

308409

71



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

INCORPORADA A LA U.N.A.M.

ESCUELA DE DERECHO

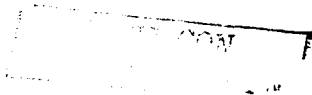
EL AUTO-EMBARGO COMO MEDIO COMISIVO
PARA COMETER EL TIPO PENAL DE FRAUDE

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
LEONARDO VAZQUEZ CHAVEZ

ASESOR: LIC. MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ CASTRO

MEXICO, D.F.

2003.



A



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.

**TESIS
CON
FALLA DE
ORIGEN**

PAGINACIÓN DISCONTINUA



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
INCORPORADA A LA U.N.A.M.



Coyoacán México 07 de Noviembre de 2003

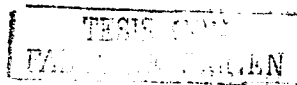
C. DIRECTOR GENERAL DE REVALIDACIÓN
INCORPORACIÓN Y DE ESTUDIOS, UNAM
P R E S E N T E:

El C. VAZQUEZ CHAVEZ LEONARDO GILBERTO ha elaborado la tesis profesional titulada "El auto-embargo como medio comisivo para cometerse el tipo penal de fraude" bajo la dirección de la Lic. MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ CASTRO, para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos correspondientes.

ATENTAMENTE
"LUX VIA SAPIENTIAS"

LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO.
CAMPUS SUR



3

México D.F., a 6 de Octubre del 2003.


LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ.
DIRECTORA TÉCNICA DE LA LICENCIATURA
EN DERECHO.
PRESENTE:

Por este medio me dirijo a Usted, para hacer de su conocimiento que he concluido la revisión del trabajo de tesis realizado por el alumno "VÁZQUEZ CHÁVEZ LEONARDO" quien curso el esta Institución la Licenciatura en Derecho; la cual lleva por titulo " **EL AUTO-EMBARGO COMO MEDIO COMISIVO PARA COMETER EL TIPO PENAL DE FRAUDE**" en la cual fungí como asesor y a mi consideración reúne los requisitos de fondo y forma, conforme a la Legislación Universitaria y Reglamento de Titulación de la Universidad Latina, S.C. (UNILA)

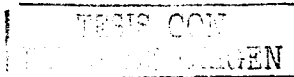
Por lo antes expuesto, solicito a Usted, turne la presente para continuar con los tramites que establece el Manual de Titulación de la UNILA.

Sin mas por el momento le envio un cordial saludo.

ATENTAMENTE



LIC. MARÍA DEL ROSARIO RAMÍREZ CASTRO


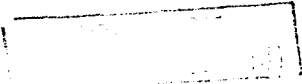


C

A MIS PADRES Y EN ESPECIAL A
MI MADRE QUE ES LO QUE MAS
QUIERO Y LA QUE ME DIO LA
VIDA Y QUE GRACIAS A ELLA HE
LOGRADO TODOS Y CADA UNO DE
MIS ÉXITOS, POR LO QUE LE
DEDICO ESTE TRABAJO.

A BÁRBARA QUE ES LA MUJER
DE MI VIDA Y MI FUTURA
ESPOSA, LA CUAL SIEMPRE ME
BRINDO SU APOYO Y SU
COMPRESIÓN Y ME MOTIVO A
LA TERMINACIÓN DE MIS
ESTUDIOS.

PARA MIS HERMANAS Y SOBRINOS
QUE ME HAN INSPIRADO
CONFIANZA Y ME DAN ALEGRÍA
PARA SEGUIR CON MIS METAS.




A MIS TÍOS EN GENERAL QUE
EN TODO TIEMPO CREYERON EN
MI CAPACIDAD Y ME ANIMARON
A SEGUIR ADELANTE A TRAVÉS
DE SUS VALIOSOS CONSEJOS.

PARA TODOS Y CADA UNO DE MIS
PRIMOS QUE SIEMPRE ESTUVIERON
CONMIGO Y QUE SIEMPRE ME
APOYARON

PARA MIS AMIGOS DE LA
LICENCIATURA QUE PASE
MOMENTOS MUY FELICES Y
DIFÍCILES QUE SIEMPRE
JUNTOS SALIMOS AVANTES ASÍ
COMO A TODOS MIS AMIGOS Y
AMIGAS EN GENERAL.

A LA UNIVERSIDAD LATINA Y EN
ESPECIAL A LA LIC. SANDRA LUZ
HERNÁNDEZ ESTÉVEZ POR SU GRAN
APOYO Y ENSEÑANZA EN MI
PREPARACIÓN COMO
PROFESIONISTA.

E

AGRADEZCO A LA LIC. MARÍA
DEL ROSARIO RAMÍREZ CASTRO
POR SU GRAN EMPENO Y APOYO
PARA PODER LOGRAR LLEVAR A
CABO ESTE TRABAJO.

GRACIAS A TODOS MIS
PROFESORES POR LA ENSEÑANZA
QUE ME TRANSMITIERON Y QUE HE
LLEVADO A CABO EN MI VIDA
PROFESIONAL.

A TODA LA GENTE QUE ME
APOYO EN MI PREPARACIÓN
COMO PROFESIONISTA Y COMO
PERSONA.



F

"EL AUTO-EMBARGO COMO MEDIO COMISIVO PARA
COMETER EL TIPO PENAL DE FRAUDE"

1955
MAY 15 1955

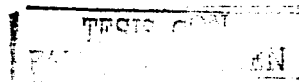
G

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I. MARCO CONCEPTUAL

1.1.	Fraude.....	1
1.2.	Auto-Embargo.....	10
1.3.	Teoría del Delito.....	15
1.3.1.	Conducta o Hecho.....	20
1.3.2.	El Nexó Causal.....	24
1.3.3.	Tipo.....	26
1.3.4.	Tipicidad.....	28
1.4.	Antijuridicidad.....	29
1.4.2.	Culpabilidad.....	32
1.4.3.	Formas de Culpabilidad.....	42
1.4.4.	Tentativa.....	45
1.4.5.	Inculpabilidad.....	46



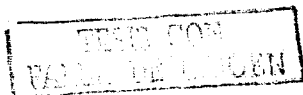
←

CAPITULO II ELEMENTOS DEL DELITO DE FRAUDE

2.1.	Bien Jurídico Protegido.....	48
2.2.	Elementos del Fraude	52
2.2.1.	El Engaño y Aprovechamiento del Error.....	53
2.2.2.	Hacerse Ilícitamente de Alguna Cosa o Alcanzar un Lucro Indebido.....	65
2.2.3.	Relación de Causalidad.....	70
2.3.	Antijuridicidad y Culpabilidad Respecto al Delito..	74
2.3.1.	Culpabilidad Respecto al Delito.....	75
2.3.2.	Diferencia entre Fraude Civil y Fraude Penal.....	77

CAPITULO III EL EMBARGO Y LA SIMULACIÓN DE ACTOS.

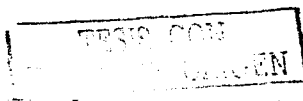
3.1.	El Embargo Civil.....	82
3.2.	El Acto Jurídico.....	92
3.3.	La Acción Pauliana.....	120
3.4.	La Simulación.....	126



I

CAPITULO IV. DE AUTORIA Y DE PARTICIPACIÓN.

4.1.	Participación y Complicidad.....	130
4.2.	Autor Intelectual y Material del Delito.....	150
4.3.	Autor Mediato.....	154
4.4.	Encubrimiento.....	157
	Propuesta del tema.....	160
	Conclusiones.....	169
	Bibliografía.....	173



J

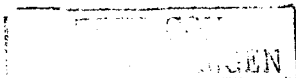
INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se estudiara el concepto del tipo penal de fraude, así como la teoría del delito, se establecerá la figura innominada del auto-embargo que establece la Ley Civil, se realizará un estudio pormenorizado de la teoría del delito, así como las figuras de conductas que despliegan los sujetos para cometer actos ilícitos.

Asimismo se estudiara los elementos del propio tipo penal de fraude, el engaño del que se valen los activos para cometer el ilícito, obteniendo un lucro ilegal, así como la relación que existe entre sujeto o sujetos activos y el sujeto pasivo, y la culpabilidad en que incurren los individuos, y mencionando la diferencia que existe entre el fraude civil y el fraude penal.

Por tal motivo se determinara en la Legislación Civil, el embargo en el procedimiento, así como el acto jurídico que determina la Ley haciendo especial alusión a la Acción Pauliana y la Simulación que es de donde se derivan las conductas ilícitas y las cuales no se pueden determinar jurídicamente.

De la misma manera se detallaran los grados de participación y las formas en que se pueden establecer y fincar responsabilidad a todos y cada uno de los sujetos que intervienen en el delito que se trata de deslumbrar, en sus



diversas calidades, desde el autor material, autor intelectual, autor mediato, y el o los encubridores.

Por ultimo se formulará la propuesta del presente estudio así como las respectivas conclusiones, para conocer si lo que se expuso y se argumento, se puede demostrar en el campo de lo jurídico.



2

CAPITULO UNO

MARCO CONCEPTUAL

1.1.-FRAUDE

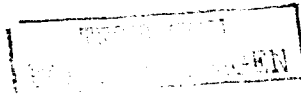
"El fraude es el delito denominado, por nuestro derecho positivo, el cual se encuentra estipulado en el Título Décimo Quinto, Delitos Contra el Patrimonio, Capítulo III, en el artículo 230 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, decretado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal Andrés Manuel López Obrador, y aprobado de la misma forma por La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el cual fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con fecha 16 de Julio del año 2002, y entrando en vigor el 12 de Noviembre del mismo mes y año" ¹.

El Código Penal citado en el párrafo inmediato anterior, en su artículo 230 estipula este delito que literalmente dice:

"Artículo 230.- Al que por medio del engaño aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero".

El delito de fraude fue considerado en otras épocas y en otras legislaciones con nombres diversos, tales como estelionato,

¹ Código Penal del Distrito Federal. Delma, Naucalpan, Edo de México, 2002. p. 283.



escroquerie, trufa y estafa. A continuación se procede a realizar un análisis de cada denominación:

"a) Estelionato (Stellionatum). Al decir de Carrara, parece haber sido el estelión, animal de indefinibles colores, el que sugirió a los romanos el nombre de estelionato (stellionatum), como título delictivo aplicable a los hechos criminosos realizados en perjuicio de la propiedad ajena, los cuales fluctuando entre la falsedad y el hurto no se identifican entre sí. "Según esta versión, la palabra estelionato se habría inspirado en un concepto intelectual, habiéndose querido expresar la índole aviesamente distinta del hecho mismo, más bien que la figura ambigua del delincuente que artificiosamente toma diverso color; y de tal modo, habría generosidad en atribuir a aquel animal méritos que no tiene, suponiendo ingenuamente que ha dado nombre de estos delitos por su particular astucia, la cual por otra parte, no le reconocen los naturistas" ².

"El estelionato, según Soler era una impostura encaminada a la obtención de un hecho indebido y capaz de engañar, así como causar perjuicio al diligente padre de familia. pero se diferenciaba del falsum, aún cuando suponía la falsedad en forma impropia, dado el alcance que este término tenía en el Derecho Romano. La diferencia entre el fraude y otros delitos patrimoniales, principia en el Derecho Romano con la *Lex Cornelia de falsis*, en que se deprimían las falsedades en los testimonios y en la moneda; posteriormente se agregaron numerosos casos de falsedad que constituían a la fe pública. Además, en el *stellionatus*, se comprendieron los fraudes que no cabían dentro de los delitos de falsedad previstos, como gravar una cosa ya gravada ocultando la primera afectación, la alteración de

² Pavón Vasconcelos, Francisco. *Comentarios de Derecho Penal*, 10ª. Ed. Porrúa, México, 1999, p. 187.

mercancías y la doble venta de la misma cosa, etc. En general se consideraba *estellionato*, todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra cualificación delictiva"³.

"Según lo observa Puig Peña, no puede hablarse de autonomía en la incriminación de la estafa, sino hasta el Derecho romano de la época imperial, pues las grandes figuras del dolo malo quedaban comprendidas en el *crimen falsi*, o bien daban lugar a un *actio dolo famosa* productora de infamia, siendo en tiempo de los emperadores cuando adquiere categoría de crimen *extraordimen*, "surgiendo en tiempos de Adriano el llamado crimen *stellionatus* (*de stellio, salamanquesa, aminal, que expuestos a los rayos del sol, torna múltiples colores*), que tenía lugar cuando intervenía"⁴.

"b) Escroquerie, es la designación que el Código Francés le otorga al fraude o estafa, aún cuando su esencia coincide en lo general con nuestra figura, ya que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien en error, por medio de engaño o artificio para obtener un provecho injusto"⁵.

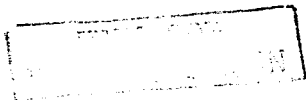
"c) Trufa. Según Maggiore, "la etimología del hombre de estafa en italiano, *trufa*, es incierta. Unos le hacen derivar del francés *truffe*, tartufo, o de trufle, que tiene el doble significado de trufa (hongo subterráneo comestible) y de burla; otros la hacen derivar del alemán *treffen*, golpear, coger, y por ende, jugar una mala pasada. (En el español existe también la palabra *trufa* en sentido de engaño o patraña)"⁶.

³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 188.

⁴ Idem.

⁵ Idem.

⁶ Idem



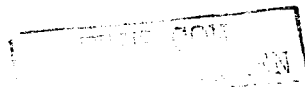
No obstante, cualquiera que sea su origen, tal término es el que da individualidad en el Derecho Italiano al delito de estafa que, al decir del propio Maggiore, consiste en "el hecho de quien al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno"⁷.

d) Fraude. Este término es usado por el Código Mexicano y encuentra sus equivalentes en los anteriores. Para Merkel, el fraude o la estafa es "la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaño" mientras que Sebastián Soler lo considera una "disposición patrimonial, perjudicial tomada por un error determinado mediante ardides tendientes a obtener un beneficio indebido"⁸.

Con base en los párrafos anteriores, podemos considerar cuáles eran las formas de ver y tratar de estipular el delito de fraude o sus similares, en otros tiempos y en otros códigos o legislaciones, de donde se puede desprender que es una figura la cual ha tenido una trascendencia muy importante, por las costumbres y por las conductas que cometían y siguen cometiendo los individuos, para que con esto puedan tener un beneficio personal o a favor de terceros, haciendo caer en el error al pasivo o de la misma forma se aprovechen del error en que éste se encontraba. Por tal motivo se ha tratado de legislar y establecer adecuadamente la conducta que despliegan este tipo de individuos.

⁷ Ibidem. p. 189.

⁸ Idem.



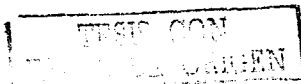
Asimismo, es de especial importancia aludir a los tratadistas, que estipulan y consideran que las conductas que se venían cometiendo con el tiempo y sin que existiera una ley, una pena o una justa causa para poder determinar cuál o cuáles son o serían los castigos o la forma, en que los activos pagaran o resarcieran el daño que cometían por las conductas que se desplegaban, obteniendo un beneficio para sí o para una tercera persona, y por tal circunstancia el derecho se vio en la necesidad de poder establecer y legislar este tipo de conductas, las cuales se han ido perfeccionando con el transcurso del tiempo, pero sin que hasta el momento se haya llegado a determinar las conductas de los activos, porque se tratará de explicar, en el capítulo respectivo, la situación del presente estudio.

Después de lo manifestado se continua con algunos puntos de vista de nuestro derecho positivo vigente, los cuales nos dan otra perspectiva del estudio que se esta realizando.

Conforme "al derecho y la noción doctrinaria penal, el fraude es un delito patrimonial que consiste, en términos generales, en obtener mediante falsos engaños, o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la obtención de cosas o derechos ajenos".⁹

"Siendo la esencia jurídico-doctrinaria del delito de fraude propiamente dicho -salvo casos especiales tipificados expresamente en la ley- el engaño, o sea la mutación o alteración de la verdad. Presentándose a menudo en obligaciones civiles esta falacia, los autores encuentran obstáculos para una certeza distinta entre el

⁹ González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, 25ª Ed, Porrúa, México, 2002. p. 244.



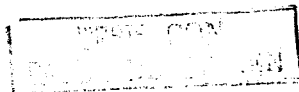
dolo y el fraude, puramente civiles, originadores de sanciones privadas de nulidad, rescisión o indemnización, y el fraude delictivo¹⁰.

"Es necesario separar por una línea suficientemente precisa, el fraude o el dolo (civiles), que abren simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio, del fraude penal o dolo penal, que hace incurrir al que lo emplea, en una pena pública.

La demarcación entre el dominio del Derecho criminal y el civil, es tan difícil de fijar que los juristas de todos los siglos lo han ensayado sin éxito. El doble criterio, más a menudo para distinguir el dolo criminal del civil, y que consiste, por una parte en que los medios empleados para equivocar deben de ser de tal naturaleza, que se haga razonable la mentira; y por otra parte, en que esos medios deben ser tales que hagan ilusionarse al hombre de una prudencia ordinaria, nos parece insuficiente y peligroso.

El fraude consiste ciertamente en el error producido por el empleo de ciertas maniobras, mas definir los fraudes punibles por la naturaleza de los medios que se han empleado, sería un error de la misma naturaleza, que el que consistiría en definir el delito de golpes y heridas por la naturaleza del arma de que el agente se sirve. El fraude es un error intencionalmente causado con el objeto de apropiarse del bien de otro, y todos los artificios, maniobras y procedimientos de cualquier naturaleza, que sean propios para llevar a ese resultado entran en la noción general del fraude.

¹⁰ Idem.

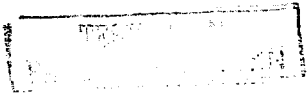


Es a la ley a quien pertenece, según el progreso y evolución de la civilización, caracterizar las condiciones del fraude punible. Los esfuerzos de los criminalistas para fijarlo a priori en fórmulas generales, aplicables a todos los tiempos y países, serán siempre ilusorios y vanos. Lo que la ley penal siempre ha castigado, no es la materia en la conclusión de un contrato o la deslealtad en su ejecución, sino la apropiación de la cosa de otro cometida por ese medio; es la rateria, tomando esta palabra en su sentido general. El fraude no es un delito mas que cuando sirve para hacerse del bien de otro. Los dominios respectivos del Derecho Civil y del Derecho Penal están claramente trazados: la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, por engaño, por deslealtad, abandona al Derecho Civil la materia de las convenciones"¹¹.

Por tal razón el fraude se puede denominar y establecer de diferentes formas; sin embargo, el problema fundamental que nos atañe es la diversificación de fraudes que se pueden establecer y los tipos de conductas que el hombre va revolucionando, de tal forma que en el momento en que se logre legislar la conducta delictiva, éste mismo buscará la forma de poder seguir realizando este tipo de conductas para cometer el delito se fraude, con la finalidad de obtener un beneficio sin justa causa a expensas de un tercero, que en todo tiempo se encontrará en el error, o por el simple engaño, en que el activo ponga a su víctima para cometer su cometido.

Por ello, el tema que se estudia es una forma más, en que el propio ser humano tiene la capacidad y astucia para obtener las cosas de forma ilícita, la cual no se encuentra

¹¹ Ibidem. p. 244 y 245.



debidamente legisladas ni mucho menos existe una punibilidad a dicha situación, aunque si bien es cierto que existen delitos que se pueden asimilar a este tipo de conductas, la realidad es que no se puede establecer una conducta legalmente delictiva, siendo el único medio de poder culpar al individuo por una conducta diversa, que en realidad no se adecua al caso concreto, y sólo se asimila a tipos de fraude pero sin una especificación determinada.

"El delito de fraude, contemplado como conducta delictiva que lesiona el patrimonio de las personas, está reglamentado en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, así como en el Código Penal Federal, de donde se desprende el fraude genérico y los fraudes específicos"¹².

"Gramaticalmente, el fraude es una acción encaminada a eludir cualquier disposición legal, ya sea esta fiscal, penal o civil, siempre que con ello se produzca perjuicio contra el estado o contra terceros. De ahí que debemos distinguir entre el fraude civil y el fraude penal"¹³.

El maestro Mariano Jiménez Huerta, menciona la esencia de este delito: "lo que constituye, en verdad, la esencia del delito es el engaño del que se vale el sujeto activo para hacerse, en perjuicio de otro, de un objeto de ajena pertenencia"¹⁴, "Maggiore, tomando de referencia el código penal italiano, indica cuáles son los delitos contra el patrimonio cometidos mediante fraude; siendo éstos: estafa, insolvencia fraudulenta, destrucción fraudulenta de cosas propias y mutilación fraudulenta de la propia persona, engaño a personas incapaces, usura, fraude de emigración,

¹² López Becancourt, Eduardo. *Delitos en Particular*, 5ª Ed. Porrúa, México, 2001, p. 305.

¹³ *idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 306.

apropiación indebida, apropiación de cosas extraviadas, de tesoros o de cosas obtenidas por error o caso fortuito y recepción. El primero de los mencionados se asimila al fraude genérico, el cual es definido por nuestro código. Asimismo, Maggiore considera lo siguiente: "consiste en el hecho de quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno"¹⁵.

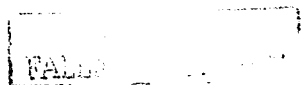
"El maestro Francesco Carrara prefiere denominar al delito de fraude como 'estelionato', en virtud a que considera que el fraude es una característica de varios delitos patrimoniales. Al respecto dice que "su carácter es precisamente configurar un despojo injusto de la propiedad ajena, que no es ni verdadero hurto, ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad, pero que participa del hurto, porque ataca injustamente a la propiedad ajena; del abuso de confianza, porque se abusa de la buena fe de otros, y de la falsedad, porque a ella se llega mediante engaños y mentiras"¹⁶.

"La legislación española, al igual que la italiana, regula un título de defraudaciones, en el que establece una serie de delitos como la estafa y la apropiación indebida. El autor español Muñoz Conde, al referirse a las defraudaciones indica que los delitos cometidos contra el patrimonio, "realizados también con idénticos propósitos de apoderamiento de bienes ajenos, pero en los que la modalidad de la acción del sujeto activo es más bien del tipo ideal, caracterizada por el empleo del fraude, del engaño"¹⁷.

¹⁵ Lopez Betancourt, Eduardo. Op. Cit. p. 306.

¹⁶ Ibidem. p. 307.

¹⁷ Idem.



Para nosotros, el fraude consiste en la apropiación ilícita de una cosa o en la obtención de un lucro indebido, utilizando para ello el engaño o el error, de tal manera que en diversas legislaciones, como la española y la italiana, se manejan diversos tipos de fraude, donde la conducta que realiza el activo es y se puede considerar una acción delictiva, y más aún, estas conductas son consideradas como un simple abuso de confianza, sin poder en ningún momento establecerlo como el delito de fraude, en cualquiera de las modalidades que nuestra legislación establece, razón aún más para poder considerar este estudio y tener los elementos concretos y demostrativos, para que con ésto se pueda imputar un delito más formal, el cual sea adecuado a casos concretos, por lo que este tipo de elementos y consideraciones se estudiarán en el capítulo respectivo.

1.2.- AUTO-EMBARGO

La figura de auto-embargo

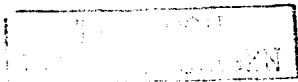
Lo anterior se deriva a partir de que a través del tiempo, el ser humano ha buscado diversas artimañas para evadir la prohibición de las leyes, previamente establecidas y determinadas en la propia legislación; sin embargo, este delito no se encuentra estipulado como tal, en nuestro código penal local ni en el federal. Además, este tipo de conductas, hasta la fecha, no se han logrado determinar adecuadamente, tanto en lo personal o de manera unilateral, ni mucho menos en forma de participación, en caso de que existiera.

Así, nuestro código solamente establece la conducta en que el o los activos, actúan en contra del pasivo por el error en que

se encuentra o por el engaño en que los propios activos lo hacen caer para obtener un beneficio ilícito para sí mismos, terceras personas o conjuntamente, despojando de esta forma al pasivo, que en determinado momento le otorgó al activo su confianza y, en ocasiones, les brindo un derecho o un bien. De esta manera, maliciosamente y con artimañas, se aprovecha de esta confianza y desprende una conducta dolosa para obtener su beneficio.

Para tratar de explicar mejor este tema del auto embargo, se realizarán las siguientes ejemplificaciones: el activo se ve en la necesidad de obtener dinero, y por amistad o la relación de negocios que lo une al pasivo, el primero le solicita al segundo un préstamo de dinero, el cual se compromete a pagar en determinado tiempo con un respectivo interés, firmando un título de crédito como un pagaré, letras de cambio o un crédito bancario. En ese momento el activo se convierte en deudor y el pasivo en acreedor. Al llegarse la fecha de pago el deudor, se negará a pagar la cantidad pactada al acreedor, el activo realiza una figura de auto-embargo, que consiste en que, a sabiendas que el acreedor tiene la facultad de poderle iniciar un juicio para recuperar su dinero, el activo o deudor, crea junto con otras personas de toda su confianza, una demanda denominada ejecutivo mercantil, donde se crean diversos pagares ficticios para que tenga veracidad, con fechas anteriores y un plazo de vencimiento anterior del acreedor que se quiere desplazar.

Una vez creados los pagarés, los cuáles no tienen reglas establecidas para su creación, siendo su formalidad muy simple, se elaboran y se crea la demanda en contra del activo deudor principal, que es el que tiene en su Inter-criminis la



idea delictiva para actuar dolosamente y de mala fe, a fin de que el acreedor legal no tenga posibilidades civiles para reclamar lo que le corresponde.

Posteriormente el activo fungirá en el juicio ejecutivo mercantil, como deudor conocedor de la deuda y del juicio en su contra, el cual es simulado y plantado; así, el prestanombre, el cómplice o cómplices, de toda su confianza, se dedican a litigar la demanda ante el juez competente de lo civil, por la jurisdicción de lo que se quiera embargar posteriormente, ya admitida la demanda correspondiente, el actor ficticio se avoca a requerir el pago al deudor falso, en el o los bienes inmuebles propiedad de éste último. Cabe mencionar que este tipo de títulos denominados pagarés traen aparejadas la ejecución. Por ello en el momento en que existe un auto donde se tiene por admitida la demanda, el requerimiento de pago, y en caso de oposición el embargo, así como el correspondiente emplazamiento a juicio, este tipo de autos son legales y tienen una gran eficacia jurídica, al buscar el cometido de las partes ficticias.

Una vez que se tiene el auto antes mencionado, el mismo actor le informa al demandado ficticio, el día y hora en que acudirán a su domicilio, dándole las instrucciones precisas para que se pueda realizar el embargo correspondiente. Dichas instrucciones consisten en mencionarle que espere al actuario del juzgado civil, el cual acudirá con la parte actora, y en el momento en que busquen al demandado, sea éste quien les atienda y mencione que sí es la persona buscada, además de aceptar que le debe la cantidad de la demanda, pero que no tiene para liquidarla, tal y como se lo requerirá el actuario. Luego se procederá a embargarlo, volviéndole a mencionar que

tiene que garantizar el pago, y que tiene derecho a designar bienes suficientes para garantizar dicho pago, pero el deudor se negará a designar bienes, porque ya se encuentra debidamente aleccionado y tiene conocimiento de la situación. Así el acreedor ficticio designa el bien inmueble y donde se constituyeron tanto el actuario y el acreedor. Una vez realizada la designación del bien, el actuario se da a la tarea de levantar el embargo correspondiente, y de la misma forma le corre el traslado al actor o deudor para ser emplazado a juicio.

Una vez realizado lo anterior y glosada la cédula y razón actuarial, inmediatamente el actor promueve para que el juez le brinde el oficio correspondiente para que gire un oficio al Registro de la Propiedad y el Comercio, y se sirvan trabar formalmente el embargo correspondiente sobre el bien inmueble, el cual es propiedad del actor, o deudor ficticio.

Asimismo, en el momento que sea inscrito dicho embargo por orden de un Juez Civil, queda gravado el inmueble por la cantidad que las partes ficticias hayan pactado, para que en el momento que el deudor original realice la misma operación, podrá hacerlo e inscribir su embargo correspondiente, posterior al que realizaron las partes ficticias, a fin de poder darse un posible remate, el cual lo puede promover cualquiera de los acreedores; sin embargo, por ley se le pagará al primer deudor y así sucesivamente, aplicando el lema legal que dice "primero en tiempo, primero en derecho", y con esto se estaría en un estado de no liquidez hacia los demás acreedores.

Por otro lado, el propio actor ficticio puede realizar el incidente de remate correspondiente, una vez ganada la demanda, la cual se puede realizar en un tiempo muy corto, donde el actor ficticio puede convocar y fungir como postor en la almoneda, y el bien inmueble lo puede llevar a remate hasta la tercera almoneda para adjudicarse el bien en un costo bajo, y posteriormente escriturarlo, quitándose la deuda principal con el deudor legítimo y autentico.

Este tipo de conducta se puede asimilar a la simulación de actos que se estipula en la legislación de nuestro país, pero no se adecuada al caso concreto en estudio, toda vez que las conductas son diversas y con otra finalidad, la cual consiste en cambiar maliciosamente un bien de dueño, para que el acreedor principal no tenga los medios legales para recuperar su derecho y su dinero o prestación.

Por otro lado, este tipo de conductas, es muy similar a la que estipula nuestra legislación penal en ponerse en estado de insolvencia, cuyas cuestiones se presentan en otros casos y no en el estudio que se realiza del auto-embargo.

