamiento de errores o bien la mala intención del contribuyente.

VIII. La consecuencia de no cumplir con el pago de contribuciones (donde manifiestamente no existan actos por sí mismos delictivos o dañosos como el engaño, el aprovechamiento de error, etc.) deben ser reguladas por leyes "civiles" (o bien no penales) que den origen a procedimientos especiales administrativos, dándoles un tratamiento de "deuda", de una obligación (en principio civil) frente al Estado.

IX. Desde el punto de vista técnico, el Art. 109-V del CFF es antijurídico por ser lo contrario al derecho, es una conducta tipificada como delito y por tanto debe reprimirse. Sin embargo, desde el punto de vista lógico e incluso humano la creación de tipos penales no debe atender únicamente a cuestiones económicas o incluso políticas pues contrariamente a la

protección que se intenta alcanzar, se desalentará la confianza de los ciudadanos.

# *FUENTES CONSULTADAS*

## *BIBLIOGRAFÍA*

ACOSTA Romero, Miguel. ***Teoría general del derecho administrativo.*** México, Ed. Porrúa, 1988.

ANTOLISEI, Francesco. ***Manual de Derecho Penal.*** Parte general. Trad. Jorge Guerrero y Mario Ayerra, 3a. ed., Bogotá, Ed. Temis, 1988.

BECCARIA, Cessare. ***De los delitos y las penas.*** México, Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), 1991.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. ***Causas que excluyen la incriminación. Derecho mexicano y extranjero.*** México, Ed. Eduardo Limón, 1994.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. ***Derecho Penal Mexicano.*** Parte General, Tomos I y II, 3a. ed., México, Ed. Porrúa, 1950.

CARRARA, Francisco. ***Programa de Derecho Criminal.*** Tomo II y VI, Bogotá, Ed. Temis, 1956.

CASTELLANOS Tena, Fernando. ***Lineamientos elementales de Derecho Penal.*** 36a. ed., México, Ed. Porrúa, 1996.

CORONAS González, Santos M. ***Ilustración y Derecho (los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII).***

CUELLO Calón, Eugenio. ***Derecho Penal.*** Parte general. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1940.

CUELLO Calón, Eugenio. ***La moderna Penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas).*** Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1974.

FERRI, Enrique. ***Principios de derecho criminal, delincuente y delito en la ciencia, la legislación y en la jurisprudencia.*** Madrid, Ed. Reus, 1983.

FRANCO Sodi, Carlos. ***Nociones de Derecho Penal.*** Parte General, México, Ed. Botas, 1950.

GARCÍA Domínguez, Miguel Ángel. ***Derecho Penal Fiscal (las infracciones y las multas fiscales)***, México, Ed. Porrúa, 1994.

GONZÁLEZ Rodríguez, Alfonso. ***La justicia tributaria en México***. México, Ed. Jus, 1992.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. ***Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al estilo mexicano***. México, Ed. Porrúa, 1993.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. ***Derecho de las Obligaciones***. 8a. ed., México, Ed. Porrúa.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. ***La ley y el delito***. Tomo I, Caracas, Ed. Andrés Bello, 1945.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. ***Tratado de Derecho Penal***. Tomo II y III, 3a. ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1964.

JIMÉNEZ Huerta, Mariano. ***Derecho Penal Mexicano***, Tomo IV. México, Ed. Porrúa, 1991.

KELSEN, Hans. ***Teoría pura del derecho***. Trad. de la 2a. ed. en alemán por Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1986.

KUNKEL, Wolfgang. ***Historia del Derecho Romano***. Trad. de la 4a. ed. alemana de Juan Mikel, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966.

MALO Camacho, Gustavo. ***Manual de Derecho Penitenciario Mexicano***. México, Secretario de Gobernación, 1976.

MANZINI, Vicenzo. ***Tratado de Derecho Penal***. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1948.

MARCO DEL PONT, Luis. ***Penología y sistemas carcelarios***. Tomo I, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982.

MEZGER, Edmundo. ***Tratado de Derecho Penal***. Tomo I, 2a. ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1946.

MIR Puig, Santiago. ***La función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho.*** Barcelona, Ed. Bosch, 1979.

MOMMSEN, Teodoro. ***Derecho Penal Romano***. Bogotá, Ed. Temis, 1976.

MORALES, J. Ignacio. ***Derecho Romano.*** México, Ed. Trillas, 1989.

MORIN, Edgar. ***Pensar Europa, las metamorfosis de Europa***.

MORINEAU Iduarte, Martha y Román Iglesias González. ***Derecho Romano***. México, Harla, 1987.

MUÑOZ Conde, Francisco. ***Derecho penal y control social***.

NAVARRO Bañuelos, Ramón. ***El CFF y la fiscalización coordinada***. México, Indetec Publicaciones Especiales Guadalajara, Jalisco, 1994.

OVILLA Mandujano, Manuel. ***Teoría del Derecho***. 8a. ed., México, s/Ed., 1990.

