

597  
20.



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

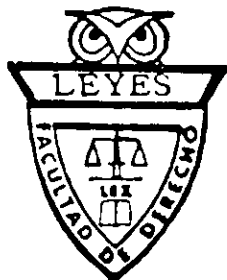
ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE  
DEFRAUDACION FISCAL PREVISTO EN EL  
ARTICULO 108 DEL C.F.F.

## T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARTHA NOEMI PINEDA SANCHEZ



MEXICO, D. F.

1998

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

266280



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de tesis representa un gran logro en mi vida, que quisiera compartir con todas aquellas personas a las cuales quiero y me quieren; y que de alguna u otra manera han contribuido para que esta meta se realizara. Quiero dedicar este trabajo con especial cariño a Dios por haber puesto todas las condiciones para que se llevara a cabo.

### **DEDICATORIAS A:**

#### **CÉSAR GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ**

MARTHA SÁNCHEZ MORENO

AMADA MORENO BECERRIL

BLAS SÁNCHEZ ROBLES

MIGUEL A. PINEDA SÁNCHEZ

ADRIANA PINEDA SÁNCHEZ

CHRISTINE MACINTOSH

OLGA SÁNCHEZ MORENO

BERTHA SÁNCHEZ MORENO

JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ MTZ.

MIGUEL A. PINEDA CORTES

REGINA CORTES

PERFECTO PINEDA

ALBERTO PINEDA SÁNCHEZ

MARINA PINEDA MACINTOSH

ERIKA PAVÓN CAMACHO

MANUEL RAMÍREZ IBARRA

ALFONSO SOSA MENA

MA. PATRICIA HERNÁNDEZ HDZ

**ATENTAMENTE**

**MARTHA NOEMI PINEDA SÁNCHEZ.**

## AGRADECIMIENTOS

A DIOS. Por habitar en mi como vida, salud y fortaleza. Por darme día con día la oportunidad de ser mejor y por guiarme hacia mi evolución con el mejor de los éxitos. GRACIAS SEÑOR.

A MI ESPOSO. Por impulsarme a seguir luchando a pesar de los obstáculos que la vida trae consigo, y por brindarme todo el amor incondicional que su corazón posee. GRACIAS CESAR TE AMO.

A MIS PADRES. Por darme la vida, una gran educación y lo mas importante por darme cariño, comprensión y paciencia. Muchas gracias por todo el esfuerzo que han hecho por mi y mis hermanos, los quiero mucho.

A MIS HERMANOS. Gracias Miguel porque como buen hermano mayor nos supiste guiar y abriste el camino para que fuese mas fácil andar por él. Gracias Alberto por compartir conmigo tu infancia y ayudarme a ser mejor, te admiro por todo lo que has logrado. Gracias Adriana por ser mi hermana no solo de sangre, sino también de espíritu y permitirme desahogarme contigo. GRACIAS A LOS TRES. Los quiero mucho.

AL DOCTOR CARLOS DAZA. Por haber contribuido con sus enseñanzas y paciencia a que este trabajo de investigación se realizara. GRACIAS DOCTOR.

A LA UNAM Y FACULTAD DE DERECHO. Por ser la gran Institución que me permitió como a muchos mas la oportunidad de realizar mis estudios profesionales.

# INDICE

**TITULO: ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL PREVISTO EN EL ARTICULO 108 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.**

<b>ÍNDICE</b> .....	I
<b>1.1 INTRODUCCIÓN</b> .....	1.
<b>1.2 CAPITULO PRIMERO</b>	
<b>I. CONCEPTO</b>	
a) QUE ES DEFRAUDACIÓN.....	3.
b) QUE ES LO FISCAL.....	5.
<b>II. EL DERECHO EN GENERAL</b> .....	7.
<b>III. DERECHO PENAL</b> .....	10.
<b>IV. LOS DELITOS ESPECIALES</b>	
a) ANÁLISIS DEL ARTICULO 6 DEL CÓDIGO PENAL.....	11.
<b>1.3 CAPITULO SEGUNDO</b>	
<b>I. TEORÍA DEL DELITO</b>	
a) CONDUCTA - AUSENCIA DE CONDUCTA.....	14.
b) TIPICIDAD - ATIPICIDAD.....	23.
c) ANTIJURIDICIDAD - CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	32.
d) CULPABILIDAD - INCULPABILIDAD.....	41.

**1.4 CAPITULO TERCERO**

a) INTERCRIMINIS..... 58.  
b) CONCURSO DE DELITOS..... 63.  
c) AUTORIA Y PARTICIPACIÓN..... 66.

**1.5 CAPITULO CUARTO**

a) DERECHO COMPARADO..... 89.  
b) JURISPRUDENCIA..... 94.

**1.6 CONCLUSIONES..... 101.**

**1.7 BIBLIOGRAFÍA..... 103.**

DIRECTOR DE TESIS: DR. CARLOS DAZA GÓMEZ

## 1.1 INTRODUCCION

En nuestro país el tema del delito de defraudación fiscal ha despertado un interés creciente en los últimos años. Los innumerables efectos perjudiciales que la defraudación tributaria ocasiona a la economía nacional han propiciado el planteamiento de la posibilidad de recurrir al derecho penal, con el objeto de proteger los intereses del Erario Público.

A pesar del abundante número de trabajos publicados con anterioridad en relación a dicho delito, la ley fiscal requiere de reformas fiscales urgentes, ya que una serie de causas técnicas de los sistemas fiscales son bastantes complejas, y no reúnen las exigencias mínimas de claridad, sencillez y justicia, imprescindibles para el logro de una política fiscal eficaz.

Por otro lado ni el fraude es un fenómeno predicable en la época actual, ni puede circunscribirse a determinadas áreas geográficas. Desde muy antiguo el contribuyente trata de eludir sus obligaciones fiscales con independencia de la propia evolución social, pudiendo afirmarse que el fraude surge con el nacimiento del impuesto.

Entre los factores favorables al desarrollo del fraude fiscal, señalados por la doctrina, destacaríamos en primer lugar, la puesta en tela de juicio de la figura del impuesto, con la consiguiente tendencia, innata en el hombre, a impedir que su patrimonio se vea debilitado.

Esta reacción encontraría su justificación en la vieja teoría de que las leyes fiscales forman parte de las leyes meramente penales que no obligan directamente en conciencia.

En segundo lugar, causas que podemos denominar económicas. Fundamentalmente, la existencia de una presión fiscal excesiva, en este sentido existiría el llamado doble círculo vicioso que crea el propio fraude fiscal: por una parte el contribuyente, en la creencia de que el estado aumenta la presión teórica para tratar de compensar el fraude, se niega a pagar los correspondientes impuestos y, por otra el estado a su vez, incrementa los tipos impositivos para paliar el aumento del fraude.

El objeto fundamental del presente trabajo es el estudio del delito de defraudación fiscal, introducido en él artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, y queda así esbozado nuestro trabajo de investigación en relación con dicho delito.



## 1.2. CAPITULO PRIMERO

### I. CONCEPTO

#### a) QUE ES DEFRAUDACION

El elemento nuclear del tipo viene dado por el verbo "defraudar". La primera cuestión que se le plantea al intérprete es, pues, que ha de entenderse por defraudación.

A tal efecto, es tarea previa el indagar en base a qué criterios ha de elaborarse esta noción. En otras palabras, y más concretamente, cabe preguntarse si el concepto de defraudación debe ser construido desde la esfera del derecho tributario, o si, por el contrario debe ser elaborado desde una perspectiva jurídico - penal.

Evidentemente, la exégesis del verbo "defraudar" ha de realizarse desde la óptica jurídico - penal, por la sencilla razón de que el delito fiscal se halla incorporado a los llamados delitos especiales que contempla el artículo 6 del Código Penal.

Concepto de Defraudación. 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.

La defraudación fiscal, es un delito fiscal, excluido del Código Penal y de la legislación vigente sobre delitos del orden común, por ser un delito exclusivo del derecho tributario y, por consiguiente, legislado en ordenamientos tributarios de la federación y de los estados.

Así es como el Código Fiscal de la Federación en su artículo 108 define a la "Defraudación Fiscal" de la siguiente manera:

Artículo 108.- Comete el delito de defraudación fiscal quien con 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.

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

Ahora bien, creo conveniente dar las definiciones de lo que sería la "*Elusión fiscal*" y la "*Evasión fiscal*", con el propósito de que quede claro la diferencia que existe entre las tres figuras.

Concepto de Elusión Fiscal. Actividad motivada por una maliciosa intención de evadir un impuesto justo, a través del empleo de formas y posibilidades de adaptación de las estructuras del derecho privado inadecuadas para la realización de las finalidades

empíricas que se propone el contribuyente; concepción que no acepta con respecto a su naturaleza ilícita, pronunciándose en contra de su configuración como tipo penal.

Concepto de Evasión Fiscal. Cualquier hecho, comisivo u omisivo del sujeto pasivo de la imposición que contravenga o viole una norma fiscal, en virtud de la cual una riqueza imponible de cualquier forma resulte sustraída, total o parcialmente, al pago del tributo previsto por la ley, constituye una evasión tributaria.

En resumen diremos que en nuestro país la elusión fiscal es equiparada a la evasión fiscal y por ende aun tipo de defraudación.

#### b) QUE ES LO FISCAL.

El fenómeno fiscal se entiende como la actividad que regula las funciones financieras del Estado.

Concepto de Derecho Fiscal. Es el conjunto de normas jurídicas que sistematizan y regulan los ingresos fiscales del Estado. En el derecho positivo Mexicano, el derecho fiscal regula los ingresos fiscales, dentro de los que las contribuciones ocupan un lugar preponderante. El artículo 31 Constitucional que se refiere a las obligaciones de los mexicanos, señala en su fracción IV, contribuir para los gastos públicos de la Federación, Estados y Municipios de residencia, en la forma proporcional y equitativa que determinen las leyes.

El Derecho Fiscal posee como campo de acción y de evaluación al conjunto de ordenamientos legales que reglamentan la percepción por parte del poder público de las aportaciones económicas que la ciudadanía en general efectúa para la realización de las obras y servicios públicos y demás actividades de interés general.

A fin de dejar claramente precisado el concepto de Derecho Fiscal, estimamos que la anterior definición debe desglosarse en los siguientes elementos explicativos:

1. El objeto del Derecho Fiscal esta esencialmente constituido por una relación económica que se da entre el Estado y los gobernadores.
2. Se trata de una relación necesaria e indispensable puesto que no es factible la vida social sin la previa satisfacción de las necesidades colectivas básicas y para ello el Estado requiere de una serie de recursos económicos y patrimoniales, que en sana lógica deben provenir directamente de quienes se benefician con la satisfacción de tales necesidades colectivas.
3. En consecuencia dicha relación es un principio de carácter unilateral, puesto que es el estado el que exige la entrega de determinadas contribuciones económicas y son los particulares que se encuentran obligados a ello.
4. Finalmente, el marco y contenido de esta relación deben ser de carácter eminentemente jurídico, puesto que solo a través de normas y ordenamientos legales convenientemente preestablecidos pueden garantizarse una vinculación estable, equitativa y armónica entre el estado y los particulares.

Tal situación imprime al Derecho Fiscal una importancia verdaderamente excepcional, ya que todo acrecentamiento en las cargas públicas va necesariamente acompañado de una evolución en los mecanismos y procedimientos legales que deben regirlo, los que cada día tienden a hacerse mas complejos y sofisticados.

En síntesis, puede acaecerse que el derecho fiscal esta constituido por el conjunto de normas y principios que regulan la relación jurídico - tributaria; entendiéndose por esta última el vínculo legal en virtud del cual los ciudadanos resultan obligados a contribuir con una parte proporcional de sus ingresos, rendimientos o utilidades al sostenimiento del estado.(1)

## **II. EL DERECHO EN GENERAL.**

El derecho tiene como finalidad encausar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria; manifiéstase como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el estado.

### ***Principales acepciones de la palabra Derecho:***

*Derecho Objetivo.* Es un conjunto de normas. Tratase de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades.

(1) ARRIJOJA VIZCAINO, Adolfo. Derecho Fiscal. p.18.

*Derecho Subjetivo.* Es una función del objetivo. Este es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma. El Derecho Subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.

*Derecho Vigente.* Llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias. El Derecho Vigente está integrado tanto por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como por los preceptos que formula.

*Derecho Natural.* Suele darse esta denominación a un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo.

*Derecho Positivo.* De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico solo existe el Derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época.

La diferencia entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural hace consistir en el distinto fundamento de validez. El natural vale por sí mismo, en cuando intrínsecamente justo; el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido.

## Fuentes del Derecho.

Fuente del Derecho. En la terminología jurídica tiene la palabra fuente tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado. Se habla, de fuentes formales, reales e históricas.

*Fuente Formal.* Entendemos por esta los procesos de creación de las normas jurídicas.

*Fuentes Reales.* Llamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas.

*Fuentes Históricas.* Aplicarse a los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.

De acuerdo con la opinión más generalizadas, las fuentes formales del Derecho son: La Legislación, La Costumbre y La Jurisprudencia.

*La Legislación.* En los países de derecho escrito, la Legislación es la mas rica e importante de las fuentes formales. Podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de Leyes.

*La Costumbre.* Es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el Derecho nacido consuetudinariamente.

*Jurisprudencia.* En México la palabra jurisprudencia se ha aplicado, desde que ya no existen escuelas de jurisprudencia, para designar la interpretación, con carácter obligatorio, que hacen los Jueces de los preceptos legales.

### **III. DERECHO PENAL**

*Concepto de Derecho Penal.* La expresión Derecho Penal, se aplica para designar a la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social.

*Derecho Penal en Sentido Objetivo.* El Derecho Penal, en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.

*Derecho Penal en Sentido Subjetivo.* Es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad.

*Derecho Penal Sustantivo.* El Derecho Penal Sustantivo concreta la noción del delito y determina sus consecuencias. Las normas de Derecho Penal Sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del Derecho material y recibe el nombre de Derecho Procesal Penal.



### **Fuentes propias del Derecho Penal.**

Aplicando las anteriores ideas de las fuentes del Derecho en general, al campo del Derecho Penal, debe concluirse que solo es fuente del mismo, directa, inmediata y principal la Ley.