Por último cabe, mencionar que este tipo de actos y conductas se pueden desplegar en cualquier tipo de materia, ya sea civil, administrativo, fiscal, entre otras, pero haciendo hincapié en que solamente es relativo a la protección ilegal de los bienes de la persona o personas requeridas por deudas, de las cuales esta obligada a cumplir y con el famoso auto embargo justifica ante una autoridad, que no tiene bienes para poder solventar dicha deuda.

1.3.- TEORIA DEL DELITO

"El delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, al cual encuentra en sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa"¹⁸.

El delito, por lo que representa y por lo que ha significado en las sociedades, se ha estudiado desde distintos ángulos como sociales, morales y jurídicos, lo que le ha dado un matiz que muchas veces va más allá de lo que plantea la técnica jurídica o lo que dicta la fría ley. Situación que resulta por demás natural y comprensible, si vemos que durante toda la historia, los grupos sociales han mostrado su rechazo a estas conductas, y a su modo han intentado combatirlas y evitarlas.

Con el fin de no caer en especulaciones o en definiciones erróneas, antes de comenzar a estudiar de lleno el delito como tal, sus elementos y sus peculiaridades, cabe hacer referencia a algunos puntos importantes de la Teoría del delito, con el objeto de establecer desde un inicio la definición y el significado de lo que es el delito en general, ya que si no entendemos los elementos que lo constituyen, será difícil estar en la posibilidad de encontrar los elementos constitutivos, puesto que el acreditar la conducta por su naturaleza trae aparejada en si diversas dificultades, que sólo podremos salvar entendiendo y adecuando a la Teoría del Delito al caso concreto.

¹⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, 5ª Ed. Porrúa. México, 2002, p.163.

La Teoría del Delito, la podemos definir "como la parte del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito"¹⁹.

Con lo anterior queremos decir que "la Teoría del Delito es el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto"²⁰, es decir, que es el camino o la fórmula que nos permitirá encontrar si la conducta en análisis es o no delictiva.

Remontándonos a sus raíces, vemos que "la palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley"²¹.

Antiguamente, a falta de normas se castigaban los hechos que directamente atentaban contra el grupo social, sin efectuar una adecuada valoración de los aspectos subjetivos, lo que provocó que se cayera en aberraciones como considerar que los animales podrían ser autores de algún delito, es decir, que sólo se revisaba si la consecuencia había sido buena o mala, castigando sin justificar la actividad punitiva que no tenía ningún límite. Posteriormente, con el desarrollo de las sociedades y la creación de los preceptos legales, "surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción represiva"²².

¹⁹ Zamarrón, Raul Eugenio. *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editores. México, 1989. p. 333.

²⁰ *Ibidem*. p. 334.

²¹ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 37ª Ed. Porrúa. México. 2002. p.

124.

²² Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op. Cit. (Derecho Penal Mexicano)*. p. 163.

Durante los primeros intentos de crear definiciones y conceptos, se buscó que tuvieran un matiz de universalidad y permitieran identificar, en todo tiempo y momento, las conductas delictivas de las que no lo fueran, situación que fue imposible como que "el delito está íntimamente ligado con la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, ya que los hechos que alguna vez han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos"²³

Al encontrarnos con el problema de establecer que es el delito, es útil observar la definición elaborada por Carrera, como máximo representante de la Escuela Clásica del Derecho Penal, puesto permitió identificar y diferenciar, adecuadamente, a una conducta delictiva de cualquier otro tipo de conducta, siendo que refiere que el delito es "la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"²⁴. Esta definición, a nuestra consideración, vino a crear un marco de seguridad, ya que primeramente establece que el delito no es ninguna violación a

la ley divina, sino que es la violación al derecho como regulador debidamente instituido del comportamiento de la colectividad, creado por el estado en su papel de encargado de asegurar el buen funcionamiento de la convivencia social, con el objeto de buscar la seguridad de los ciudadanos, es decir, los integrantes del grupo social.

²³ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p.124.

²⁴ Ibidem. Op. Cit. p.164.

Pero lo que creemos vino a revolucionar más, es el aspecto de que se define claramente que es producto de una conducta humana, entendido ésto como un producto de la voluntad, que puede consistir en un hacer o una abstención respecto a la imputabilidad moral, es aquí donde fundamenta la responsabilidad del sujeto y, por último, "la calificación de políticamente dañosa, da su verdadero sentido a la infracción de la ley y a la alteración de la seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fue dictada"²⁵.

En México, la definición legal de delito se encuentra instituida en la legislación actual, con el fin de brindar certidumbre jurídica. Código Penal Federal, nos dice que "Delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales."

En relación a esta definición, vemos que es puramente formal al caracterizarse por una amenaza de sanción a ciertos actos u omisiones, otorgándole por ese único hecho el carácter de delitos.

Esta definición, en lo personal, no satisface las expectativas esperadas de encontrar una adecuada definición, por lo que tendremos que recurrir más tarde a la doctrina. "Lo que se corrobora con el dicho de los propios autores del Código de 1931, que han admitido lo innecesario de la inclusión del precepto definido, por no reportar utilidad alguna y por el inconveniente de ser, como toda definición, una síntesis incompleta"²⁶.

²⁵ Ibidem. p. 164.

²⁶ Castellanos Tena, Francisco. Op. Cit. p. 165.

Para continuar con el estudio de la teoría del delito, procederemos a analizar dos concepciones básicas, que la abordan de manera distinta:

Escuela Totalizadora o Unitaria.- Ésta ve al delito en un bloque monolítico, que sólo unitariamente puede ser comprendido, es decir que ve el delito como un todo, sin distintos elementos que lo integren.

Escuela Analítica.- La cuál, "Reconoce que el concepto del delito es una unidad, como un medio técnico de conocimiento que, debemos descomponerlo en elementos que se dan simultáneamente en tiempo y en esencia y constituyen la unidad de que nos habla la concepción totalizadora, pero cuyo más fructífero estudio resulta del análisis, individual de sus propios elementos que según Petrocelli, no es la negación de la unidad, sino el medio para realizarla"²⁷. Es ésta la que a nuestra consideración es la más adecuada, puesto que nos permite establecer ciertos elementos, que con mayor facilidad podremos desmembrar de la conducta a determinar.

En relación a lo anterior, llegamos al criterio pentatómico, el cual es el más adecuado, siendo el que refiere a que el delito en general está integrado por cinco elementos que consisten en:

- 1) Una conducta o un hecho.
- 2) Que sea típico.

²⁷ Zamora Pierce, Jesús. *El fraude en el Derecho Positivo Mexicano, en la Jurisprudencia y en la Doctrina.* 1ª Ed. México. 2000. p. 17.



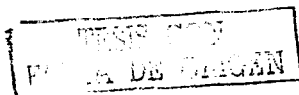
3) Antijurídico.

4) Que reúna el elemento subjetivo de la culpabilidad (culpable).

5) El que sea punible. elemento que en el presente trabajo no lo estudiaremos, por no creerlo indispensable para nuestro estudio, pero que mencionamos por coincidir con la teoría pentatómica y no con la tetratómica. Mismos elementos que se tienen que, como lo dijimos antes, dar simultáneamente.

1.3.1.- CONDUCTA O HECHO

Entrando a éste tema como primer elemento del delito, es necesario introducirnos a la problemática terminológica entre acción, acto, conducta y hecho; en este sentido encontramos diversas opiniones y formas de analizar el problema. Algunos autores definen este elemento objetivo como la acción, la que se entiende en un sentido amplio, donde cabe la propia acción y la omisión en sentido estricto, opinión que a nuestro parecer es errónea, ya que la acción implica un actuar positivo que significa hacer algo y, la omisión implica una actitud de no hacer lo debido, esta situación impide que la acción abarque a la omisión, ya que son de naturaleza contraria, y mientras el primero significa actividad el segundo refiere inactividad y en algunos casos negligencia, no obstante que en nuestro Código Penal, haga referencia a la acción típica, la que abarca tanto la propia acción y la omisión.

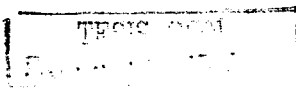


En relación al acto, de inicio creemos que tampoco éste termino es adecuado, para lo que haremos las observaciones siguientes: La teoría del acto jurídico define éste como la manifestación de la voluntad encaminada a crear, modificar, transmitir o extinguir efectos jurídicos, lo que en esencia significa que es una conducta humana revestida de un querer, para poner en movimiento algo con el objeto de obtener un resultado (consecuencias de derecho), situación que a todas luces trae aparejado una "acción y efecto de mover o moverse"²⁸. Además que como dice Porte Petit, "el término acto no parece ser aceptable, pues en ocasiones constituye la acción misma (como vimos), pero otra, forma parte de la acción, al estar constituida por varios delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, es decir, que el acto en ocasiones constituye el todo (la acción) y a veces parte de ese todo"²⁹, agregando que ambos conceptos son sinónimos.

En relación a los términos conducta y hecho, en lo personal son los términos aceptados, puesto que en el caso del primero, éste se entiende como comportamiento voluntario humano, en lo general, donde cabe perfectamente y sin contrariarse la acción y la omisión, como en el caso de la clasificación que divide a los delitos en dolosos y culposos, así como delitos de acción y omisión, y que la propia ley reconoce. En el caso del término hecho, éste se debe de entender de manera distinta a como lo hace la teoría general del acto jurídico, en el derecho civil, que lo define como cualquier acontecimiento, sea humano o no, que trae aparejada la creación, modificación,

²⁸ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Omeba. Tomo IV. Segunda Impresión. Editorial Boligrafica, Argentina, 1969.

²⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 145.



transmisión y extinción de derechos y obligaciones. A nuestra consideración, coincidimos con Porte Petit, quien dice que: "el hecho (para los delitos clasificados de esta manera) se constituirá cuando el propio tipo exija no sólo una conducta sino además un resultado de carácter material que sea consecuencia de aquella"³⁰, sin adentrarnos en los delitos que tan sólo requieren para su consumación la simple acción como es el caso de los de peligro, es decir, para que exista el hecho como primer elemento del delito, deberá haber una conducta y un resultado material que una a la conducta a ese resultado material.

Para concluir con esta controversia, cabe insistir en la clasificación que establece el maestro Porte Petit, donde también señala que existen los delitos considerados de conducta, siendo éstos en que los que el tipo sólo exige que haya una actividad o inactividad para que se configuren, sin que haya resultado. Se diferencian de los delitos de resultado material, los que como ya vimos antes, los que además de inactividad o actividad voluntaria del sujeto activo, requiere un resultado material que debe estar unido al cuál por un nexo causal.

En este orden de ideas, en relación a las conductas que puede revestir, coincidimos en un primer término con Mariano Jiménez Huerta, quien dice que:

"una conducta falaz es el punto de partida del proceso ejecutivo en el delito. Dicha conducta esta presidida por un elemento de naturaleza predominantemente psíquico, pues, en esencia consiste en determinar a otro, mediante engaños

³⁰ Ibidem, p. 185.



(como primera hipótesis de conducta) a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente. La conducta falaz puede revestir una rica variedad de modalidades, clasificables, empero en tres diversos grupos, según su antijurídica intensidad. Antiguamente consideraban que integraban el delito en estudio, aquellas conductas en que, para sumergir en error al pasivo se ponen en juego maquinaciones o artificios; posteriormente se admitió que el simple engaño, aunque no fuera acompañado de aquel aparato externo y corpóreo, bastaba para inducir en error. En la actualidad también se admite en algunos Códigos como en el de la República Mexicana, que el aprovechamiento del error (como segunda hipótesis de conducta) en el que pudiera hallarse el sujeto pasivo es ya suficiente para integrar la conducta ejecutiva del delito. Estas diversas formas de exteriorización de la conducta típica están relacionadas con su densidad antijurídica y son trascendentes en orden de la pena, por la expresa disposición de la ley como acontece en los casos de maquinaciones o artificios, por el equitativo y racional uso que el juzgador ha de hacer del arbitrio que la ley pone en sus manos, para en los casos de aprovechamiento del error, fijar una benigna pena³¹.

Con lo anterior, podemos observar que el delito puede efectuarse a través de una conducta, consistente en un hacer o acción de engaño, así como en un no hacer o inactividad (aprovechamiento del error), los que, en su caso, deberán producir un resultado material, que le dará al tipo penal su carácter de delito de hecho, unidos por una relación de causalidad entre la conducta y el referido resultado material.

³¹ Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, 4ª Ed. Porrúa, México, 2000. p. 137.

Respecto al aprovechamiento del error, como hipótesis del tipo legal, Pavón Vasconcelos establece que si el aprovechamiento del error, para hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido, admite una conducta negativa, un no hacer del sujeto con violación al deber jurídico de obrar, mediante el cual llegase al enriquecimiento indebido, como fin último derivado de la entrega voluntaria de la cosa, donde es clara la posibilidad de la comisión por omisión, como la forma de conducta en el delito.

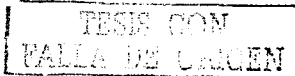
Descartados los casos en que el agente, con una actividad positiva y mediante actos adecuados, tiende a reforzar el estado de error preexistente en el pasivo, por darse en ellos la actividad constitutiva de una acción, pueden presentarse situaciones en las que la inactividad sea suficiente al efecto de la obtención del indebido lucro.

1.3.2.- EL NEXO CAUSAL

Al respecto Pavón Vasconcelos dice que "Entre la conducta y el resultado debe de existir una relación de causa a efecto, siendo ésto el nexo de causalidad". Por su parte, Renieri dice que "es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de este a aquella como su causa"³².

Recordando lo dicho por Porte Petit, sólo en algunos delitos será donde podremos apreciar la relación de causalidad, en

³² Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (Derecho Penal Mexicano). p. 202.



razón de que en su tipo exigen una conducta y un resultado material, el que debe ser producto de actuar, es decir, que entre la conducta y el resultado debe de existir una relación de causalidad, una causa directa entre uno y otro, que permita establecer que el resultado sea producto de la conducta. En el delito, la ventaja patrimonial obtenida por el actor debe de ser resultado de su propia conducta engañosa, que hizo creer al pasivo algo que no era, por lo que éste efectuó el acto de disposición patrimonial en su perjuicio.

La obtención de la cosa o del lucro debe ser consecuencia de la falacia, de la intriga, de la falsedad, de la mentira empleada por el delincuente o, al menos, de su malicia al no revelar las circunstancias verdaderas que erróneamente ignora el que sufre su acción. Como resultado del engaño o del aprovechamiento del error el autor logra la entrega o apropiación de la cosa o derechos patrimoniales ajenos; por supuesto no deberá existir la demostración de una entrega material puesto que la remisión de la cosa, para emplear el artificioso léxico del derecho privado puede ser virtual³³.

Asimismo, Mariano Jiménez Huerta establece que "El nexo causal, como se desprende de la propia estructura típica, se puede fraccionar o desdoblarse en dos momentos diversos: el primero consiste en la conexión psicológica entre la conducta engañosa y la causación del error; y el segundo en la conexión material que debe existir entre el error causado y el acto de disposición patrimonial que la víctima realiza. Empero, esto no significa la existencia de dos nexos causales, sino

³³ González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, 25ª Ed. Porrúa, México, 2000. p. 123.

simplemente destacar la total ruta del mismo y el diverso y genuino carácter de dichos instantes o fases.

1.3.3.- TIPO

Continuando con los elementos del delito, vemos que el tipo penal es el segundo elemento en la Teoría General del Delito, que consiste en una descripción de la conducta en la ley penal, considerada por el Estado como atentatoria al buen funcionamiento de la convivencia social. Al respecto, Castellanos Tena dice que "para la existencia de un delito se requiere una conducta o hecho humano; más no toda conducta o hecho son delictuosos. Precisa además que sean típicos, antijurídicos y culpables, es decir, que no toda conducta serán consideradas como delito, sino tan solo aquellas que estén especificadas en algún tipo establecido en la ley punitiva"³⁴.

El tipo es la creación elaborada por el legislador, consistente en una descripción que el estado hace de alguna conducta, instituyéndola en la ley penal, es decir, incorporándola al catálogo penal, siendo así como podemos llegar a una definición del tipo, el que se entiende según Díaz de León como "la descripción abstracta que hace el legislador, en la ley penal, de los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito, lo que significa que no toda conducta será antijurídica y punible, puesto que para que así lo sea se requiere que primeramente se

³⁴ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 165.

encuentre inscrita en la ley como tal ³⁵, es decir, que el legislador previamente debió describir la conducta en una hipótesis, que consistirá en el tipo penal.

Continuando con el orden que llevamos, decimos que en su caso, la conducta o el hecho (conducta, resultado y nexa causal), para que puedan ser condenados por el estado como delitos, deben de estar contemplados en el tipo con todas sus características, elementos y peculiaridades, es decir, que el tipo viene a ser una garantía de libertad y certidumbre jurídica que permite a los miembros de la sociedad, saber con exactitud las conductas consideradas como desviadas y antisociales que son castigadas, es decir que "no hay crimen, no hay tipo sin ley".

De lo anterior concluimos que para que exista delito debe de haber tipo, puesto que la falta de éste impide que se considere la conducta como delictiva y sea perseguida por el Estado, situación que podemos corroborar en nuestra Carta Magna, donde en su artículo 14 establece que: "los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo que quiere decir sin lugar a duda, que no puede existir ninguna clase de delito sin descripción típica previa.

Al estudiar el concepto del tipo penal, nos encontramos que a este respecto existen distintas clasificaciones, tomando en cuenta cada una las peculiaridades de los tipos existentes, pero la que a nuestra consideración es la más adecuada,

³⁵ Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 2ª Ed. Porrúa, México, 2000, p. 2166.

puesto que es la que tiene utilidad para nuestro trabajo, es una de las que señala el maestro Fernando Castellanos Tena, que denomina "Por su composición", siendo ésta la que establece la existencia de tipos Normales y Anormales.

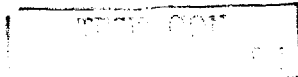
"Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal, en el caso de que se requiera hacer alguna valoración, ya sea de tipo cultural o jurídica, el tipo será anormal. De esto vemos que la diferencia esencial estriba en que mientras en los primeros se establecen conceptos puramente objetivos, como ocurre en el delito de homicidio, que a la letra dice: "comete el delito el que prive de la vida a otro", en los segundos, además se establecen situaciones de valoración y subjetivas como ocurre en otros delitos, donde la descripción legal tiene conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto, que refiere a los elementos subjetivos"³⁶.

El que aunque consiste el medio comisivo del delito, trae implícito los sentimientos y la voluntad (elementos subjetivos), que mueven la conducta del sujeto activo, lo que deberá de ser valorado adecuadamente para verificar si existe una conducta.

1.3.4.- TIPICIDAD

Es necesario establecer que el concepto de tipicidad es la correspondencia unívoca de los elementos del tipo, descritos en la ley penal con la conducta del activo, es decir, que es distinto a lo que es tipo, puesto que éste es la descripción

³⁶ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 170.



de una conducta que hace la ley penal y, la tipicidad se refiere a que debe de haber una adecuación lógica de la conducta desplegada por el agente, con la descripción hecha por la ley penal, la que constituye el tipo.

Fernando Castellanos Tena define la tipicidad como "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley"³⁷, es decir que es la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. A este respecto Celestino Porte Petit manifiesta que "una vez comprobado que existe una conducta o hecho, debe investigarse que haya adecuación al tipo"³⁸.

La falta de tipicidad se denomina atipicidad.

Para entender mejor este punto, lo más conveniente es diferenciar lo que significa ausencia de tipo y ausencia de tipicidad. En relación al primer problema, éste lo vemos cuando alguna conducta no se encuentra descrita en las hipótesis que señala la ley, y en el caso de la ausencia de tipicidad, será cuando si existe una conducta, pero ésta no se encuadra al tipo penal, es decir, la descripción legal.

1.4.- ANTIJURIDICIDAD

Por antijurídico entendemos todo aquello que es contrario a derecho.

En su carácter de elemento del delito, se encarga de calificar a la conducta desplegada por el actor y, en el caso de que

³⁷ Ibidem. p. 168.

³⁸ Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit. p. 2153.

esta contradiga a la norma penal, estaremos en presencia de una conducta antijurídica, es decir, que la conducta efectuada por el sujeto activo para que sea considerada como delito tendrá que tener un carácter de antijurídico; lo que significa que el sujeto activo deberá de actuar contrariando lo establecido por el derecho.

A este respecto no debemos de olvidar lo antes visto, en el sentido de que no puede haber conducta antijurídica si no se encuentra establecida en algún tipo, es decir, que se encuentre contemplado en alguna hipótesis legal jurídica penal.

Es conveniente mencionar la idea de Fernando Castellanos Tena, quien dice que "el delito es conducta humana, pero no toda conducta humana es delictuosa"³⁹, es decir, que para que sea considerada como delictiva deberá de reunir los elementos de ésta, lo que refiere que sea típica, antijurídica y culpable.

Así, vemos que la antijuridicidad tan sólo se refiere a la valoración de la conducta existente desplegada por el sujeto activo, en razón si ésta es contraria al bien jurídico protegido por la norma penal, sin preocuparse para nada de la intención del propio actor, puesto que como veremos más adelante, ésto corresponde al elemento subjetivo de la culpabilidad, lo que hace que la antijuridicidad sea un elemento puramente objetivo, que valora la contradicción de la conducta con el bien jurídico tutelado.

³⁹ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 177.

Para ubicar la antijuridicidad en la conducta efectuada por el actor, se requiere efectuar un juicio de valor, en el sentido de que se debe de analizar el comportamiento desplegado por el sujeto, y verificar si éste contraría a la regulación penal en su caso previsto en el tipo. Si esto es así, podemos afirmar que estamos en presencia de una conducta antijurídica o contra la ley que violenta el bien jurídico protegido.

La antijuridicidad presenta un doble aspecto, consistente en un aspecto formal y un aspecto material.

En relación al aspecto formal, éste se encuentra constituido por una conducta opuesta a la norma y, el aspecto material, está integrado por la lesión o el peligro en contra de los bienes jurídicos.

En relación al delito, Pavón Vasconcelos dice lo siguiente: "La antijuridicidad del delito: de nuestra ley penal se infiere que a virtud del engaño o aprovechamiento del error, el agente se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. Ambos términos; Ilícitamente e Indebido, usados por el texto legal, son completamente innecesarios, los dos califican el antijurídico resultado. La antijuridicidad es esencia de todo delito sin que la ley deba declararlo expresamente en su texto. Tales términos resultan, usando la expresión de Maggiore, pleonásticos, pues el daño que reciente el patrimonio, para constituir el delito, debe ser siempre contra derecho. No estafa cuando la consecuencia del provecho es justa (como en el caso del acreedor que con artificios y trampas induce al deudor a que le entregue cuanto éste le debe o un valor equivalente). Y también queda excluida la estafa

cuando la legitimidad del provecho es, no sólo real, sino supuesta (legitimidad putativa) por falta de dolo"⁴⁰.

Dentro de este mismo tema, es necesario tocar el punto relacionado con las causas de justificación, puesto que cuando se da alguna de éstas desaparecerá el elemento de la antijuridicidad.

Si se presentara una de estas causas de justificación, el agente no obstante que obra con voluntad, para invocar cualquiera de éstas, deberá de encontrarse en circunstancias especiales que lo orillan a efectuar la conducta típica y, lo exentan de responsabilidad alguna.

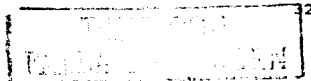
1.4.1. - CULPABILIDAD

Al tocar este tema, coincidimos con el autor Francisco Pavón Vasconcelos, quien dice que "la culpabilidad es un elemento constitutivo del delito; sin él no es posible concebir su existencia"⁴¹, de donde concluimos que una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino que también culposa, es decir, que será reprochable. Lo que reitera lo que en un inicio dijimos, que el delito está integrado por elementos constitutivos que lo definen como una conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable y punible, pero siempre en una unidad.

Al entrar al terreno de la culpabilidad debemos de prestarle especial atención, puesto que a mi manera de ver es el elemento

⁴⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Nuestra Ley Penal*. Librería de la Vda. De Ch. Boret. México. 1997. p. 96.

⁴¹ *Ibidem*. p. 361.



más complejo de los que constituyen al delito, en virtud de ser una conducta psicológica que acontece únicamente en la mente del actor, además que será éste elemento el que nos permita comprender mejor el delito de fraude.

La teoría psicologista, parte de una determinada situación de hecho, la que será predominantemente psicológica, es decir, que para esta Teoría el sujeto será culpable, con toda simplicidad, por haber obrado dolosa o culposamente, puesto que lo único que importa es la psique del autor, y será este aspecto el único que deberá considerarse para esta Teoría.

Sebastián Soler tiene su criterio en el sentido de que:

"la culpabilidad proviene de la comprobación de la discordia subjetiva entre la valoración de vida y el disvalor creado: conciencia de la criminalidad del acto"⁴².

Al respecto, recurrimos a Fernando Castellanos Tena, quien nos dice que: "la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volutivo desarrollado en el autor"⁴³, es decir, que en esta postura para estudiar la culpabilidad, se requiere estudiar lo que aconteció en la mente de la gente, con el fin de observar cual fue su voluntad, así como la modificación que esta haya producido en el mundo fáctico.

⁴² Jiménez de Asua, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Losada, Argentina, 1992. p. 153.

⁴³ Castellanos Tena, Fernando. *Op. Cit.* p. 234.

Por su parte, Garrud dice que "La existencia de la culpabilidad depende, pues, de una relación subjetiva y psicológica, entre la voluntad de la gente y el delito"⁴⁴.

Además, Fernando Castellanos Tena manifiesta que:

"Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volutivo o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro, intelectual. El primero indica la suma de dos quererres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, refiere el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta"⁴⁵.

Ignacio Villalobos concretiza el concepto diciendo que "La culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, ésto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlos y conservarlo"⁴⁶. A lo anteriormente expuesto, podemos decir que ésta teoría contiene un carácter eminentemente psicológico, puesto que se fija en la relación subjetivo entre el actor y su conducta desplegada.

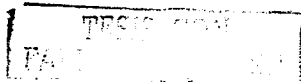
Asimismo, Soler dice que "Así como la antijuridicidad es el resultado de una valoración normativa, la culpabilidad proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado, conciencia de criminalidad del acto"⁴⁷.

⁴⁴ Ibidem. p. 152.

⁴⁵ Ibidem. p. 234.

⁴⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 264.

⁴⁷ Ibidem. p. 364.

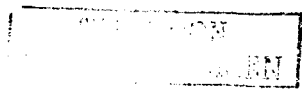


La Teoría psicologista ha satisfecho, en su momento, las necesidades imperantes, de poder establecer con certeza cuándo un sujeto iba a ser culpable o no de alguna conducta desplegada por él mismo, pero también vemos que esta corriente se quedó a medias en su intento de poder definir con claridad el "grado" de culpa que puede llegar a tener el sujeto, puesto que sólo busca el nexo causa psicológico entre la voluntad del agente y el resultado obtenido, es decir, que éste será culpable o no, pero no se podrá establecer claramente con que intensidad.

A continuación estudiaremos otra de las teorías, la que se le denominaba normativa y que toma otros aspectos además del puro nexo entre la psique el activo y su acto, tratando de definir o clarificar este aspecto del delito, tan difícil de comprender, como lo es la culpabilidad.

Teoría normativa. A este punto es conveniente tomar algunas ideas de Cuello Calón, quien nos dice que ésta teoría, en resumen establece que la culpabilidad es un juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario al mandato por la ley. También dice que la culpabilidad esta íntimamente ligada a la antijuridicidad, ya que si no existe una conducta antijurídica no habrá culpabilidad. De lo anterior se desprende que el autor subordina en cierta forma la culpabilidad a la antijuridicidad, y basa ésto en una cita de Beling que dice: "el momento de la culpabilidad debe ser colocado después del de la antijuridicidad es cosa que no necesita prueba alguna. La culpa criminal sin obrar antijurídicamente no es una quimera"⁴⁸.

⁴⁸ Cuello Calón Eugenio. Op. Cit. p. 359.



"La culpabilidad, para la teoría normativa, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta solo representa el punto de partida. Teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa. Este camino necesario no agota la investigación del concepto de culpabilidad, pues determinados los motivos debe arribarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual habrá de probarse si teniéndose presentes los motivos y la personalidad del autor, le era exigible una conducta acorde con el derecho. La culpabilidad, en suma, consiste en un reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica"⁴⁹.

Por su parte, Von Weber dice que "Es culpable quien obra antijurídicamente, pudiendo haber obrado conforme a derecho"⁵⁰. Esta teoría observa no solo lo que acontece en la mente del activo, sino también verifica el impacto obtenido en el mundo material y jurídico, siempre tomando como punto de referencia a la norma, con relación a la transgresión de esta misma, que significara la antijuridicidad, a efecto de reprochársela al autor y comprobar si éste pudo haber actuado conforme a lo establecido por el derecho o no (se le reprocha).

Esta situación, sin lugar a duda da mayor seguridad que la pura Teoría Psicologista, puesto que la valoración subjetiva que se le formule, parte del juicio de reproche que se le haga, el que será basado en la propia ley que establece el bien jurídico protegido, es decir, que a través del juicio habría podido haber exigido otra conducta distinta que no fuera contraria al derecho.

⁴⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 367.

⁵⁰ Jiménez de Asua, Luis. Op. Cit. p. 159.



Coincidimos con lo que opina Luis Jiménez de Asúa, quien dice que:

"La concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es, un juicio, y al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia"⁵¹.