PAVÓN Vasconcelos, Francisco. ***Imputabilidad e inimputabilidad***. 2a. ed, México, Ed. Porrúa, 1989.

PELÁEZ, Michelangelo. ***Introducción al estudio de la criminología***. Buenos Aires, Ediciones DePalma, 1982.

PORTE Petit, Celestino. ***Importancia de la dogmática jurídico-penal***. México, UNAM, 1954.

PORTE Petit, Celestino. ***Programa de la parte general de Derecho Penal***. 2a. ed., México, UNAM, 1968.

PUGLIESE, Mario. ***Derecho Financiero***. México, Ed. F.C.E., 1939.

SOLANO Torres, Sara. "La norma penal Fiscal", en Memoria del Primer Congreso Nacional de Derecho Financiero ***Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea***, México, Ed. Universidad Veracruzana, Facultad de Derecho, verano de 1987, pp. 357-358.

SOLER, Sebastián. ***Derecho Penal Argentino***. Vol. I, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1956.

TULIO, Benigno Di. ***Tratado de antropología criminal. Estudio clínico y médico legal para uso de médicos, juristas y estudiantes***. Versión castellana preparada por el Instituto Panamericano de Cultura, Buenos Aires, 1950.

VILLALOBOS, Ignacio. ***Derecho Penal Mexicano***. México, Ed. Porrúa, 1960.

VILLALOBOS, Ignacio. ***Noción Jurídica del delito***. México, Ed. México, 1957.

WELZEL, Hans. ***Derecho Penal Alemán***. Parte general. Trad. Juan Bustos y Sergio Yañez Pérez, 4a. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

## *HEMEROGRAFÍA*

AFTALIONI, Enrique. "Por una definición realista del delito", en ***Revista Criminalia***, Año XXIII, México, Ediciones Botas, 1957, pp. 821 y 823.

CASTELLANOS Tena, Fernando. "La culpabilidad, su aspecto negativo", en ***Revista Jurídica Veracruzana***, Tomo VII, No. 1, Xalapa, Marzo de 1957, pp. 47-48.

CASTELLANOS Tena, Fernando. "Las causas de justificación en el Código Penal" en ***Revista de la Facultad de Derecho***, México, UNAM, pp. 181-188.

COBO, Manuel. "Función y naturaleza del artículo 226 del Código Penal Español", en ***Revista de Ciencias Penales de Chile***, pp.

***Diario de debates de la Cámara de Diputados***, México, 14 de diciembre de 1990.

***Diario de debates de la Cámara de Diputados***. México, Año III, Número 7, 15 de noviembre de 1990.

FRANCO Guzmán, Ricardo. "Clasificación lógico-jurídica de las causas de justificación" en ***Lecturas Jurídicas***, Revista de la Universidad de Chihuahua, No. 5, octubre-diciembre de 1960, pp. 9-21.

MAGGIORE, Giuseppe. "El delito, la pena, medidas de seguridad y sanciones civiles", en ***Derecho Penal***, Parte especial, Vol. II, Trad. de José J. Ortega Torres, Bogotá, Ed. Temis, 1972.

ORLANDIS, José. "Sobre el concepto de delito en el Derecho Penal en la Edad Media" en ***Anuario de Historia del Derecho Español***, pp. 112-122.

VELÁZQUEZ Estrada, A. "La punibilidad, ¿elemento del delito?" en ***Revista de la Facultad de Derecho***, México, Facultad de Derecho, pp. 155-165.

VIDAL Riveroll, Carlos. "Las condiciones objetivas de punibilidad" en ***Revista Jurídica Veracruzana***, Tomo XXV, No. 3-4, julio-noviembre, Xalapa, Veracruz, 1974, pp. 106-128.

VILLARREAL Moro, Eduardo. "La punibilidad en la definición del delito" en ***Derecho Penal Contemporáneo***, pp. 31-38.

ZAFFARONI, Raúl. "La imputabilidad" en ***Derecho Penal Contemporáneo. Seminario de Derecho Penal***, México, Facultad de Derecho, Octubre de 1965, número 9, pp. 42-43.

## DICCIONARIOS CONSULTADOS

***Diccionario Jurídico Mexicano.*** Tomos II y d-h, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988.

***Diccionario Kapelusz de la Lengua Española***. Buenos Aires, Ed. Kapelusz, 1979.

***Enciclopedia Jurídica Omeba***. Tomos VI, XIV, XVII, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Omeba-Editores Libreros, 1967.

PINA, Rafael de. ***Diccionario de Derecho***. México, Ed. Porrúa, 1970.

## LEGISLACIÓN CONSULTADA

***Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común ypara la República en materia del fuero federal***, México, Ed. Porrúa, 1997.

***Código Fiscal de la Federación***. México, Ed. Porrúa, 1996.

***Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia común ypara la República en materia del fuero federal***, México, Ed. Porrúa, 1997.

***Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos***. *1917*. México, Ed. Porrúa, 1996.

***Ley Orgánica de la Administración Pública Federal***. México, Ed. Porrúa, 1996.