Las Fuentes Penales en el Derecho Positivo mexicano se refiere a la afirmación de que solo la Ley es fuente del Derecho Penal y no debe interpretarse en el sentido que sería erróneo de identificar la Ley Penal con el Código Penal, el cual sin duda alguna, constituye la mas importante y mas rica Ley Penal pero no la única. Al lado del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, existen múltiples, disposiciones penales en otros cuerpos legislativos; por eso el Artículo 6 del propio ordenamiento preceptua: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una Ley especial o en un Tratado Internacional de observancia obligatoria de México, se aplicarán estos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

## **IV. LOS DELITOS ESPECIALES.**

### ***a) Análisis del Artículo 6 del Código Penal.***

Siguiendo con este orden de ideas y cuanto en la materia penal, se ha dejado señalado que existe una gran variedad de leyes especiales que regulan diversos delitos, y que están fuera del contenido del Código Penal. Para comprender mejor este fenómeno

analizaremos a continuación, lo que el Derecho Penal califica como delito, y lo que son los delitos especiales.

Existe una legislación paralela al Código Penal que provee mas delitos de los contenidos en el propio Código.

Consideramos pertinente analizar someramente que son los delitos especiales. Se les conoce con los nombres de Ley Especial, Ley Penal Especial, Derecho Penal Especial, pero la doctrina a considerado más apropiado el de delitos especiales.

Los delitos especiales son aquellas disposiciones normativas penales que no forman parte del Código Penal y que tipifican un delito. O bien pueden ser aquellas disposiciones en las que el sujeto activo o el autor del delito se encuentran en un plano diferente en relación con cualquier otro sujeto del delito, es decir, se requiere una calidad específica, señalada por el Legislador, siendo este el único que puede cometer el mismo.

Como se ha señalado anteriormente, el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo sexto, establece lo conducente a los llamados delitos especiales.

En conclusión y de lo anteriormente expuesto resulta que en materia de tipificación de delitos, las Leyes Especiales, llegan a tener tanta importancia que el Código Penal, resulta insuficiente y además en muchos casos, estas leyes en materia de delitos muestran falta de técnica legislativa, y eso trae como consecuencia inseguridad jurídica, imprecisión, e inestabilidad respecto al Código Penal, y tal parece que el régimen de los

delitos especiales es mucho mas represivo que el Código Penal porque en la mayoría de los casos el término medio aritmético de la pena es superior a cinco años, lo que hace inoperante a la libertad bajo fianza y a la condena condicional.

## 1.3 CAPITULO SEGUNDO

### I. TEORIA DEL DELITO

#### a) CONDUCTA - AUSENCIA DE CONDUCTA

*CONDUCTA*. (Del latín *conducta*, *conducida*, *guiada*). Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. (2)

En el campo del Derecho Penal existen varios tratadistas que tienen diferentes ideas acerca del vocablo "*conducta*"; así por ejemplo tenemos que para Soler este vocablo no sería correcto, ya que la expresión *conducta* importa una referencia amplia e indeterminada al comportamiento ordinario y general de un sujeto, y por lo tanto la *conducta* sería más que una acción, una especie de promedio o balance de muchas acciones. (3)

Otro tratadista que también se opone a este vocablo es Jiménez de Asúa, ya que para él la *conducta* se refiere al comportamiento o a la actuación más continuada y sostenida que la del mero "*acto psicológico*".

Existen otros autores que si aceptan dicho vocablo, como por ejemplo Jiménez de Huerta, afirmando que la *conducta* es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano. (4)

(2) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, p. 586.

(3) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Op. Cit., p.588.

(4) JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción a las Figuras Típicas, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977. P.

Dentro del término conducta, se puede incluir tanto el hacer positivo como el negativo; por esta razón Porte Petit declara que los términos conducta y de hecho cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica.

Así, pues, el hecho se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por si misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad, o en los de simple omisión, carentes de un resultado material.

La conducta es un elemento del hecho cuando según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material (5).

El elemento objetivo de la conducta puede presentar las formas de "acción", "omisión" y "comisión por omisión".

La acción se integra mediante una actividad voluntaria, la omisión y la comisión por omisión se conforman por una actividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar; en tanto que, en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

Pavón Vasconcelos afirma que acción, en sentido estricto es la actividad voluntaria realizada por un sujeto, haciendo referencia tanto al elemento físico de la conducta como al elemento psíquico de la misma, que sería la voluntad. (6)

(5). CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Vigésimoséptima edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, p.148.

(6). PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Cuarta edición Porrúa. S.A., 1978 pp. 188-189.

Para Castellanos Tena, la acción es todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar o de poner en peligro el mundo exterior. (7)

Porte Petit, sostiene que la acción es hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico y extra típico y estima que los elementos de la misma son:

- a) La voluntad y el querer.
- b) La actividad.
- c) El deber jurídico de abstenerse (8)

La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción y se refiere a la voluntariedad inicial que son: querer la actividad por lo tanto, requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad.

La actividad o movimiento corporal es el elemento externo de la acción; la actividad en si no constituye la acción, ya que le falta el elemento voluntad.

El deber jurídico de abstenerse o de no obrar, se refiere a que así como en los delitos de omisión hay un deber jurídico de obrar (*de hacer*); en la acción, existe un deber jurídico de abstenerse o de no obrar.

En la omisión encontramos que, así como en la acción existe una conducta positiva en la omisión vamos a encontrar una conducta negativa, o inacción, consiste en el no hacer o en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.

(7) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lincamientos Elementales de Derecho Penal. Op. cit; p.152.

(8) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal. Decimatercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p.237.

Para Jiménez de Asúa, "la omisión es una inacción corporal, un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad"<sup>(9)</sup>; y que como ya se dijo anteriormente la acción es una forma integrante de la conducta de igual forma la inactividad es un comportamiento frente al mundo externo y es también una forma de la conducta.

Para Castellanos Tena, la omisión radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. <sup>(10)</sup>

*El delito de omisión presenta dos clases:*

La omisión simple u omisión propia, consiste en un no hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico.

La comisión por omisión u omisión impropia, produce un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o culposo; violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva.

Porte Petit, sostiene que la omisión viene hacer una de las formas de la conducta; y señala que los elementos de la omisión son:

- Voluntad o culpa
- Inactividad de no hacer

(9) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Panorama del Delito Nullum Crimen Sine Conducta*. México, 1950, p.23.

(10) CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Op. cit; p.152.

- Deber jurídico de obrar (en los delitos de comisión por omisión existe un deber de obrar, en cuyo caso existe una acción esperada y exigida; y otro deber de abstención)

Resultado típico o resultado típico y material (este último en los delitos de comisión por omisión). (11)

La voluntad de la omisión, consiste, en no querer realizar la acción esperada y exigida, es decir; en querer la inactividad o realizarla culpablemente.

La inactividad o no hacer, son las omisiones a modo de acciones negativas, ya que la omisión estriba en una abstención o inactividad necesaria o culposa, violando una norma preceptiva o imperativa por no hacer lo que debe hacerse.

El deber jurídico de obrar en la omisión, como ya se dijo anteriormente se basa en un no hacer, que implica haber omitido la realización de una acción exigida; ese no hacer indica que existe una acción esperada, pero esta debe tener una condición indispensable: que sea exigible.

En el delito de comisión por omisión existe un deber de hacer o de obrar, y un deber de abstenerse; por tanto, da lugar a un tipo de "mandamiento" y de "prohibición".

El resultado en la omisión simple es únicamente típico al existir un mutamiento en el

(11) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal. Op. cit., p.239.



orden jurídico y no material, ya que se consuma el delito al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

El resultado típico y material en el delito de comisión por omisión, se presenta porque se produce un cambio en el mundo exterior, al violarse la norma prohibitiva; en consecuencia hay un doble resultado: típico o jurídico y material.

Ahora pasamos a explicar el nexo de causalidad, y decimos que el hecho se integra con la conducta, el resultado y un nexo de causalidad entre estos dos.

La ausencia de cualquiera de dichos elementos impide el nacimiento del hecho, resultando indispensable el nexo causal para poder atribuir un resultado material a la conducta de un hombre.

La relación causal consiste en un nexo entre el elemento conducta, y una consecuencia de la ésta que es el resultado material.

Este nexo causal se da solamente en los delitos de resultado material, porque produce una mutación en el mundo exterior de naturaleza física, anatómica, fisiológica, psíquica o económica descrita por el tipo.

También se habla de resultado jurídico el cual se presenta con una mutación o cambio en el mundo jurídico o inmaterial, al lesionarse o poner en peligro un bien jurídico protegido.

De lo anterior se desprende que todos los delitos tienen un resultado jurídico, ya sea que se trate de delitos que tengan únicamente resultado jurídico (en los casos de omisión simple) o jurídico y material.

Pavón Vasconcelos, precisa que el resultado es un efecto de la conducta, pero no todo efecto de esta tiene tal carácter, sino solo aquel o aquellos relevantes para el derecho por cuanto este los recoge dentro del tipo penal. (12)

**AUSENCIA DE CONDUCTA.** Constituye la inexistencia del elemento material del delito; es decir, es el aspecto negativo de la conducta o hecho.

*Las causas de ausencia de conducta son:*

- La vis absoluta
- La vis maior
- Los movimientos reflejos
- El sueño
- El sonambulismo
- El hipnotismo

Entre los penalistas no existe uniformidad respecto a los casos de ausencia de conducta, ya que, lo que para algunos es ausencia de conducta para otros son hipótesis de inimputabilidad.

(12) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Op. cit., p.260.

A continuación se describirán las causas de ausencia de conducta.

**Vis absoluta.** La fuerza física irresistible o vis absoluta se presenta cuando un sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible. En ella el sujeto realiza un movimiento corporal o una inactividad, es decir, contribuye a la verificación del resultado con su actuación pero no con su voluntad ya que actúa involuntariamente, impulsado por una fuerza exterior de carácter físico, dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistencia.

La vis absoluta supone la existencia de una fuerza física humana e irresistible.

**Vis maior.** La vis maior o fuerza mayor, es otra de las hipótesis de ausencia de conducta, y se presenta cuando un sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible sub-humana. Se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta, pero se distingue de esta en que la fuerza impulsora proviene o tiene su origen en una energía distinta, ya sea natural o sub-humana; mientras que en la vis absoluta, la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre.

**Movimientos reflejos.** Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta en virtud de que no existe la actividad voluntaria del sujeto. Se definen como aquellos movimientos musculares que tienen reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.

**Movimientos fisiológicos.** Los movimientos fisiológicos, originan igualmente un aspecto negativo de la conducta por ausencia de voluntad ya que pueden producir un resultado. Son movimientos verificados en los músculos en los que se puede manifestar el esfuerzo consiente; casi nunca serán considerados en la práctica del derecho porque normalmente no producen consecuencias externas de importancia.

**Sueño.** Es un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consiente, que puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. Constituyen indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado, no existe voluntad, lo cual forma parte integrante de la conducta.

**Sonambulismo.** El estado sonambúlico es similar al sueño, distinguiéndose de este, en que el sujeto deambula dormido. Hay movimientos corporales inconsistentes y por ello involuntarios.

Con respecto al sonambulismo, se puede presentar tres hipótesis:

- Que el sujeto con estado sonambúlico realice una actividad tipificada en el Código Penal; en este caso el sujeto no es responsable, porque estamos frente a una hipótesis de ausencia de conducta; pero para otros es una causa de inculpabilidad.
- Que el sonámbulo sea responsable cuando se aproveche de este estado para realizar una conducta o hecho tipificado por la Ley Penal, en este caso el sujeto debe responder del hecho o la conducta cometido (*acción liberae in causa*).

- Que el sujeto sea responsable en virtud de una conducta culposa; aquí observamos que en el caso de que prevea el resultado o haya podido preverlo, estamos frente a un delito culposos, es decir, ante una culpa con o sin representación.

**Hipnotismo.** En lo que respecta al hipnotismo, el maestro Ignacio Villalobos dice que se trata de una causa de inimputabilidad, ya que para el no se debe de perder de vista que solo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si este se consuma debido a la sugestión hipnótica, con un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, trátase de una inimputabilidad. Al igual que el sonambulismo aquí también se presentan tres hipótesis: Hipnotizar al sujeto sin su consentimiento --- ausencia de conducta. Hipnotizar con su consentimiento --- delito doloso. Hipnotizar al sujeto con su consentimiento pero sin intención delictuosa por parte de este --- Responsabilidad por delito culposos.

#### b) TIPICIDAD – ATIPICIDAD.

TIPICIDAD. Como hemos aclarado anteriormente para que la existencia del delito se requiere de una conducta o hecho humano y que esta sea típica, antijurídica y culpable, mas, también hemos apuntado que no toda conducta o hecho son delito.

La tipicidad son uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, de ahí que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14 establece que tratándose de juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía

y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata, lo cual significa que no existe delito sin tipicidad. (13)

El tipo penal se presenta generalmente como una mera descripción de la conducta humana y, en algunas ocasiones, el tipo describe además el efecto o resultado material de la acción u omisión, o bien, contiene referencias a los sujetos, a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, modalidades de la propia acción que forman parte del tipo, o hace referencia a determinados estados de ánimo o tendencias del sujeto, al fin de la acción, etc...

Castellanos Tena aclara, que no debe confundirse el tipo con la tipicidad.

A continuación apuntaremos algunas definiciones del tipo:

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. (14)

Tipo, es la descripción de hipótesis delictiva. (15)

Tipo, es el injusto recogido y descrito en la Ley Penal. (16)

El tipo es la abstracción concreta que atrasado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. (17)

(13) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Op.cit., p.167

(14) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos. Op. cit; p.167.

(15) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNAN. Num. 37, 1°. Quincena de mayo de 1993. p. 1

(16) JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Op. cit., p. 235

(17) JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley del Delito. Op. cit., p.235

Ahora bien, como ya se dijo en las definiciones anteriormente descritas, que el tipo es la descripción de una cierta conducta prohibida en la Ley Penal; cabe aclarar a continuación lo que es la tipicidad.

La tipicidad, es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido. (18)

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta del tipo, que se resume en la fórmula: *nullum crimen sine tipo*.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación define, de acuerdo con la doctrina, el tipo delictivo como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena. (19)

La dogmática penal, establece que el tipo penal en sentido amplio, contiene presupuestos y elementos objetivos, referencias temporales, espaciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos activo y pasivo y también acerca del objeto, todo repercuten sobre el proceso lógico y judicial de tipificación, e influyen en la comprobación del cuerpo del delito (elementos del tipo penal) y la clasificación de hechos. (20)

En primer lugar, forman parte del tipo el presupuesto del delito; originando su ausencia una atipicidad que veremos mas adelante.