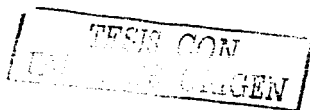
Desde nuestro punto de vista ambas posturas, tanto la psicologista como la normativista son válidas, ya que más que contraponerse se complementan, puesto que la primera impulsa a la otra, y le da un punto de referencia como lo es la intencionalidad para poder comenzar su estudio.

El psicologismo se conforma con la simple comprobación, de que el hecho psicológico (intención o negligencia) y su resultado exista o no en el mundo externo, sin valorar su contraposición con la ley.

En cambio, la teoría normativa "admite gradaciones. La culpabilidad se gradúa no sólo conforme a las especies que la integran, sino de acuerdo a los motivos y al carácter. Por eso las llamadas circunstancias agravantes y atenuantes son causas de más o de menos grados de culpabilidad, y no dan origen a las gradaciones de la pena, aunque en ella se refleja que ésta es la consecuencia de la responsabilidad que tiene como presupuesto la culpabilidad"⁵².

⁵¹ Ibidem. p. 164.

⁵² Ibidem. p. 177.



Creímos conveniente revisar las dos tesis, en virtud de que como veremos más adelante, será indispensable comprender el elemento subjetivo de la culpabilidad, pues éste será el punto que nos permitirá distinguir sin problema el delito de fraude.

A continuación, con el objetivo de ampliar más aun este tema de la culpabilidad y las corrientes que la intentan estudiar, vemos que también es útil estudiar otra de las teorías, denominada teoría finalista, que fue creada en Alemania por el autor Hans Welzel, que intenta revolucionar totalmente la estructura del delito, basándose en la finalidad del agente al desplegar su conducta.

Hans Welzel dice: que para verificar la culpabilidad del acto debemos de seguir su intención, su finalidad, y si ésta es contraria a los principios jurídicos, visto así por la valoración hecha por la sociedad, habrá una conducta culpable. Divide los actos en dolosos, que son auténticas acciones finalistas que desde su preparación buscan su objetivo (fin), y culposos que son un acontecimiento "causa ciega"; pueden y deben reputarse "acción" de la misma forma, ya que su efecto es "evitable finalmente"; lo que significa que éste autor afirma que el dolo será un elemento de la acción o más aun de lo injusto. En relación a la valoración que se haga del acto desplegado, dice que éste ha realizado el acto porque lo considera justo y beneficioso o útil para él, y que esa conducta se valúa también por la comunidad, que será la que podrá definir si un acto es jurídico o antijurídico.

La "valoración subjetiva del acto por el autor y la valoración objetiva por la comunidad, constituye el fundamento del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reproche de culpabilidad"⁵³, lo que significa que la diferencia de la Teoría Normativista, es que en la finalista existen dos o más valoraciones para poder definir si el acto es un delito o no, mientras que en la norma sólo una, la que busca la contraposición con el derecho.

Esta teoría finalista presenta una problemática, ya que ésta dice que el dolo deja de pertenecer a la culpabilidad, y que dicho dolo pertenece a la acción, y es así como formará su "elemento subjetivo". En relación a la culpa, a ésta no la define con claridad, ya que ésta teoría no ha podido especificar con los "grados de culpabilidad" en los que podría incurrir el sujeto activo, por lo que el problema se acentúa aun más, sobre todo tratándose de los delitos culposos, toda vez que no encuentran adecuada cabida en la Teoría en estudio.

En relación a esta problemática, es acertada la observación hecha por Luis Jiménez de Asúa, quien dice que "Hay aquí, como en casi todos los problemas que la culpabilidad suscita, un equivoco originado por la expresión alemana Vorsatz, entendida como dolo, pero que realmente significa intención. Que el acto sea intencional no dice aún nada y no destruye su aspecto natural. Yo tengo intención de hacer un viaje, de realizar un libro y también de apalear a un enemigo. Todo es intención, puro concepto natural. En este sentido no hay inconveniente en decir que el "fin intencional -si se quiere hablar de fin- pertenece a la acción; pero lo que eleva esa intención a la categoría de dolo es el juicio de culpabilidad, que al referirse al proceso psicológico de "intención" o "negligencia", eleva con su enjuiciamiento, a dolo o a culpa el

⁵³ Ibidem. p. 199.

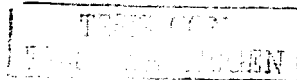


mero acto intencional o negligente. El dolo, es, por ende, una especie de la culpabilidad y a ella forma parte⁵⁴. Es decir, que el dolo no puede formar parte de la acción, toda vez que éste no refiere la conducta desplegada por el agente, sino que significa el juicio que se le hace al momento de realizar ésta, es la valoración dentro de su mente en el sentido de si el acto que está realizando va en contra de la norma, de donde se podrá discernir si esta conducta le podrá ser reprochable en el sentido de que si pudo actuar de otra manera.

Hemos analizado las tres teorías más importantes en relación a la culpabilidad, y vemos que en el caso del Psicologismo, desde nuestro punto de vista ésta es útil, pero también es incompleto, puesto que sólo se preocupa de la relación que existe entre el actor y el resultado obtenido, es decir, que no existe una adecuada valoración en relación al grado de resultado producido por la conducta. En el caso del norvativismo, desde nuestra perspectiva es la teoría acertada, toda vez que si partimos de la concepción de que Culpabilidad jurídico penal, es la responsabilidad del autor por su acto antijurídico, ya que esta teoría se fija, más que en la relación existente entre el sujeto activo y su resultado en el mundo material y formal, en contradicción con la norma jurídica, y así reprochársele al agente si éste se encontraba en la posibilidad de haber realizado otra conducta distinta, conforme al régimen jurídico.

Con relación a la teoría finalista, desde nuestro punto de vista es por demás interesante, puesto que utiliza como base, sobre todo para los delitos de carácter doloso, la finalidad

⁵⁴ Ibidem. p. 202.



con la que el actor realiza su acto, es decir, si éste efectúa una conducta con el fin determinado. El problema se encuentra al momento de decirnos que el dolo deja de ser parte de la culpabilidad para ser parte de la acción (conducta), lo que le quita a la propia culpabilidad su carácter de reproche culpable, que busca establecer el grado de culpa del sujeto activo.

También cuando se nos dice que debe de haber dos valoraciones, una del actor al efectuar su acto y otra de la sociedad, esto enreda más las cosas, toda vez que sería más fácil tan sólo confrontar - como lo dice la teoría normativa - la conducta desplegada con la norma y verificar si el actor se le podría exigir otra clase de conducta distinta que no violentara la norma.

Ahora bien, nosotros coincidimos con la Teoría Normativa, puesto que es la que a nuestro juicio nos permite distinguir con claridad una conducta delictiva de otra que no lo es, ya que su punto de partida y de comparación es muy claro, en virtud de ser la propia ley. No obstante, creemos que la teoría finalista no es del todo descabellada, al manejar como punto de referencia la finalidad que busca el actor al momento de desplegar su conducta, con excepción de un argumento en el estudio de que el dolo se encuentra fuera de la propia culpabilidad.

Así, queremos aclarar que a lo largo del presente trabajo hablaremos de la finalidad de la conducta, en relación a la identificación del dolo penal y de su exclusión de otras clases de conductas, pero eso no quiere decir que estemos manejando la teoría finalista, sino la normativa, sólo que utilizaremos esa

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

palabra para identificar claramente la antijurídica intención del agente y así establecer de qué clase de conducta se trata: penal o no penal.

1.4.2.- FORMAS DE LA CULPABILIDAD

En este sentido, encontramos que el elemento subjetivo de la culpabilidad adquiere dos formas, las que veremos a continuación:

A) DOLO

Luis Jiménez de Asúa dice que existirá dolo cuando "se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conciencia de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica"⁵⁵, lo que se entiende como la voluntad de obrar antijurídicamente.

Cuello Calón lo define de la siguiente manera: "El dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso"⁵⁶.

Carrara manifiesta que "el dolo se define como: la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley". Al respecto Ferri dice que la definición

⁵⁵ Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*, Hermes, México, 1989. p. 365.

⁵⁶ Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. p. 371.

de Carrara no es⁵⁷ completa, en el sentido de que "debería de ser más explícito al afirmar la voluntad como elemento del dolo, y por otra tener en cuenta el fin, que es el resultado práctico por razón del cual el delincuente quiere cometer un hecho con intención delictiva"⁵⁸.

En la legislación vigente, específicamente en el Código Penal para el Distrito Federal, nos dice que existen delitos dolosos y delitos culposos, definiendo a los primeros de la siguiente forma: "obra dolosamente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley".

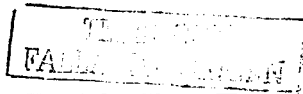
Para concluir con este punto, el dolo consiste en el actuar voluntario y consciente, dirigido a la producción de un resultado antijurídico y típico.

ELEMENTOS DEL DOLO

Para abordar este tema, tomaremos en cuenta la opinión de Castellanos Tena, quien señala que existen dos elementos dentro del dolo: el ético y el volitivo, mismos que analizaremos a continuación:

En relación al elemento ético, éste se encuentra constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. En relación al elemento volitivo, consiste en la voluntad de efectuar la conducta.

⁵⁸ Estrada Vélez Federico. *Derecho Penal*, 2ª Ed. Temis. Colombia, 1986, p. 289.



CLASES DE DOLO

Existe gran diversidad de clasificaciones, pero en este caso veremos las que son más adecuadas para el delito en estudio, que es el fraude penal.

1. - Dolo Directo: Este se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente. Es decir, que el actor ha previsto y ha querido el resultado directo de su acción u omisión.
2. - Dolo Eventual: Se da cuando el agente prevé como lo posible el daño y no obstante, ejecuta el hecho aceptando tales consecuencias.
3. - Dolo Indeterminado: Se da cuando el actor tiene una intención de delinquir, pero sin promotores causar un daño especial.
4. - Dolo Directo de 2°. Grado: Es posible que no queramos algún resultado, pero si lo deseamos va irremediamente unido a otro resultado. Aunque no lo queramos, al final de cuentas se produce.

Esta clase de dolo se puede llegar a confundir con el mismo dolo eventual, y la diferencia radica en que en el primero la producción del resultado es irremediable, y en el segundo caso la producción del resultado se da de forma aleatoria.

B) CULPA

La culpa es en una de las formas de culpabilidad, la que existe cuando "alguien obra sin intención y sin la diligencia debida, y se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley"⁹⁹. Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado, que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

ELEMENTOS DE LA CULPA

Para que se constituya la culpa se requiere de dos elementos que son:

- 1) Una acción u omisión voluntaria aunque no intencional.
- 2) Que el actor haya ejecutado el acto sin tomar las precauciones necesarias para evitar el resultado perjudicial.

1.4.3.- TENTATIVA

En los delitos llamados dolosos, es indispensable que el actor siga los lineamientos o pasos que van desde la ideación hasta su término con la ejecución, es decir, que siga el proceso del "Iter-Criminis", tanto en sus fases internas como externas.

El delito necesariamente requiere de los elementos internos como la idea, la deliberación y la resolución; asimismo

⁹⁹ Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. p. 393.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

requiere de un comienzo de exteriorización, preparación y ejecución.

1.4.4.- INCULPABILIDAD

Zamora Pierce dice que:

"La culpabilidad supone la presencia de conocimiento y voluntad del delincuente. La falta de cualquier de ambas impide el nacimiento de la culpabilidad y por ello, el delito no se integra; la ausencia de culpabilidad es llamada por la doctrina inculpabilidad, y sus causas son el error y la no exigibilidad de otra conducta"⁶⁰.

El error es la falta de adecuación de lo que se cree con lo que sucede en la realidad material. De esta manera, la clase de error que puede dar lugar a una causa de inculpabilidad, es el error de hecho esencial invencible, pues si éste fuera vencible caeríamos en un delito de naturaleza culposa. Al respecto, Zamora Pierce dice "que no puede darse en el delito el error de hecho, aun cuando sea esencial, si es vencible; en cambio, si es invencible produce el delito efectos impositivos del nacimiento de la culpabilidad"⁶¹.

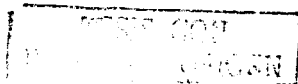
En relación a la no exigibilidad de otra conducta, algunas corrientes consideran que es una de las causas de inculpabilidad, que se presenta cuando el actor, no obstante que realizó una conducta típica, existen ciertas circunstancias

⁶⁰ Zamora Pierce, Jesús. (*El Fraude en el Derecho Positivo Mexicano en la Jurisprudencia y en la Doctrina*). Op. Cit. p. 77.

⁶¹ *Ibidem*. p. 77.



que le impiden realizar alguna otra conducta. Estas causas de inexibilidad de otra conducta (según cita Zamora Pierce) son: la vis compulsiva ó violencia moral, el estado de necesidad cuando los bienes en conflicto son de igual entidad, el encubrimiento entre parientes, el aborto honoris causa y el aborto por causas sentimentales, siendo que de estas causas la única que se puede presentar en el delito de fraude es el encubrimiento entre parientes y quienes estén ligados por amistad, gratitud y demás establecidos en el Código Penal.



CAPÍTULO II

ELEMENTOS DEL DELITO DE FRAUDE

2.1.- BIEN JURÍDICO TUTELADO

El Título Décimo Quinto, el cual lleva por rubro "Delitos contra el patrimonio".

De donde desprendemos que para el Estado el patrimonio en lo particular y las operaciones comerciales en lo general, son aspectos importantes a vigilar, toda vez que de su buen funcionamiento depende también el buen desarrollo de la propia sociedad.

Es obligación del Estado y preocupación de la sociedad, el mantener cualquier clase de actitud humana. Lejos de conductas desviadas que se contraponen a todo aquello, que en lugar de perfeccionar el buen desarrollo de la vida comunitaria, atenten contra sus propios principios.

El concepto de patrimonio tiene su origen en el derecho civil, entendiéndose como patrimonio la universalidad de derechos y obligaciones de índole económico y estimación pecuniaria de una persona. El sentido del patrimonio, desde el punto de vista penal, tiene un sentido distinto y una mayor amplitud que en el derecho privado, ya que también se toman aquellas cosas que no tienen valor económico, resultando que lo que se protege no son

sólo las pertenencias de las personas, sino también el derecho de posesión.

Además, el matiz que reviste la tutela por parte del derecho penal, es distinta a la que presenta el derecho civil, puesto que el primero buscará reprimir todas aquellas conductas que atenten no tan solo contra el particular afectado (ofendido), sino a las conductas que atenten contra el propio Estado, es decir, que el legislador no consideró igual y de la misma gravedad, una conducta dolosa desde el punto de vista civil, por la que se induce a uno de los contratantes a creer algo que no es, a una conducta dolosa desde el punto de vista penal, que va en contra del derecho, pero con la exclusiva finalidad de quien realiza la conducta de aproximarse un beneficio patrimonial, el que traerá un decremento de la esfera patrimonial del ofendido.

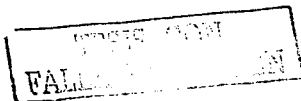
Al respecto, vemos que el interés del Estado de tutelar a través de la ley penal, el patrimonio de las personas, viene desde los pueblos antiguos que se preocuparon en tutelar la honestidad de las relaciones comerciales, y evitar en ellas la alteración de la calidad de pesas y medidas, el cobro de un precio mayor al debido. Es decir, que la objetividad jurídica tutelada en el delito de fraude es el patrimonio, en virtud de que como lo dijimos antes, existe en la comunidad un interés jurídico, en el sentido de que las relaciones económicas donde está en juego el patrimonio de las personas o del propio Estado, se desarrollen libres de engaños, maquinaciones y artificios, que busquen el enriquecimiento ilegítimo, a costa del menoscabo en la esfera patrimonial de las partes o de algún tercero.

Desde nuestro punto de vista, el delito de fraude representa una de las figuras delictivas, aunque no la más importante, puesto que cada delito tiene su lugar en el Código Penal para el Distrito Federal, si representa la etapa histórica por la que nos encontramos atravesando, así como el bien jurídico que tutela, representa una de las inquietudes más antiguas de la humanidad, que refiere a que los actos de comercio o de negocios se lleven a cabo de manera limpia.

Al respecto, Eugenio Cuello Calón dice que: "El interés aquí protegido es el conjunto de bienes jurídicos comprendiendo el concepto genérico de propiedad. Y no sólo la propiedad mueble sino también el inmueble, que a diferencia que el hurto y del robo, puede ser objeto de la estafa"⁶²

Pavón Vasconcelos dice que "El objeto jurídico del delito queda identificado plenamente por el bien jurídico tutelado por la norma prohibitiva y no es otro que el patrimonio... La lesión patrimonial es normalmente correlativa ante la jurídica ventaja (lucro indebido) obtenida por el autor del hecho, concepto de claro contenido económico por cuanto atiende, exclusivamente, al valor de esa índole, que lesiona el patrimonio. No obstante, consideramos necesario admitir que no todo lucro indebido implica disminución en el activo patrimonial de la víctima, aunque si impide su lícito acrecentamiento. Por ejemplo, si alguien mediante engaños logra reunir el pago de una prestación recibida obtiene un lucro indebido, no disminuye de hecho el caudal patrimonial del pasivo, más si impide,

⁶² Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. p. 915.



incuestionablemente, el enriquecimiento a que éste tiene derecho, lo cual equivale, sin duda, a un daño patrimonial"⁶³.

Observamos que al igual que se van desarrollando las sociedades, también se desarrollan las actividades económicas, puesto que el nivel cultural de la población va siendo distinto, así como los avances tecnológicos serán cada vez más y con mayores alcances, además de la sobrepoblación y la extrema miseria que se vive día con día y el índice delictivo en relación a los delitos violentos que como el homicidio ó el robo con violencia han aumentado; sin embargo, sorprendentemente vemos que los llamados delitos de "Cuello Blanco" como el abuso de confianza y el fraude en sus distintas modalidades, también han aumentado, pero no sólo en incidencia, sino también en complejidad en relación con los matices que toman los medios de comisión.

Cabe agregar que para que exista una conducta considerada como típica, respecto al delito de fraude penal, ésta deberá resultar de que el actor se haga ilícitamente de algo o alcance un lucro indebido, lo que deberá traer aparejado un daño en el patrimonio del sujeto pasivo, para lo cual es acertado verificar el patrimonio de la víctima, antes y después de haberse dado el hecho, puesto que si se acredita que el patrimonio ha disminuido a causa de la conducta desplegada por el actor, entonces podremos hablar del delito de fraude.

⁶³ *Ibidem.* p. 167.

2.2.- ELEMENTOS DEL FRAUDE

Después de revisar la Teoría del Delito, y analizar los elementos del delito en general, ahora corresponde introducirnos con mayor claridad al delito de fraude, por lo que procederemos a describir la conducta tipificada en la ley penal, y desmembraremos sus elementos, los que estudiaremos en particular, con el objeto de ampliar conjuntamente ésto y lo ya revisado en la Teoría del Delito, y así estar en la posibilidad de distinguir el fraude penal adecuadamente.

El artículo 230 del Código Penal del Distrito Federal, define el delito de fraude de la manera siguiente:

"Al que por medio del engaño aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propia o de un tercero".

De lo anterior se desprende que el delito de fraude está integrado por distintos elementos, para lo cual creemos indispensable estudiar uno a uno, con el objeto de poder comprender y saber utilizar en el caso particular la Teoría del Delito; toda vez que el fin de nuestro trabajo es simplemente observar, analizar y entender los elementos que integran el delito en estudio, así como sus raíces en la Teoría General.

Los elementos del fraude penal, son los siguientes:



2.2.1.- EL ENGAÑO Y EL APROVECHAMIENTO DEL ERROR

En relación a este punto, vemos que constituye el primer elemento de la Teoría del Delito, siendo la conducta o hecho, además de que el engaño o aprovechamiento del error contienen en sí el elemento subjetivo del delito, constituido por la intención delictuosa de emplear el engaño de la víctima, para hacerse de una cosa u obtener un lucro indebido.

"El engaño o aprovechamiento del error, deben ser la causa eficiente productora de la entrega voluntaria que el sujeto pasivo del delito haga de la cosa usurpada"⁶⁴.

Al respecto existen dos hipótesis, ya referidas y que son el engaño y el aprovechamiento del error, y aunque ambas refieren el elemento de conducta, no son iguales, por lo que creemos conveniente analizar cada uno por separado.

a) EL ENGAÑO

El diccionario de la Real Academia Española, define la palabra engaño como: "Acción o defecto de engañar"⁶⁵, y engañar, el mismo diccionario define como: "Dar a la mentira apariencia de verdad. Hacer caer en un error"⁶⁶.

Inequivocadamente el engaño significa la acción de hacer caer en el error a cualquier persona, pero a lo largo de este punto observaremos como, el engaño en el delito de fraude, no se refiere sólo a esto sino que deberá de reunir requisitos

⁶⁴ Moreno de P., Antonio. *Curso de Derecho Penal Mexicano*, Ed. Jus, México, 1944, p. 96.

⁶⁵ García Pelayo y Gross, Ramón. *Nuevo Diccionario Enciclopédico Larousse Ilustrado*, Tomo I. Ediciones Larousse, México, 1999, p. 299.

⁶⁶ *Gran Diccionario Omeba*. Tomo IV. Segunda Impresión. Ed. Boligrafica, Argentina, 1969.

indispensables, para que éste como conducta sea típica y pueda ser la base de la conducta delictiva.

Al respecto el autor Jesús Zamora Pierce dice que "el engaño es la falta de la verdad en lo que se dice o en lo que se hace"⁶⁷.

Por su parte Mariano Jiménez Huerta dice que esta conducta:

"Encierra una concreta y adecuada potencialidad psíquica causal para sumergir a otro en un error y despertarlo en una creencia ilusoria, es decir, que se trata de un engaño idóneo para hacer caer al pasivo, de donde debe resultar que este además de que se encuentre inmerso en una falsa apreciación de la realidad, también debe el sujeto pasivo efectuar el acto de disposición patrimonial"⁶⁸.

"El engaño constituye una mentira dolosa (lo que vimos antes) cuyo objeto es producir en la víctima una falta representación de la verdad. Debe ser idóneo para producirla en la persona del tipo medio intelectual, o sea, que debe ser bastante para vencer la incredulidad del pasivo"⁶⁹.

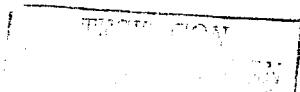
Asimismo, Francisco González de la Vega, dice que "Es la actividad positivamente mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falaz -error- al sujeto pasivo"⁷⁰.

⁶⁷ Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. p. 35.

⁶⁸ Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. T IV. p. 155.

⁶⁹ Carranca y Trujillo, Raúl, Carranca y Rivas, Raúl. *Código Penal Anotado*, 12ª. Ed. Porrúa, México, 2003, p. 873.

⁷⁰ González de la Vega, Francisco. *Código Penal Comentado*, 10ª. Ed. Porrúa, México, 2002, p. 486.



De esta forma, vemos que el activo en el fraude penal deberá de actuar engañando, cuando se trate de la primera hipótesis del engaño, lo que engendrará o reforzará un convencimiento o un sentimiento erróneo, e ilusoriamente el actor determina al pasivo a la realización de la disposición patrimonial. Lo que se puede hacer sobre la inteligencia o sobre los sentimientos, que a fin de cuentas determinará y llevará a que el ofendido se desprenda del bien o el lucro, trasgrediendo la esfera económica, que será disminuida.

Desde nuestro personal punto de vista, entendemos por engaño en el delito de fraude, la conducta delictiva desplegada por el actor, encaminada a sumergir al pasivo en una falsa apreciación de la realidad, con la finalidad de que éste realice un acto de disposición patrimonial, y así el sujeto activo se haga ilegalmente de una cosa o dinero, que traerá como consecuencia que interrumpirá directamente la esfera patrimonial del ofendido.

El engaño, como actividad de dar a la mentira apariencia de verdad, puede tomar distintos matices, según se los dé el engañador, a fin de que el pasivo caiga en la falsa apreciación de la realidad como promesas u ofrecimientos, los cuales el actor, desde el momento que los está realizando, sabe perfectamente que nunca se materializarán; sin embargo, por el contrario, el activo obtiene un beneficio propio, engañando en todo momento al pasivo.

Como ejemplo podemos establecer en el momento en que un persona le pide prestado una cantidad de dinero a otra a un plazo de seis meses, una vez obtenido el dinero, el activo, que se convirtió en acreedor se propone maliciosamente no devolverle

REVISADO
ELABORADO
GEN

su dinero, y sólo le manifiesta que se lo devolverá en el plazo fijado, junto con los intereses que pacten las partes, firmando para tal efecto un pagare, en el transcurso del tiempo el deudor, sabe que no tendrá forma de pagarle la cantidad que el acreedor le preste de buena fe, y con el conocimiento de que el acreedor puede reclamarle el pago legalmente, y hasta incluso embargarle sus bienes, el defraudador, o sea el deudor principal, junto con sus cómplices realizan de la misma forma un juicio ejecutivo mercantil, el cual le dan velocidad para poder embargar los bienes del defraudador y con esto en el momento que el verdadero acreedor quiera hacer valer su derecho al deudor la cantidad que se le adeuda, está se le niega, y tiene que ejercer la vía legal y cuál es su gran sorpresa al momento de reclamar su dinero o su derecho por la vía judicial, se da cuenta que el bien o los bienes que pueden garantizar la deuda, se encuentran embargadas y que si quiere que se le pague, tendrá que formarse en el remate, y mas aun tener la esperanza de que el monto de lo rematado alcance para pagarle a todos los acreedores, existiendo de esta forma el engaño en que se encuentra el pasivo, y el defraudador se vale de esto para evadir su obligación, y con esto obtiene un beneficio propio.

Con base en el ejemplo anterior, es necesario retomar los elementos que nos señala la Teoría del Delito, en la postura pentatomica, y que son: la conducta, el tipo y la antijuridicidad, la culpabilidad y punibilidad, con el fin de comprender mejor la estructura y las raíces del fraude penal.

En primer término, el fraude penal se inicia con el propio engaño pero con sus propias características, ya que debe de contar con un fin determinado que sólo la ley penal exige, y refiere el antijuridico resultado, siendo éste elemento el

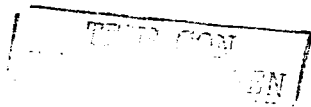


pivote o motor que da vida al delito en estudio, puesto que contiene en sí, casi en su totalidad, los elementos necesarios para que una conducta sea considerada como delito o no.

No obstante que para que el engaño pueda ser típico, debe también de concurrir alguno de los otros elementos que la propia ley señala, como son: hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido, que deberán arrojar el daño patrimonial, así como el nexo causal, que refiere que el resultado debe ser producto de la conducta realizada, en el propio engaño podremos encontrar implícitamente a los elementos de la antijuridicidad y la culpabilidad, misma que siempre estará representada por el dolo penal.

Con lo anterior queremos decir que es indispensable analizar a fondo la conducta desplegada, consistente en el engaño, ya que si está no fuera realizada dolosamente contra derecho, buscando violar y atentar contra el bien jurídico protegido por el tipo penal, por más que se reúnan los otros elementos que mencionamos, no será una conducta típica.

Con lo anterior podemos establecer que el engaño es una conducta, toda vez que es un comportamiento voluntario, desplegado por el autor del delito (de carácter positivo); típico, puesto que cuya hipótesis se encuentra perfectamente establecida en la ley; antijurídica, puesto que atenta contra el bien jurídico protegido por el orden de derecho y por el tipo penal y, culpable, representado este elemento por el dolo penal, en virtud de que debe de existir el juicio de reproche que se hace al actor, ya que en su mente se efectuó la representación de que el resultado será dañino, producto de su



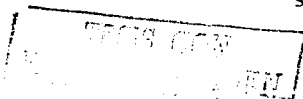
conducta, y no obstante que lo sabe, decide hacerlo con pleno conocimiento.

Después de haber encuadrado y comparar brevemente los elementos del fraude penal, en los elementos que establece la Teoría General del Delito, vemos que en el caso concreto que estudiamos, el engaño en el fraude deberá tener una finalidad específica, que constituye la antijurídica voluntad de violar el derecho, consistente en obtener el beneficio patrimonial, ya sea en dinero o en especie (posibilidades que la ley abre), pero perjudicando siempre en su esfera económica al agraviado.

Es en esta finalidad, donde debemos de encontrar el matiz de una conducta dolosa y antijurídica, puesto que el dolo del actor consistirá en el elemento volitivo, cuya finalidad será la de violar la ley (antijurídico y doloso), y hacer daño al sujeto pasivo con el objeto de tener algo de éste, no obstante que se le perjudicará en cuanto a su patrimonio.

Con lo anterior, podemos decir que en el delito en estudio, no basta con un engaño que solamente traiga como objeto desvirtuar la realidad ante los ojos de alguna persona, con el fin de que ésta caiga en cualquier tipo de error, sino que necesariamente la finalidad de la voluntad que mueve la conducta desplegada en el engaño, deberá consistir en alcanzar una ventaja patrimonial ilegítima, que traerá el perjuicio directo al sujeto pasivo. Si la finalidad fuera otra, quizá nos encontraríamos ante una conducta típica.