(18) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos. Op. cit; p.167

(19) Semanario Judicial de la Federación, CXIX, Ed. Sexta época, segunda parte, México, D.F., p. 2887

(20) DAZA GOMEZ, Carlos. Tesis Doctoral, Teoría de la Culpabilidad Estructura Finalista. Facultad de Derecho UNAM. México, 1995 p. 71

En los elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo, encontraremos que, el elemento material esta constituido por la conducta o el hecho, originándose los delitos de mera conducta de resultado material.

En cuanto a las referencias temporales espaciales e instrumentales; vemos que:

- Referencias temporales. En ocasiones el tipo reclama algunas referencias en orden al tiempo y, de no concurrir, no se dará la tipicidad.
- Referencias espaciales. Del mismo modo, el tipo puede demandar una referencia espacial; es decir, del lugar.
- Referencias en cuanto a los medios. Los tipos en numerosos casos, exigen determinados medios, originándose los llamados "delitos con medios legalmente determinados o limitados", es decir, para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exija el tipo correspondiente.

Los elementos de juicio cognitivo son las características típicas sobre las que recae un determinado juicio, con arreglo a la experiencia y a los acontecimientos que esta proporciona.

Los elementos normativos pueden ser de dos clases: Con valoración jurídica o con valoración cultural. Existen elementos con valoración jurídica cuando la ley hace referencia a conceptos como "cosa ajena", "documento publico", "documento privado", "bien mueble", etc. Y son elementos normativos con valoración cultural, aquellas expresiones a que la ley hace referencia como "ultraje a la moral o a las buenas costumbres", etc.



Los elementos subjetivos del injusto son los que consisten en características subjetivas que se sitúan en el alma del autor, como por ejemplo, atentados al pudor, etc.

En cuanto a los sujetos tenemos en primer lugar al sujeto activo, es quien interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice, es un elemento del tipo ya que no hay delito sin este.

El sujeto activo puede ser cualquiera y entonces estamos ante un delito general, común o indiferente; pero en ocasiones, el tipo exige un determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto originándose, los llamados delitos propios, especiales o exclusivos. Por otra parte los delitos o tipos denominados de propia mano, que son aquellos en los cuales el tipo se limita al sujeto, y en donde la conducta delictuosa la realiza personalmente el sujeto, es decir, se realiza en forma personal.

Los delitos pueden también dividirse en cuanto al número de sujeto activo; y así tenemos a los delitos individuales o monosubjetivos, en donde el tipo puede realizarse por uno o más sujetos. Los plurisubjetivos son aquellos en donde el tipo requiere la intervención de dos o más personas.

Ahora pasamos al sujeto pasivo. Generalmente en todo delito existe un sujeto pasivo, y es el titular del bien jurídico protegido por la ley. Por lo general el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto material del mismo, como en el robo; sin embargo, en algunos casos hay identidad entre el sujeto pasivo y el objeto material, como en la violación, lesiones, estupro, etc.

Cuando el tipo exige una determinada calidad en el sujeto pasivo, estamos frente a un delito personal, y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera, nos encontramos frente a un delito impersonal.

El objeto también forma parte del tipo, pudiéndose tratar del objeto jurídico o material, es importante subrayar que no hay tipo sin objeto.

El objeto jurídico es el valor o bien tutelado por la Ley Penal.

El objeto material es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito.

Ahora pasaremos a exponer la **CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.**

De acuerdo con la clasificación que el autor Castellanos Tena realiza en su libro (Op. cit., pag. 173 y 174) tenemos que:

#### **Por su composición**

Tipos normales. Se limitan a hacer una descripción objetiva (*homicidio*).

Tipos anormales. Además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (*estupro*).

### **Por su ordenación metodológica**

Tipos fundamentales o básicos. Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (*homicidio*).

Tipos especiales. Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen (*parricidio*).

Tipos complementados. Se constituyen a lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad (*homicidio calificado*).

### **En función de su autonomía o independencia.**

Tipos autónomos o independientes. Tienen vida por sí (*robo simple*).

Tipos subordinados. Dependen de otro tipo (*homicidio en riña*).

### **Por su formulación**

Tipos casuísticos. Prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (*alternativos*), (*adulterio*). Otras con la conjugación de todas (*acumulativos*), (*vagancia y mal vivencia*).

Tipos amplios. Describen una hipótesis única (*robo*), que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

### **Por el daño que causan**

Tipos de daño o lesión. Protegen contra la disminución o destrucción del bien (*homicidio, fraude*).

Tipos de peligro. Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (*omisión de auxilio*).

El autor Porte Petit, señala, además de los anteriormente descritos otros tipos:

Tipos de resultado cortado o mutilado; o de resultado de consumación anticipada, que se presenta en cualquier momento del inter criminis, anterior a la pronta consumación: actos preparatorios o bien, ejecutivos (tentativa).

Tipos de ofensa simple y de ofensa compleja; son de ofensa simple, aquellos que lesionan un solo bien jurídico y los de ofensa compleja, son los que lesionan varios bienes jurídicos.

## ATIPICIDAD

La atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, es decir, es el aspecto negativo de una relación conceptual. No es lo mismo que la ausencia de tipo, ya que esta última supone la falta de previsión en la ley, de una conducta o hecho.

La falta de encaje entre el hecho de la vida real y el tipo legal puede ser total, (ausencia de tipo) como sucede cuando el legislador no ha descrito en absoluto tal hecho, o bien únicamente parcial, (atipicidad o ausencia de tipicidad) en aquellos casos en los que, no obstante hallarse el hecho descrito, considerado el mismo como formulación de concepto, sin embargo, el hecho de la vida real que se nos brinda carece de alguno de los elementos que han de integrarlo según la descripción legal, en cuyo caso, como en el primeramente citado, el hecho concreto en sí será irrelevante a efectos penales. (21)

Así pues, podemos decir que según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la tipicidad o no conformidad a los elementos del tipo. Tenemos las causas de tipicidad que son las siguientes:

- Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos pasivo y activo.
- Ausencia de objeto jurídico o material.
- Ausencia de las modalidades de la conducta, como:

Referencias personales

Referencias espaciales

(21) ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Manual de Derecho Penal, el Delito. Editorial Aranzadi, Madrid, España. 1985. p. 102

Referencias de otro hecho punible

De los medios empleados, o no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley

- Ausencia del elemento normativo o de la antijuricidad especial.
- Ausencia del elemento subjetivo del injusto

Cuando existe una tipicidad, se pueden producir las siguientes consecuencias:

1. Que no se integre el tipo.
2. La existencia de otro delito.
3. La existencia de un delito imposible.

#### c) ANTIJURICIDAD - CAUSAS DE JUSTIFICACION

**ANTI JURICIDAD.** Desde el momento mismo en que los hombres sienten necesidad de reunirse en colectividades, mas o menos numerosas, se imponen como absolutamente indispensables, para la conservación, subsistencia y posterior desarrollo de las mismas el establecimiento de un orden determinado y condicionado. Naturalmente, ese orden que llamaremos social, por que nace de la reunión de individuos en sociedad y a ella sirve, puede ser, indudablemente, conculcado por conductas que, siendo contrarias al mismo y precisamente por serlo, afectan a la colectividad interesada en mantenerlo. En consecuencia, la antijuricidad será lo contrario al orden social. (22)

(22) ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. El Delito. Op. cit., p.89

Castellanos Tena, sostiene que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se refiere el tipo penal respectivo, ya que comúnmente se acepta como jurídico, lo contrario al Derecho.

Porte Petit argumenta que se tendrá como antijurídica una conducta adecuada al tipo, cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación, es decir; deben concurrir dos condiciones para tener como antijurídica la conducta: la violación de una norma penal y la ausencia de una causa de justificación.

El Diccionario Jurídico nos da un concepto de lo que es la antijuricidad diciendo, "*es la calidad de ciertas conductas que no cumplen con lo prescrito por la norma jurídica que las regula*". Partiendo de este concepto vemos que sería antijurídica una conducta ilícita, así tenemos que para Eduardo García Máynez son lícitas las conductas que ejecutan lo ordenado, omiten lo prohibido u omiten o ejecutan los actos potestativos, no ordenados ni prohibidos; mientras que son ilícitos las que omiten un acto ordenado y las que ejecutan uno prohibido. (23)

Sin embargo es interesante destacar que para Hans Kelsen, la ilicitud no es necesariamente algo inmoral, pues lo que puede ser ilícito o antijurídico en un sistema moral, puede no serlo en otro. En consecuencia, la ilicitud es solo una de las condiciones para que el Estado aplique la sanción, que puede ser penal o civil.

(23)Diccionario Jurídico Mexicano. Op. cit., p. 171

Pasamos a describir las clases de antijuricidad.

**Antijuricidad formal o normal.** En esta expresión se considera la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe. Se hace lo que esta prohibido y no se hace lo que esta ordenado. Para llegar al concepto del antijuricidad formal se utiliza el sistema de "excepción regla", que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos.

**Antijuricidad material.** Sobre este punto existen dos corrientes.

Una que trata de encontrar la esencia de la antijuricidad material, en el campo o zona jurídica: en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo.

Otra que busca obtener la esencia de la antijuricidad, fuera del área jurídica, es decir; extrajurídica, cuando se lesionan intereses vitales de la colectividad.

**Antijuricidad objetiva y subjetiva.** Se dice que la antijuricidad es objetiva cuando una conducta o hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo la culpabilidad. La circunstancia de que la antijuricidad tenga naturaleza objetiva, tan solo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o hecho.

En consecuencia, la teoría de la antijuricidad objetiva es, a juicio de un sector doctrinal la única que tiene validez, pues la antijuricidad es independiente y autónoma de la culpabilidad.



**Antijuricidad general o penal.** Sobre el particular hay dos tesis, una que postula una antijuricidad general, y otra que admite una antijuricidad penal. Sin embargo no debe hablarse de antijuricidad general, ya que solamente existe esta cuando hay una violación a un precepto legal, es decir, a partir de ese momento se tiñe la antijuricidad de una materia determinada, ya sea civil, penal, mercantil, etc.

**Antijuricidad especial tipificada.** El Código Penal para el Distrito Federal, recoge en algunos tipos la antijuricidad especial tipificada, cuando por ejemplo, emplea los términos: indebidamente, ilícitamente, ilegalmente o ilegítimamente, sin autorización, antijurídicamente, contrariamente a Derecho, etc.

El bien jurídico es punto focal para la formación de la antijuricidad y, por lo tanto, del tipo de injusto, y juega un papel fundamental en la estructura del hecho punible cuando la ley habla del interés jurídico se está refiriendo a la posición del Estado en torno a ciertos bienes, individuales o colectivos, cuyo quebrantamiento afecta a la sociedad.

**Causas de justificación.** Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo del delito, Castellanos Tena explica que estas causas son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica. También se les denomina justificantes, causas eliminatorias de la antijuricidad, causas de licitud, etc.

Existe una causa de licitud cuando la conducta o hecho siendo típico, son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés, o de la existencia de un interés preponderante. Este último cuando hay dos intereses incompatibles, el

Derecho ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del interés preponderante.

Dogmáticamente podemos enumerar como causa de justificación a la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el impedimento legítimo.

Legítima defensa. Sobre el concepto de esta causa de justificación, existen diversas opiniones.

Porte Petit, la define como el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando halla sido provocada injustificadamente. (24)

Castellanos Tena, la conceptúa como la “repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección”. (25)

Para Pavón Vasconcelos, la legítima defensa es una repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho. (26)

(24) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit., p. 394

(25) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., p. 184

(26) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit., p.315

El numero de sujetos que intervienen en la legitima defensa, es diverso, según se trate de:

Legitima defensa propia (mínimo dos sujetos: el sujeto agresor y el que se defiende legitimamente).

Legitima defensa a favor de terceros (mínimo tres sujetos: el injusto agresor, el injustamente agredido y el que interviene a favor de este ultimo).

Defensa en caso de auto – agresión (mínimo dos: el auto - agresor y el que interviene en su favor).

Los requisitos que exige la legislación positiva para que se de la legitima defensa son:

- Una agresión que es la conducta con la cual el agente lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado.
- Real, es aquello que tiene positiva y verdadera existencia.
- Actual, que se presente, es decir; se excluye el pasado y el futuro.
- O inminente, que sea inmediato
- Sin derecho, que el ataque sea antijurídico

Como los elementos de la legitima defensa podemos mencionara a los siguientes:

- La existencia de una agresión.
- Un peligro de daño, derivada de esta.
- Una defensa, rechazo de la agresión o contraataque para repclarla.

El Código Penal para el Distrito Federal se refiere a ella en la fracción III del artículo 15.

ESTADO DE NECESIDAD. Mencionaremos algunas definiciones sobre estado de necesidad.

Pavón Vasconcelos, lo conceptúa como una situación de peligro cierto y grave cuya superación para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio. (27)

Porte Petit, señala que nos encontramos ante el estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido de un peligro grave, actual o inminente, lesiona otro bien igualmente amparado por la ley siempre que no se tuviera el deber jurídico de afrontarlo y fuera el peligro ocasionado dolosamente por el propio agente. (28)

Los tribunales definen al estado de necesidad como una situación de peligro real e inminente, para un bien jurídicamente protegido (o pluralidad de bienes), que se salvaguardan mediante la destrucción de menoscabo de otros, siendo este el único recurso prácticamente como menos perjudicial. (29)

(27) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit., p.315

(28) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit., p. 431

(29) SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo 7, 1ª. Sala, 7ª. época, p.21

El Código Penal para el Distrito Federal, contempla al estado de necesidad en la fracción IV del artículo 15, de la cual se pueden desprender los siguientes elementos:

- Un peligro, que sea presente, no pasado ni futuro.
- O inminente, que sea inmediato.
- Que ese peligro recaiga en bienes jurídicos.
- Que el peligro no haya sido provocado dolosamente.
- Que no tuviera el deber jurídico de afrontar.
- Y que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, para superar el peligro.