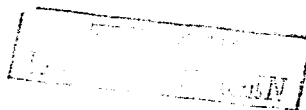
Así para que la conducta de engaño pueda ser base del fraude, debe de traer inmersa una finalidad dolosamente antijurídica, la que en el caso concreto es de hacerse un lucro. También



vemos, en el mismo nivel de importancia, que el dolo o representación del resultado, causa de la conducta que el activo desplegó (juicio de reproche), debe de efectuarse desde un inicio, antes de que el pasivo realice el acto de disposición patrimonial, toda vez que éste acto debe ser causa del engaño mal intencionado, es decir, que si la intención de hacerse de un lucro ilegítimo, transgrediendo la norma se presentara después de esto; no habrá, desde nuestro punto de vista, un fraude genérico, sino que estaríamos en presencia de algún otro tipo, si así lo amerita el caso, como es "La administración Fraudulenta", "El abuso de Confianza" o el "Robo de Uso", etc., al no existir un nexo de causalidad entre la conducta desplegada y el resultado obtenido.

En resumen, después de haber analizado la definición gramatical de la palabra engaño, vemos que éste debe de ser entendido de manera distinta en el delito de fraude, puesto que la conducta que éste tipo exige, en que sí debe de ser engañosa, teniendo que estar revestida de dolo, dirigido a que la conducta de engaño debe de traer como motor la voluntad de obtener un fin determinado como una ganancia económica de cualquier índole por parte del activo, lo que en circunstancias normales o por los medios lícitos no podría obtener, decidiendo actuar en contravención de la norma (antijurídicamente), en perjuicio del pasivo y del orden legal.

De esta manera hemos tratado el elemento engaño, desde un punto de vista práctico, intentando utilizar lo ya estudiado y ya establecido, con la finalidad de comprenderlo mejor sin necesidad de caer en las controversias en las que el propio tema nos hace incurrir.



b) EL APROVECHAMIENTO DEL ERROR

Aprovecharse refiere a utilizar a usar, y la palabra error significa "concepto equivocado o juicio falso", es decir, la falsa creencia de la realidad en la que se puede encontrar cualquier persona, donde no hay concordancia entre el mundo fáctico y lo que se cree.

El autor Antonio de P. Moreno dice que "Este error debe ser aprovechado por el sujeto activo del delito. Debe, pues, el sujeto activo del delito, aprovechar el concepto equivoco que las cosas tiene el sujeto pasivo del delito. Para eso, se dará cuenta de ese falso concepto o de esa apreciación equivocada. En ocasiones la fomentará. En otras lo complementará, solamente, y aprovechará la ocasión propicia para emplearlo como medio para lograr su acción lesiva en contra del patrimonio"⁷¹.

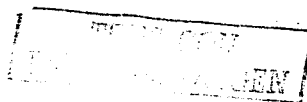
Jesús Zamora Pierce dice que "El pasivo esta en error cuando cree cierto lo que es falso, cuando se forma una representación mental que no corresponde a la realidad"⁷².

Francisco González de la Vega dice que el aprovechamiento del error significa la "Actividad negativa consistente en que el autor, conociendo el falso concepto en que se encuentra la víctima, se abstiene de hacérselo saber para realizar su finalidad patrimonial desposesoria"⁷³.

⁷¹ Moreno de P., Antonio. Op. Cit. p. 96.

⁷² Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. p. 486.

⁷³ González de la Vega, Francisco. Op. Cit. p. 486.



Cabe recordar, que cualquier delito para que lo sea, debe de estar integrado entre sus elementos por una conducta. En el caso del fraude, ésta puede consistir en dos hipótesis: en una conducta positiva, y en el aprovechamiento del error, que se traduce en una conducta pasiva, la que, en el caso del delito de fraude deberá traer necesariamente un resultado material. Es decir, que con el no hacer algo, simplemente utilizar la falsa apreciación de la realidad en que se encuentra el sujeto pasivo, con el fin de que éste, en el estado de desadecuación de sus creencias con lo que en verdad sucede en el mundo externo, realice un acto de disposición patrimonial a favor del activo, arrojando como resultado el incremento del patrimonio del activo en perjuicio.

Para complementar lo anterior, en un principio vimos que existen conductas que podrían constituir cualquier clase de delito como los de hacer, es decir, las de comisión, pero que también existían conductas de no hacer, es decir, de omisión simple o propia, en las que con el simple no hacer se estaba violando la norma; sin embargo, existen otros tipos como los delitos que exigen para su constitución un resultado material, que se denomina de comisión por omisión u omisión impropia. En estos delitos la conducta omisiva debe de producir un resultado material, resultando así violadas una norma preceptiva y otra prohibitiva. Es decir, "De manera que el sujeto activo del delito no asume simplemente la actitud pasiva de no convencer de su error de apreciación al sujeto pasivo del mismo. Sino que se aprovecha de ese error, para obtener, con el acto positivo que realiza cerca del sujeto pasivo, o paciente del delito, que éste le haga entrega voluntaria de la cosa; o realice el acto

RECEIVED
FEB 10 1961
FBI - WASHINGTON

que redundan en lucro indebido que el agente del delito obtiene"⁷⁴.

El aprovechamiento del error que nos encontramos estudiando, es distinto al que se aprecia en derecho civil, donde la ley lo denomina como la mala fe, siendo distinto puesto que para que esa conducta negativa (de no hacer), de aprovechar la falsa apreciación de la realidad en que se encuentra el otro sea típica, requiere que traiga inmersa una intención dolosa, una finalidad de violar el precepto legal (antijuridicidad) y de obtener un fin determinado (hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido), que sólo el propio tipo señala y sanciona como delito.

Es decir, que el aprovecharse de un error en el fraude penal, deberá traer aparejada la intencionalidad dolosa que consiste en el juicio de reproche que se hará al activo, en el sentido de que en su mente se represente el resultado, y no obstante que viola el precepto legal y el bien jurídico protegido del patrimonio, decide hacerlo, efectuando su conducta. En este caso, de no hacer algo y abstenerse para obtener el mal habido beneficio, sin importarle que no le corresponda que con ello violenta la esfera patrimonial de su víctima, también violentará la norma penal.

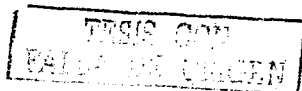
Con base en lo anterior mostraremos un ejemplo en relación a la inmovilidad del agresor: El sujeto activo tiene invertido su dinero en una Institución Bancaria con el número de cuenta 4747, con la cantidad de \$ 10,000.00, pero otra persona también tiene su dinero en el mismo Banco, aunque con el número de

⁷⁴ Moreno de P., Antonio. Op. Cit. p. 97.

cuenta 4744, quien deposita la cantidad de \$ 100,000.00. La empleada que maneja la computadora de los depósitos, por equivocación, en vez de teclear el número 4744 teclea el del sujeto activo, es decir, el número 4747, y sorpresivamente le aparece al agente, en su próximo estado de cuenta, la cantidad de \$ 110,000.00, de la que puede disponer, puesto que aparece en su totalidad como propia y el banco así lo tiene registrado en sus estados financieros, por lo que el activo se presenta en la institución de crédito, y en lugar de avisarle al gerente de esa falta de apreciación de la realidad en que se encuentra el banco, se aprovecha con el ánimo de lucrar (obtener una ventaja en su patrimonio) del error en que se encuentra (conducta omisa), realizando varios retiros de dinero e invirtiendo otra cantidad en diversos planes de financiamiento como la compra de un inmueble y un vehículo (conducta de comisión), como si el numerario con el que efectuó estas operaciones fuera de él, no obstante que no es así.

A pesar que el activo sabe que el dinero no le corresponde, y que debe hacerle saber a su propietario esta situación, se presenta en el banco y aprovecha la falsa creencia en que se encuentra éste con el ánimo de obtener una ventaja patrimonial, efectuando las operaciones financieras a su favor, no obstante que con su omisión (no hacerle saber) por una parte, y su comisión, por otra (efectuar las operaciones a su favor), está transgrediendo la norma y el bien jurídico protegido (conducta típica y dolosa).

Así, simplemente se aprovecha del error, de cualquier índole, pero éste no tiene como resultado el previsto por el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, sino que quizá se haga con otros fines, donde estaremos en presencia de una



conducta de cualquier otra naturaleza, como lo dijimos en el caso del engaño, pero nunca en una conducta típica.

Con ello queremos decir, en primer término, que sin lugar a duda, puede en el fraude haber una conducta dolosa (mal intencionada) de abstención o de no hacer. Para que esta abstención pueda ser típica o que se adecue a la hipótesis señalada en la ley, debe de traer como motor una voluntad de obtener un resultado que sólo el propio tipo señala, consistente en obtener cualquier clase de beneficio patrimonial mal habido, perjudicando con ésto el patrimonio del sujeto pasivo, quien en este caso no fue engañado, y no se infundió en él una falsa apreciación de la realidad, sino que se utilizó esa en la que él mismo se encontraba inmerso.

En el presente inciso de este capítulo, hemos visto las dos hipótesis que establece el Código Penal para el Distrito Federal, que refieren al elemento conducta para la Teoría General del Delito; las que al haberlas estudiado de manera concreta y siguiendo una metodología personal, vemos que por sus características y peculiaridades que representan, constituyen ya sea una o la otra el pivote del delito de fraude genérico. Es en éstas donde podremos encontrar el dolo penal, que representa la desviada que mueve a violar la norma, para alcanzar la antijurídica finalidad del activo.

Como complemento del presente punto, el autor Jesús Zamora de la Pierce hace una distinción, que desde nuestro punto de vista es interesante, en el sentido de que no es lo mismo el error que la ignorancia. Así el "Error es un concepto equivocado, la ignorancia es la ausencia de todo concepto. Errar es saber mal;

ignorar es no saber"⁷⁵. Es decir, que para que alguna persona caiga en alguna falsa apreciación de la realidad, debe encontrarse en estado de conciencia y dotado de plena voluntad, que le permita discernir, y así permaneciendo en su falsa creencia efectuar el acto de disposición patrimonial, el que invariablemente será movido por éste.

2.2.2.- HACERSE ILÍCITAMENTE DE UNA COSA O ALCANZAR UN LUCRO INDEBIDO

Antes de comenzar a estudiar por separado cada una de estas hipótesis, vemos que son estas las que constituyen la multitudada finalidad que debe de mover a la conducta del activo, siendo estas hipótesis las que refieren la antijuridicidad de la propia conducta, especificada en el artículo 230 del Código Penal del Distrito Federal.

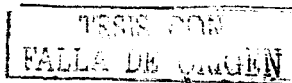
Pavón Vasconcelos señala:

"Que ambos términos son completamente innecesarios, pues los dos califican de antijurídico el resultado, siendo que lo antijurídico es esencia de todo delito (Teoría General del Delito), sin necesidad de que la ley lo declare expresamente en su texto"⁷⁶.

Sin embargo, no coincidimos con esta opinión, ya que aunque la antijuridicidad es elemento esencial de cualquier delito y se encuentra inmersa en él, en el caso del fraude penal, el tipo establecido en la ley debe de contener expresamente el

⁷⁵ Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. p. 93.

⁷⁶ Ibidem. p. 164.



resultado antijurídico, toda vez que este elemento especifica la finalidad que el defraudador al momento de efectuar su conducta persigue, lo que facilitará el distinguir un fraude penal de un fraude civil, ya que el tipo exige que el activo persiga este resultado, lo que excluirá todo acto que no busque cualquiera de los dos supuestos que constituyen las finalidades.

A lo largo de lo que se ha avanzado del presente capítulo, la conducta desplegada por el agente, debe siempre tener una finalidad que contrarie el derecho y el bien jurídico protegido (antijurídica), la que debe ir dirigida a un resultado específico que el propio tipo señala, y que puede consistir en hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido, puesto que si no se da ninguno de estos dos resultados establecidos en el tipo, no habrá una conducta que se adecue a la hipótesis de fraude genérico.

Por ello, es importante estudiar esta finalidad, ya que si en la mente del sujeto activo, al momento de ejecutar la conducta, no se representó como resultado el obtener malamente un beneficio de carácter patrimonial, no se darán los extremos de las hipótesis que exige el artículo 230 del Código Penal del Distrito Federal.

Asimismo, reiterando un poco y tomando en cuenta, brevemente, todo lo que hemos revisado hasta el momento, la conducta para que se considere como típica, debe de estar movida por una intención dolosa, que persiga un fin antijurídico cuyas hipótesis están establecidas en la norma penal, consistente en que con la acción (engaño) o abstención (aprovechamiento del error), el actor busque obtener el fin que se representó en su

mente, siendo la ventaja patrimonial a que hemos hecho referencia.

Por ventaja patrimonial, dice Schönke, se entiende "Toda modificación más favorable de la situación patrimonial, todo incremento del valor económico del patrimonio"⁷⁷.

Sobre este tema, el autor Mariano Jiménez Huerta dice: "La conducta engañosa determinada de la disposición patrimonial ha de tener por fin, obtener alguna cosa o alcanzar un lucro indebido. El daño patrimonial sufrido por el sujeto pasivo a consecuencia del engaño debe corresponder al enriquecimiento indebido del defraudador"⁷⁸.

A continuación estudiaremos por separado cada una de las hipótesis que establece la ley, con el objeto de comprenderlas mejor, ya que si no aparece ninguna de estas como finalidad de la conducta, no podremos hablar del delito de fraude.

Jesús Zamora Pierce, en relación al concepto de lucro, dice que:

"La disposición patrimonial efectuada por el engaño, deberá producir un perjuicio en su propio patrimonio o en el de algún tercero, y, correlativamente, un provecho en el patrimonio del engañador o en otra persona"⁷⁹.

⁷⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. p. 192.

⁷⁸ Ibidem. p.191.

⁷⁹ Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. p. 149.

a) HACERSE ILÍCITAMENTE DE ALGUNA COSA

Gramaticalmente la palabra ilícito significa "no permitido legal ni moralmente"; al respecto Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, dicen que ilícitamente significa: "El elemento normativo que refiere el dolo específico consistente en la conciencia y voluntad del agente de obtener su enriquecimiento patrimonial valiéndose de un medio operativo ilícito, indebido, ilegítimo"⁸⁰.

Francisco González de la Vega dice que hacerse ilícitamente de alguna cosa, refiere "Bienes corporales, de naturaleza física tanto muebles como inmuebles, por no establecerse limitación en el precepto"⁸¹.

Es decir, que el propio tipo penal abre el abanico de posibilidades, y no sólo se limita a que por medio del engaño o el aprovechamiento del error el activo se haga de dinero, sino que también a través de la conducta engañosa, el actor se pueda hacer de cualquier tipo de cosa, entendiendo como cosa cualquier objeto material susceptible de apropiación mientras éste sea valorable en dinero.

Como ejemplo de lo anterior, está el caso en el que el defraudador le solicita cierto número de prendas de vestir al pasivo (cosa), haciéndole creer que se las pagará la semana siguiente, por lo que el agraviado creyendo en la buena fe del actor se las entrega, no obstante que éste desde un inicio sabía que no sería así.

⁸⁰ Carranca y Trujillo, Raúl, Carranca y Rivas, Raúl. Op. Cit. p. 874.

⁸¹ González de la Vega, Francisco. Op. Cit. p. 486.

Con este ejemplo, vemos que no sólo puede ser dinero en efectivo el objeto de lo defraudado, sino que puede ser también cualquier cosa, pero siempre y cuando sea valorable en dinero, toda vez que la pena será en razón del monto total defraudado, así como lo señala el propio Código Penal que establece esta regla.

b) ALCANZAR UN LUCRO INDEBIDO

La palabra lucro, significa la ganancia o provecho que se saca de una cosa, y lucramos cuando adquirimos una cosa, un bien o un derecho, valuable en dinero, gratuitamente, o por un precio inferior al que, en el caso concreto, le corresponde en el mercado.

De igual manera el "Alcanzar un lucro indebido" se refiere a la finalidad que persigue el sujeto activo al momento de desplegar su conducta, solo que ésta es la segunda hipótesis que la propia ley contempla, la que a nuestro juicio es la principal, ya que la primera que se refiere a hacerse ilícitamente de alguna cosa, trae implícito el lucro, pues esa cosa debe de ser valorable en dinero, y al momento de que el activo logra obtenerla estará lucrando, ya que esta obteniendo una ganancia y un provecho económico.

El primer elemento del delito de fraude se integra por una conducta de acción o de comisión por omisión, y un resultado, es que puede presentarse de dos maneras: Haciéndose ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido, siendo una la consecuencia de la otra, en el concepto de que ambas son las que constituyen la finalidad antijurídica, que el activo persigue al momento de realizar su conducta. Es aquí donde



encontraremos nuestro punto de referencia, para poder distinguir entre el fraude penal y el fraude civil.

2.2.3.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Este elemento, como ya lo analizamos en el capítulo I de este trabajo, como el nexo causal, es indispensable para el nacimiento del delito como tal, puesto que es el que vincula a la conducta con el resultado, toda vez que como lo referimos antes, el fraude es un delito de resultado.

Por tal razón es importante revisar este elemento con el fin de verificar si la conducta dolosa desplegada por el activo es la causante del resultado antijurídico que ya hemos estudiado en los puntos anteriores, y que se encuentra establecido en la ley, con el objeto de precisar si esa conducta encuadrará en el tipo penal establecido en el Código Sustantivo.

Cabe agregar que si verificáramos que existe conducta, pero que ésta no es productora del resultado final necesario, exigido por la ley, para que la conducta se encuadre en la hipótesis legal, estaremos en presencia de una conducta, tal vez dolosa y antijurídica (contaría a derecho) pero no típica.

Al respecto, Luis Jiménez de Asúa dice que:

"El resultado sólo puede ser incriminatorio si existe un nexo causal o una relación de causalidad, entre el acto humano y el resultado producido. Encontramos una relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto.

Esta es la palabra hipotética negativamente formulada, más que una definición de la causalidad: sublada causa tollitur effectus"⁸².

Asimismo, Jesús Zamora Pierce menciona que:

"El nexo causal es la relación que media entre la conducta del hombre y el resultado que esa conducta produce en el mundo material, y que hace posible afirmar que ese resultado es efecto del que la conducta es causa"⁸³.

Por su parte el autor Carlos Crues dice que:

"En el plano natural, cualquier factor que aparezca como condición del resultado dentro de su proceso de producción, puede ser catalogado como causa de él (equivalencia de condiciones)"⁸⁴.

Para Renieri, "Es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de ésta a aquella como a su causa"⁸⁵.

"El daño (resultado jurídico) no es y no puede considerarse como un efecto natural de la acción delictuosa y en general del acto ilícito: el daño no es una modificación del mundo exterior existente por sí misma"⁸⁶.

⁸² Pavón Vasconcelos, Jesús. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 212.

⁸³ Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. p. 178.

⁸⁴ Crues, Carlos. *Derecho Penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 167.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. p. 46.



Jesús Zamora Pierce, con respecto al delito de fraude dice que:

- "a) El nexo causal, une el engaño (conducta) con el acto de disposición patrimonial de la víctima (resultado material).
- b) El acto de disposición patrimonial de la víctima está unido, normativamente, al lucro (resultado jurídico). El nexo causal, en el fraude es de naturaleza psicológica (siguiendo la postura psicologista)"⁸⁷.

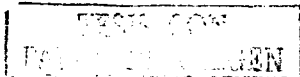
Para algunos autores como Romero, afirman que "No existe relación de causalidad entre el engaño y el error cuando la víctima no ha obrado con la diligencia debida"⁸⁸.

En relación al párrafo anterior, existen dos teorías, la denominada de idoneidad del engaño, (objetiva) y la llamada teoría subjetiva. En la primera el engaño debe ser idóneo, lo que significa que el engaño tiende que ser suficiente para producir la falsa apreciación de la realidad en el sujeto pasivo, es decir, que ese engaño tiene ser objetivamente el destructor de la resistencia que puede oponer el agraviado, sin importar para nada las características del caso en lo particular, incluso se podría afirmar que los artificios materiales tienen carácter fraudulento, mientras que las mentiras no constituirán la conducta necesaria para establecer el engaño requerido en el delito de fraude.

En relación a la Teoría Subjetiva, ésta se refiere a la preocupación de revisar la idoneidad del engaño en cada caso en particular, es decir, según la capacidad intelectual de la

⁸⁷ Ibidem. p. 46.

⁸⁸ Ibidem. p. 178.

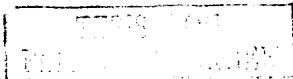


víctima, con el fin de verificar si ese engaño, en el caso determinado fue necesario para producir el error en la víctima, lo que será el causante del acto de disposición patrimonial.

Desde mi perspectiva, no debemos de dejarnos guiar por la fuerza del engaño desplegado por el agente, en razón de que si éste es suficiente o no para hacer caer al pasivo en la falsa apreciación de la realidad, ya que no todos los sujetos a engañar son iguales, pues cada uno tiene su propia manera de ver las cosas y de "dejarse sorprender". Además, tal manera de analizar el engaño significará una valoración, lo que sin lugar a duda complicara aún más la difícil tarea de entender si una conducta determinada es delito o no.

De esta manera debemos de ver las cosas desde un postura más abierta, es decir, sin analizar si el engaño es idóneo o no por la fuerza que aparenta, sino que debemos de preocuparnos por que esa conducta, primero sea con una intención dolosa y segundo que sea la que realmente distraiga de la verdad a la víctima, siendo la determinante para que ésta realice el acto de disposición patrimonial y el activo alcance el objetivo que tenía en mente desde un inicio: obtener el beneficio patrimonial a costa del menoscabo que sufre el propio sujeto pasivo.

En el fraude vemos que la cadena que constituye el nexo causal es bastante amplia, puesto que el engaño del acto de disposición patrimonial (resultado material), traerá como consecuencia la obtención de lucro por parte del activo, en perjuicio de la economía del pasivo o de algún tercero (resultado jurídico delito).



2.3.- ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD RESPECTO AL DELITO

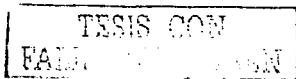
En el primer capítulo estudiamos los elementos que constituyen la Teoría del Delito, y vimos que consistían en una conducta o hecho, el tipo, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Después de haber revisado la Teoría del Delito, vimos en este capítulo los elementos del tipo de fraude en lo individual, donde utilizaremos lo analizado en el primer capítulo, con el fin de adecuar la Teoría General al tipo de fraude en lo particular.

Como complemento del presente capítulo, a fin de dejar más claro lo referido anteriormente, hablaremos de los elementos de antijuridicidad y culpabilidad, haciendo referencia precisa al tipo de fraude, puesto que son éstos los que presentan mayor dificultad para su estudio, al momento de analizarlos en el caso concreto del delito de fraude.

El autor Mariano Jiménez Huerta manifiesta que:

"Hacerse de una cosa o alcanzar un lucro o, de otra manera dicho, obtener una ventaja patrimonial, constituye el de la conducta. Por ventaja patrimonial a de entenderse -afirma Schönke- toda modificación más favorable de la situación patrimonial, todo incremento del valor económico del patrimonio. Dicha ventaja patrimonial ha de ser como expresa el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, ilícita -obtener la cosa- o indebida -alcanzar un lucro-, o lo que es lo mismo, y dicho genéricamente, antijurídica. Un elemento típico normativo, hallase incito



en la intención o finalidad de hacerse de alguna cosa o alcanzar un lucro en forma de que por no ser desaprobada por la comunidad no ofende sus ideales valorativos, por ejemplo acontece con toda aquella que se basa en una pretensión jurídicamente fundada”⁹⁹.

De lo anterior, podemos decir que en el delito de fraude, para que la conducta sea considerada como antijurídica (contraria a derecho), debe de traer aparejada una intención por parte del agente sobre violar la norma penal, lo que se traduce en la voluntad de hacerse de una cosa o alcanzar un lucro indebido, por medio de un engaño, que consiste en hacer caer al ofendido en una falsa apreciación de la realidad, o aprovecharse del error en el que se encuentra inmerso, siendo en uno u otro como, lo que deberá motivarlo a efectuar el acto de disposición patrimonial a favor del falsearío. Es decir, que para que la conducta sea definida como delito, no basta con que se le entregue la cosa al actor, si no que se necesita que éste la obtenga a través de una conducta mentirosa, que busca obtener el antijurídico resultado, causando un perjuicio.

2.3.1.- CULPABILIDAD RESPECTO AL DELITO

Cabe señalar que necesariamente se requiere que la conducta se dé en el sentido de engañar al sujeto, o aprovecharse del error en el que anteriormente se encuentra inmerso desde un inicio, por lo que podemos decir que el fraude penal es un delito intencional o doloso, que en ningún momento podrá presentarse de forma culposa. Por ello únicamente nos abocaremos a esta forma de culpabilidad.

⁹⁹ Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. p. 96.

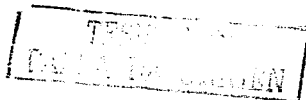
Bedarrige, señala que:

"El dolo es toda especie de manejo, fin, artificio empleado para conservar a una persona en el error que la determine a un convenio perjudicial a sus intereses, a su honra, o que la determina a hacer una cosa contraria a su utilidad. La esencia del dolo existe cuando se obliga a otro, por medio de palabras, maquinaciones insidiosas a hacer algo contrario a sus intereses, estableciéndose que cuando el hecho perjudicial se realiza de modo fatal y determinado por el dolo, la maquinación toma el nombre de dolo causante, y cuando no reviste esos caracteres, el dolo se llama incidente"⁹⁰.

Zamora Pierce menciona que:

"El fraude es un delito eminentemente intencional y premeditado; los medios violentos, la comisión obvia de delitos como el robo, dejan lugar a los recursos intelectuales, a la astucia, a la premeditación. Semejante delito sólo puede manifestarse bajo una de las formas de la culpabilidad: el dolo. Nada más ajeno al estafador que la falta de atención, la imprudencia o la irreflexión de los delitos culposos.El dolo se estructura por la representación o previsión del hecho constitutivo del delito, la voluntad dirigida a la consecuencia del hecho y, para algunos autores, la conciencia de la antijuridicidad del mismo. ...En ningún delito la actividad dolosa, y la mala fe del sujeto activo, son semejantes a las del fraude; el dolo envuelve completamente la actividad del estafador, y al mismo tiempo que le procura el lucro codiciado deja tras de él la pista imborrable que ha de conducirlo a

⁹⁰ Bedarrige, citado por Sodi Demetrio. *Nuestra Ley Penal*, Librería de la Vda. De Ch. Boret, México, 1997.



presidio. Pero no basta, en el fraude, la presencia del dolo genérico. El derecho exige un fin determinado, una meta precisa, un dolo especificado en la voluntad del estafador que es el ánimo de lucro. ...Si se produce un perjuicio patrimonial, por medio del engaño pero no está presidido por el ánimo de lucro, sino por el ánimo de daño, no se configura el fraude; tal sería el caso si "A" induce a "B" a vender acciones en la bolsa, a un precio vil, por medio de engaño acerca de la situación financiera"⁹¹.

2.3.2.- DIFERENCIA ENTE EL FRAUDE CIVIL Y EL FRAUDE PENAL

Carrara dice que:

"Al estudiar las jurisprudencias extranjeras encontramos que las cortes de Cesación de París sancionó como solución el problema de la distinción entre artificios verbales. Al declarar culpables a algunos acusados o no culpables a otros, ha establecido esa corte, de modo señaladísimo, el principio de que el fraude no debe de consistir simplemente en simples palabras mentirosas, sino que para hacer delito se requiere de algo material, una especie de aparato escénico, de MISEN EN ECEN; un hecho externo o la intervención de una tercera persona que dé crédito a las palabras. Según esta doctrina no bastaría, por ejemplo, que alguien afirmara ser un caballero si no lleva la insignia en el ojal; ni bastaría que uno, al darle a otro, un pedazo de cobre como si fuera oro, le afirmara que era oro, si no hubiera usado algún artificio para que ese trozo de cobre imitara el colorido del oro.

⁹¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 133.



...Creo que esta formula puede aceptarse como solución del problema teórico; y creo también que debe ciertamente aceptarse ante el Código Penal Toscano, que no hace consistir el elemento material del fraude únicamente en las palabras mentirosas sino en los artificios, maquinaciones y engaños que exige dicha ley"⁹².

Por su parte, Mariano Jiménez Huerta menciona que:

"La anterior doctrina es inaceptable pues, como Impallomeni ha puesto de relieve, confunde la esencia de fraude como la naturaleza del medio empleado podrá ser de interés para indagar la consistencia de intensidad del fraude en cuanto al engaño, pero no constituye la esencia ontológica del fraude penal y el dato que lo diferencia del fraude civil"⁹³.

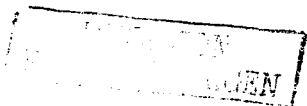
Asimismo, Garraud cree que:

"Los dominios del derecho civil y el derecho penal quedan claramente trazados, si se abandona al primero de los artificios, maquinaciones y demás procedimientos engañosos surgidos en materia de convenciones y se consideran delictivos los que sirven para obtener el bien de otros.

Esta distinción calificada de magistral por González de la Vega, no encierra en realidad mas que las vacuas palabras, pues olvida, en primer término que el delito de fraude se perpetra casi siempre al socaire de una convención propia del trafico comercial; y en segundo lugar, que el llamado

⁹² Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, 2ª. Ed. Temis. Argentina, 1966. p. 426.

⁹³ Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. p. 140.



fraude civil de naturaleza causal, también el engaño sirve de medio antijurídico para obtener la cosa"⁹⁴.

Además, Chauveau y Helie mencionan que:

"La diferencia que quisieron establecer fue a base de signar al fraude civil todas aquellas astucias y artificios que, aunque reprochables en si mismos, son empleados, más que con el fin de perjudicar a otro, con el de servir los intereses de quienes lo practican y el fraude penal aquellos otros que sólo tienen por fin el de perjudicar los intereses ajenos.

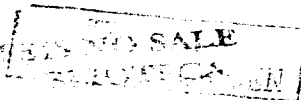
En la integración del delito de fraude es totalmente extraña esa supuesta intención de dañar los intereses ajenos a que Chauveau y Helie hacen referencia. La finalidad única que impulsa la conducta engañosa del estafador es la que logra un lucro o enriquecimiento ilegítimo. Nuestro Código Penal subraya claramente este torcicero beneficio cuando en su artículo 230 expresa que por el engaño o el aprovechamiento del error en que la víctima se halla, el defraudador se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido, y al mismo tiempo deja en las más profundas tinieblas, esa supuesta intención de dañar los intereses ajenos que según Chauveau y Helie, constituye la nota específica del llamado fraude penal"⁹⁵.

Respecto a la diferencia entre las figuras del dolo civil y el dolo penal, Zamora Pierce señala:

"El tipo penal al afirmar que el activo debe hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido,

⁹⁴ Ibidem. p. 173.

⁹⁵ Ibidem. p. 138.

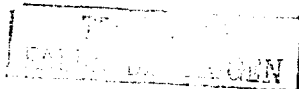


requisito que no encuentra equivalencia en la legislación Civil. El fraude, pues, es un delito destinado a proteger al patrimonio ajeno, en tanto que el Código Civil, al configurar el dolo como vicio del consentimiento, pretende asegurar y garantizar la libre manifestación de la voluntad en la formación de los contratos. De donde resulta: que todo contrato fraudulento es, simultáneamente, un contrato nulo, a los ojos de la ley civil, por haber, una de las partes, manifestado su consentimiento por error, será típico en términos del derecho penal"⁹⁶.

En nuestra opinión personal, creemos que sí existe una diferencia entre el fraude penal y el fraude civil, toda vez que el bien jurídico protegido por la legislación penal es distinta al protegido por el Código Civil. Sin embargo, donde coincidimos plenamente con Jesús Zamora Pierce, quien es la cita anterior nos habló de las pretensiones del derecho civil, al proteger de dolo o de la mala fe las relaciones contractuales.

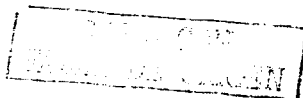
Por otra parte en el caso del fraude penal, vemos que el sujeto activo realiza una conducta desviada, ya sea activa como en el caso del engaño, o pasiva, de abstención, como sucede con el aprovechamiento del error, con el único fin de obtener algún beneficio de carácter patrimonial de parte del pasivo, es decir, que el agresor buscará sumergir a la víctima o procurar que ésta quede sumergida en una falsa apreciación de la realidad, para hacerle creer que puede efectuar con toda seguridad el acto de disposición patrimonial, ya que las condiciones le fueron prometidas o no le fueron rectificadas a tiempo, constituyan las idóneas para tal acto.

⁹⁶ Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. p. 130.



En caso de que se llegare acreditar, que el engaño o el aprovechamiento del error no iba encaminado a predisponer a la víctima a realizar el acto de disposición patrimonial, para obtener el activo el beneficio patrimonial o lucro indebido, resultará que no estaremos en frente de un fraude penal.

Con lo anterior, queremos decir que para demostrar los extremos del dolo penal, en el caso del delito de fraude, tenemos que comprobar que el actor, al momento de iniciar su conducta, ya sea activa o pasiva, tenía como objeto hacerse de alguna cosa u obtener un lucro indebido (que no merecía), que perjudicará directamente la esfera patrimonial del sujeto pasivo.



CAPITULO III

EL EMBARGO Y LA SIMULACIÓN DE ACTOS

3.1.- EL EMBARGO CIVIL

CONCEPTO Y NATURALEZA

"El embargo es un acto procesal de naturaleza ejecutiva, que implica la afectación de los bienes embargados a la ejecución, con un doble efecto característico: de un lado, el señalamiento de éstos como objeto de la actividad ejecutiva, con la posibilidad jurídica de proceder a su realización forzosa; y, de otro, engendra en el ejecutante la facultad procesal de percibir el producto de la realización de los bienes o derechos afectados hasta conseguir el total restablecimiento del equilibrio patrimonial perturbado"⁹⁷.

El embargo es una figura procesal, así como un derecho que puede ejercer el actor en un juicio, por la razón de que no se cumpla en lo estipulado por las partes, y que previamente no haya sido garantizado por otro medio que la propia ley determina y puede autorizar; por tal situación, la propia ley estipula y le da la facultad a la parte reclamante y o actora, siempre y cuando éste último le demuestre fehacientemente al juez, para que pueda ejercer el embargo correspondiente a los

⁹⁷ Salchaga Loitegui, Jesús. *El Procedimiento de Apremio sobre Bienes Inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1986. p. 140

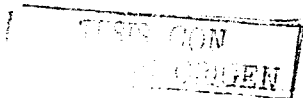


bienes que pudiera tener el actor o el acreedor, para poder en el futuro recuperar su inversión u obtener su ganancia, según sea el caso.

"El sentido negativo, puede afirmarse que el embargo no modifica el derecho de crédito del acreedor ejecutante, ni altera el contenido de la titularidad jurídica que ostente el ejecutado sobre los bienes trabados, pudiendo llevar a cabo cuantos actos de disposición no sean incompatibles, con los actos del órgano ejecutor sobre su propio patrimonio: existe sólo una limitación en el ejercicio del poder dispositivo del ejecutado, pero de carácter meramente procesal y público, consistente en que por la afectación, que es la esencia del embargo, el bien continua sujeto a la potestad jurisdiccional ejecutiva, cualesquiera que sean los actos realizados por el ejecutado"⁹⁸.

De lo estipulado en el párrafo inmediato anterior, podemos precisar que si bien es cierto que el acreedor tiene la facultad de poder trabar el embargo a los bienes del deudor y posible ejecutado, cuando el juez o la autoridad competente así lo determine, en un inicio solamente deja los bienes afectados, sin que ésto signifique que al deudor se le despoje de sus propios bienes, y que una vez hecho el trabado correspondiente puede seguir utilizándolos sin ningún problema, hasta que se lleven a un remate, o que el propio deudor cumpla con su obligación de pago, o de un hacer al cual se comprometió en el negocio principal, que fue lo que le dio movimiento a la acción en su contra, pero sin embargo el propio deudor una vez enterado que su bien o bienes están afectados, éste todavía tiene la opción de poder sustituir los bienes que le fueron

⁹⁸ Idem.



afectados, o de garantizar de otra forma el monto del litigio o de la obligación que en su momento no cumplió; la propia ley lo permite garantizando con una hipoteca, fianza, prenda o depósito, es decir, que se está protegiendo al acreedor; sin embargo, solamente se considera que son actos procesales que le dan una oportunidad más al deudor, de poder ganar tiempo y establecer una estrategia para proteger todavía más aún sus bienes.

La estructura del embargo comprende una serie de actividades que se pueden agrupar en tres fases:

"Localización y selección de los bienes a embargar.- en primer lugar, es preciso conocer y localizar los elementos que componen el patrimonio del ejecutante, cuando no oculta o sustrae sus bienes a la actividad ejecutiva, habrá de ser el juez quien determine el orden de proceder, si el acreedor ejecutante no se preocupa de acudir a la búsqueda extraprocésal de los bienes embargables. En la práctica, lo más frecuente es que la Comisión del Juzgado se persone en el domicilio del ejecutado y practique el embargo de los bienes que encuentre en él, a la vez que por el Juzgado se expida un mandamiento de embargo al Registro de la Propiedad en que resida el ejecutado, para que se embarguen los bienes inmuebles que figuren inscritos a su nombre, previamente señalados por el acreedor"⁹⁹.

Al respecto es de mencionarse que el acreedor tiene que tener la audacia y eficacia, de poder sorprender al deudor desde un inicio, para que en el momento de que se lleve a cabo el embargo respectivo, se pueda tener la certeza de que los bienes ha embargarse son realmente propiedad de deudor a ejecutarse, y

⁹⁹ Ibidem. p. 141.



ésto implica realizar una investigación minuciosa y pormenorizada de los bienes, tomando en cuenta que en la práctica lo más usual es obtener los folios reales de los bienes inmuebles que se encuentran estipulados en el registro público de la propiedad correspondiente, para que con ésto evitar una tercería, ya sea por un arrendamiento o de un contrato de comodato, con lo cual el acreedor no tendrá posibilidad de poder garantizar lo reclamado, siendo esto la deuda o el cumplimiento de alguna obligación debidamente estipulada, la cual por obvias razones fue el motivo de la acción en contra del deudor.

"La deficiencia legislativa, es sin duda una de las principales causas de la ineficacia del proceso de ejecución, resultando insuficientes las acciones subrogatoria y revocatoria como garantías del ejecutante en el orden civil, y quedando prácticamente con muy escaso margen de aplicación las figuras delictivas de desobediencia y de alzamiento de bienes. El delito de desobediencia, no sólo por la dificultad de prueba de la intención específica de oposición a declarar los bienes propios, sino que también por el carácter de esta figura delictiva, llegando a exigir que el incumplimiento de las órdenes de autoridad se realice con desprestigio de ésta, e incluso la falta de preceptos legales específicos que sancionen el deber de declarar de las partes procesales"¹⁰⁰.

Es de mencionarse, que si bien es cierto en la actualidad los deudores tienen diversas artimañas para evadir o incumplir con sus obligaciones, pueden llegar a cometer conductas delictivas y castigadas penalmente por la Ley, en el sentido de que si se ven en la necesidad, y con conocimiento que el acreedor puede

¹⁰⁰ Idem.

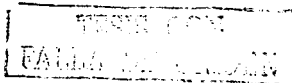
perjudicarles sus bienes, de cualquier indole, el deudor o activo puede realizar acciones para desviar la atención del acreedor, poniéndole una complicación más para que éste último pueda reclamar su acción; asimismo, dichas acciones cometidas por el deudor, se tienen que hacer del conocimiento del Ministerio Público, que es el representante de la sociedad, e iniciarse un incidente criminal en contra de la persona que cometió la conducta delictiva; sin embargo, ésto es siempre a petición de parte, y si el acreedor la omite, el Ministerio Público no tendrá conocimiento de dicha conducta, por lo que no tendrá elementos para poder realizar la investigación correspondiente.

"El alzamiento de bienes con el rigor que se viene exigiendo el elemento intencional defraudatorio, el elemento subjetivo en el delito de alzamiento de bienes, no se agota con el dolo, sino que incluye la necesidad de que el agente porte una especial intención, y ese particular elemento subjetivo, necesario por una parte para poder predicar la antijuridicidad de la conducta, es también por otra parte imprescindible para la tipicidad de la misma, de tal modo que la plenitud del tipo subjetivo, viene dada cuando el actor haya actuado con conocimiento y voluntad respecto del tipo objetivo, y con la finalidad de perjudicar a los acreedores, conjuntamente, de una infracción criminal de tendencia, constituida por un elemento subjetivo del injusto, al requerir que el ánimo impulso del agente, como deudor, se dirija finalísticamente a burlar o defraudar los derechos de sus acreedores, con el propósito de evitar la responsabilidad universal que la Ley estipula, impidiendo taxativamente que dichos acreedores, ante la ausencia de bienes en que hacer trance y remate, perciban el importe de sus créditos. Este elemento

subjetivo del injusto, y que sin cuya presencia el hecho es atípico, estipulando el dolo específico de elemento intencional, de dolo finalístico, ánimo de perjudicar, acuerdo finalista, intención maliciosa o de elemento subjetivo de finalidad. Ante la variedad de modalidades de conducta posibles, será sumamente difícil que pueda apreciarse este requisito. Podría añadirse que a los efectos de este tipo delictual, resulta indiferente que el crédito llegue o no a satisfacerse, y que, en caso de que llegue a apreciarse la comisión de este delito, la responsabilidad civil debe comprender el importe de la obligación que se pretendía incumplir, sino únicamente los perjuicios, con lo que el interés del acreedor ejecutante en ejercitar realmente la oportuna acción penal queda notablemente reducida¹⁰¹.

De lo descrito en el párrafo que antecede, nos podemos dar cuenta que el deudor puede realizar el alzamiento de bienes, que en nuestra legislación mexicana, podríamos denominarlo como simulación de actos procesales, y que en nuestro estudio lo tratamos de establecer como el auto-embargo, con la finalidad de que el autor del hecho delictivo deje en total estado de indefensión a sus acreedores, con lo que el autor de este supuesto delito, está actuando con toda la intención y el dolo para obtener un doble beneficio, como sería la ganancia del préstamo que se le otorgó y el no pagar dicha deuda o cumplir con la obligación estipulada; sin embargo, hasta la fecha sólo existen supuestas penalidades y responsabilidades de dichas conductas, pero que no se ha podido demostrar nada al respecto, pues lo que realmente le importa al acreedor es recuperar su dinero. Las conductas y la forma de cometer dicho acto ilícito,

¹⁰¹ Idem.



ya fue desglosado y pormenorizado en el capítulo respectivo, con anterioridad.

"El alzamiento de los bienes produce una alteración del orden jurídico civil que se debe procurar restablecer, y si bien no procede la restitución en cuanto ésta supone la reincorporación de la cosa específica al patrimonio de la víctima del delito, supuesto que no puede darse en este caso, ni tampoco la indemnización, porque dada la naturaleza del delito aún no se ha concretado en perjuicio, lo que si procede es la reparación, entendida en su amplia acepción, como modalidad integrante del concepto global de responsabilidad civil, en cuanto que los delitos de peligro de la naturaleza, y de la misma forma si pueden producir un daño civil consistente en el que puede derivarse de la delictiva alteración del orden jurídico civil, cuya restauración deben intentar los tribunales de lo penal, en uso de las facultades que les confiere la propia Ley, y que en la sentencia se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio. Sin embargo, la propia doctrina legal añade que a los indicados efectos, los tribunales de lo penal habrán de aplicar las normas de derecho privado correspondientes, en donde el alzamiento se haya llevado a través de negocios jurídicos de disposición, mediante los cuales el deudor se propuso poner sus bienes fuera del alcance de sus acreedores. Los tribunales de lo penal, con el fin indicado de restablecer el orden jurídico ilícitamente alterado, pueden y deben declarar la nulidad de los negocios, en cuanto no existan obstáculos jurídicos que lo impidan, como los que impedirían el éxito de la acción pauliana, con lo que se está aludiendo a la presencia en el proceso penal, de todas las personas que han intervenido en todos los negocios jurídicos fraudulentos, a la existencia de

REVISADO CON
FIRMAS

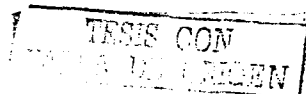
terceros de buena fe. Lo que es lógico y correcto, obligará a dirigir la acción penal contra aquellas personas, con grave riesgo de tropezar con dificultades insuperables de prueba"¹⁰².

De lo anteriormente manifestado, opinamos que efectivamente los jueces de lo penal, deben de tomar en cuenta todas y cada una de las agravantes, y la forma de cómo se trata de obtener un lucro indebido, e independientemente poder estipular que existe un daño civil, y una alteración al orden público. Asimismo, realizarse un amplio estudio sobre estas actividades que se realizan de manera dolosa, tratando de encuadrar y estipular las normas de la acción pauliana, para que no se caiga en responsabilidad de ninguna índole; sin embargo, se debe tomar en cuenta que los propios autores de las conductas ilícitas están coludidos para llegar al fin determinado, y dejar sin opción alguna a sus acreedores.

En nuestro país debe de perfeccionarse este tipo de fraudes que día tras día se vienen haciendo más comunes y frecuentes, sin que haya una ley específica sobre estos actos, dándoles una amplia facultad para poder imponer sanciones mas rigurosas, y no solamente establecer que la acción es meramente civil, y que si se causa un perjuicio en contra de los acreedores, no pueden establecer ni determinar la situación y el grado de responsabilidad penal en que incurrieron.

"AFECTACIÓN DE LOS BIENES.- La traba o afectación de los bienes es el núcleo esencial del embargo, y consiste en una declaración de voluntad del Juez ejecutor por la que se traba uno o varios bienes determinados, de entre los que

¹⁰² Ibidem. p. 142.



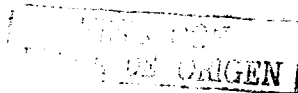
forman el patrimonio del ejecutado, para proyectar sobre ellos la actividad ejecutiva posterior. Corresponde al Juez executor decidir qué bienes del responsable deben trabarse y en qué cuantía, pero en el proceso consideramos, ha de tratarse de bienes inmuebles, alienables, que no hayan sido inembargables por la ley, que no concurren con bienes o derechos de embargo preferente, en cuantía suficientes, y con indicios bastantes para estimar que pertenecen al ejecutado, aunque si después llegan a su conocimiento hechos capaces de destruir tal presunción, no parece que existan dificultades en admitir que pueda, de oficio levantar el embargo. Tampoco existe obstáculo en que la traba recaiga sobre un bien ya embargado, dando lugar a su reembolso. La traba, desde el punto de vista formal, se acuerda en virtud de providencia que identifique suficientemente los bienes embargados"¹⁰³.

Si bien es cierto que lo establecido por la ley en comento, en la forma de trabar un bien inmueble a través de diversos procedimientos, nuestra legislación mexicana lo establece de una forma muy similar, pero más complementaria sin entrar en tantas complicaciones, a lo que estableceremos más adelante en nuestro código civil vigente en su capítulo respectivo.

"Garantía de la afectación.- Es la última fase del embargo, constituida en el caso de inmuebles, por la anotación preventiva de los mismos en el Registro Público de la Propiedad. Con ella se consigue impedir que el ejecutado sustraiga el bien a la ejecución, y evitar que grave el bien trabado con cargas de carácter real que puedan ser opuestas eficazmente al ejecutante"¹⁰⁴.

¹⁰³ Ibidem. p. 145.

¹⁰⁴ Idem

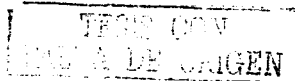


Al respecto, nuestra legislación es muy similar, lo cual se mencionará más adelante.

"Modificación y alzamiento del embargo.- Finalmente, señalemos que el embargo puede modificarse o extinguirse. Si los bienes embargados resultan, después de la traba, insuficientes para cubrir la responsabilidad del ejecutado, el ejecutante puede pedir en cualquier momento la mejora del embargo, si por el contrario, una vez practicada la traba, se observa una disminución de la responsabilidad del ejecutado o un incremento del valor de los bienes afectados, el Juez debe, a instancia del ejecutado, dejar libre alguno de ellos, produciéndose una disminución del embargo, de otra parte durante la tramitación del proceso de ejecución pueden sustituirse por otros alguno o algunos de los bienes trabados, e incluso puede acordarlo de oficio el Juez ejecutor. Finalmente, el embargo se extingue o alza cuando el bien inmueble trabado se desafecta de la ejecución a la que estaba sujeto, desapareciendo la afectación que pesaba sobre él y cesando las medidas de garantía de ésta, volviendo los bienes a la situación que tenían antes de ser embargados"¹⁰⁵.

Nuestra legislación procesal civil estipula el procedimiento a seguir, para que se pueda llevar a cabo un embargo en todas sus modalidades; dicho procedimiento se encuentra consagrado en el Título Séptimo denominado: de los Juicios Especiales y de Vía de Apremio, Capítulo V de la Vía de Apremio, Sección Segunda: de los Bienes.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 148.



3.2.- EL ACTO JURÍDICO

"Definición de acto jurídico.- El acto jurídico lo hemos definido como una manifestación de voluntad que se realiza con el objeto de producir determinadas consecuencias de derecho. En todo acto jurídico encontramos una manifestación de voluntad es decir, la exteriorización de un propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien por actos que revelen en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce, y a las cuales imputa determinadas consecuencias"¹⁰⁶.

Por lo expresado en la definición que antecede, el tema que nos ocupa se encuentra legalmente establecido por la Ley Civil, toda vez que como se advierte las partes que actúan en el autoembargo, manifiestan su voluntad de cualesquiera de las formas establecidas, tal y como se describe a continuación.

"Es importante llamar la atención de que el acto jurídico no es necesariamente una declaración de voluntad, aun cuando ésta sí constituye su forma normal, pues puede exteriorizarse la voluntad mediante actos que revelen claramente un propósito en el sujeto para producir determinadas consecuencias de derecho"¹⁰⁷.

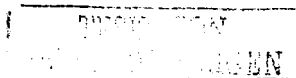
"En este sentido, quedarían comprendidos como actos jurídicos todos aquellos actos que generalmente se clasifican como hechos, porque no hay manifestación declarada de la voluntad, por ejemplo: la aprehensión de cosas sin dueño. El acto mismo de tomar posesión de una

¹⁰⁶ P. Rojas Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Quinto, Obligaciones. Vol. Uno, Porrúa, México, 2002, p. 99.

¹⁰⁷ Idem.



cosa sin dueño, que se ejecuta con la intención de adquirir la propiedad, aún cuando no exista manifestación declarada del sujeto para alcanzar ese resultado, es un acto jurídico y no un hecho jurídico. En la doctrina francesa; sin embargo, hay la tendencia a considerar como hechos jurídicos estas formas de manifestación de voluntad, que se exteriorizan a través de acciones. En cuanto a la declaración de voluntad, que puede llevarse a cabo por cualesquiera de las manifestaciones del lenguaje, oral, escrito o mímico, debemos distinguir la manifestación recepticia y la no recepticia, es decir, aquella declaración de voluntad dirigida a otro, denominada declaración recepticia, y aquella exteriorización de voluntad que no va dirigida a otro, pero que se propone, como tal declaración unilateral, producir consecuencias de derecho. la oferta es una declaración recepticia de voluntad; toda oferta va dirigida a un sujeto; se le propone, por ejemplo, la celebración de un contrato. En cambio, en la llamada declaración unilateral de voluntad, puede no existir una manifestación dirigida a otro sujeto. El testamento, el reconocimiento de un hijo, las obligaciones impuestas exclusivamente por acto unilateral, los gravámenes constituidos sobre los bienes propios, mediante ese acto unilateral, etc., constituyen manifestaciones no recepticias. En la definición del acto jurídico, se indica que la manifestación de voluntad debe realizarse con el propósito de producir consecuencias de derecho. Generalmente se objeta este punto de vista, estimando que el autor de un acto jurídico nunca puede prever las consecuencias de derecho de su manifestación de voluntad, que incluso, el jurista puede, en ocasiones, no tener presentes en su conciencia, al hacer la declaración de voluntad, toda la serie de consecuencias que el derecho objetivo le imputará. En tal virtud, se considera que no puede haber manifestación encaminada a alcanzar



determinadas consecuencias, si es que el sujeto no ha previsto todas y cada una de ellas, pues no podrán desear aquello que ignore"¹⁰⁰.

De lo establecido en el párrafo que antecede, cabe mencionar que si bien es cierto que existen actos unilaterales como el ejemplo que se enuncia en el apoderamiento de una cosa, en este orden de ideas se exterioriza la voluntad de manera unilateral, toda vez que no se le pide el consentimiento a la parte pasiva, y el activo se aprovecha de dicha situación, y con esto se obtiene un beneficio propio; por otro lado, se considera que en el momento en que las partes estipulan o pactan algún convenio, efectivamente sí se exterioriza la voluntad de querer y poder hacer las cosas, y de la misma forma se considera que en el momento de consentir el acto, se tiene o se debe de tener el conocimiento de las consecuencias que conlleva dicha situación, precisando que el acto de voluntad inicial sí se tiene el conocimiento de la consecuencia jurídica, pero puede ignorar lo que pasará o sucederá con posterioridad del propio acto jurídico; asimismo, se considera del tema en estudio, como lo es el auto-embargo, donde se necesita necesariamente de una persona ya sea física o moral, y otra que le auxilie en realizar los actos y afectar los bienes inmuebles de su propiedad, y dejar en estado de indefensión a sus acreedores, aprovechándose del desconocimiento de que el deudor no cumplirá a lo que se comprometió, o tiene la intención de no pagar la deuda que el acreedor le otorgó de buena fe.

"Como en el acto jurídico no es esencial que el sujeto sea consciente de todas las consecuencias que va a producir su declaración de voluntad, no debe entonces definirse ese

¹⁰⁰ Ibidem. p. 100 v 101.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

acto tomando como base el deseo en el autor, o la intención de producir determinados efectos de derecho"¹⁰⁹.

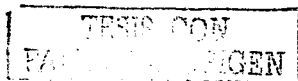
"En nuestro concepto, la objeción que se formula a la definición tradicional no es fundada, en virtud de que no se dice que necesariamente el autor del acto jurídico, deba conocer todas las consecuencias que se proponga al hacer su declaración de voluntad. Simplemente se afirma que en todo acto jurídico, debe haber una declaración de voluntad encaminada a producir consecuencias de derecho. Es lo único que se requiere desde el punto de vista subjetivo, o sea, que el sujeto sea consciente de que por su declaración de voluntad y en atención a la misma, se van a producir por el derecho objetivo determinadas consecuencias, pero puede ignorar todas las que seguirán a su declaración de voluntad, o proponerse consecuencias mayores o menores de aquellas que la ley reconozca, de tal manera que la ley operando sobre una declaración inicial, después admita una serie de efectos que el autor del acto no pudo prever"¹¹⁰.

Tal y como se mencionó en el párrafo anterior, el suscrito comparte la idea establecida por el autor, en el sentido de que el sujeto o sujetos exteriorizan su voluntad, teniendo un conocimiento parcial de las cosas, y que ésto puede cambiar por el simple transcurso del tiempo, y de las formas en que una de las partes pueden actuar dolosamente.

Puede también la norma jurídica, nulificar parte de las consecuencias que se proponga el autor del acto, y reconocer otras. Por último, puede aceptarse que la declaración de voluntad quede subordinada a condiciones que imponga el autor

¹⁰⁹ Ibidem. p. 101.

¹¹⁰ Idem.



del acto jurídico, o bien, la ley puede desconocer tales condiciones, es decir, la declaración de voluntad no tiene siempre una correspondencia exacta, en cuanto a las consecuencias que produzca o que pretenda producir, pero lo esencial para distinguir el acto del hecho jurídico, está en que el autor del acto jurídico se propone, por su declaración, realizar algunas consecuencias de derecho. Si no hay tal intención estaremos en presencia de un hecho jurídico.

Así las cosas, en el momento en que el individuo exprese su manifestación, se le pongan condiciones que se encuentran fuera de la ley y en contra de las buenas costumbres, el individuo no sabe cuáles serán las consecuencias a las que le estén condicionando, y por tal situación si concurren dichos elementos que se encuentren fuera de la ley, está por su propia naturaleza no tendrán efectos jurídicos.

"El hecho jurídico puede ser natural o del hombre, los cuales pueden ser entre los hechos naturales y los actos jurídicos. En los hechos naturales siempre partimos de un fenómeno de la naturaleza, relacionado o no con el hombre. En los hechos del hombre tenemos los involuntarios, los ejecutados contra la voluntad y los voluntarios. Sólo éstos tienen aspectos semejantes con los actos jurídicos. Basta decir que el hecho es involuntario o contra la voluntad, para que tampoco se le pueda confundir con el acto jurídico, que por definición debe ser un fenómeno voluntario; pero en cambio, entre los hechos voluntarios y los actos jurídicos, si encontramos un punto esencial de contacto, pues en ambos casos se realiza ese fenómeno volitivo"¹¹¹.

¹¹¹ Ibidem. p. 102.



"En el hecho voluntario, si es cierto que interviene la voluntad, no existe la intención de producir consecuencias de derecho. Puede ejecutarse el acto de manera espontánea; el derecho le dará determinadas consecuencias, pero éstas no son deseadas por aquél que realiza el hecho jurídico. Se ha presentado, como ejemplo, el caso del delito. Estamos en presencia de un hecho voluntario ilícito. El delincuente no se propone por su acción que se produzcan determinadas consecuencias de derecho; por ejemplo, que se le aplique una pena, que se le obligue a reparar el daño causado. Interviene su voluntad para realizar el acto, pero su voluntad no persigue como finalidad, por el acto mismo, crear consecuencias jurídicas. Persigue, por el contrario, una finalidad distinta, causar un daño, privar de la vida a una persona, etc. Es decir, cada delito tendrá para el delincuente su especial finalidad"¹¹².

Si bien es cierto que la voluntad es exteriorizada, sin que se quiera que se produzcan consecuencias a futuro, en ocasiones no depende en los casos que se realiza el acto de manera bilateral o plurilateral, porque uno de los que intervienen pueden crearles otras obligaciones a su igual.

"Hechos voluntarios de los actos jurídicos.- Debemos advertir que no es uniforme a la doctrina jurídica, principalmente en la italiana y en la alemana, esta distinción. Por eso, en autores italianos es frecuente encontrar como actos jurídicos, hechos jurídicos voluntarios lícitos y por la misma razón se le designa acto jurídico al delito. Para poder determinar la interpretación que según nuestro Código Civil existe respecto al acto jurídico, y fijar el alcance de las leyes cuando mencionan los actos jurídicos, nosotros no podemos aceptar esa

¹¹² Idem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

equiparación que se hace, confundiendo el hecho voluntario con el acto jurídico. Las reglas sobre los contratos son aplicables a los demás actos jurídicos, en todo aquello que no se opongan a la naturaleza de los mismos a alguna disposición especial de la ley, está tomando el término jurídico en el sentido de manifestación de voluntad, que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho"¹¹³.