EJERCICIO DE UN DERECHO. Consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contranorma, para la satisfacción de un interés mas valioso, que se prepondera sobre el interés que es un antagónico.

Este justificante se encuentra previsto en la fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

Cuando se habla del ejercicio de un derecho, se refiere a los derechos que la ley reconoce, o que provenga de la misma ley. Ejemplo: derecho de corrección, derecho de retención, etc.

Esta causa de justificación se origina:

- En el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado.
- De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma. Nuestro Código Penal lo regula en la fracción V del artículo 15.

El cumplimiento de un deber puede ser derivado de:

- Funciones Publicas, o sea de deberes de servicio
- De un deber impuesto al particular.

IMPEDIMENTO LEGITIMO. Este se presenta cuando no se puede cumplir con un deber legal, por cumplir con otro deber de la misma naturaleza y de mayor entidad. Se encuentra regulado en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal.

De la definición legal se desprende los siguientes elementos:

- Contravenir lo dispuesto en una ley penal.
- Dejando de hacer lo que manda.
- Por un impedimento legitimo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que “para que opere el impedimento legitimo se necesita que, el que no ejecuta aquello que la ley ordena, es por porque se lo impide otra disposición superior o mas apremiante que la misma ley, en otros términos: a que contraviene lo dispuesto por una ley penal porque no era posible otra conducta que la observada, no comete delito. (30)

(30) SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Volumen LIII, Segunda parte, Sexta época, p.31

#### d) CULPABILIDAD – INCULPABILIDAD

CULPABILIDAD. La culpabilidad es uno de los elementos del delito. Los autores penales la han conceptualizado de diferentes formas así tenemos:

Carranca y Trujillo, dice que la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate. (31)

Para Luis Jiménez de Asúa, la culpabilidad en amplio sentido, es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.(32)

Ignacio Villalobos sostiene que la culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo; desprecio que se manifiesta en franca posición, o en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno a los propios deseos, en la culpa. (33)

De acuerdo a las anteriores definiciones tendremos que observar que para ser culpable un sujeto, es necesario que primero sea imputable; por esta razón el maestro Castellanos Tena dice que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal.

(31) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit., p.431

(32) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., pp.281-282

(33) VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pp281-282

Por lo tanto, la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. (34)

La imputabilidad ha sido considerada de diversas formas: como un presupuesto general del delito, como el presupuesto de la culpabilidad y como el elemento de la culpabilidad.

Carranca y Trujillo sostiene que imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien; y para el Derecho Penal solo es alguien, aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad. Será pues imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente. Todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana. (35)

Para Luis Jiménez de Asúa, imputar un hecho a un individuo es que atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que tal hecho es culpable.(36)

El diccionario nos ofrece otra definición de imputabilidad, diciendo que, es la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.

(34) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., p.281

(35) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 13ª. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, pp. 414 - 415

(36) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., p.325



Esta capacidad es, pues, una condición o situación en que debe hallarse el agente al momento del acto u omisión, y no una resolución psicológica con su hecho; tal capacidad lo es de culpabilidad y autorizan el derecho para dirigirle el reproche que esta consiste, a menos que, deba tenerse ella por excluida en virtud de otras causas. (37)

La responsabilidad penal es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

La imputabilidad *Liberae in Causa* se refiere a que debe existir la imputabilidad en el momento de la ejecución del hecho ya que en ocasiones el sujeto antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimitable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama "*Liberae in Causa*" (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse valor bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. En este caso existe la imputabilidad.

En conclusión las acciones *liberae in causa* son las atribuidas a un sujeto imputable, que al momento del acto típico del derecho penal, era inimputable.

Ahora pasemos a desarrollar el aspecto negativo de la imputabilidad.

La inimputabilidad es la excluyente de la imputabilidad, y es la que suprime, en el juicio, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de los actos en todo aquello que los hace ilícitos; o que elimina la posibilidad, aun conociendo el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a

(37) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Op. cit., p.1649

ejecutarse, de tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido.(38)

Para Luis Jiménez de Asúa son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, esto es, aquellas causas en las que, si bien

El hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetro. (39)

Pavón Vasconcelos sostiene que inimputabilidad supone la ausencia de capacidad y por ello, incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión. (40)

Para determinar las causas de inimputabilidad, las legislaciones penales emplean principalmente los criterios biológicos, psicológicos, mixto o biopsicológico y jurídico; así tenemos:

**Posición Psicológica.** Este criterio se apoya en el concepto que desde tal punto de vista merece el sujeto, calificándolo de inimputable en cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación; y en términos genéricos comprende la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico y toda clase de alteraciones o traumas.

(38) VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., p.411

(39) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., p.339

(40) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit., p. 375

Esta postura excluye la imputabilidad, con base en el estado psicológico del sujeto que, por anomalía, como lo es la perturbación de conciencia le impide el conocimiento de la ilicitud de su acción.

Posición Biológica. Este criterio se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico, relacionadas con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto. Los códigos apoyados en este criterio, señalan determinada edad, que ordinariamente fluctúa entre los 16 y 18 años, para establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables.

Se habla también de una postura psiquiátrica la cual elabora la noción de inimputabilidad en función del trastorno mental, sea este transitorio o permanente, en cuyo último caso se le designa comúnmente con el nombre de enfermedad mental o anomalía psicósomática permanente.

Postura Mixta y Biopsicológica. Esta postura se apoya en los dos criterios anteriores (psicológico y biológico), ya que permite el empleo de las anteriores combinaciones, siendo las más comunes la biológica psiquiátrica, la psicológica psiquiátrica y biopsicológica.

Postura Jurídica. Este criterio se apoya concretamente en la valoración hecha por el Juez, respecto a la capacidad del sujeto de comprender el carácter ilícito de su comportamiento o para determinarse conforme dicha comprensión, de manera que inimputabilidad es una conciencia de dicha valoración al considerarse al sujeto incapaz de tal conocimiento o comprensión.

Nuestra Ley Penal vigente, contempla la causa de inimputabilidad a los trastornos mentales (transitorios o permanentes), el desarrollo intelectual retardado, el miedo grave y la minoría de edad.

El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, no distinguiendo el Código Penal entre el trastorno mentales transitorios o permanentes. En este campo quedan comprendidos los sordomudos o ciegos, los que sufren trastorno mental o un desarrollo intelectual retardado cuya magnitud impide al sujeto comprender el carácter ilícito del hecho realizado o conducirse de acuerdo a esa comprensión. Al desarrollo intelectual retardado se le define como una disminución del coeficiente intelectual, y debe ser tal que anule las facultades de querer y entender en el campo del Derecho Penal.

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal, regula como excluyente de responsabilidad "obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal eminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, al alcance de la gente".

El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos y se engendra en la imaginación del sujeto. Con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo, y por ello constituye una causa de inimputabilidad, ya que afecta la capacidad o aptitud psicológica.

El miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de voluntad, y se produce por un mal o amenaza inexistente o imaginada, por lo tanto, constituye una

causa de inimputabilidad. Mientras que el temor fundado se origina en procesos materiales producidos por un peligro real, grave e inminente y tiene como consecuencia el proceso de reacción sea consciente, ya que no nulifica en el sujeto la capacidad de entender, ni la libre expresión de voluntad, y por lo tanto constituye una causa de inculpabilidad.

En relación a la minoría de edad, tenemos que los menores están sujetos a otro régimen, ya que no cometen ilícitos, sino infracciones.

La culpabilidad como ya se dijo anteriormente, constituye otro de los elementos del delito, y así tenemos diferentes definiciones de distintos penalistas.

La culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (41)

Tratando de estructurar el concepto de culpabilidad, la doctrina penalista establece principalmente tres teorías: la psicológica, la mixta y finalmente la normativa pura. Explicaremos brevemente cada una.

**Teoría psicológica.** La culpabilidad se afirma cuando el sujeto capaz, obra no obstante la valoración que el mismo esta obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico. La relación subjetiva entre el hecho y el autor es lo que vale.

(41) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., pp. 281 - 282

Esta teoría tropieza con graves fallas lógicas, jurídicas y filosóficas.

**Teoría mixta.** Se ha dicho que esta teoría no es cabalmente normativa, sino mixta. Su esencia radica en una verdadera motivación normal de la voluntad que responde a las exigencias sociales expresadas a través de las normas legales, y que en cada caso concreto esta en capacidad de hacerlo (imputabilidad). Si la voluntad no se determina por una motivación normal, se produce el desvío hacia objetivos o resultados prohibidos por el Derecho, cuando el sujeto le era exigible una conducta ajustada a esas normas de convivencia. Esa voluntad es entonces objeto de un juicio de reproche porque no debió manifestarse, y de ahí surge principalmente la culpabilidad.

**Teoría puramente normativa.** Esta doctrina desplaza la culpabilidad del sujeto agente hacia la mente del juzgador, ya que la culpabilidad es un fenómeno normativo.

## **ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD**

Tradicionalmente se han aceptado como elementos de la culpabilidad, al dolo y a la culpa. Sin embargo, existe una fuerte corriente de doctrina, que ha previsto en el delito preterintencional “una mixtura de dolo o culpa”.

El artículo 8°. Del Código Penal establece los grados de culpabilidad, en donde podemos observar la corriente psicologista cuando dice que los delitos pueden ser:

- Intencionales (que en la doctrina son dolosos)

- No intencionales o de imprudencia (que en la doctrina son culposos)
- Preterintencionales

Ahora bien, pasemos a desarrollar los elementos dolo y culpa.

1. **DOLO.** Consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Para Jiménez de Asúa, existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y el curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. (42)

Por regla general se afirma que todos los delitos sin excepción pueden manifestarse dolosamente, mientras que la culpa solo se presenta excepcionalmente, ya sea porque la estructura del tipo exige el dolo o, porque aunque estructuralmente la culpa sea posible, la ley no la ha consagrado expresamente. El dolo es pues la máxima y mas típica expresión de la culpabilidad.

En relación al dolo tenemos que, son varias TEORIAS las existentes:

- a) **Teoría de la voluntad.** Esta teoría considera que el acto en sus efectos penales, dependen del querer; tanto en su existencia como en su normatividad y, denominado intención a la acción dirigida al evento mandado.

(42) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., p. 365

- b) **Teoría de la representación.** Esta teoría sustituye voluntariedad o intensión por el concepto de previsión o representación. La representación consiste en el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer.
- c) **Teoría de la representación y la voluntad en forma vinculada.** De acuerdo a esta teoría actúa dolosamente quien no solo ha representado el hecho y su significación, sino además encamina su voluntad directa o indirectamente, a la acusación del resultado

Nuestro derecho penal se inclina por esta ultima corriente o teoría, ya que la voluntad consiste en querer realizar la acción o la omisión, o el querer inhibir el movimiento corporal o la inactividad. La voluntad por si misma no puede agotar el contenido del dolo; se hace imprescindible el conocimiento de las circunstancias del hecho y su significación.

Después de explicar las diferentes teorías del dolo; pasemos ahora a desarrollar las comunes CLASIFICACIONES del dolo:

- a) **Dolo directo.** Aquel en el que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico, es decir, en donde hay intención y donde el resultado coincide con el propósito del agente.
- b) **Dolo indirecto.** Es aquel en donde el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.
- c) **Dolo indeterminado.** Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.



d) **Dolo eventual.** Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre que hay respecto a la producción del resultado conocido y previsto; a diferencia del dolo indeterminado en que hay la seguridad de causar un daño.

II. **CULPA.** Se dice que una persona tiene culpa, cuando obra de la manera que por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuricidad típica no querida directamente o no contenida por su voluntad, pero que el agente previó o debió prever y cuya realización era evitable por él mismo.

Pavón Vasconcelos, define la culpa, como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitables si se hubieran observados los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres. (43)

Luis Jiménez de Asúa, dice que existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico y sin ratificación. (44)

(43) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit., p. 387

(44) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., pp. 371-372

## ELEMENTOS DE LA CULPA:

- Actuar voluntario (positivo o negativo)
- Que la conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el estado
- Los resultados del acto han de ser predecibles y evitables y tipificarse penalmente
- Que exista una relación de causalidad entre el hacer y no hacer iniciales y el resultado no querido. (Si el resultado es querido o aceptado, se estará en el caso de la imputación dolosa)

## ESPECIES DE CULPA:

La culpa se clasifica en:

**CONSCIENTE.** (Con previsión o con representación), existe en la mente del agente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no representación del evento, desarrolla la conducta.

**INCONSCIENTE.** (Sin previsión o sin representación), se da cuando no se prevé un resultado previsible; es decir, el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia.

En relación a lo anterior, tenemos que la diligencia al igual que la imprudencia son la falta o ausencia de discernimiento y de precauciones. En cambio la negligencia

consiste en la falta de actividad necesarias para proveer y evitar sucesos o consecuencias inconvenientes.

Para no confundir el dolo eventual con la culpa consciente, vemos que existe una diferencia: en el dolo eventual se asume indiferencias ante el resultado. En la culpa consciente el resultado no se quiere, antes bien, se abriga la esperanza de que no se producirá.

III. **PRETERINTENCION.** La preterintencionalidad se presenta cuando un sujeto, por una conducta, quiere y acepta causar ciertos resultados, pero al momento de ejecutar dicha conducta, se produce un efecto mayor al deseado y que no previó, es decir, el resultado típico sobrepasa la intención del sujeto.

**INCUPLABILIDAD.** La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad, y los autores la han definido de diversas formas:

Jiménez de Asúa, sostiene que las causas de inculpabilidad son las que absuelven al sujeto del juicio de reproche ya que impone la integración de la culpabilidad. (45)

Para Castellanos Tena, la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. (46)

(45) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., p. 389

(46) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., p. 253

Entre las causas que constituyen hipótesis de inculpabilidad, podemos decir que existen dos grandes causas genéricas: EL ERROR y LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

EL **ERROR** se divide en:

- Error de hecho, dividido a su vez: esencial y accidental.
- Error de derecho. este no produce efectos de eximente, porque la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

A propósito de ignorancia, debemos apuntar la diferencia entre error e ignorancia. El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente. En la ignorancia hay ausencia de conocimiento, es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

- a) Error de hecho esencial. Produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, (de lo contrario deja subsistente la culpa) y puede recaer sobre los elementos constitutivos del delito. En concreto, en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su conducta y tiene la virtud de eliminar el dolo.

b) Error accidental. El error de esta naturaleza es ineficaz para borrar la culpabilidad; solo tiene relevancia para variar el tipo del delito ( ej. parricidio ). Este error comprende los llamados casos de "aberración". Así tenemos:

- *Aberratorio ictus* o error en el golpe. Se da cuando el resultado no es precisamente el requerido, pero a él equivalente.
- *Aberratorio in persona*. Es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito.
- *Aberratorio in deliti*. Existe si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

Dentro del error también encontramos a Las EXIMENTES PUTATIVAS y al ERROR de PROHIBICION.