De lo expresado con anterioridad, es de mencionarse que las doctrinas realizan diversos comentarios sobre la voluntad y los actos jurídicos, a lo que hacemos referencia que si bien es cierto que con la voluntad se pueden crear consecuencias de derecho, toda vez que el acto y el hecho son similitudes, y su finalidad es llegar a un punto determinado o tratar de que las cosas no sucedan, o se dejen de realizar, aún cuando se le causen perjuicios a terceros.

"Clasificación de los actos jurídicos.- Los actos jurídicos podemos clasificarlos desde diferentes puntos de vista. Un primer criterio se basa en el número de voluntades que intervienen en el acto mismo. Se denominan respectivamente actos unilaterales o plurilaterales, según intervenga una, dos o más voluntades. Se entiende que la voluntad a que nos referimos a efecto de ser considerada como unilateral, bilateral o plurilateral, no es la voluntad de una persona, sino de una parte en el acto mismo y ello porque varias personas pueden constituir una sola parte del acto"¹¹⁴.

En el estudio que nos referimos, es importante mencionar que para que se pueda llegar a una finalidad, se deben de tener

¹¹³ Ibidem. p. 103.

¹¹⁴ Ibidem. p. 103 y 104.

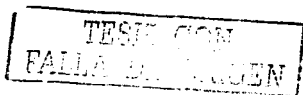


actos plurilaterales, por el contrario, un sólo sujeto no podrá realizar la acción, ni podrá manejar el acto ilícito al cual quiere llegar a consumarlo, de una manera continuada.

"Tomamos en cuenta la voluntad, no por el número de personas, sino por la función que desempeña en el acto jurídico, y desde este punto de vista puede ser acto unilateral el realizado por varios sujetos, si las distintas manifestaciones de voluntad tienen un mismo contenido. Es importante tomar en cuenta en el acto jurídico el número de voluntades. Aparentemente podría ser un simple problema de cantidad y no de calidad, pero en el derecho la voluntad que se pone de acuerdo con otra voluntad, es decir, que crea el consenso o consentimiento, tiene en todo el régimen de los contratos una función muy distinta a la de la simple suma de voluntades"¹¹⁵.

"Cabe hablar de una voluntad contractual, que es la que crea la norma jurídica individualizada de cada contrato. Esta voluntad contractual se presenta como voluntad distinta de las voluntades individuales, de los contratantes, es decir, no hay una simple suma; por esto, una vez formada la voluntad contractual sólo el mutuo disenso puede derogar aquellos que el consentimiento creó. De aquí el principio fundamental: la validez de los contratos no queda al arbitrio de los contratantes. Es decir, se produce por la combinación de voluntades, una entidad distinta que tiene sus consecuencias propias en el régimen de los contratos. Tan importante es el problema, que se ha considerado por la doctrina tradicional que nos viene desde el derecho romano, que lo que puede hacer la voluntad bilateral, no lo puede hacer la voluntad unilateral. Así, tal parece que en el derecho adquiere una

¹¹⁵ Ibidem. p. 104.



fuerza especial esa voluntad que se forma por el acuerdo de dos o más sujetos. Las partes pueden crear libremente obligaciones y no tienen más límite que el de la licitud, es decir, no violar el orden público ni las buenas costumbres. Esa voluntad bilateral, por consiguiente, es autónoma para producir toda clase de consecuencias jurídicas lícitas"¹¹⁶.

"Además de la clasificación fundamental que hemos hecho. Al efecto clasificaremos los actos jurídicos en las siguientes categorías:

1. Actos consensuales, formales y solemnes.
2. Actos de dominio y de administración.
3. Actos mortis causa e inter-vivos.
4. Actos onerosos y gratuitos.
5. Actos instantáneos y diuturnos o de tracto sucesivo.
6. Actos principales y accesorios.
7. Actos verdaderos y simulados.
8. Actos existentes e inexistentes.
9. Actos válidos y nulos.
10. Actos puros o simples y sujetos a modalidades.

¹¹⁶ Ibidem. P. 104 y 105.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

11. Actos simples y complejos.
12. Actos constitutivos, translativos, modificativos y extintivos.
13. Actos privados, públicos y mixtos.
14. Actos civiles y mercantiles.
15. Actos procesales, administrativos y legislativos.
16. Actos familiares o del estado civil patrimoniales.
17. Actos dependientes e independientes.
18. Actos compatibles e incompatibles.
19. Actos fiduciarios y no fiduciarios.
20. Actos abstractos y causales.
21. Actos lícitos e ilícitos.¹¹⁷

De la lista mencionada, con anterioridad sólo desarrollaremos algunos que son los que realmente van enfocados al tema en estudio.

- 1).- Actos consensuales, formales y solemnes.

¹¹⁷ Ibidem. p. 105 y 106.



a) Los actos consensuales son aquellos que no requieren para su validez que la voluntad o el consentimiento se exprese en forma escrita, bastando la manifestación verbal, mímica o a través de hechos que demuestren de manera indubitable la intención del autor o autores del acto jurídico.

b) Los actos formales son aquellos que requieren para su validez que la voluntad se exprese por escrito, bien sea en documento privado o en escritura pública. Todos los actos jurídicos de contenido patrimonial son consensuales o formales, pero nunca solemnes.

2).- Actos de dominio y de administración.

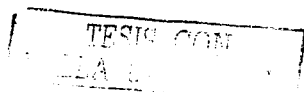
a) Los actos de dominio son aquellos en los que se trasmite, constituye, modifica o extingue la propiedad o un derecho real.

b) Los actos de administración son los que no producen los efectos indicados para los actos de dominio.

3).- Actos mortis causa e inter-vivos.- Por causa se entiende aquellas declaraciones de voluntad que habrán de surtir efectos para después de la muerte de su autor. El testamento es un acto mortis causa, pues precisamente surte sus efectos jurídicos hasta la muerte del testador.

4).- Actos onerosos y gratuitos.

a) Los actos jurídicos onerosos se caracterizan por imponer provechos y gravámenes recíprocos entre las partes que los



celebren. Podemos aplicar a estos actos la definición que da el artículo 1837, del Código Civil vigente para el contrato oneroso en los siguientes términos: Es contrato oneroso aquel en el que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

- b) Los actos jurídicos gratuitos son aquellos que originan provechos para una parte y gravámenes para la otra, tal como también declara el mencionado artículo 1837 al definir al contrato gratuito.

7).- Actos verdaderos y simulados.

- a) Son actos jurídicos verdaderos, aquellos en los que la declaración de voluntad de su autor o autores, se proponen realmente producir las consecuencias que en la misma se manifiestan.
- b) Actos simulados son aquellos en los que se declara falsamente lo que en realidad no se quiere, o se ha convenido entre las partes. El artículo 2180 del Código Civil vigente dice así:

"Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas". A este acto respecto el artículo 1281 del propio Código agrega. "La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa

TESIS COM
PAGA EN CASH

cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter".

9).-Actos válidos y nulos.

- a) Los actos jurídicos válidos, son los que reúnen todos los elementos esenciales y de validez para su constitución: ya indicamos cuáles son los elementos esenciales y en cuanto a los de validez mencionaremos la capacidad, la ausencia de vicios en la voluntad (error, dolo o violencia, mala fe y lesión), la forma y la licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto.
- b) Los actos nulos son aquellos actos jurídicos existentes, por reunir sus elementos esenciales, pero que carecen de alguno o algunos de sus elementos de validez, de tal manera que la ley, tomando en cuenta ese vicio de su constitución por incapacidad, error, dolo, violencia, inobservancia de la forma o ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición, les priva de efectos.

10).- Actos puros o simples y sujetos a modalidades.

- a) Los actos puros o simples no dependen ni en su celebración, ni en sus efectos, de alguna condición, término, modo o carga. Es decir, estos actos desde que se otorgan tienen vida plena y producen de inmediato todas sus consecuencias.
- b) Los actos jurídicos sujetos a modalidades dependen en su celebración misma, o en sus efectos de alguna condición, término, modo o carga.

11).- Actos simples y complejos.

- a) Son actos simples los que se constituyen por la realización de un sólo supuesto jurídico.
- b) Son actos complejos los que requieren para su existencia que se fusionen varios supuestos jurídicos.

12).- Actos constitutivos, translativos, modificativos y extintivos.

- a) Los actos constitutivos son los que crean derechos y obligaciones.
- b) Los translativos son los que transmiten esos derechos u obligaciones, como ocurre con los contratos que también tienen la función constitutiva. En este sentido el artículo 1793 del Código Civil en vigor dice:

"Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

- c) Los actos modificativos implican sólo un cambio no sustancial en los derechos u obligaciones, que previamente han sido constituidos por otro acto. Tal cosa ocurre cuando se impone, por ejemplo, un término o plazo. No así cuando se estipulan condiciones, que por su naturaleza misma vienen a operar cambios sustanciales en los derechos u obligaciones, pues si el derecho puro y simple se convierte en condicional, ello significa que un derecho

existente y cierto, se transforma en un derecho simplemente posible e incierto.

- d) Los actos extintivos son los que vienen a dar término a las situaciones jurídicas, a los derechos o a las obligaciones existentes con anterioridad.

La clasificación que antecede tiene verdadero interés para la Teoría General de las Obligaciones, en virtud de que las grandes partes en que clásicamente se ha dividido su estudio: fuentes, transmisión, extinción y modalidades de las obligaciones, se refieren respectivamente en gran parte a los actos constitutivos (fuentes), traslativos (trasmisión), extintivos (extinción), y modificativos (modalidades).

13).- Actos privados públicos y mixtos.

- a) Son actos privados aquellos en cuya celebración intervienen exclusivamente particulares, como ocurre en los testamentos y donación, en el testamento y en los contratos en general.
- b) Son actos públicos los que se realizan exclusivamente por uno o varios órganos del Estado. Puede intervenir un solo órgano estatal, simple o colegiado, como sucede con los actos jurisdiccionales y especialmente con las sentencias, o bien pueden intervenir distintos órganos que a su vez realicen funciones parciales como pasa con la elaboración de la ley, donde cabe distinguir su iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación. En esas distintas etapas intervienen respectivamente el órgano legislativo y el ejecutivo.

c) Los actos jurídicos mixtos se constituyen por la intervención de uno o varios particulares y uno o varios funcionarios públicos (Órgano del Estado). Podemos citar actos mixtos del derecho familiar el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, dado para su existencia y validez es necesaria la concurrencia de uno o varios particulares y de un funcionario estatal, bien sea el oficial del Registro Civil o el Juez.

14).- Actos civiles y mercantiles.

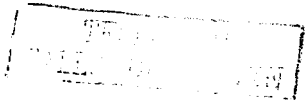
a) Los actos civiles se definen por exclusión respecto a otros actos, indicando que son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral, que no constituyen actos mercantiles, procesales, administrativos o legislativos. En la actualidad habrá también que excluir los actos jurídicos que regula el derecho agrario y el derecho del trabajo.

b) En cuanto a los actos mercantiles cabe observar que los especialistas en la materia, en general reconocen la imposibilidad de llegar a una definición integral de los mismos, pues generalmente dependerá de la enumeración enunciativa o limitativa de los distintos derechos positivos. Además, es tal la variedad de los distintos actos que se comprenden en esa enumeración, que la mayoría de los autores ha renunciado al propósito de definir los actos mercantiles.

Para nuestro derecho positivo es conveniente llamar la atención de que el artículo 1° del Código de Comercio dispone:

"Las disposiciones de este Código son aplicables sólo a los actos comerciales".

En el artículo 75 del mismo se hace una enumeración enunciativa de los actos de comercio, pues además de los que se mencionan en sus veintitrés primeras fracciones, se comprenden en la vigésima cuarta: "Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código". Como simple ejemplificación para los fines elementales de este estudio, recordaremos que el mencionado artículo 75 considera actos de comercio todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósitos de especulación comercial de bienes muebles en general; las compras y ventas de bienes inmuebles que se hagan con dicho propósito, así como las que recaigan sobre porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles; los contratos relativos a obligaciones del Estado; los actos relacionados con las empresas de abastecimientos y suministros, de construcciones, de fábricas y manufacturas, de transportes, de comisiones, de espectáculos públicos y de edición; todas las operaciones de crédito y bancarias, así como del comercio marítimo y de la navegación interior y exterior; los contratos de seguros, los depósitos por causa de comercio y en almacenes generales, la expedición de títulos de crédito, las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil y las que se contraigan por los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio mismo. Además es importante transcribir lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:



"Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio... Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio".

17).- Actos dependientes e independientes.

a) Son actos jurídicos dependientes aquellos que para producir sus consecuencias jurídicas necesitan unirse o fusionarse con otro u otros actos, en una forma absoluta o relativa. La dependencia es absoluta cuando no pueden producir ninguna consecuencia de derecho si no se lleva a cabo la fusión de tales actos. La dependencia es relativa cuando los actos aislados producen algunas consecuencias, pero necesitan unirse o combinarse entre sí para que produzcan todas las consecuencias inherentes a la naturaleza de esos actos.

b) Actos jurídicos independientes se definen como manifestaciones de voluntad que no necesitan unirse o fusionarse con ningún otro acto, para producir la plenitud de sus consecuencias legales.

21).- Actos lícitos e ilícitos.

a) Son actos jurídicos lícitos los que no van en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres.

TRINIDAD
LA LEY

b) El artículo 1830 del Código Civil define a los actos ilícitos como aquellos que se ejecutan en contra de tales leyes o costumbres.

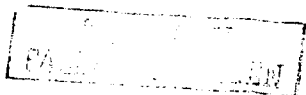
"Papel de la voluntad en el acto jurídico.- Se ha discutido constantemente cuál es el papel de la voluntad en el acto jurídico, o en otras palabras, se trata de determinar si las consecuencias de derecho que produce el acto jurídico dependen exclusivamente de la voluntad, o bien, si la voluntad tiene un papel concurrente con otra causa, o un papel secundario.

Se han sostenido en el Derecho Civil tres posiciones.

- 1) La voluntad tiene un papel exclusivo y determinante de las consecuencias de derecho en el acto jurídico.
- 2) La voluntad concurre con la ley para producir esas consecuencias y,
- 3) La voluntad cumple una función secundaria, correspondiente a la ley el papel principal"¹¹⁸.

"La escuela de la exégesis en Francia, sostiene que la voluntad desempeña el papel determinante de las consecuencias en el acto jurídico y, especialmente, en el contrato. El principio de la autonomía de la voluntad se hace consistir en la posibilidad que tienen los contratantes, para poder crear libremente derechos y obligaciones. El único límite que se acepta por la escuela de la exégesis es el de la licitud jurídica, es decir, la voluntad no puede ir en contra del orden público, ni de las

¹¹⁸ *Ibidem* p. 123.

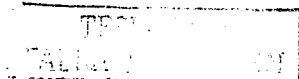


buenas costumbres. Pero respetando este límite, todo lo que no está prohibido está permitido, sobre todo en materia de contratos. Debe hacerse constar que la escuela de la exégesis, no postula para el acto jurídico unilateral la misma teoría. Aún cuando la presenta en un principio con un alcance muy general, tratándose ya de la declaración unilateral de voluntad, se considera que en este acto jurídico sólo se pueden crear derechos y obligaciones en los casos expresamente declarados en la ley, y por lo tanto, la voluntad sólo tendrá un poder absoluto en el contrato y en el testamento. Estos dos actos jurídicos si se rigen según la escuela de la exégesis, por el principio absoluto de la autonomía de la voluntad"¹¹⁹.

En dicha teoría se especifica que la voluntad tiene el papel mas importante, creando derechos y obligaciones de una manera lícita y que no vaya en contra de las buenas costumbres, cuando el tema que establecemos la voluntad que exteriorizan, si violan dichas disposiciones, toda vez que están alterando el orden público y va en contra de las buenas costumbres, perjudicando a terceros y sorprendiendo a la propia legislación que nos rige.

"En contra de esta teoría, Bonnecase ha sostenido que tanto la ley como la voluntad, desempeñan un papel igualmente importante en la producción de los efectos jurídicos. Es decir, la ley determina la situación jurídica abstracta o hipótesis normativa, que es condicionada y actualizada por la manifestación de voluntad, a través del acto jurídico. Las normas parten de la base de que una manifestación concreta de voluntad, unilateral o plurilateral, deberá hacerse para que se produzcan las consecuencias previstas

¹¹⁹ Idem.

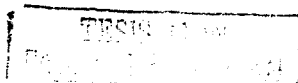


en las mismas. Resulta entonces evidente que tanto la ley como la manifestación de la voluntad, son esenciales para que puedan producirse las consecuencias de derecho, o empleando los términos de Bonnecase, la situación jurídica abstracta que consagra toda norma general, sólo puede transformarse en situación jurídica concreta, a través del acto o del hecho jurídico. Por lo tanto, para que esta transformación se produzca, tratándose de actos jurídicos, será menester que la voluntad ponga en movimiento aquella situación abstracta prevista en la norma, a efecto de que se actualicen las consecuencias con relación al autor o autores del acto jurídico"¹²⁰.

Se coincide con esta teoría, en razón de que el individuo o individuos deben de realizar una o varias conductas, para poder realizar lícita o ilícitamente algún acto y tener como resultado una consecuencia jurídica, lo cual se encuentra establecido en la propia norma que nos rige, en cualesquiera de las materias, por lo que si él o los individuos no manifiestan su voluntad para que se realice o deje de realizar algún acto jurídico, no se podrá, poner acción a la norma o detenerla para obtener un beneficio.

"León Duguit se coloca en el extremo opuesto al sostenido por la escuela de la exégesis, es decir, afirma que la voluntad está condicionada en todo por la ley; que las consecuencias de derecho no son producto de la voluntad sino de la norma jurídica, que permite a la voluntad producirlas. Dice que hay una falsa impresión de autonomía, porque hay una regla que permite a los contratantes crear libremente derechos y obligaciones, pero justamente los contratantes pueden crearlos, porque hay un precepto

¹²⁰ Ibidem. p. 123 y 124.



jurídico que así lo dispone. Y tan es así, que en la declaración unilateral de voluntad se necesita que se reconozca este efecto por la ley, pero sólo en la medida en que ciertos códigos, como el Alemán, el Suizo, el de Brasil, o el nuestro, vienen a reconocer ese papel creador de la voluntad unilateral, con las limitaciones que impongan. Se podrá afirmar que la voluntad, por la delegación que le hace la ley, crea derechos y obligaciones"¹²¹.

En el contrato y en el acto jurídico, lo que no está prohibido ni ordenado, está permitido, y sólo así podemos decir que le ha dejado el legislador. Ahora bien, la ley puede ir restringiendo o aumentando dicho ámbito.

"Elementos esenciales y de validez del acto jurídico.- Son elementos esenciales la manifestación de voluntad, que en los convenios y contratos se llama consentimiento y que implica, por lo tanto, un acuerdo de voluntad: y el objeto física y jurídicamente posible. Debe entenderse el objeto tanto en su significado directo como indirecto. Por objeto directo se entiende, en el acto jurídico, la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones: y por objeto indirecto, las cosas o hechos que constituyan el contenido de las obligaciones creadas, transmitidas, modificadas o extinguidas por el acto jurídico. Por ejemplo, en un contrato de compra venta, el objeto directo del mismo es la transmisión de la propiedad de la cosa enajenada, a cambio de un precio cierto y en dinero. Por esto, se define como el contrato que tiene por objeto transmitir la propiedad de una cosa o de un derecho a cambio de un precio cierto y en dinero. Son objetos indirectos, la cosa y el precio, o sea, la materia de la

¹²¹ *Ibidem*. p. 124.

obligación del vendedor (la cosa enajenada) y la del comprador (el precio). Tanto el objeto directo como el indirecto deben ser posibles física y jurídicamente. La imposibilidad física o jurídica origina la inexistencia del acto mismo. además de estos dos elementos de esencia u orgánicos en el acto jurídico, tenemos los elementos de validez: capacidad, forma (cuando la ley la requiera), ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto La falta de capacidad, así como la inobservancia de forma y los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia y lesión), originan la nulidad relativa del acto jurídico. En cambio, la ilicitud en el objeto, motivo o fin, puede originar la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga en cada caso concreto la ley"¹²².

"Actos jurídicos que son fuentes de obligaciones.- Clasificando sólo los actos jurídicos para determinar cuáles son los que constituyen fuentes de obligaciones, podemos distinguir actos jurídicos públicos y actos jurídicos privados. Son actos jurídicos públicos aquellos que requieren exclusivamente la intervención del órgano del Estado. La ley, la sentencia, la resolución administrativa, etc. Son actos jurídicos privados aquellos que sólo requieren la intervención de uno o varios particulares"¹²³.

"Los actos jurídicos públicos así como los privados, pueden ser fuentes de obligaciones. Como actos jurídicos públicos tenemos: 1º) La ley o acto legislativo, pero siempre concurriendo con un hecho o un acto jurídico, dada la explicación de Bonnecase. 2º) los actos jurisdiccionales, la sentencia, el embargo, el remate y la adjudicación judicial y 3º) Los actos administrativos, principalmente las resoluciones administrativas, las concesiones, los

¹²² Ibidem. p. 124 y 125.

¹²³ Ibidem. p. 125.

contratos administrativos y los actos de expropiación. Los actos jurídicos privados que eran obligaciones, son respectivamente:

1° Los contratos.

2° Los testamentos.

3° Los actos jurídicos unilaterales¹²⁴.

"No hay derecho que no provenga de un hecho".

"FUNCIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS.- Pero antes de seguir adelante, precisa ocuparnos de las soluciones que han sido propuestas para resolver los importantes y básicos problemas planteados en los tres interrogantes siguientes: ¿Las consecuencias normativas previstas en el supuesto jurídico: a) se producen por la sola realización del acto; b) provienen exclusivamente de la ley; o c) necesitan del concurso de ambos, es decir, del acto y de la ley conjuntamente?"¹²⁵.

A.- Doctrina Clásica.- La doctrina clásica, representada por BAUDRY-LACANTINERIE, PLANIOL, COLÍN Y CAPITANT Y BEUDANT, todos ellos citados por BORJA SORIANO, se inclina por el primero de los anteriores interrogantes, o sea por la afirmación de que las consecuencias normativas previstas en el supuesto se producen por la sola realización del acto, y que la ley no interviene sino para sancionar la voluntad de las partes dándoles una acción, o para vigilarla, estableciendo límites a la misma por medio de prohibiciones y de nulidades.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Ortiz Uguidí, Raúl. Op. Cit. p. 230.



B.- Doctrina de León Duguit.- Frente a esta solución se levanta la de LEÓN DUGUIT, quien en concreto afirma que no es el acto el que hace producir tales consecuencias sino la ley.

No hay que olvidar que todo acto (negocio) jurídico es acto de voluntad, afirma que lo único que la voluntad puede producir son movimientos corpóreos, pero nunca consecuencias de derecho.

En todo acto de voluntad hay que distinguir estos momentos: 1)el de la concepción; 2)el de la liberación; 3)el de la decisión y 4)el de la ejecución. Dice que en el primero de estos momentos el de la concepción, el espíritu se representa diversas cosas que puede querer o no querer, así como los efectos de derecho que se producirán si quiere tal o cual cosa; y que en el segundo momento, el de la deliberación el sujeto pone y opone los diferentes objetos posibles de su querer y los efectos que el Derecho objetivo les atribuye.

En muchos casos, este momento de la deliberación no aparece, que nada separa la concepción de la ejecución, puesto que el sujeto, al pensar el acto, lo efectúa inmediatamente, en cuyo caso se está en presencia de una acción ideo-motriz, toda vez que los movimientos se suceden "sin que se perciba la huella de una cavilación". Pero también puede suceder agrega, que la conciencia tenga ante sí varias representaciones que se opongan unas con otras. En este caso el sujeto tendrá que juzgar antes de obrar, es decir, tendrá que deliberar consigo mismo, dirigiendo su atención sobre el objeto y sobre el fin, sobre el objeto, es decir, sobre lo que le hará o lo que no hará; sobre el fin, sobre el porqué lo hará o no lo hará.



"La voluntad - sigue diciendo- tiene dos objetos: el inmediato y el mediato. Lo que quiere inmediatamente el individuo y lo que solamente puede querer es ...un movimiento de su ser y esto es el objeto inmediato de su querer, en tanto que el objeto mediato es querido por el sujeto, pero no es producido por la voluntad. En cuanto al fin es preciso evitar confundirlo con el objeto mediato del querer, pues no es otra cosa, que la razón, el porqué de la elección de algunas o alguna de las representaciones dadas, como determinante o determinantes de la acción"¹²⁶.

"La decisión- en que el estado de vacilación cesa, el sujeto toma una dirección fija y conscientemente hace la elección, toma la decisión que así constituye la violación propiamente dicha La ejecución, que no es ni puede ser jamás sino un movimiento corpóreo del sujeto. En él éste no hace otra cosa sino realizar el objeto inmediato de que antes se ha hablado y que no puede consistir sino en una mera declaración oral"¹²⁷.

Al respecto se trata de estipular que el sujeto tiene conocimiento de la acción que realizará, y por tal situación debe de ser responsable de la conducta que desplegué.

"Si el sujeto no puede producir por su voluntad- objeto inmediato de ésta- sino un movimiento corporal propio, jamás esa voluntad puede ser la que engendre. Objeto mediato de ella, de la voluntad- los efectos de derecho deseados por el autor o las partes, sino que la causa eficiente de tales efectos, es necesariamente la ley, y que en todo caso la voluntad sólo es causa que concurre a poner

¹²⁶ *Ibidem*. p. 231.

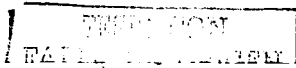
¹²⁷ *Idem*.

en movimiento a la ley para la producción de tales efectos. La teoría de DUGUIT, cuya síntesis acabamos de exponer, se refiere al problema que estamos contemplando, únicamente con relación al tradicional acto jurídico (o negocio dentro de la tesis que postulamos y que explicaremos en el capítulo siguiente) por ser el acto- o negocio- por definición, un acto de voluntad, quedando fuera de ella, por consecuencia, el hecho jurídico, por lo menos el hecho jurídico no voluntario, acerca de los que los propios sostenedores de la doctrina clásica, admiten que tratándose de hechos jurídicos en sentido estricto, los efectos jurídicos son indirectamente creados por el Derecho"¹²⁶.

C.- Doctrina de Bonnecase. "Afirma que tanto el acto o el hecho como la ley, son necesarios para la producción de las consecuencias de derecho. Admite a este respecto que el acto y el hecho jurídico tienen por función poner en movimiento, en contra o en provecho de una o de varias personas, una regla de derecho o una institución jurídica, sólo que mientras que el autor del acto tiene directamente y de manera reflexiva a tal resultado, el autor del hecho lo sufre, y que ésta es una de las razones que han conducido a la doctrina clásica a asimilar la función del acto jurídico a la ley, pero que esta asimilación es falsa, en virtud de que el acto jurídico jamás puede por sí mismo, como mera manifestación de voluntad, generar las consecuencias de derecho"¹²⁷.

"Al seguir BONNECASE explicando su teoría, distingue dos funciones del acto y del hecho jurídico: la inmediata y mediata. Hace consistir la primera en esa puesta en movimiento, en los términos antes dichos, de una regla de derecho o de una institución jurídica, y las segunda en dar

¹²⁶ Idem.
¹²⁷ Idem.



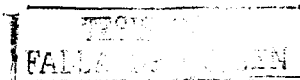
nacimiento, de este modo, a situaciones jurídicas concretas"¹³⁰.

"Es bien conocida la opinión de BONNECASE, acerca de la situación jurídica, de la que dice que es la manera de ser de cada persona frente a una norma o a una institución jurídica; que cuando esa manera de ser es meramente eventual o teórica, la situación jurídica es abstracta, y que es concreta cuando se convierte en una realidad positiva, producto de la realización de un hecho o de un acto que pone en movimiento a la norma. En otras palabras: si la función de la norma es crear situaciones jurídicas abstractas, que no devienen concretas sino hasta en tanto se realicen el hecho, o el acto previsto por aquélla (por la norma), es claro que dentro de la tesis de BONNECASE, no sólo la ley sino el acto o el hecho jurídico, juntos ambos (hechos o acto y ley), son los productores (igualmente importantes y por ello sin preeminencia recíproca alguna) de los efectos jurídicos consistentes en crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos o situaciones jurídicas concretas"¹³¹.

"BONNECASE, se considera que su tesis es la que más se ajusta a la realidad. Que la sola voluntad humana jamás puede superar las prohibiciones de la ley (por ejemplo, nadie, aunque real y positivamente lo quisiera, puede, mediante contrato o por un simple acto unilateral de voluntad, convertirse en esclavo de otro, ya que terminantemente lo prohíbe nuestro artículo 2° constitucional); pero tampoco la ley, por su solo texto, puede crear sino situaciones jurídicas abstractas, mas nunca positivas y concretas a cargo o a favor de persona alguna, ya que para que esto suceda necesariamente se

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Idem.



requiere de concurrencia del querer humano. (Y en el caso del hecho jurídico, se requiere la realización del acontecimiento en que tal hecho jurídico consiste)¹³².

Como ya lo hemos mencionado, esta teoría es la que más nos convence, toda vez que como lo establece el autor, el ser humano no puede por su propia voluntad obtener algún beneficio o perjudicar a terceros; esta voluntad la tiene que exteriorizar para que se puedan accionar la norma jurídica, y ésto lo debe de hacer violando la norma, o favoreciéndose de la misma por tal razón; sería ilógico que el individuo tratara de obtener alguna cosa con el simple pensamiento y sin regirse de una norma, y si aun así lo hiciera estaría violando la misma, con lo cual realizaría un acto ilícito, y más aún en el estudio de auto-embargo, se requiere necesariamente de la voluntad de dos o mas individuos para poder accionar la norma legal.