Por Eximentes Putativas se entiende las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, sin serlo. Existe un grupo de las eximentes putativas que participan de la misma naturaleza que la legítima defensa putativa; y son, el estado necesario putativo, el deber y derechos legales putativos, etc.

Daremos el concepto de cada una de las eximentes putativas nombradas anteriormente.

**Legítima Defensa Putativa.** Existe si el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión.

**Estado de Necesidad Putativo.** Valen las mismas consideraciones hechas para la legítima defensa putativa, pero conviene insistir en que, como en todos los casos de inculpabilidad por error esencial de hecho, este debe ser invencible y, precisa además la comprobación de que, si hubiera existido tiempo y manera de salir del error, el agente lo hubiera intentado.

**Deber y Derecho Legales Putativos.** Puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber no concurrente.

**Error de Prohibición.** Este se presenta cuando el error no recae sobre circunstancias que pertenecen al hecho o tipo legal, sino sobre la licitud de la realización de tal hecho que dentro de la clásica distinción entre el error de hecho y error de derecho, caería en el ámbito del primero.

**LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.** La no exigibilidad de otra conducta constituye una causa o hipótesis de inculpabilidad. El Código Penal recoge los casos de no exigibilidad de otra conducta en el artículo 15, y entre ellos podemos mencionar al estado de necesidad, temor fundado e irresistible y el encubrimiento entre parientes o personas ligadas por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

Con la frase de “no exigibilidad de otra conducta”, se da a entender que la realización de un hecho tipificado penalmente, se debe a una situación sumamente especial y apremiante y hace excusable dicho comportamiento.

Ahora pasemos a desarrollar cada uno de los casos de la no exigibilidad de otra conducta;

**TEMOR FUNDADO.** El temor fundado e irresistible se origina en procesos materiales por un peligro real, grave inminente; y tiene como consecuencia que el proceso de reacción sea consciente, ya que nulifica en el sujeto la capacidad de entender y la libre expresión de voluntad.

**ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES Y ALLEGADOS.** El encubrimiento de parientes y allegados constituye una causa de inculpabilidad, en virtud de que la motivación del encubridor no es reprochable.

**ESTADO DE NECESIDAD.** Tratándose de intereses o bienes iguales, el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en función de la no exigibilidad de otra conducta.

## 1.4 CAPITULO TERCERO

### a) INTER CRIMINIS

**INTER CRIMINIS.** El delito en cuanto acción, es un proceso de desarrollo dinámico temporal que tiene como punto de partida la aparición de la idea criminal en la mente del sujeto, recorriendo luego un camino – inter criminis – que concluye, traspasada la consumación , en el delito agotado. En este camino que recorre el delito se distinguen dos fases; la interna y la externa, llamadas también subjetiva y objetiva.

FASE INTERNA O SUBJETIVA. El aspecto interno del - inter criminis – lo constituyen los actos de **deliberación, ideación y la resolución criminal**, es decir, actos puramente mentales del agente. Este aspecto interno de la vida del delito no rebasa, pues, las fronteras del pensamiento del sujeto, escapando, por tanto, a toda idea de punición, por la razón fundamental de que el orden jurídico externo permanece inalterado.

A continuación analizaremos cada uno de estos actos internos del agente:



**IDEACION.** Esta se produce cuando en la mente del sujeto surge la idea de cometer el delito. Puede suceder que esta sea rechazada en forma definitiva, o bien suprimida en principio, para volver a surgir nuevamente iniciándose entonces la llamada deliberación.

**DELIBERACIÓN.** Comprende el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella. En el momento en que surge la idea criminal y su realización, puede suceder que transcurra un intervalo de tiempo mayor o menor y en el cual el ímpetu inicial de la idea y la calidad de lucha desarrollada en la psique del sujeto, crezca o se rechace; pero si en el sujeto persiste la idea criminosa, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la liberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir.

A la simple resolución interna de delinquir sucede la resolución manifestada, que ya no incluye la fase interna, pero tampoco en la externa, sino la zona intermedia entre ambas.

**LA RESOLUCION MANIFESTADA.** Consiste en el acto de voluntad mediante el cual, el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra.

**FASE EXTERNA U OBJETIVAS.** Cuando la idea criminal rebasa la esfera íntima del agente manifestándose en el mundo exterior, el ínter crimimis entra en su fase externa u objetiva; penetramos a lo que algunos autores denominan el proceso ejecutivo del delito, que comprende la **preparación, ejecución y consumación.**

**ACTOS PREPARATORIOS.** Los actos preparatorios, aun no llegando a encuadrarse dentro de la esfera de la ejecución, tienden a preparar la realización del delito. Todavía

dichos actos no se corresponden, no son propios de la conducta típica, pero están encaminados a su realización. Tales son los actos de acopio de medios materiales, preparación del lugar del delito, observación de las víctimas, etc.

Ahora bien, existen varias TEORÍAS en relación al problema que se plantean, la diferencia que existe entre los actos preparatorios y los actos de ejecución:

Doctrina ecléctica. Para esta teoría existe diferencia entre actos preparatorios y de ejecución en el sentido en que mientras los actos de ejecución son unívocos e inmediatos, los actos preparatorios son, por el contrario, equívocos e inmediatos.

Doctrina de Beljin. Esta distingue dos zonas: una periférica y un núcleo, establece sobre dicha base la diferenciación entre actos preparatorios y de ejecución. Así, si la actividad del sujeto afecta la zona periférica del tipo, estaremos en presencia de actos preparatorios, mas si la actividad del sujeto alcanza al núcleo del tipo, es decir, cuando se ha iniciado la realización activa del verbo típico, rebasada ya la frontera de los actos preparatorios, estaremos en presencia de actos propios de ejecución.

Doctrina de Mayer. Según esta teoría, el criterio diferenciador entre actos preparatorios y de ejecución radica en el bien jurídicamente protegido, de tal suerte que en tanto los actos de ejecución ponen en peligro o atacan dicho bien, los preparatorios no constituyen ataque alguno ni ponen en peligro el bien jurídico.

En cuanto a la punición de los actos preparatorios podemos observar dos posturas, la del Derecho Penal clásico, declarando impunes los simples actos preparatorios, y la de la

escuela positivista, favorable a su punición. En nuestro Derecho Positivo, los actos preparatorios quedan, como regla general, impunes, sancionándose excepcionalmente y de manera expresa actos preparatorios en algunos tipos delictivos que, por lo común, constituyen verdaderos actos preparatorios de otros delitos de mayor gravedad.

**ACTOS DE EJECUCION.** Llegados a este punto nos enfrentamos con la fase ejecutiva, cuyo primer escalón es la tentativa.

**TENTATIVA.** La tentativa puede definirse como la ejecución incompleta de un delito, es decir, el sujeto da principio a la ejecución del delito, pero no realiza **todos** los actos de ejecución que debieran producirlo, bien por causa o accidente que no sea desistimiento. Se trata, pues, de un principio de ejecución que se interrumpe antes de llegar a completarse.

La tentativa se forma de los siguientes elementos:

- Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito
- Un elemento material u objetivo, que consiste en los actos realizados por el agente y que deben de ser de naturaleza ejecutiva.
- Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

El artículo 12 del Código Penal al referirse a la tentativa, comprende tanto a la tentativa inacabada o connato, como a la tentativa acabada o delito frustrado; en donde podemos observar que la ejecución puede ser:

- Subjetivamente completa y objetivamente imperfecta en el que se habla de delito frustrado.
- Subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta, en el que se habla de tentativa o conato.

A este respecto surge la duda sobre cual seria la diferencia entre ambas, siendo que la única diferencia radica en que mientras en la frustración se han realizado **todos** los actos de ejecución, en la tentativa únicamente se han realizado **parte** de ellos.

La punición en la tentativa es de hasta dos terceras partes de la sanción o pena que correspondería de haberse consumado el delito. ( Artículo 63 del Código Penal ). De acuerdo al artículo 12 del mismo ordenamiento, no serán punibles aquellas tentativas en las que el resultado no se produce en virtud del propio desistimiento del sujeto o por arrepentimiento activo de este.

Desistimiento. Es la interrupción de la actividad ejecutada y realizada por el autor, como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto. El desistimiento supone un comportamiento de signo negativo (paralización y detención de la marcha criminal ).

Arrepentimiento activo. Solo se presenta en la tentativa acabada, cuando el agente ha agotado todo el proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias. Ello supone, no un simple desistimiento, sino una actividad desarrollada por el

mismo autor, que impide la consumación del delito, interrumpiendo el curso causal de la acción.

En el arrepentimiento activo se trata de una conducta activa de signo inverso (marcha atrás en el curso ya completo de la actividad delictuosa que impide el resultado, como, por ejemplos, salvar a nado a la víctima lanzada al agua con animo homicida por el propio sujeto, o suministrar un antídoto que salva la vida del envencnado).

**DELITO CONSUMADO.** Se presenta cuando el delito objetivamente se perfecciona, es decir, cuando el delincuente realiza la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad. Así pues, cuando la conducta ostenta todos los caracteres constitutivos de un determinado tipo delictivo se da la consumación.

La consumación, se halla en razón directa del cumplimiento integro de las previsiones del tipo, del modelo legal y no de la llegada al punto que, atendido el orden normal de los acontecimientos, pudiera ser objetivamente considerado como final de la actividad delictuosa. Así, conviene distinguir, como lo hacen muchas doctrinas, entre consumación técnica, que no es sino la realización de las previsiones típicas, el acomodamiento al supuesto legal, y consumación material, es decir, la acorde con el lógico y normal curso de los acontecimientos.

## b) CONCURSO DE DELITOS

**CONCURSO DE DELITOS.** Se dice que hay un concurso de delitos cuando la responsabilidad por dos o mas de ellos, recae sobre un mismo agente que los ha cometido. Esto puede suceder de dos maneras diferentes, y por ello se suele distinguir el concurso ideal del concurso real.

**CONCURSO IDEAL.** El concurso ideal se presenta cuando una sola situación del agente, de cómo resultado el cumplimiento de varios tipos penales, realiza varias lesiones jurídicas o afectan varios intereses protegidos, es decir, cuando una sola conducta se cometen varios delitos. El Código Penal vigente lo regula en el artículo 18.

El concurso ideal o formal tiene como elementos:

- Una conducta (*acción u omisión*)
- Una pluralidad de delitos
- El carácter compatible entre las normas en concurso

Hay que distinguir entre el concurso ideal homogéneo del concurso ideal heterogéneo, dándose la diferencia entre ambos por la identidad o diversidad de lesiones jurídicas que se presentan.

En el CONCURSO IDEAL HOMOGENEO, se presenta la misma conducta o acción repetidamente, y se da el mismo tipo.

Requisitos del concurso ideal homogéneo:

- Conducta
- Varias lesiones jurídicas iguales
- Compatible entre si

En el CONCURSO IDEAL HETEROGENEO, la única conducta infringe varios tipos penales, los resultados de este concurso son:

- Una conducta
- Varias lesiones jurídicas distintas
- Compatibles entre si

CONCURSO REAL. Existe concurso real de delitos, cuando una misma persona realiza dos o mas conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de este, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos, y la acción para perseguirlos no esta prescrita.

Este tipo de concurso requiere como elementos los siguientes:

- Que exista identidad en el sujeto activo
- Que haya una pluralidad de conductas
- Que de lugar a una pluralidad de delitos
- Que no exista sentencia irrevocable respecto de los delitos en concurso
- Que la acción penal no se encuentre prescrita

El concurso real se encuentra igualmente previsto en el artículo 18 del Código Penal. Al igual que en el concurso ideal existe el homogéneo y heterogéneo; en este concurso también se presentan estas dos Clases:

En el CONCURSO REAL HOMOGENEO, los delitos que se cometen pueden ser iguales (dos homicidios).

En el CONCURSO REAL HETEROGENEO, los delitos que se cometen pueden ser diferentes (un homicidio y un robo). En ambas Clases no importa la mayor o menor separación en el tiempo, solo interesa que la responsabilidad por todos ellos se halle viva, es decir, que no haya prescrito, ni haya sido juzgada.

La razón existente para separar y diferenciar el concurso ideal del concurso real a pesar de que en ambos, hay una pluralidad de violaciones a las leyes penales, radica evidentemente en la unidad de conducta o del hecho que implica también una culpabilidad singular.

#### c) AUTORIA Y PARTICIPACION

**PARTICIPACION.** La participación es tan antigua como el delito. Generalmente, al hablar del delito y sus elementos, se da como supuesto que la infracción criminal es cometida por un solo individuo, el autor del delito, el agente, el sujeto activo a quien necesariamente han de hacerse constantes referencias. Y si ello es, lógicamente válido y perfectamente admisible desde un punto de vista doctrinal, lo cierto es que, en la realidad y en numerosísimas ocasiones, la realicen autor – delito no se presenta de



forma tan simple, es decir, un delito un auto, sino que , por el contrario, dos o mas personas contribuyen con su conducta, incluso en distinta medida, a la realización del acto típico, surgiendo entonces el problema de la participación criminal.

Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos (pluralidad de delitos), igualmente se acepta que varios hombres con sus actividades pueden infringir una sola norma (unidad en el delito, con concurso de sujetos).

La participación se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría no ser consumado sin la intervención de todos aquellos quienes se consideran partícipes.

De lo expuesto se infiere que para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere:

- Unidad en el delito
- Pluralidad de personas

Para explicar la posición jurídica de cada partícipe cuando el delito es único, se han propuesto las siguientes teorías, llamadas unitarias, ya que según las cuales, en la participación criminal existe un solo y único delito y una pluralidad de sujetos:

Teoría de la causalidad eficiente. Normalmente se identifica a la participación con el problema de la causalidad, pues la intervención de varias personas, sea directa o

indirecta, en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que en conjunto producen el resultado típico.

Tal identidad ha sido exagerada, pretendiéndose que el mismo criterio prevalezca en la causalidad; es eficaz para resolver los problemas de la participación, se parte de la idea de la equivalencia de las condiciones, otorgando el carácter de partícipe a quien interviene en el delito con autoridad, concomitantemente o con posterioridad a él, sin establecer criterio alguno de exclusión, lo que notoriamente lleva a grandes errores.

Teoría de la adecuación. Igualmente que la de la causalidad eficiente, distingue la causa de la condición, por lo que la actividad del autor constituye la causa del delito destacándola de los partícipes por cuanto a su eficacia causal.

Aquí pues, puede decirse que son autores, quienes con su actuar dan vida a la actividad descrita en el tipo, pues la conducta desarrollada tiene mayor eficacia causal, o es la categoría de partícipe, dado que en su actuar, aun siendo condición causal, no tiene igual eficacia o bien no resulta la condición adecuada.

Teoría de la accesoriedad. Para esta teoría no puede concebirse la participación con relevancia de autonomía; lo accesorio adquiere importancia en cuanto se adhiere al hecho realizado por el autor.

Profundizando aun mas sobre el mismo tema y partiendo del hecho de que las teorías unitarias, o del delito, único se basa sobre el principio de causalidad materia, según el cual solo podrá ser considerado partícipe y penado como tal aquel que con su conducta

ha originado o contribuido a que se produzca el resultado, surge la pregunta si es entonces admisible el establecimiento de gradaciones en orden a la responsabilidad, es decir, la fijación de responsabilidad desiguales según el grado de participación, planteándose el problema de forma particularmente ayuda en relación con la complicidad.

La doctrina clásica resuelve el problema distinguiendo entre con causas necesarias, y con causas accidentales. Las primeras son las conductas de aquellos partícipes sin cuya concurrencia el delito no se hubiera producido, y las segundas son las conductas que una concurrentes a la producción del delito este se hubiera igualmente originado aun faltando aquellas.

Debemos reconocer que el punto de partida de toda teoría jurídico – penal de la participación, es la teoría de la causalidad, pues solo piden ser considerados punibles aquellas conductas que se encuentran en relación causal con el resultado.

En contraposición a la teoría clásica o unitaria, las teorías pluralistas niegan que en la participación exista un solo y único delito. Cada partícipe, según la concepción pluralista de la participación, comete un delito distinto, de tal modo que existen tantos delitos como partícipes. Como teoría pluralista tenemos la siguiente.

Teoría de la Autonomía. Este criterio afirma que la participación es una pluralidad de delitos en virtud de constituir cada conducta su causa en diverso impulso humano, debiendo por tanto, corresponderles penas propias al ser autónomas unas de otras.

De lo anterior debemos aclarar que la doctrina pluralista es de escaso interés para nosotros, pues de ningún modo puede encontrar apoyatura legal en nuestro Derecho positivo, ya que se advierte la unidad de delito en la participación, tanto desde un punto de vista psicológico (acuerdo de voluntades), como físico (producto de actividades complementarias) y social (resultado total). En el artículo 13 del Código Penal podemos observar lo relativo a la participación, así tenemos:

Artículo 13. Son responsables del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- II. Los que lo realicen por sí.
- III. Los que lo realicen conjuntamente.
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito.
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

#### **REQUISITOS DE LA PARTICIPACION.**

Como requisitos de la participación podemos mencionar los siguientes:

1. Elemento objetivo. Es la contribución a la realización del hecho. Dada la esencia misma del delito como acción u omisión, es claro que para que pueda hablarse de participación se precisa, en primer termino, el desarrollo de una cooperación, una contribución material encaminada a la realización de un mismo hecho.
2. Elemento subjetivo. Concierto de voluntades. Es requisito absolutamente indispensable para que pueda hablarse de codelicuencia el concurso de voluntades entre los partícipes, pues, solo el que ha contribuido con su voluntad al delito puede ser responsable del mismo. No puede, pues, hablarse de participación meramente material, ya que, el sujeto ha de tener, en todo caso, conocimiento del alcance de su conducta y voluntad de participar en el delito. Ahora bien, este concierto de voluntades, imprescindible en la participación, dirigido a la perpetración del hecho delictivo, no le es necesario un momento determinado dentro del proceso ejecutivo. Lo fundamental es que quienes participan, tengan conciencia y voluntad de cooperar al acaccimiento del evento.

Este requisito o elemento subjetivo de la participación, plantea una serie de problemas, que trataremos de analizar seguidamente, derivados de la posible discordancia de voluntades entre los partícipes, así tenemos que:

- a) No podrá hablarse de participación cuando la intención del partícipe es inocentemente distinta, en estos casos, la persona que participa en la ejecución, realizando actos en la ignorancia de que los mismos habrán de contribuir a la producción del delito, queda excluida de toda responsabilidad por virtud de la aplicación de la doctrina del error.

- b) Imposibilidad de participación en delito esencialmente distinto del acordado. Como ejemplo tenemos el siguiente: A invita a B a cometer un hurto y B ejecuta una estafa, A no será responsable de estafa aunque pudiera serlo de proposición de delito de hurto.
- c) Tampoco habrá participaciones cuando, aun existiendo concierto de voluntades en cuanto al mismo título del delito, la intención de alguno de los partícipes no abarca la forma de mayor gravedad del resultado producido. He aquí un ejemplo: A induce a B y C a un robo, excediéndose de lo concertado B mata u C viola. A debe responder del robo, B de robo con homicidio y C de robo con violación.

#### **ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACION.**

La participación supone una conducta del autor ajustada a la descripción típica y otra u otras conductas periféricas.

La relación de dependencia del partícipe respecto del autor, o carácter accesorio de la participación, determina lógicamente, una relación de dependencia en orden a la responsabilidad, de tal modo que las formas imperfectas de ejecución alcanzan igualmente al partícipe. Admitida la accesoriidad de la participación, son distintos los criterios que se siguen en orden al grado o intensidad con que la misma ha de ser admitida.

De acuerdo a algunos autores, existen cuatro grados distintos de accesoriadad:

Mínima. Cuando la responsabilidad del partcipe depende de la realización por el autor de una acción típica.

Limitada. Cuando depende de la realización por el autor de una acción antijurídica.

Extrema. Ligada a la realización de una acción culpable por parte del autor.

Hiperaccesoriadad. Cuando las cualidades personales del autor y las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad se comunican al partcipe.

## **FORMAS DE PARTICIPACION**

Siguiendo un criterio estrictamente metodológico, podemos citar la opinión de Giuseppe Maggiore, quien clasifica la participación según la calidad, el grado, el tiempo y la eficacia. (47)

### **1. Según la CALIDAD.**

La participación puede ser moral y física.

a) la moral es aquella en la cual la acción tiene naturaleza psíquica o moral, y se efectúa en la fase de la ideación del delito a su vez, esta participación engloba la instigación o inducción y la determinación.

(47) GUISEPPE, Maggiore *apud*. Francisco Pavon Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, p. 502

La instigación es considerada la principal forma de concurso moral y consiste no solamente en la comunicación del propósito criminal sino en determinar a otro a delinquir. El instigador quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, quiere causar un hecho a través de la psique de otro determinando a este en la resolución de ejecutarlo.

Se considera que la instigación comprende como subclases al mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

Mandato. Podemos hablar de mandato, cuando se encarga a otro la ejecución del delito para exclusiva utilidad y provecho de quien encomienda.

Orden. Cuando el mandato lo impone el superior al inferior con abuso de autoridad, se esta en presencia de la orden.

Coacción. Si el mandato esta apoyando en la amenaza hablaremos de coacción.

Consejo. El consejo es la instigación que hace alguno para inducirlo a cometer un delito, para exclusiva autoridad y provecho del instigador.

Asociación. No es mas que el pacto realizado entre varias personas, para consumir un delito, para utilidad común o respectiva de todos los asociados.

**Requisitos.**



1. En primer termino se precisa que la instigación o inducción sea directa, clara y abierta, no pudiendo comprenderse dentro de la misma las formas insidiosas o encubiertas ni el simple consejo o mera deliberación, que tendrán cabida, en su caso, dentro de la provocación. Por otra parte, la inducción ha de estar dirigida a un delito determinado, ya que no basta que la sugestión sea mala en si, sin o que es preciso, en todo caso, que se refiere a la comisión de un delito determinado, puesto que la instigación non es un delito, si no un modo o forma de ser autor de delitos concretos y con tipificación propia.
2. Como segundo requisito se precisa que la inducción sea eficaz, o lo que es lo mismo determinante de la acción. Esto quiere decir que la inducción ha de ser suficiente para decidir o ejecutar el hecho punible que no se hubiera realizado sin ese impulso que llega a ser verdadero generador del delito.

### **El dolo en la instigación**

Ante todo, dejemos bien sentado que la inducción ha de ser dolosa, en cuanto que supone, por parte del instigador, la voluntad de determinar en otra persona la comisión de un delito determinado. Es indispensable que el inductor tenga representación del hecho que intenta producir mediante la conducta del inducido y que, con tal representación, lo quiera.

### **Exceso en la instigación o discordancia entre la conducta del instigado y la querida por el instigador**

Si se acepta que el dolo del instigador abarca lo querido, no pueden serle imputadas las conductas o hechos no comprendidos dentro de la intención y realizados con exceso por el autor material. Existen distintos supuestos de discordancia entre la voluntad del inductor y la conducta del inducido y que son los siguientes:

- a) Que el hecho realizado por el instigado sea de menor gravedad que aquel que el inductor deseaba que se realizara y a cuyo fin desarrollo su influjo.
- b) Que el hecho realizado no se corresponda con el querido por el inductor por causa de error in persona o aberratorio in ictus.
- c) Que el hecho realizado por el ejecutor material sea mas grave que el querido por el inductor.

### **Punibilidad del instigador**

Ordinariamente se equipara, para los efectos de la pena, al instigador y al autor material. Dentro de nuestro sistema, queda al arbitrio del juzgador aplicar la pena estimada justa y acorde a la personalidad del delincuente siguiendo como índice valoratorio las circunstancias escritas por los articulo 51 y 52 del Código Penal.

- b) La participación física, al contrario de la participación moral, se realiza dentro de la fase ejecutiva, siendo material el aporte suministrado por el partcipe del delito. Esta coacción física comprende la fuerza, el empleo de la fuerza hace que el forzado, no sea causa moral del delito y si únicamente mero instrumento del acto

criminal. Así pues, nos encontramos decididamente ante un claro supuesto de AUTORIA mediata. La AUTORIA mediata se presenta cuando no hay plena responsabilidad en el sujeto ejecutor material del hecho.

## **2. Según el GRADO.**

Se dice que la participación puede ser:

Principal o primaria. Cuando se refiere a la consumación del delito y;

Accesoria o secundaria. Cuando se refiere a la preparación del mismo.

## **3. En relación al TIEMPO.**

La participación puede ser:

Anterior, concomitante o posterior al delito.

## **4. Respecto a su EFICACIA.**

Se le divide en:

Necesaria y no necesaria. Se esta en presencia de una o de otra, según la naturaleza del delito, exija o no, para su comisión, el concurso de sujetos.

**AUTORIA.** Existen dos consideraciones distintas sobre el concepto de autor: la restrictiva y la extensiva.

Según la concepción restrictiva, autor es únicamente aquel que realiza los actos de ejecución descritos por el legislador en el tipo, puesto que, evidentemente, todo delito se halla necesariamente referido a la existencia de un sujeto que acomoda su obra a la descripción típica. Con forme a esta concepción restrictiva de autor, las normas sobre codeinlucencia, no son mas que causas de extensión de la pena.

La concepción extensiva, por el contrario, sobre la base de la eficacia causal de la conducta con respecto al resultado, considera autor no solamente al ejecutor material de la conducta típica, si no también a todos aquellos que hubieran ejecutado actos causales con respecto al resultado.

### **Hipótesis de autoría y participación**

Con relación a los autores, se debe distinguir entre el autor material, autor intelectual y autor por cooperación.

**Autor material.** Es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley. Artículo 13 fracción II: los que lo realicen por si.

# ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

**Autor intelectual.** Es el que induce, instiga o determina a otro a cometer el delito.

Artículo 13 fracción V: los que determinan intencionalmente a otro a cometerlo.

**Autor por cooperación.** El cooperador presta auxilio de carácter necesario para llegar al fin delictivo propuesto. Artículo 13 fracción VI y VII: fundamentalmente se trata de un acto de auxilio anterior, simultaneo o posterior caracterizado por la importancia objetiva de la acción. Así pues, el cooperador necesario, no participa propiamente en la ejecución del delito, no realiza los actos que no son propios y característicos de la figura ejecutiva típica, sino que desarrolla una conducta que, sin integrarse en la contemplada por el tipo penal, posibilita esta a tal extremo que sin ella la ejecución no se hubiera llevado a efecto.

Los actos de cooperación pueden consistir tanto en una ayuda material como moral. Tal es el caso de advertencia, consejos o instrucciones indispensables para la ejecución del delito. La nota que caracteriza esta forma de autoría es la necesidad de la cooperación, los actos del cooperador han de ser imprescindibles para que se lleve a cabo la ejecución. Tenemos como supuestos de cooperación necesaria, entre muchos otros, el apartar al perjudicado del lugar del delito, entregar el arma a uno de los contendientes, proporcionar informes o noticias indispensables para la ejecución del delito, etc.

Existen también otras Clases de autoría, tales como la directa, mediata, inmediata, etc.

**Autor directo.** Conforme al artículo 13, fracción I, como hemos visto, se consideran autores los que acuerden o preparen su realización, esto quiere decir que serán

responsables los que tomen parte directa en la ejecución del hecho, o los que lo realicen por si. Al autor directo también se le relaciona con el autor material. La nota característica de este concepto de autor es la de haber tomado parte directa en la ejecución, o lo que es lo mismo, la realización de aquellos actos que constituyen la esencia del tipo delictivo de que se trate.

**Autor mediato.** La figura del autor mediato, se da, en términos generales, en aquellos supuestos en que un sujeto se vale, para la material ejecución del delito propuesto, de persona o personas no responsables criminalmente de su conducta, por error o por inimputable.