3.3.- LA ACCIÓN PAULIANA

La Acción Pauliana es una figura creada desde Roma, donde determinaron de qué forma se podía proteger al acreedor, y en qué forma se podía hacer cumplir al deudor o a cualquier persona, que no cumpliera con la obligación a la cual se había estipulado.

Por tal circunstancia, procederemos a realizar diversos análisis del autor, en relación a dicha acción pauliana y protectora para los acreedores.

¹³² Idem.



"Se dice que el deudor ejecuta una acto en fraude de acreedores, cuando lleva a cabo una enajenación o renuncia de derechos que provoca o aumenta su insolvencia, y que por consiguiente perjudica al acreedor. En estas condiciones, éste tiene el derecho de pedir la nulidad del acto ejecutado por el deudor, que originó su insolvencia y lo perjudica. Tradicionalmente se conoce esta acción con el nombre de PAULIANA"¹³³.

Son requisitos de la acción pauliana para atacar estos actos en fraude de acreedores, los siguientes:

1. "Que el deudor lleve a cabo una enajenación o renuncia de derechos.- Todo acto dispositivo en forma de enajenación, de renuncia o de cesión de facultades, o derechos que puedan mejorar el estado del deudor, es un acto que puede nulificar el acreedor si es que origina la insolvencia de su deudor, o por lo menos lo agrava"¹³⁴.

Así las cosas, el defraudador o deudor principal tiene por objeto burlar la obligación que había contraído, con anterioridad, con el acreedor principal, realizando una disminución de sus bienes, o evitar el cobro de la deuda a la cual tiene la intención de no pagarla.

2. "Que al ejecutar ese acto dispositivo provoque o agrave su insolvencia.- Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimamos en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit, en

¹³³ Rojas Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 433.

¹³⁴ Ibidem. p. 435.



otras palabras hay insolvencia cuando el pasivo es superior al activo, la finalidad que se persigue en la acción pauliana, el acreedor tiene, en ocasiones, tanto interés en nulificar un acto que viene a agravar la insolvencia del deudor, como un acto que podría originarla"¹³⁵.

Si bien es cierto que el acreedor principal puede promover la acción pauliana, para nulificar dichos actos ilícitos, también lo es que ésto es muy difícil, toda vez que no tiene la veracidad ni el conocimiento que el deudor ha realizado dichos actos, para disminuir su activo o de alguna forma desaparecerlo, lo cual es insólito porque el acreedor no cuenta con las pruebas para demostrar dicha situación.

3. "Que el acto dispositivo perjudique al acreedor.- Es un elemento esencial en el ejercicio de la acción pauliana, que exista el perjuicio para el acreedor, tal parece que basta el segundo elemento, es decir, que el acto origine la insolvencia para que se perjudique al acreedor. Sin embargo, puede éste tener garantías de terceras personas como la fianza, prenda o hipoteca de tercero, de tal manera que a pesar de la insolvencia de su deudor no resulte perjudicado, porque pueda exigir su crédito demandado al fiador, o ejercitando la acción prendaria o hipotecaria; la nulidad de los actos del deudor sólo será pronunciada en interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos"¹³⁶.

Es de comentarse que el acreedor tiene el derecho de poder pedir una garantía sobre el préstamo, o sobre el incumplimiento

¹³⁵ Idem.
¹³⁶ Idem.

de algún contrato o de una obligación; ésto en la realidad no se lleva a cabo, por que el acreedor confía en el acreedor y no se imagina que éste último lo pueda defraudar.

4. "El cuarto requisito supone que el acto dispositivo sea posterior al crédito o créditos que se consideren perjudicados.- Es evidente que si el acto dispositivo es anterior al crédito, no podrá invocar al acreedor ningún perjuicio, porque conociendo el estado de insolvencia de su deudor, consistió en que se constituyese dicho crédito. El acto en manera alguna ha afectado a su patrimonio, porque fue anterior a la constitución del crédito; si desde que el crédito nace, el deudor es insolvente, no tiene ningún interés, ni sufre perjuicio el acreedor para pedir la nulidad de aquellos actos, aunque hubiesen sido fraudulentos, pero si el acto dispositivo es posterior a la constitución del crédito, es evidente que si se perjudica al acreedor"¹³⁷.

Claras las cosas, es lógico que si el deudor tiene conocimiento que el acreedor no tiene solvencia económica, y aún así le realiza el préstamo, en el momento del incumplimiento no tendrá elementos para poder hacerlos valer, toda vez que era conocedor de dicha situación. Y por el contrario, si dicha acción fraudulenta es posterior al préstamo, aún en horas, éste si podrá reclamar la acción fraudulenta, solicitando la nulidad de dichas acciones.

5. "Si el acto dispositivo es oneroso, es menester que haya mala fe en el deudor y en el tercero. En cambio, si la enajenación es a título gratuito, no es necesario que existe mala fe para que se proceda la nulidad. Esta se

¹³⁷Ibidem. p. 437.

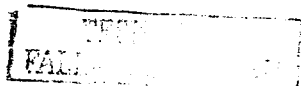
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

declara aún demostrando el deudor y el tercer que procedieron de buena fe. Este requisito de la mala fe, es el obstáculo principal que en la práctica se presenta para que prospere la acción pauliana. Podrán demostrarse fácilmente los demás requisitos que son de carácter objetivo: la insolvencia, la existencia del crédito anterior, el perjuicio, pero generalmente ésta acción no prospera en la mayoría de los casos, por que el acreedor no puede demostrar que el tercero conocía el estado patrimonial del deudor, y por consiguiente, el déficit que originó el acto dispositivo como esta mala fe, es una situación subjetiva muy difícil de comprobar, si no es por confesión del propio tercero, o por la existencia de un documento en que así se reconociera o por presunciones, se comprenderá por qué en la práctica ya esta acción ha caído en desuso, y sólo en los casos en que el tercero por relaciones de parentesco, de sociedad o negocios, conozca el estado patrimonial de su deudor, y pueda el acreedor demostrar fácilmente ese conocimiento previo, prosperará la acción pauliana"¹³⁸.

En lo descrito por el párrafo anterior, queda debidamente estipulado la simulación de actos, toda vez que el deudor se convierte en otro deudor con posterioridad, y su cómplice, éste el tercero, se presta para realizar dichas acciones, y así defraudar al acreedor legítimo y primordial; la situación de que se realicen los actos de manera onerosa o gratuita, no tiene gran relevancia, toda vez que a fin de cuentas se logró el objetivo por los individuos, el cual obviamente es ilícito.

"Debe interpretarse el Código vigente en la siguiente forma: considerar que los efectos de nulidad, en cuanto a

¹³⁸ Ibidem p. 438.



su alcance restitutorio, afectan sólo a las partes; que este efecto procede cuando la nulidad es invocada en cualquier contrato por alguna de ellas, pero cuando es intentada por el acreedor, es decir, por un tercero, para combatir un acto fraudulento, no está obligado, ya que no ha sido parte, a restituir, y el tercero adquirente debe perder el precio como consecuencia de su acto ilícito, de su complicidad en el fraude"¹³⁹.

Compartimos la opinión del autor toda vez que el perjudicado es el acreedor, y no el tercero ni mucho menos el deudor; por tal razón, en el tema en estudio, se entiende que el tercero tenía el pleno conocimiento en estado patrimonial del acreedor, y su situación con el acreedor principal.

Presunciones de fraudulencia.- A efecto de facilitar la prueba en el ejercicio de la acción pauliana, y justificar a base de presunciones de mala fe de deudor y tercero, la ley admite dos presunciones de importancia.

"1°.La consagrada en el artículo 2179 del Código Civil: se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de sus acreedores.

2°.La que reconoce el artículo 2173, conforme el cual es anulable todo acto o contrato celebrado en los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso, y que tuviere por objeto dar a un crédito ya existente una preferencia que no tiene. Se desprende que

¹³⁹ Ibidem. p. 442.

basta con ejecutar un acto que origine la insolvencia del deudor, en el periodo sospechoso anterior a la declaración del concurso o de la quiebra, es decir, 30 días antes, para que no sólo se produzca el efecto del artículo 2173, es decir, que se pierda la preferencia otorgada indebidamente a un crédito, sino también para que se considere mediante una presunción humana, combinada con una presunción legal, que por el sólo hecho de ejecutar el acto en ese periodo sospechoso, existió mala fe del deudor y tercero que contrato con él¹⁴⁰.

"Efectos de la procedencia de la acción pauliana.- Según el artículo 2168, revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiese habido enajenación de propiedades, estas se devolverán por el que las adquirió de mala fe, con todos sus frutos. En este precepto se advierte con claridad, que a pesar de que el código vigente nos dice que la acción pauliana es de nulidad, al precisar sus efectos regula literalmente una revocación del acto fraudulento y, como consecuencia de la misma, la devolución de los bienes que el tercero adquirió, esta devolución se decreta, bajo el Código vigente, únicamente a favor del acreedor o acreedores que intenten la acción pauliana"¹⁴¹.

3.4.- LA SIMULACIÓN

La simulación se encuentra aludida y expuestos a la acción pauliana o revocatoria, tutela específica del derecho del acreedor burlado y que está consagrada en el artículo 2468 del Código Civil.

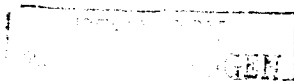
¹⁴⁰ Ibidem. p. 445.

¹⁴¹ Ibidem. p. 446.

Si bien la disminución del activo del deudor suele hacerse a través de un contrato oneroso, este título es a veces gratuito. Con todo se evita hacerlo por esta última vía, en razón de la inverosimilitud en que se cae: un deudor en situación económica difícil estaría desprendiéndose de bienes gratuitamente. Finalmente el título empleado puede ser el contrato de arrendamiento por largo tiempo, con rentas anticipadas que se dan por recibidas. Se perfecciona más la maniobra si el contrato se celebra por escritura pública. Se puede disminuir el activo del deudor, por último completando la transferencia del dominio, hecha anteriormente, con un contrato real que es el comodato o el de depósito. Así la cosa, no aparece como del dominio del deudor y, a la vez, se tiene una explicación de por qué está en poder de aquél sin ser el dueño¹⁴².

Aumento del pasivo del deudor.- existen un sin número de formas para burlar a los acreedores a través de actos o contratos simulados orientados al aumento del pasivo del deudor. En sustancia, se inventan acreedores falsos, ésto es, con ausencia absoluta de la causa de la obligación respectiva. Para tal efecto se celebran contratos de mutuo fingidos, en los cuales el deudor figura como mutuuario obligado a restituir; se giran y aceptan letras de cambio o pagare a la orden de terceros que se convierten en acreedores falsos: se complementa a veces la constitución de la deuda fingida con una hipoteca sobre un bien raíz del mismo deudor, con los efectos consiguientes. En definitiva si se hubiese llegado a la quiebra, esos falsos acreedores acudirían a verificar sus créditos para participar, en alguna medida, en la distribución de la masa disponible, o bien, en el juicio ejecutivo que se siga contra el deudor,

¹⁴² Fuego Lonneri, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de la Obligaciones*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992. p. 544.



interpondrá la tercería de pago para acceder ilícitamente a la distribución del acervo resultante de la subasta¹⁴³.

Objeto De la acción.- El negocio simulado ha dado origen a una apariencia, que es necesaria destruir mediante el ejercicio oportuno de la acción adecuada, la cual estará dirigida a obtener de los tribunales la declaración de simulación del acto o contrato. Como lo expresa de un modo simple una sentencia, la acción de simulación tiene por objeto establecer la voluntad real y verídica de las partes, y hacerla primar sobre la voluntad que falsamente expresaron. Si la acción la intentan los propios otorgantes, el objeto será constatar un estado de hecho que se pretende se ajuste a la verdad; si la intenta un acreedor, tendrá por objeto restablecer el verdadero estado patrimonial del deudor, que se valió de la simulación para ocultar bienes; en el fondo se vigoriza la responsabilidad patrimonial del deudor y, recíprocamente, mejoran las expectativas de los acreedores¹⁴⁴.

Titularidad de la acción.- ¿Quiénes están premunidos de legitimación para impugnar la simulación?. En primer lugar la tienen las partes que han otorgado el negocio simulado. Si la simulación es absoluta, las partes demandarán la declaración de simulación del negocio único y aparente. Si es relativa, las partes pedirán que se declare la simulación del negocio que encubre el disimulo u oculto. Cuando una parte demanda a la otra, lo que se pretende es que patentice la divergencia entre la voluntad real y su manifestación, que prevalezca la voluntad real, no la declarada¹⁴⁵.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Ibidem. p. 545.

¹⁴⁵ Ibidem. p. 543 y 546.

Necesidad de una declaración judicial.- Como estamos frente a una presunción de sinceridad y de veracidad, a través de un instrumento formal, es obvio que sea necesario que se demuestre y se declare lo contrario, ésto es, que hubo simulación y que ésta no puede persistir. Por consiguiente, al igual que la nulidad requiere de una resolución que lo declare. Finalmente dicha simulación puede alegarse por vía de acción o de excepción¹⁴⁶.

Todo lo referente a lo que estipula la simulación de actos, en cuanto hace a su intervención de los individuos que intervienen, se establecerá en el capítulo siguiente en concordancia a lo que establecimos en el primer capítulo, toda vez que se individualizarán pormenorizadamente la participación y responsabilidad de dichos individuos.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 547.

TRUST BANK

CAPITULO 4

DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

4.1. PARTICIPACIÓN Y COMPLICIDAD

CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN.- "Se considera el delito como la conducta de un solo hombre, aunque nada impide reconocer que pueden concurrir, y de hecho concurren con frecuencia varios sujetos activos para la realización del acto, o del conjunto de actos que constituyen la infracción penal; en estos casos se dice que hay participación o una contribución de todos esos agentes para la comisión del delito; la participación, en el sentido técnico que ha desarrollado la teoría, se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito, que no podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes. El Derecho Romano reconoce que toda participación queda condicionada, para serlo y para ser tratada como tal, a que el delito se realice en un grado punible"¹⁴⁷.

Concepto.- Para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: a) Unidad en el delito, y b) Pluralidad de personas. Sólo con esos elementos es posible, como afirma Cavallo, elaborar el concepto de la participación

¹⁴⁷ Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 477.

criminal, siendo necesario para establecer la definición del concurso partir del concepto de autor de delito¹⁴⁸.

Castellanos Tena Fernando, determina la participación de la siguiente manera:

"A veces la naturaleza misma de determinados delitos requiere pluralidad de sujetos, en donde la intervención de dos personas es una condición indispensable para la configuración del tipo. En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más hombres conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de la participación. Consistente en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad"¹⁴⁹.

Al respecto, Vasconcelos manifiesta lo siguiente:

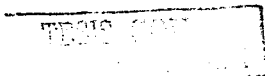
"La participación es tan antigua como el delito; las mas viejas legislaciones la aceptaron. Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades pueden infringir una sola norma. En el primer caso hay pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito con concurso de sujetos"¹⁵⁰.

Maggiore empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos, y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los

¹⁴⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 494.

¹⁴⁹ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 293.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 493.



sujetos activos en el delito; éste es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho, sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas¹⁵¹.

De los conceptos que precisan en los párrafos que anteceden, y que fueron establecidos por los autores que se señalan, de donde se desprende el concepto de la participación, podemos mencionar que para que se pueda establecer la participación deben de concurrir forzosamente dos o más personas, independientemente en la forma en que intervengan; dicha participación la realizan los individuos en la comisión de un delito, por tal circunstancia se debe tomar en cuenta que para que exista la participación, debe de existir la conducta ya sea de acción o de omisión, y de la misma forma se puede precisar que para que se dé la participación, se debe tomar en cuenta el tipo penal que establece la propia ley.

Naturaleza.- Normalmente se identifica a la participación con el problema de la causalidad, pues la intervención de varias personas, sea directo 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 privatista en la causalidad, es eficaz para resolver los problemas de la participación¹⁵².

¹⁵¹ Pavón Vasconcelos, Fernando. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 493.

¹⁵² *Ibidem*. p. 494.

Para tal efecto el propio autor Ignacio Villalobos, señala diversas teorías las cuales a continuación se precisan.

"Teoría de la accesoriedad.- Dando por supuesta la unidad del delito, y exagerando la dependencia de los auxilios prestados por los partícipes a quien ejecutó los actos constitutivos, directamente del tipo penal, se creyó encontrar en este autor principal el núcleo de unificación de todas las actividades convergentes, las cuales se tuvieron como accesorias, pues se pensó que sólo así se podría explicar el hecho de muchos actos, ejecutados por distintos sujetos, con indiscutible antijuricidad, y la conciencia y voluntad que hacía responsables a sus autores, no se tuvieran como otros tantos delitos completos.

Y tan fuerte llegó a ser la convicción de este carácter accesorio de la responsabilidad de los partícipes, respecto a la del agente principal, que aún el efecto eximente de algunas causas de inimputabilidad, por parte del verdadero delincuente o autor material del delito, se comunicaban y beneficiaban a quienes habían auxiliado a éste, pues tales conductas 'accesorias' se tenía por cierto que debían seguir la naturaleza de la principal y, no siendo esta delictuosa ni punible, no lo eran tampoco las de todos los demás"¹³³.

El jurista Fernando Castellanos Tena, estipula al respecto señalándola como doctrina de la siguiente manera.

"Doctrina de la accesoriedad.- Recibe este nombre, por que considera autor del delito sólo a quien realiza los actos (u omisión) descritos en el tipo legal; la responsabilidad de los partícipes dependen de los auxilios prestados al

¹³³ Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 478.

autor principal, respecto del cual se tienen como accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte de la principal. El delito producido por varios sujetos, único indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondientes a los partícipes"¹⁵⁴.

Y siguiendo la línea Vasconcelos se manifiesta de la siguiente manera sobre la accesoriedad:

Gran aceptación tuvo en el pasado la teoría de la accesoriedad, tal como fue formulada. Partiendo de la concepción monista o unitaria, que sólo admite el problema de la participación como un delito único, pretende encontrar al autor en quien ejecuta los actos descritos en el tipo penal; los demás actos, ejecutados por distintos sujetos, están en relación accesorias con aquél (autor principal), pero quedan unidos a él en virtud del querer común del propósito idéntico. Para esta teoría, no puede concebirse la participación con relevancia de autonomía; lo accesorio adquiere importancia en cuando se adhiere al hecho realizado por el autor. De ahí que, como expresa Cavallo, autores lo son los que intervienen en la comisión de los actos ejecutados y partícipes, los que se adhieren mediante actos diversos a la actividad de aquellos, tal enlace, a través del cual se conectan los actos accesorios al principal, no puede ser sino de naturaleza psíquica y consistente precisamente en la identidad de la intención¹⁵⁵.

Referente a la teoría o doctrina de accesoriedad, se puede mencionar que si bien es cierto que las conductas que se

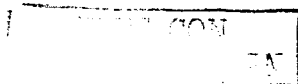
¹⁵⁴ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 294.

¹⁵⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*) p. 496.

despliegan en la comisión del delito, se realizan separadamente o conjuntamente, éstas devienen de un sólo propósito que es cometer el delito, pero sin embargo, no toman en cuenta que si bien es cierto que los que intervienen en la comisión del delito pueden de la misma forma existir diversas conductas, y con esto cometer otros delitos de los cuales no estaban planeados ni estaban al alcance de los demás partícipes, en donde con esta teoría no establece la individualización de participación, sino que solamente se avoca a mencionar que todas las conductas, que se realicen en el transcurso del delito, devienen del principal y no así la participación de cada individuo, señalando de la misma forma que si existe alguna causa de exclusión del delito o el individuo es inimputable, no se le podrá fincar responsabilidad al individuo o individuos que planearon el delito.

Teoría sobre la causalidad.- Como reacción provocada por los caracteres más repelentes de aquella tesis sobre accesoriadad de la participación, se puso la mira en el verdadero nexo que une a todos los partícipes con el delito realizado y les hace responsables del mismo, o sea en el hecho de que todos concurren a la causación del evento producido, aportando cada uno algún influjo para su perpetración y teniendo por ello responsabilidad en el delito.

A Von Buri se atribuye esta valiosa observación, aunque injustamente se le hace cargo de haber firmado la equivalencia de todas las causas concurrentes, sobre argumentos ligeros, para concluir volviendo a los sistemas del Derecho Romano,



largo tiempo abandonados, que asignaban la misma pena para todos los partícipes¹⁵⁶.

Al respecto el maestro Fernando Castellanos Tena menciona su teoría de causalidad.

"Teoría de la causalidad.- Al estudiar el elemento subjetivo del delito, se preciso que el hecho se integra por una conducta, un resultado y un nexo causal, en donde se intenta resolver el problema de la naturaleza de la participación, al considerar codelincuentes a quienes contribuyen, con su aporte, a formar la causa del evento delictivo. Para Von Buri la verdadera liga de unión en los partícipes en el delito, que los hace responsables, es la concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado"¹⁵⁷.

Así las cosas, también el maestro Pavón Vasconcelos determina la siguiente teoría que se asimila a la de causalidad de la siguiente manera.

"Para la teoría de la adecuación, lo mismo para la de la causalidad eficiente, al distinguir la causa de la condición, la actitud del autor constituye la causa del delito, destacando de la de los partícipes cuanto a su eficacia causal. Sin desconocer que el estudio de la participación puede tener algún contacto con el de la causalidad, no todos los problemas del concurso encuentran solución en el citado criterio, pues la aportación de cada partícipe no puede estar sujeta a una preordenada catalogación, ya que el hecho concreto varía en forma extraordinaria. Por otra parte, aún cuando en principio el

¹⁵⁶ Villalobos Ignacio. Op. Cit. p. 479.

¹⁵⁷ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 294.

criterio de la causalidad nos es de utilidad manifiesta, no resulta totalmente eficaz en la práctica, pues al problema de determinar cuál es la condición que tiene el carácter de causa, se agrega el de no proponer criterio alguno subjetivo, que permita precisar el carácter de condición causal respecto a la conducta del sujeto"¹⁵⁸.

Si bien es cierto que se debe de determinar la penalidad de los partícipes del delito, en esta teoría en un inicio determina que se debe de individualizar la pena, y por otro lado se contraviene al mencionar que todos los partícipes son responsables de la misma forma, en la misma comisión del delito.

Teoría que afirma la pluralidad de delitos.- Frente a esas dos posiciones anteriores, e insistiendo en asignar a cada responsable una penalidad adecuada al acto por él ejecutado, a su responsabilidad y a su peligrosidad demostrada, se pensó que tal propósito era incompatible con la unidad y comunidad del delito, y se quiso cortar el mal de raíz, para lo cual se atribuyó a cada concurrente (que ya no podía llamarse partícipe) un delito autónomo con su pena propia. Así, además se podrían estimar para cada sujeto las excluyentes, agravantes o atenuantes que a él se ligaran, con absoluta independencia de los demás, cuyos actos tenían sus elementos propios y formaban unidades distintas¹⁵⁹.

Desarrollo definitivo de la teoría causal.- Mezger se volvió a la aspiración de sancionar a cada partícipe, de acuerdo a su mayor o menor aportación objetiva, en la realización en lo que

¹⁵⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 495.

¹⁵⁹ Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 478.

indiscutiblemente es un solo delito, pero de acuerdo también con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad. Así, orientada la estimación de la responsabilidad a cada partícipe, debemos examinar separadamente cada uno de los datos que concurren a formarla: tanto el objetivo de mayor o menor eficacia causal, o del aporte prestado para la realización del hecho típico, como el subjetivo que se refiere a la perversidad demostrada por cada sujeto, o a su más o menos franca y reprochada actitud de oposición al orden social¹⁶⁰.

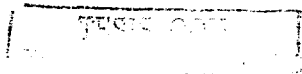
Vasconcelos concuerda de la siguiente manera:

"Tal como ha quedado expuesta, la tesis de la accesoriidad parece ser la correcta, pues basándose en la necesaria relación subjetiva de los actos realizados, y partiendo de la concepción unitaria de la participación, pretende resolver la cuestión de identificar al autor a través de la actividad principal, extraída de la descripción en el tipo, estableciendo la obligada jerarquía entre aquél y los partícipes, por cuanto éstos se encuentran en dependencia accesoria de carácter material, aun cuando en concordancia psíquica con él. No obstante, se ha puesto de relieve por sus opositores, las consecuencias inadmisibles de su aplicación integral, por originar impunidad de las conductas accesorias en aquellos casos en que la acción principal, y por ello el autor, debe quedar sin pena"¹⁶¹.

Por tal motivo coincidimos que esta teoría es la que más adecuada y justa se puede determinar, toda vez que si se divide la responsabilidad de cada uno de los sujetos que intervienen en la comisión del delito, haciendo hincapié que existe una

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 479.

¹⁶¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*), p. 497.



relación entre los autores materiales y los autores intelectuales, así como los que participen de cualquier forma en la comisión del delito. Esta teoría es la que en nuestro se lleva a la práctica y sigue vigente.

En lo referente a la participación, Fernando Castellanos Tena considera otra teoría denominada de la autonomía, de la siguiente manera.

Teoría de la autonomía.- Para esta corriente, el delito producido por varios individuos pierde su unidad, al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos, y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia. Quienes intervienen ya no son "participes", habida cuenta de la autonomía de su conducta; por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás. Sólo son admisibles "individualmente" las causas excluyentes de responsabilidad, y las calificativas y modificativas. Esta corriente es clasificada como pluralística, por admitir varios delitos, en oposición a las monísticas o unitarias, por estimar que autor y participes producen un delito único¹⁶².

De la misma forma, el maestro Pavón Vasconcelos concuerda con la teoría del jurista Fernando Castellanos Tena, expresándola de la siguiente manera.

"Otro criterio inclinado a resolver tan ingente en cuestión, es el llamado de autonomía, el cual afirma que la participación es una pluralidad de delitos, en virtud de constituir cada conducta su causa en diverso impulsor

¹⁶² Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 294.

humano, debiendo por tanto penas propias al ser autónomas unas de otras. Contra semejante idea revela Florian, para quien el delito es una unidad subjetiva, y tanto los actos principales como los accesorios convergen hacia el mismo fin, y por ende hacia el mismo delito¹⁶³.

Otra teoría que determina la participación del maestro Vasconcelos es la siguiente:

Una tercera teoría, afirma la punición de los actos ejecutados por cada partícipe, en una medida acorde con su mayor o menor aportación objetiva, en la realización de lo que indiscutiblemente es un solo delito, pero de acuerdo también con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad¹⁶⁴.

Elemento subjetivo.- El valor preponderante del elemento subjetivo para determinar la responsabilidad, afirmando que el delincuente más peligroso y más astuto no es forzosamente el autor material del delito, sino que puede encontrarse en quien se ha reservado el papel de investigador, y aún el de cómplice, pues en muchos casos el autor material obedece a motivos menos innobles que los del cómplice¹⁶⁵.

Ahora bien, este factor subjetivo se presenta en diversas formas:

A) Intención.- Existe la intención en un partícipe, cuando no sólo ejecuta un acto que contribuye a la realización del delito, sino que lo hace precisamente con ese propósito y sabiendo que el resultado es delictuoso.

¹⁶³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 495.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 496.

¹⁶⁵ Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 479

Encontramos en los estudios del Maestro de Palermo la consideración básica de que la participación supone la unidad del delito cometido, de donde salta, con apariencia dialéctica, a la siguiente conclusión: "como no puede haber delito sin que concurren a la vez el elemento físico y el elemento psíquico, así tampoco puede haber una participación puramente moral o una puramente física o material"¹⁶⁶.

"La conclusión no es clara, pues podría decirse que de no poder existir el delito sin la concurrencia de los factores moral y material, no se sigue que en un hecho complejo, que se realiza por varios sujetos, no pueda uno de éstos poner el elemento psíquico de concebir y planear el delito, y otro el de ejecutarlo materialmente. El delito es único y se compone de parte psíquica y parte física; pero los agentes son dos o más, por hipótesis, y no realiza cada uno la totalidad de la infracción, sino que pone una parte solamente y a ella se refiere su responsabilidad. Hay unidad en el delito en cuanto su parte objetiva, de hecho, pero no necesariamente en la actitud mental de cada sujeto"¹⁶⁷.

"Es verdad que cualquier participe, para serlo, debe ejecutar un acto encaminado a cooperar, lo que vale tanto como decir voluntad y realización externa; pero basta que esa voluntad sea referida al dicho movimiento externo, y a su naturaleza como cooperación, sin que veamos porqué ha de requerir una exacta inteligencia del conjunto ni una volición idéntica del resultado, y sin que no pueda haber, por ejemplo, un engañado o un ignorante respecto del verdadero sentido de lo que se ésta realizando, que preste

¹⁶⁶ Ibidem. p. 480.
¹⁶⁷ Idem.

una cooperación material, incluso valiosa o decisiva, para la realización de un delito en que resultará responsable o acaso con culpa¹⁶⁸.