Como supuestos de autoría mediata suelen ser considerados por la doctrina los siguientes:

- a) Empleo de un inculpable para la ejecución del delito.
- b) Empleo de un sujeto amparado por una causa de justificación.
- c) Empleo de un sujeto no calificado para la comisión de un delito propio.

**Autor inmediato.** Es el que ejecuta la acción expresa por el verbo típico de la figura delictiva, es decir, quien realiza la ejecución de la acción típica. Este autor sería el mismo que el autor directo o material.

**Coautor.** Es quien, al igual que el autor, realiza la actividad descrita en la ley, conjuntamente con otro u otros. La participación directa en la ejecución de un delito no exige en modo alguno la exclusividad de una sola persona.

Como ejemplo aclaratorio de coautora tenemos que: si A y B se ponen de acuerdo para matar a C y ambos lo apuñalan son responsables del homicidio consumado en las tres siguientes hipótesis:

- 1) Que las heridas causadas por los dos sean mortales;
- 2) Que cada una separadamente no lo sea pero sumadas determinen la muerte, y
- 3) Que la muerte sea debida a las lesiones causadas por uno de ellos aunque las del otro no fueran por si mismas suficientes a tal fin .

En definitiva, para que pueda hablarse de coautoría, se precisara, en todo caso, del acuerdo de voluntades y de la realización de algún acto de ejecución, aun cuando no sea consumativo. Por tanto no habrá coautoría en casos de acción distinta o mas grave de la concertada.

**Complicidad.** Por el concepto de complicidad puede ser entendido, bien en un sentido amplio, según complicidad equivale a participación en el delito cometido por el autor principal, o bien en un sentido restringido, según el cual cómplice es aquel participe que no es ni autor material, ni inductor, ni cooperador necesario, ni encubridor.

La complicidad consiste en el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto o en un consejo. De ello se desprende que la complicidad exige, en el aspecto objetivo, un doble elemento:

- a) Un auxilio al delito

b) La ejecución del delito por otro

Esta concepción resulta clara en el Código Penal en el artículo 13 fracción VI, "Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión".

**Requisitos:**

1. El concepto legal de complicidad exige, en primer término, que en la conducta del cómplice exista una clara diferenciación entre la figura de complicidad y aquellas otras de autoría o cooperación que sirven de términos de referencia negativos.

Examinemos, pues, las diferencias que separan la complicidad de la autoría directa o material, instigación o inducción y la cooperación necesaria.

- a) Diferencia entre complicidad y autoría directa. Mientras el autor directo se mueve dentro del núcleo del tipo, ajustando su conducta a la acción expresada en el verbo típico, el cómplice se mueve en la periferia y sus acciones no se hallan comprendidas en el verbo típico.
- b) Diferencia entre complicidad e instigación. Como ya vimos la inducción consiste en determinar a otro la resolución de cometer un delito. Consecuentemente, cuando la ayuda moral (consejos, advertencias, instrucciones, etc.) no es determinante de la resolución de cometer el delito en el ejecutor, por haber tomado ya este con anterioridad dicha resolución, estaremos ante un supuesto de complicidad moral y no ante un caso de instigación.



c) Diferencia entre complicidad y cooperación necesaria. La diferencia entre una y otra forma de cooperación esta en que, mientras en la cooperación necesaria los actos realizados por el cooperador son de naturaleza tal que sin su concurrencia el hecho concreto, tal como se ha ejecutado, no se hubiera llevado a efecto, en la complicidad y en relación a los actos realizados por el cómplice, aunque representan una ayuda en la ejecución del hecho, su ausencia no impide al ejecutor o autores materiales la realización del hecho concreto que se propusieron. -

2. El segundo requisito o condición del concepto legal de complicidad consiste en que los actos del cómplice sean anteriores o simultáneos a la ejecución del hecho.

Esta exigencia legal constituye la nota diferenciadora entre la complicidad consiste en que los actos del cómplice sean anteriores o simultáneos a la ejecución del hecho.

Esta exigencia legal constituye la nota diferenciadora entre la complicidad y el encubrimiento. El encubridor aparece y desempeña su papel, en el escenario del delito una vez que este ha sido ejecutado, mientras que la aparición en escena del cómplice y el desempeño de su papel de auxiliador es anterior o simultáneo a la ejecución del hecho.

Así resumimos que, en la complicidad el autor es el que ejecuta la acción delictuosa típica, mientras que el simple auxiliador realiza actos accesorios.

El dolo del cómplice se configura por el conocimiento que tiene del auxilio que presta al autor, así como del motivo del mismo.

Punibilidad. El Código Penal para el Distrito Federal no contiene graduación de penas otorgando al juzgador el arbitrio necesario para determinar las aplicaciones en cada caso, a quienes participan en el evento punible. No obstante, en la doctrina priva el criterio de que los cómplices deban ser sancionados con pena inferior a la correspondiente al autor, por ser de menor importancia la actividad desplegada de ellos, en la comisión del ilícito.

**Encubrimiento.** Nota característica del encubrimiento es la de se trata de una participación (a posteriori) en la ejecución del delito y cuya finalidad es el goce de los frutos del hecho delictivo o el logro de su impunidad eludiendo de este modo la acción de la Justicia.

La doctrina, al tratar el encubrimiento, se plantea la cuestión de si se trata de un acto de participación o de si, por el contrario, el encubrimiento debe ser un delito distinto. Veamos las distintas posturas al respecto:

A. Tesis de la participación. La doctrina del encubrimiento como acto de participación se afirma con los prácticos italianos, entre los cuales domino el criterio según el cual el favorecimiento es un auxilio después del acto análogo al auxilio anterior al acto que debía ser, en consecuencia, castigado con pena inferior ala correspondiente al autor, salvo que la ayuda se hubiera prometido antes de la comisión del delito.

Los principales argumentos a favor de la tesis de la participación son los siguientes:

1. La actividad del encubridor es, al menos en alguna de las modalidades del encubrimiento, a continuación de la actividad del autor principal encaminada al agotamiento de los efectos del delito ya consumado.
2. Si el encubrimiento se considera como delito autónomo, difícilmente podrán establecerse, a no ser sobre la base de un amplio arbitrio judicial, diferencias de penalidad adecuadas a la distinta gravedad del delito encubierto.
3. Partiendo de la misma hipótesis (encubrimiento delito distinto), parecería lo lógico considerar al autor del hecho que se aprovecha para sí de los efectos del delito responsable tanto por el delito como por la repetición, lo cual es de todo punto inadmisibile.

Algunos autores como Waldthausen entienden que la esencia del encubrimiento radica precisamente en el hecho de que el encubridor, con su auxilio, impide que aparezcan las consecuencias jurídicas del delito, con lo cual la conducta del encubridor no tiene un objeto de ataque independiente y, en consecuencia, el encubrimiento no puede ser un delito independiente, sino una forma de participación.

B. Tesis del encubrimiento delito distinto. En donde aparece claramente tratado el encubrimiento como delito autónomo es en la Theresina, promulgada pro Jose II de Australia en 1789, según la cual, quien auxilia al autor (post delictum) es reo de un delito especial y no cooperador del delito.

Como principales argumentos a favor del encubrimiento como delito distinto suelen aducirse los siguientes:

1. No puede hablarse propiamente de participación en un delito ya consumado.
2. Los móviles del encubridor son, con frecuencia, distintos de los del autor.
3. El bien jurídico lesionado en el favorecimiento es distinto del atacado por el delito encubierto.
4. La teoría de la participación impide la apreciación de formas imperfectas en el encubrimiento, como la tentativa, así como la complicidad, pues no cabe, según dicha teoría tentativa de participación ni participación de participación.

Los autores que comparten esta postura como Bindign, parten de la afirmación de que no puede hablarse de participación en un hecho ya consumado, distinguiéndose entre consumación y terminación del delito, siendo el de la terminación, el momento decisivo a tener en cuenta, ya que el de la consumación carece de relevancia a la hora de distinguir entre auxilio y encubrimiento. Así mismo combate la teoría de la participación afirmando que resulta totalmente ilógico que , consistiendo el encubrimiento en un auxilio, bien con el fin de aprovecharse de los efectos del delito bien de evitar la pena, se sancione la conducta auxiliadora, mientras que la conducta principia, el aprovechamiento para si o la evitación del a pena por el autor, queda impune.

C. Teorías intermedias. Esta postura esta representada, por aquellos que consideran que es preciso distinguir, dentro del encubrimiento, por una parte, los casos de favorecimiento y, por otra, los se recepcion, debiendo ser colocados los primeros dentro se los delitos contra la Administracion de Justicia, mientras que el receptor debe tener la consideración de partcipe.

**Concepto y Elementos.** Según el artículo 400 del Código Penal, "Se aplicara prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que":

- I. Con animo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en este, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel a sabiendas de esta circunstancia.
- II. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;
- III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los afectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;
- IV. Requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y
- V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para s u persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

**Elementos comunes.**

1. Conocimiento de la perpetración de un hecho punible. Como primera exigencia de esta condición, se precisa que el encubridor tenga conocimiento del delito.

2. Intervención posterior a la ejecución. Se hace indispensable distinguir claramente entre ejecución o actos de ejecución y consumación, sin que sea preciso, a efectos de encubrimiento, que el delito se haya consumado siempre, siendo, en consecuencia, perfectamente posible el encubrimiento en el delito intentado o frustrado.

**Modalidades del encubrimiento.** Al referirnos a las diversas clases de encubrimiento, cabe señalar las que a continuación se precisan:

Por favorecimiento. Opera cuando después de ejecutado un delito y sin haber participado en el mismo, el sujeto de que se trata, ayuda en cualquier forma al responsable, a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta última. De acuerdo con su naturaleza, se afirma que es un delito que se opone a la administración de justicia.

Por receptación. Es doble, cuando alguien con ánimo de lucro, adquiera, reciba u oculte el producto del delito producido por otro, a sabiendas de que provenía de un hecho ilícito, o si de acuerdo con las circunstancias debiera presumirse tal extremo. Al percibir su alcance, se entiende la inclusión de este tipo en el título de los delitos patrimoniales.

Por el complemento. Que surge cuando el agente de este ilícito tiene como propósito asegurar el provecho económico al sujeto encubierto. Se distingue de los anteriores por el interés pecuniario retenido por el que se ve auxiliado.

## 1.5 CAPITULO CUARTO

### a) DERECHO COMPARADO

**Concepto de Derecho Comparado.** Es la disciplina que estudia a los diversos sistemas jurídicos existentes para descubrir sus semejanzas y diferencias.

El Derecho Comparado es una disciplina con un enfoque propio para el estudio de los fenómenos jurídicos y no una rama del Derecho. El Derecho Comparado no es una parte del Derecho Vigente, algunos autores considera que el Derecho Comparativo es simplemente un método aplicado a las ciencias jurídicas.

Ahora bien, no se debe confundir el estudio de derechos extranjeros con el Derecho Comparado. En el primero existe simplemente un análisis unitario de un sistema de normas, mientras que en el segundo, se da la comparación de dos o mas sistemas jurídicos. Sin embargo el conocimiento de otras legislaciones es el antecedente lógico del Derecho Comparado, pues no se puede comparar lo que no se conoce.

La opinión de la mayoría de los tratadistas la comparación debe efectuarse entre derechos vigentes, de esta manera se distingue al Derecho Comparado de la Historia Comparativa del Derecho que es la comparación con Derechos Históricos o entre estos últimos.

Las principales aplicaciones del Derecho Comparado son:

1. La mejor comprensión del Derecho Nacional. En efecto, muchas de las Instituciones Jurídicas de un país tienen su origen en el extranjero.
2. El perfeccionamiento de la Legislación Nacional. Es una vieja costumbre tomar en cuenta antecedentes extranjeros cuando se trata de elaborar una ley.
3. La Unificación Legislativa. Se ha hecho sentir la necesidad de eliminar particularidades de la Legislación de cada país que constituyan obstáculos para el incremento de las relaciones internacionales.

## DEFRAUDACION FISCAL EN EL DERECHO COMPARADO.

### ARGENTINA

En Argentina la Defraudación Fiscal es tratada por diversos ordenamientos jurídicos. Las ordenanzas de aduanas contienen un capítulo relativo a los actos aduaneros punibles o delitos aduaneros en la cual se tipifican tres violaciones al orden jurídico aduanero: contravenciones al orden jurídico aduanero; contraversiones, defraudación o fraude y contrabando.

Por defraudación se entiende la violación de las disposiciones legales de la que resulte o pueda resultar un perjuicio fiscal o disminución de rentas. En el artículo 1025 del



ordenamiento citado, se preceptua que se considera fraude la falta de requisitos, toda falsa declaración o todo hecho despachado en confianza o que si pasara desapercibido produjera menos renta de la que reglamentariamente se adeuda. En cuanto a la penalidad se aplican penas que pueden abarcar el arresto, la prisión, comiso de mercancías, pago del doble de los derechos y multas. Los artículos 1031 y 1032 establecen que en el caso de fraude fiscal se aplican penas pecuniarias, si se carece de bienes se conmuta por prisión a razón de un día de cárcel por cada peso fuerte, hasta un máximo de dos años.

## **ESTADOS UNIDOS**

El Departamento del Tesoro de este país se enfrenta constantemente con el problema de la defraudación fiscal, sobre el que tiene amplia experiencia. La Legislación Penal en materia de fraude al Fisco a servido como medio para controlar actividades ilícitas, aun cuando también se presenta en actividades lícitas. El fraude al Fisco tiene una doble penalidad: las llamadas penas civiles y las sanciones penales propiamente dichas. Las penas están fijadas en el Código de los Estados Unidos Título 26, capítulo 65, aun cuando se encuentran sanciones penales en otras leyes y capítulos del Código de los Estados Unidos.

La aplicación de las multas y penas debe ser ejecutada mientras el ejercicio de la acción penal ante un tribunal. El ejercicio de dicha acción es recomendado por la asesoría jurídica de ejecución del Servicio de Impuestos Interiores al Departamento de Justicia. El Departamento de Justicia ejercita la acción penal únicamente en los casos en que

llega a la conclusión de que el causante es culpable y existe razonable probabilidad de obtener un veredicto de culpabilidad. Aun cuando existe una sanción administrativa y una sanción penal independientemente la una de la otra, si embargo pueden ser acumuladas.

La diferenciación ente el Fraude Civil y el Fraude Penal radica en la flagrancia de la falta, las pruebas disponibles y la carga de la prueba que tenga el Gobierno. El Fraude Civil debe ser demostrado por pruebas claras y convincentes. El Fraude Penal requiere pruebas mas eficientes para obtener un veredicto de culpabilidad: el Gobierno por mandato Constitucional, debe demostrar la culpabilidad mas allá de toda duda razonable.

## **FRANCIA**

El fraude al Fisco fue erigido en un verdadero delito sancionado con multa y prisión por la Ley del 25 de junio de 1920. Dicha Ley prevé dos clases de sanciones: una de carácter Fiscal y otra de carácter correccional o penal.

Los impuesto sobre ingresos están acompañados de sanciones fiscales que castigan la infracción al cumplimiento de ciertas formalidades legales o la inexactitud de las declaraciones.

Además de las penas fiscales que tienen un campo de aplicación limitado, el artículo 112 de la citada ley del 25 de junio de 1920 creo una pena personal de orden general

con un carácter eminentemente correccional y que, en consecuencia, no es aplicable mas que cuando se encuentran reunidos todos los elementos constitutivos de un delito, esta pena se acumula, si el caso se presenta a las sanciones fiscales cuando según la hipótesis legal se estima que la pena fiscal no sea consecuencia de la simple falta de cumplimiento de las formalidades legales.

## **ALEMANIA**

El Código Tributario de la República Federal Alemana desde el artículo 391 al artículo 419, establece normas generales de Derecho Penal para la configuración jurídica y para la represión de aquellas violaciones a las leyes financieras que no estén previstas y castigadas en otras leyes fiscales. El artículo 392 en sus incisos I y II, definen la evasión tributaria en sentido genérico, y la relativa a la materia aduanera especificando:

1. Evasiones Tributarias. Según la Ley, son todas aquellas transgresiones a los deberes que las Leyes Tributarias establecen en interés de la imposición.
2. Evasiones Tributarias en materia aduanera. En tales infracciones se incluye también cualquier facilitación o favor concedido a quien allá cometido una violación tributaria.

El artículo 396 contempla casos particulares de evasión, estableciendo que:

1. Quien en provecho propio o ajeno, deliberadamente y con engaño, actúe de manera que se reduzcan los ingresos fiscales es culpable del delito de evasión y castigado

con pena de prisión, además de la pena corporal se establece pena pecuniaria, cuyo monto máximo es ilimitado.

2. También es culpable de evasión quien emplee cosas para las cuales se hubiere concedido exención de impuestos y otras ventajas fiscales en fines distintos de aquellos para los cuales se otorgó la exención o la ventaja fiscal, y en beneficio propio o ajeno omita denunciar oportunamente a la Oficina Financiera competente el diferente empleo de las cosas.
3. La elusión de los deberes tributarios solo es punible como fraude tributario, cuando la disminución de los ingresos fiscales y la obtención de las ventajas ilícitas se hubieran realizado como consecuencia de una acción del agente, destinada intencionalmente a evitar el cumplimiento de los deberes que le incumbían en interés de la imposición.

#### b) JURISPRUDENCIA.

**CONCEPTO.** Ulpiano define la Jurisprudencia como la ciencia de lo justo y de lo injusto. Esta definición coincide con el sentido etimológico de la voz de prudencia de lo justo. La prudencia es una virtud intelectual que permite al hombre conocer lo que debe evitar, referida a lo jurídico, la prudencia es la virtud que discierne lo justo de lo injusto.

La jurisprudencia es, por consiguiente, el conjunto de conocimientos y modos de pensar que adquieren los estudiantes las facultades de hoy llaman de Derecho, pero que todavía

a principio de este siglo se llamaban Facultades o Escuelas de Jurisprudencia, como la Escuela Nacional de Jurisprudencia que funciono en México hasta 1910.

Por influjo del racionalismo jurídico, y con mas intensidad a partir de la publicación de los primeros códigos en los comienzos del siglo pasado, se llevo a pensar que el modo de pensar jurídico, o el pensamiento jurisprudencial tenia que ser, como el de las ciencias de la naturaleza, un pensamiento deductivo, que , a partir de axiomas, pudiera descubrir las Leyes generales que gobiernan la conducta humana. Se penso que obrando de esta manera la jurisprudencia podría llegar a tener un sistema de conceptos o reglas jurídicas, capaz de resolver, con un criterio de justicia, todos los casos de controversia que pudieran darse en las relaciones sociales.

En México, la palabra jurisprudencia se ha aplicado desde que ya no existen escuelas de jurisprudencia, para designar la interpretación, con carácter obligatorio, que han los Jueces de los preceptos legales.

A continuacion transcribiremos algunas tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nacion en relacion con el delito de Defraudacion Fiscal.

## Octava Epoca

Instancia:            Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente:                Seminario Judicial de la Federación  
Tomo:                 XI Marzo  
Pagina:                256

### DEFRAUDACION FISCAL. DELITO DE TIPO GENERICO Y TIPOS ESPECIFICOS. SU DIFERENCIA.

Del texto de los artículos 108 y 109 fracción I del Código Fiscal de la Federación, se desprende que el primero describe el delito de Defraudación Fiscal mediante una conducta que, con el uso de engaños o aprovechamiento de error, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución o bien obtenga un beneficio indebido en perjuicio del Fisco Federal. En cambio, en la descripción del tipo contenido en el artículo 109 fracción, del propio ordenamiento, que alude al mismo delito de Defraudación Fiscal, cuando el medio de ejecución sea la declaración fiscal en la que presente ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas. Luego, en ambos delitos el bien jurídico tutelado es el patrimonio del Fisco, en ambos el sujeto activo es el causante o persona física o moral que omita total o parcialmente el pago de sus contribuciones. Las diferencias entre ambos tipos estriban en que para el previsto en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, el medio de ejecución es el uso de engaños o aprovechamiento de errores, y en cambio el medio de ejecución en el

segundo tipo previsto en la fracción primera del artículo 109 del ordenamiento señalado, es consignar en las declaraciones que presente el causante para efectos fiscales, ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 629/92. Miguel Pizzuto Zamanillo. 17 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Perez Gonzalez. Secretario: Fernando Ceja Cuevas.

Octava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Seminario Judicial de la Federación  
Tomo: XV II febrero  
Tesis: IV, 3º. 54A  
Pagina: 295

DEFRAUDACION FISCAL. INEXISTENCIA DEL DELITO DE, CUANDO AUN NO TRANSCURRE EL TERMINO ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 109, FRACCION V, DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION.

De una adecuada interpretación de los artículos 10 y 58 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1991, confrontados con el 109, fracción quinta del Código fiscal de la Federación, permite considerar en principio que, las sociedades mercantiles están obligadas a presentar su declaración una vez que terminen su ejercicio fiscal y en el cual pagaran los impuestos correspondientes a ese ejercicio fiscal de acuerdo con el artículo 11 que establece que serán de doce meses, en segundo lugar el análisis e interpretación de esas normas, también motivan a considerar que concluido ese ejercicio fiscal, la obligación de presentar la declaración correspondiente nace dentro de los tres meses siguientes, contados a partir del ultimo día del cierre del referido ejercicio fiscal, y, finalmente que el plazo total para estimar que el contribuyente se ubica en la hipótesis de la norma que prevé el artículo 109, fracción quinta del Código Fiscal de la Federación, fenece a los seis meses contados a partir de aquel día en que la obligación de presentar declaración cesa, esto es el ultimo día del tercer mes a que se refieren los artículos 10 y 558 fracción VIII, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de modo que si la negociación mercantil, tiene obligación de presentar su declaración anual, hasta el ultimo día del mes de marzo del siguiente año, entonces, la presentación de tal declaración fuera de ese plazo trae como consecuencia las sanciones administrativas, a que se refieren los artículos 81 y 82 del Código Fiscal de la Federación equiparable, por no presentarse la declaración por un plazo mayor de seis meses, cuando en la fecha en que las autoridades hacendarias certificaron que la causante no ha concluido aun el plazo de seis meses a que la norma antes mencionada se refiere para la consumación del delito de defraudación fiscal.



TERCER TRIBUNAL COLEGIDO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revision 233/94. Gracia Bortolussi Gasparinni. 1°. De febrero de 1995.  
Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Hilario  
Zarazúa Galdeano.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo: IV, Diciembre de 1996  
Tesis: XIV. 2°. 44P  
Pagina: 385

DEFRAUDACION FISCAL EQUIPARADA. NO SE ACREDITAN SUS  
ELEMENTOS CUANDO SE ENCUENTRA PENDIENTE DE RESOLUCION LA  
REVISION DEL CREDITO FISCAL.

Los elementos típicos del Delito de Defraudación Fiscal equiparada previsto en el artículo 109, fracción quinta del Código Fiscal de la Federación, son: a) Que se omita presentar por mas de seis meses la declaración de un ejercicio que exijan las Leyes Fiscales; y b) Que por esta omisión se deje de pagar la contribución correspondiente.

Ahora bien, de la descripción anotada se desprende que para que se colme a cabalidad el segundo de dichos supuestos, es menester demostrar en forma eficiente que el contribuyente realmente tiene la obligación fiscal que se le reclama, pero tal elemento no se actualiza cuando impugna oportunamente la resolución que determino el crédito fiscal por el ejercicio revisado y, al formularse la querrela respectiva, la reclamación se encuentra pendiente de resolver pues en tal supuesto, ante el desconocimiento de la existencia de la obligación tributaria del reo, no puede determinarse si el segundo de los elementos indicados se encuentra acreditado o no.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 412/96. Roberto Borge Martin. 10 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Raquel Aldama Vega. Secretario: Gabriel A. Ayala Quiñones.

## 1.6 CONCLUSIONES

A manera de conclusión diremos que dada la diversidad de funciones que el Impuesto cumple en el moderno estado social de derecho, hay que considerar el fraude como una de las patologías mas graves de la sociedad actual. En este sentido, se ha destacado que el nivel de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones tributarias es un criterio que refleja con exactitud el grado de desarrollo y de integración social y económica de un pueblo.

A medida que la situación de Fraude Fiscal se agudiza, las posibilidades de que un país pueda desarrollar su economía son menores. Debe desterrarse, la falsa idea de que el fraude perjudica únicamente al Estado como ente abstracto; el autentico sujeto pasivo de la degradación es la colectividad, ya que el Estado dispone de muchos medios para paliar la pérdida de recursos que toda situación de fraude conlleva.

De persistir aquella idea errónea se podría llegar fácilmente a la situación de círculo vicioso que anunciábamos en la introducción, en el supuesto de que el Estado a la vista de la Defraudación optase por elevar los tipos impositivos.

Sin entrar en el análisis de otras posibles repercusiones en la economía, repercusiones que son comunes al mas amplio fenómeno de la delincuencia económica nos interesa finalmente tener en cuenta la misión social que en la actualidad cumple el impuesto, que

no es tanto un simple modo de recaudar ingresos, cuanto uno de los elementos mas importantes de redistribución de rentas. Pues bien, el fraude ataca frontalmente la justicia distributiva y es origen de fuertes desigualdades, puesto que no todos los contribuyentes están en pie de igualdad para defraudar. Las clases altas resultan favorecidas ante la evasión del impuesto y desplazan la carga fiscal hacia los contribuyentes que no defraudan.

## 1.7 BIBLIOGRAFIA

- ARRIOJA VIZCAINO, Adolfo, DERECHO FISCAL. México, Themis, 1989.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano, DERECHO PENAL MEXICANO. Tomo I, Segunda Edición, México, Porrúa, 1977.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Vigésimo Séptima Edición, México, Porrúa, 1989.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco, MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Cuarta Edición, México Porrúa, 1978.
- PORTE PETIT CANDUAUDAP, Celestino, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Décimo tercera Edición, México, Porrúa, 1991.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, PANORAMA DEL DELITO NULLUM CRIMEN SINE CONDUCTA. México, Porrúa, 1987
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, LA LEY Y EL DELITO. México, Porrúa, 1989.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, "El Delito." MANUAL DERECHO PENAL. Madrid, Aranzadi, 1985.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, DERECHO PENAL MEXICANO. 13ª. Edición, México, Porrúa, 1990.
- HERNANDEZ ESPARZA, Abdón, EL DELITO DE DEFRAUDACION FISCAL. México, Porrúa, 1991.
- MARTINEZ PEREZ, Carlos, EL DELITO FISCAL. Madrid, Montecorvo, 1982.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Trigesimoseptima Edición, México, Porrúa, 1985.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, DELITOS ESPECIALES. Tercera Edición, México Porrúa, 1994.
- GIORGETTI, Armando, LA EVASION TRIBUTARIA, Madrid, De Palma, 1987.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco, CUESTIONES EN TORNO A LOS DELITOS FISCALES. Segunda Edición, México, Porrúa, 1990.

RIVERA SILVA, Manuel. LOS DELITOS FISCALES COMENTADOS. México, Porrúa, 1988.

GARCIA DOMINGUEZ, Miguel Angel, TEORIA DE LA INERACCION FISCAL, 3ª Edición, México, Porrúa, 1987.

DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto, PRINCIPIOS DE DERECHO TRIBUTARIO. Tercera Edición, México, Porrúa, Limusa, 1988.

FRAGA, Gabino, DERECHO ADMINISTRATIVO, Vigésimo octava Edición, México, Porrúa, 1989.

COLIN SANCHEZ, Guillermo, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Décimo primera Edición, México, 1989.

#### **OTRAS OBRAS CONSULTADAS**

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Segunda Edición, México Porrúa, 1988.

CARRANCA Y RIVAS, Raúl, BOLETIN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM. México, Primera quincena de mayo, No. 37, 1993, p.1.

NUÑEZ CAMACHO, Ma. De la Luz, REVISTA FACULTAD DE CONTADURIA Y ADMINISTRACION DE LA UNAM. CONSULTORIO FISCAL. DEFRAUDACION FISCAL. México, 1988, p. 15.

SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. CXIX Edición, sexta época, segunda parte, México, 1998.

SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Vol. LII, segunda parte, sexta época, México, 1990.

TESIS JURISPRUDENCIALES. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Octava y Novena época, Tribunales Colegiados de Circuitos en materia Penal.

DAZA GOMEZ, Carlos, TESIS DOCTORAL. "Teoría de la Culpabilidad Estructura Finalista". México, 1995.

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, México, Porrúa, 1994.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Porrúa, 1992.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, México, Porrúa, 1991.