Dice Maggiore que:

"precisamente la presencia de este elemento psicológico (conciencia y voluntad), es lo que distingue al concurso de varias personas a un delito y el concurso de causas independientes; en ambos casos hay concurso de causas, pero lo que reúne en la coparticipación criminosa todas las causas en una sola, es el elemento psicológico y moral, la tendencia de todas las voluntades a un resultado común. Conciencia y voluntad, esta tendencia de todas las voluntades a un resultado común y la exigencia precisa de una scientia malefici en todos los partícipes, autorizarían para interpretar que sólo se reconoce la coparticipación con dolo, y precisamente con dolo directo, ya que éste consiste en la tendencia de la voluntad consiente, al resultado. Si para que la coparticipación exista basta que haya un resultado típicamente antijurídico, que se produzca por la concurrencia de aportaciones causales, independientemente de la culpabilidad de éste o de aquel copartícipe, con mayor razón se puede afirmar lo mismo cuando sólo hay diversidad en el grado de culpabilidad en los partícipes, es decir, que todos concurren materialmente a la producción del resultado y en cada uno se integra su especial responsabilidad, o aun se excluye ésta, según la presencia, la ausencia o la calidad del factor moral con que actúa¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 480.

Cabe mencionar que, como se ha dicho con anterioridad, para que pueda existir la comisión del delito se debe de tener una conciencia y una voluntad, ya sea de manera directa o indirecta, esto es, en la posición de algún encubridor del delito; en este caso el mencionado encubridor puede tener conocimiento de que se cometió en delito, pero de la misma forma puede ser engañado por el delincuente o delincuentes, pero aún cuando no tenga dicho conocimiento, si tiene responsabilidad en el delito, toda vez que la ley no lo exime de dicha responsabilidad, por consecuencia omitió dar aviso a las autoridades de que se había cometido algún delito; por otro lado, se establece que se debe de tener la voluntad de realizar el delito, ésto en los autores materiales e intelectuales, en la cuestión psíquica y material. En donde se planea el delito y se lleva a cabo por diversas personas, por lo que se tiene que estipular la responsabilidad a cada uno de los que intervienen en dicho delito, debidamente tipificado.

En México, Castellanos Tena se inclinó en otro tiempo a favor de la accesoriedad, considerando ésta la teoría correcta. Franco Guzmán cree encontrar una nueva teoría, basada en la accesoriedad pero distinguiendo entre autores y partícipes: los autores son aquellos que observando objetivamente los actos realizados, y examinando subjetivamente la intención asumida, deben considerarse causa con relación al resultado. En criterio de Franco Guzmán, su posición resume las teorías de la accesoriedad y la causalidad y, en su opinión, sólo utilizando tales conceptos se puede resolver el problema de la naturaleza de esta institución jurídica¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*), p. 496.



Ahora bien ¿Cuál de los criterios expuestos puede fundamentar la participación en nuestro Derecho positivo? Desde luego, hemos de reconocer con Mezger, que el punto de arranque de toda teoría jurídico penal de la participación es la teoría de la causalidad, pues sólo pueden ser consideradas punibles aquellas conductas que se encuentran en la relación causal con el resultado; de esta manera pueden eliminarse las no causales y por ello excluirse de responsabilidad a sus autores¹⁷¹.

La ley mexicana construye la responsabilidad, en el concurso de sujetos, partiendo de la idea de que el delito es el producto de la plural actividad, de la asociación de varias personas, en la cual cada una de ellas aporta una determinada contribución para producir el resultado. Claro está que la particular contribución al delito será punible, cuando existe en quien la produce, conciencia en la ilicitud del acto ejecutado respecto al hecho único, que en cooperación realiza y voluntad en su ejecución. Sólo así puede hablarse de un actuar culpable, en relación al aporte singular en el hecho delictuoso¹⁷².

Requisitos de la participación.- Según Cavallo

- A. "Un elemento material identificado en el hecho ejecutado que se integra con los subelementos: conducta, resultado y nexa causal. La conducta resulta plural por cuando son varias las que intervienen para producir el resultado. En inferencia lógica, son varias las personas que intervienen en expresarla, de manera que cada una de sus conductas debe de constituir condición causal en el resultado, por afluir todas ellas a producirlo.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Ibidem p. 499.

B. Un elemento subjetivo y psíquico, consistente en la convergencia de las voluntades respecto a la producción del resultado, sin ser necesario a éste un momento determinado dentro del proceso ejecutivo; lo fundamental es que quienes participan tengan conciencia y voluntad de cooperar al acaecimiento del evento. Este elemento se estructura bajo dos efectos: bien hacia el resultado o hacia las conductas asociadas y cooperantes¹⁷³.

Santaniello estima como requisitos de la participación:

A. Pluralidad de agentes.

B. Realización de la acción prevista en la norma.

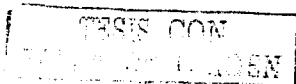
C. Nexo causal entre la acción de cada concurrente y el resultado.

D. Voluntad de cooperación a la comisión del delito¹⁷⁴.

Formas de la participación.- Siguiendo un criterio metodológico, Maggiore estima posible clasificar la participación según la calidad, el grado, el tiempo y la eficacia. Según la calidad, la participación puede ser: Moral y Física. La primera es aquella en la cual la acción tiene naturaleza psíquica o moral y se efectúa, como dice Antolisei, en la fase de la ideación del delito, mientras la segunda se realiza, por el contrario, dentro de la fase ejecutiva, siendo material el aporte suministrado por el partícipe al delito. A

¹⁷³ Ibidem. p. 500.

¹⁷⁴ Ibidem. p. 501.



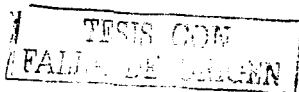
su vez la participación moral engloba la instigación y la determinación (provocación). La primera (instigación) es considerada la principal forma de concurso moral, y consiste no solamente en la comunicación del propósito criminoso, sino en determinar a otro a delinquir. El instigador, como acertadamente pregona Soler, quiere el hecho pero lo quiere producido por otro; quiere causar un hecho a través de la psique de otro, determinando a éste en la resolución de ejecutarlo¹⁷⁵.

En la determinación o provocación, el sujeto determinante o provocador únicamente refuerza la idea, ya existente en diversa persona, de cometer el delito. Para Ignacio Villalobos, autores intelectuales (o por inducción) se considera, en Derecho, a quienes no realizan por sí un delito pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre, y el entendimiento por parte del inducido.

Se considera que la instigación comprende como subclases:

- a) Hay Mandato.- Cuando se encarga a otro la ejecución del delito, para exclusiva utilidad y provecho de quien encomienda, se está en presencia del mandato.
- b) Existe la Orden.- cuando el mandato lo impone el superior al inferior con abuso de autoridad.
- c) Hay Coacción.- en el mandato que se apoya en la amenaza.

¹⁷⁵ Ibidem. p. 502.



d) Consejo.- es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer un delito, para la exclusiva autoridad y provecho del instigador.

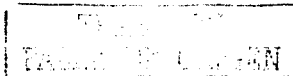
e) La Asociación.- no es más que el pacto realizado entre varias personas para consumir un delito, para la utilidad común o respectiva de todos los asociados¹⁷⁶.

Dolo en la instigación.- Mezger le da como contenido lo que caracteriza objetivamente a la instigación, comprendiendo la responsabilidad y la voluntariedad de que se hace surgir en otro la resolución de cometer el acto, y de que el resultado se produce por ese otro como autor plenamente responsable, la idea de la instigación como causación dolosa del resultado, cuando se hace surgir en otro la resolución de delinquir, es decir, de expresar su conducta y producir el resultado como autor plenamente responsable, de manera tal que si no hay responsabilidad plena en el sujeto ejecutor material del hecho, no puede hablarse propiamente de instigación sino de autoría mediata respecto del primero, por ello basta el dolo eventual para integrar la instigación como causación psíquica¹⁷⁷.

Exceso en la instigación.- Mezger dice que el dolo del instigador abarca lo querido, no pueden ser imputadas las conductas o hechos no comprendidos dentro de su intención, y realizados con exceso por el autor material. Igual opinión sustenta Cuello Calón, para quien si el inducido ejecuta hechos no comprendidos en la intención del inductor no pueden ser imputados a éste, pues sólo responde del ámbito de lo querido, a menos que aquellos hechos sean consecuencia de los queridos y

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ Ibidem. p. 503.



previstos por el inductor. Por su parte Welzel precisa el límite de la responsabilidad, al afirmar que el instigador responde solamente en cuanto el hecho coincide con dolo, y por ello no responde por el exceso del autor. El mismo jurista, negando en principio la responsabilidad del instigador por exceso, afirma con razón que responde del resultado más grave en los delitos calificados por el resultado¹⁷⁸.

Según el grado, se dice que la participación puede ser principal (o primaria) y accesoria (o secundaria). La primera se refiere a la consumación del delito, y la otra a su preparación. Por cuanto al tiempo, la participación puede ser anterior, concomitante o posterior al delito. Respecto a su eficacia se le divide en necesaria y no necesaria. Se está en presencia de una o de otra según la naturaleza del delito exija o no, para su consumación, el concurso de sujetos¹⁷⁹.

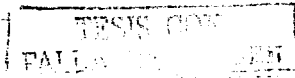
Castellanos Tena determina los Grados de Participación pronunciándose de la siguiente forma.

"Como se ha visto la participación precisa de varios sujetos, que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Evidentemente si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste estará en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno, de donde surgen varias formas de participación"¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Ibidem. p. 507.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 296.



Maggiore clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

- a) "Según el Grado. La participación puede ser principal y accesoria; mientras la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación.
- b) Según la Calidad. La participación puede ser moral y física, comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca, como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.
- c) En razón del Tiempo. La participación es anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito, y en tal momento se precisa la intervención que en él lleva cada partícipe; concomitante, si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito, y posterior, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo.
- d) Según su Eficacia. La participación es necesaria o no, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste se exija o no, para su consumación, el concurso de personas.

La participación es moral, cuando atiende el carácter psíquico o moral del aporte del autor principal; es física si ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

Hay instigación, dice Soler, cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo. La determinación o provocación se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reformar la idea inicial y orillararlo a la ejecución del delito.

El mandato existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio del que ordena. La orden es una forma del mandato y la impone el superior al inferior, con abuso de su autoridad. La coacción se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. El consejo es la instigación que se hace a alguno para inducirlo para cometer el delito, para la exclusiva utilidad y provecho del instigador. La asociación es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas, para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados"¹⁸¹.

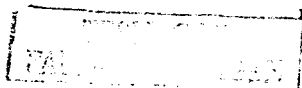
4.2.- AUTOR INTELLECTUAL Y MATERIAL DEL DELITO

"Carrara distinguió entre autores principales y accesorios: autor principal es sólo el que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito, y cuantos más le dan vida en todos aquellos grados tantos más serán los autores principales"¹⁸².

Autor es la persona física que realiza la conducta típica y puede ser material o intelectual.

¹⁸¹ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. p.297.

¹⁸² Carrara y Trujillo, Raúl, Op. Cit. p.649.



Por su parte, Castellanos Tena aporta su concepto de la autor de la siguiente manera:

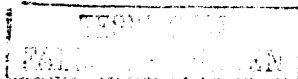
"Llámesese autor al que pone una causa eficiente para la producción de un delito, es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante. La doctrina está de acuerdo, por supuesto, en considerar como autores no sólo a quienes material y psicológicamente son causa del hecho típico, sino que es suficiente para adquirir tal carácter, la contribución con el elemento físico o con el anímico, de donde resultan los autores materiales y los autores intelectuales"¹⁸³.

En comparación a nuestra legislación, mencionaremos lo que estipula la ley Chilena en cuanto al autor, estipulado por el maestro Gustavo Labatut Glenda, de la siguiente manera:

Autores.- Dice el artículo. 15: "Se consideran autores:

1. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.
2. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo, y
3. Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

¹⁸³ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 296.



El calificativo de autor queda reservado únicamente al que ejecuta los actos integrantes del tipo legal de que se trata, partiendo de la eficacia causal de la conducta delictiva en orden al resultado producido, equipara a la autoría directa otras formas de intervención, estimadas lo suficientemente graves como para igualarlas a ella, no obstante que la acción del sujeto no encuadre en la descripción típica del delito¹⁸⁴.

"Autores.- Son todos aquellos que ejecutan el acto material constitutivo del delito, y que ponen una causa eficiente del delito; y como estas causas son siempre una actuación o una conducta que requiere, para serlo, un elemento psíquico y físico, nada impide considerar la posible separación de tales elementos y el reconocimiento, por tanto, de autores materiales, que serán los que físicamente realicen los actos característicos del tipo penal; autores morales o intelectuales cuyo aporte sea simplemente de esta naturaleza, como voluntad que opera de otra voluntad"¹⁸⁵.

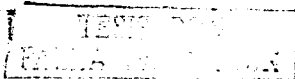
Así, nuestro Código Penal para el Distrito Federal, estipula en su artículo 22 las formas de autoría y participación de la siguiente manera:

ARTICULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;*
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;*
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;*

¹⁸⁴ Labatut Glens, Gustavo. *Derecho Penal*, Tomo I. 9ª Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992. p. 197.

¹⁸⁵ Villalobos Ignacio. *Op.cit.* p. 485.



Ahora bien de lo descrito en el artículo que antecede, es de mencionarse que la primera fracción nos señala al autor material, y también nos especifica a un autor material e intelectual al mismo tiempo, toda vez que no especifica el título de autor como tal ni mucho menos establece el autor material y el autor intelectual, por lo que quedaría a criterio del legislador establecer y estipular dicha situación.

Por otro lado, a lo que hace la segunda fracción se puede entender que se pueden incluir en ésta a los autores materiales e intelectuales, conjuntamente, toda vez que el mismo autor intelectual puede de la misma forma intervenir en el delito, o se puede determinar la situación de autores materiales conjuntamente con cómplices y encubridores.

En la tercera fracción se entiende que se trata de un autor mediato, o de un autor que fue instigado para cometer dicha conducta que esta penada en la ley. Pero no precisa como tal la característica ni calidad de dicho individuo, también se podría entender de el autor material por establecer que lo lleve a cabo sirviéndose de otro como instrumento; así, el autor material se puede servir de otro individuo, que en su momento se convertiría en autor material del propio delito.

Autor Intelectual: Se denomina también Instigador o Determinador, y es la persona en quien nace la idea o la resolución criminal, y se la comunica a otra persona para que la ejecute. El Autor Intelectual no aparece en la escena del delito (puede aparecer), por eso se dice que su aporte es meramente moral, y por lo tanto el que determine a otro a la comisión del hecho punible. La responsabilidad del Autor

Intelectual comienza a partir del momento de la ejecución por parte del autor material, es decir, para las etapas de la ideación y preparación, jurídicamente no es posible responsabilizar al autor intelectual, salvo cuando el legislador expresamente le dé entidad jurídica a los actos de instigación, sin principio de ejecución por parte del autor material, La autoría es una forma específica de coparticipación. Son términos análogos penalmente autor intelectual, determinador e instigador.

El Autor Intelectual cuando no aparece en la celebración del delito, debemos ubicarlo en el comienzo de la ejecución criminal, la responsabilidad penal del autor intelectual, comienza a partir de los actos de ejecución del autor material, que conlleven igualmente una tentativa.

El autor material.- Es la persona que ejecuta o realiza la acción delictiva. En algunas conductas delictivas puede confundirse simultáneamente la categoría de Autor Intelectual y Material, y se presenta cuando la persona que ejecuta el hecho, es la misma que lo ideó.

La situación de formas de participación ha quedado debidamente estipulado en el capítulo de participación del delito.

4.3.- AUTOR MEDIATO

"Autor mediato.- Se denomina a la persona que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, o por ser inimputable, y resultando ser éste no sólo quien ejecuta el

hecho por sí sino también quien lo ejecuta por conducto de otro, inculpable, teniendo el carácter de puro instrumento en manos del que lo engaña o empleando la fuerza física o moral¹⁸⁶.

"Autor mediato.- Acontece en ocasiones que el agente actúa como autor mediato, por que no ejecuta personalmente la acción típica, sino que se vale de otro sujeto que no puede ser considerado ejecutor del hecho, o que pudiendo serlo, no es culpable o no es imputable, tales cosas ocurren cuando se ha empleado la fuerza física o moral, cuando alguien induce en error a otro o se aprovecha del error ajeno¹⁸⁷.

Autores mediatos según Ignacio Villalobos, lo determina de la siguiente manera:

"Se ha llamado así a todos aquellos que realizan un delito valiéndose de una persona excluida de responsabilidad¹⁸⁸.

"Autoría Mediata.- Existe cuando un sujeto se vale de un inimputable para cometer el delito. El autor será el sujeto imputable, mientras que el medio o instrumento del que se valió el autor para cometer el ilícito será el inimputable¹⁸⁹.

"Cuando el autor se vale de un medio penalmente inerte para ejecutar el delito se convierte en autor mediato, luego es responsable como autor, el medio que opera como instrumento no debe de ser una persona a su vez inculpable ni dolosa

¹⁸⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. (*Derecho Penal Mexicano*). p. 507.

¹⁸⁷ Labatut Giens, Gustavo. Op. Cit. p. 197.

¹⁸⁸ Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 486.

¹⁸⁹ Amuchategui Roquera, Irma Griselda. *Derecho Penal*, Harla, México, 2000.

ni culposamente, por el delito ejecutado, pues de lo contrario sería la inducción o instigación de la cual se hace de otro, plenamente responsable, ejecute el hecho en que consistió el delito"¹⁹⁰.

Al respecto, el Maestro Castellanos Tena menciona basándose de lo establecido por "Sebastián Soler, habla de autores mediatos para señalar aquellos que siendo plenamente imputables, se valen de la para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad. El autor mediato no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento"¹⁹¹.

Podemos deducir que el autor mediato es un simple instrumento en la comisión del delito, que es impuesto por la persona que lo presiona de una forma física o moral para que se lleve a cabo dicho delito, por lo que se entiende que dicho individuo no tiene responsabilidad alguna, toda vez que no era su voluntad desplegar dicha conducta; asimismo se precisa que lo más frecuente en que se puede encuadrar dicha conducta mediato, se desarrolla por medio del mandato, la orden, en donde el beneficio será solamente para el que dio la orden o encargo el mandato como tal; por tal circunstancia, se considera que si bien es cierto que el autor mediato no tienen responsabilidad alguna, si realiza una conducta con la capacidad legal y el conocimiento debe de tener el conocimiento, de lo que esta realizando, por lo que no siempre el autor mediato si es utilizado, pero éste realiza la conducta sin darse cuenta de lo que esta realizando, se considera más adecuado cuando este es

¹⁹⁰ Carranca y Trujillo, Raul. Op. Cit. p.650.

¹⁹¹ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 297.



engañado y comete la conducta, de esta manera si se podría demostrar más fehacientemente dicha situación.

4.4.- ENCUBRIMIENTO

"Encubrimiento es el auxilio posterior que se da al delincuente. Propiamente no hay participación en el delito, sino ayuda posterior a él, para evitar al acción de la justicia"¹⁹².

Según Gustavo Labatut Gléna, establece el encubrimiento de la siguiente manera:

"Lo considera como acto de coparticipación en el delito, criterio erróneo porque la intención posterior que cabe al encubridor excluye toda relación causal entre su actuación y el hecho punible. El encubridor comete en realidad un nuevo delito, conexo sin duda con el principal, pero en todo caso, autónomo"¹⁹³.

"El encubrimiento consiste en la realización de una acción posterior a la ejecución del delito y a favor del delincuente, sin acuerdo previo a la ejecución del delito mismo"¹⁹⁴.

Tal y como lo establece el Código Penal para el Distrito Federal, en la fracción VI del artículo 22, que literalmente dice:

¹⁹² Amuchategui Requena, Irma Griselda. Op. Cit. p. 104.

¹⁹³ Labatut Gléna, Gustavo. Op. Cit. p. 201.

¹⁹⁴ Carranca y Trujillo, Raúl. Op. Cit. p. 654.

ARTICULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

En esta fracción se puede estipular la situación del encubrimiento de la forma que se auxilie al autor del delito, con posterioridad a la comisión de éste, y que el autor o autores le hayan prometido alguna promesa para que les auxilie en dicha circunstancia; sin embargo, es de mencionarse que si el encubridor no tenía conocimiento de que se llevo a cabo dicho ilícito, y fue involucrado sin su conocimiento, éste no tendrá responsabilidad toda vez que no fue enterado de la comisión del delito.

Para la existencia del delito de encubrimiento es necesario que el sujeto activo tenga un conocimiento referido, al menos, a un delito especificable en cuanto a sus aspectos elementales, o sea, susceptible de ser individualizado espacial y temporalmente, así como en cuanto a su forma de ejecución. En consecuencia, queda excluido el conocimiento.

La prestación de auxilio o la cooperación de cualquier especie de que realiza el encubridor, realice alguna conducta o acto de naturaleza positiva, a través de los cuales se manifiesten en la realidad exterior dichos auxilios o cooperación, la conducta pasiva consistente en no denunciar o delatar los hechos delictuosos de que se tenga conocimiento.

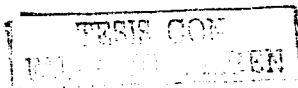
La diferencia entre participación en un delito y encubrimiento del mismo, estriba en la causalidad existente entre la conducta y el resultado. En el encubrimiento, como delito autónomo, la acción es posterior a la ejecución del delito encubierto, el

que tan solo debe ser un antecedente histórico. En la participación, la conducta es coetánea y causal de la lesión jurídica, la que es diversa a la que se produce en el encubrimiento.

Para que se configure el delito de encubrimiento, no basta que el imputado tenga conocimiento de que se va a cometer un hecho delictuoso, omitiendo el deber legal de impedir su consumación, sino que tal conocimiento debe fundarse en datos reales, perceptibles, y no en el simple enunciado de una conducta futura de la que se haga confidente a una persona, pero que no tiene para ésta ningún viso de probabilidad en cuanto a su realización.

El encubrimiento, como delito o como forma de participación del delito único, requiere antelación en el delito principal, o sea, que los actos positivos o negativos del encubridor se ejecuten a posteriori, y no se configura cuando el acusado sirvió de instrumento inconsciente para la realización del delito.

Cabe concluir que el encubrimiento puede ser una forma de participación, siempre y cuando se tenga conocimiento del acto ilícito, en donde el encubridor será responsable de la conducta que desplegó; sin embargo, el encubridor, así llamado erróneamente, por que si no se tiene conocimiento de que los autores cometieron el delito, no puede tener responsabilidad, toda vez que es una acción en donde no estuvo de por medio la voluntad del supuesto encubridor.



PROPUESTA.

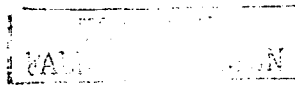
Después de haber realizado un estudio pormenorizado del delito de fraude, en general, así como todos y cada uno de sus elementos que la ley penal estipula para que se lleve a cabo el tipo penal, en donde él o los individuos activos junto con otros individuos realizan actos tipificados como delitos en nuestra legislación penal, nos encontramos en una hipótesis de un fraude genérico, en donde la participación que realizan los individuos, lo realizan casi en su totalidad con dolo y mala, para que con ésto se obtuviera un beneficio ya sea individual o conjunta entre los propios individuos, para tal situación pasaremos a narrar la hipótesis que consideramos que se lleva a cabo:

Cuando una persona física o moral está a través de su apoderado legal, o en ambos casos por un mandatario o subordinado, se dan a la tarea de conseguir un préstamo de dinero con otra persona física o moral, prometiéndole pagar cualesquiera cantidad de dinero que se le preste, y con un interés mensual con el tiempo de que se pacte dicha deuda, y el individuo al creer en que le solicita el préstamo no le solicita ninguna garantía, por tener conocimiento que a la persona a que se le prestará el dinero cuenta con propiedades suficientes, y que tiene la solvencia para cumplir con la obligación a la que se va a comprometer, y accede al préstamo y solamente se le firman pagares en lo personal, y siendo el mismo aval el que los suscriben, y al formalizarse dicha acto se establecen las figuras de deudor y acreedor, siendo el deudor la persona que prestó el dinero y el acreedor la persona que recibió el préstamo, o sea el dinero.

Llegado el plazo de vencimiento del primer pagaré, el deudor no cumple con la obligación con el deudor que confió en el acreedor, y éste al realizarle el requerimiento de pago, el deudor no cumple con su obligación, evadiéndose así durante todo el tiempo, a tal situación y viendo la negativa del pago, el acreedor decide tomar la vía judicial, promoviendo un juicio ejecutivo mercantil ante el Juez de lo Civil del Distrito Federal, para que se le obligue al acreedor al pago de la deuda, pero sin embargo al tratar de realizar los embargos correspondientes se da cuenta que el deudor ya tiene embargados los bienes de su propiedad, tal y como se desglosará más adelante, y dejando en total estado de indefensión al acreedor, por no tener medios idóneos de poder recurrar su dinero que le otorgó de buena fe al acreedor, por pensar que era una persona intachable y de buena reputación.

Ahora bien, en el momento que el deudor obtiene el préstamo por parte del acreedor, y con el ánimo de no cumplir con su obligación, ésto es pagar el dinero que se le presta, lleva a la tarea de contraer de mala fe una deuda ficticia, esto es, anterior a la que contrajo con el verdadero acreedor.

Así el autor del delito (el deudor principal), conjuntamente con una o varias personas, las cuales necesariamente deben de ser de toda su confianza, les propone que realicen una deuda siendo los acreedores las mismas personas de confianza, y el deudor el sujeto que tiene la deuda con el acreedor principal, o sea el verdadero, y así realizan pagarés con fechas anteriores a la contraída con el acreedor principal, y tomando en cuenta que los pagares no necesitan por su propia naturaleza una formalidad, toda vez que la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, menciona que con la simple literalidad

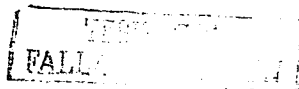


del Título de Crédito tiene eficacia, y puede ser ejecutado a través de la orden de un juez de lo civil.

Una vez realizados los Títulos de Crédito denominados pagarés, el suscriptor se obliga en calidad de deudor principal y aval, una vez hecho eso, el acreedor ficticio, de la misma forma realiza la demanda ejecutiva mercantil en contra del deudor, ésta la formula ante un Juez de lo Civil en el Distrito Federal.

En el momento en que el acreedor ficticio se convierte en actor en el juicio y el deudor el demandado; así, en el momento en que el juez le da entrada a la demanda y se dicta el auto de exequendo, o inicial en donde se ordena que se le da entrada a la misma, dictando el auto de que se le acredite la personalidad a dicho autor, y le da el valor a los títulos de crédito (pagares), en el mismo auto ordena se le emplace a juicio al demandado, se le requiera de pago, y en caso de oposición se le embarguen bienes suficientes, que puedan garantizar la deuda que supuestamente contrajo, en dicha demanda se está engañando al Juez de lo Civil así como al Secretario de Acuerdos de dicho Juzgado, quien realmente acuerda la solicitud del actor (acreedor ficticio), convirtiéndose de esta forma en autores mediatos, por no tener el conocimiento de lo que en realidad se está llevando a cabo y éstos acceden a dicha petición.

Una vez que los autos se turnan al actuario ejecutor adscrito al mismo juzgado, éste a petición de la actora se ponen de acuerdo en realizar la diligencia correspondiente, consistente en el emplazamiento, requerimiento y, en caso de oposición, el embargo de bienes suficientes que puedan cubrir la deuda, para



que se lleve dicha situación, el actor establece una cita con el actuario para que se trasladen al domicilio del actor, a lo cual el actuario accede, toda vez que sólo cumple con las ordenes que establece el Juez a través del secretario de acuerdos.

Para que se lleve a cabo con éxito dicha diligencia, el actor pone de acuerdo al demandado en las condiciones en que se llevará la diligencia mencionada en el párrafo inmediato anterior, y que en el momento en que el actuario se presente en el domicilio del demandado, éste lo atienda con todo el conocimiento de causa y en presencia del actor, que esto sería una de las claves que tendría el demandado para que sepa que efectivamente se trata de la correcta, y una vez que el actuario se cerciore que se encuentra en el domicilio correcto, y que la persona requerida es la misma persona demandada, se le menciona que supuestamente tiene una deuda instaurada en su contra y que debe la cantidad reclamada, y al mismo tiempo requiriéndole de dicho pago, a lo cual el demandado si acepta la deuda pero se niega al pago, y de la misma forma se niega a señalar bienes de su propiedad, y también impide el acceso a la propiedad para que no pueda designar bienes el demandado, a lo cual el propio actor le solicita al actuario ejecutor que embargue el inmueble en que se constituyeron, con el conocimiento que es propiedad del actor, a lo cual el actuario accede por estar dentro de sus facultades, con lo que una vez hecho ésto de la misma forma se convierte en autor mediato, por no tener conocimiento de que encuentra en un error y ha sido engañado por los individuos que están cometiendo las conductas ilícitas, y al final de esta diligencia el demandado sólo acepta el traslado de la demanda, quedando debidamente



emplazado a juicio con el término legal para contestar dicha demanda.

El actor le proporciona el folio real del inmueble embargado, para que el actuario se cerciore que efectivamente es propiedad del demandado, y una vez que el actuario razona su diligencia, y es acordada por el secretario de acuerdos, queda debidamente y legalmente embargados los bienes del demandado.

Posteriormente, en el plazo que corre para que el demandado conteste su demanda, el actor solicita se gire el oficio correspondiente al Registro Público de la Propiedad, para que se registre aún más legal el embargo sobre la propiedad, y una vez que se trabe el embargo en el Registro Público de la Propiedad, no se podrá destrabar hasta que el propio Juez lo ordene a petición del actor y del demandado, siempre y cuando éste demuestre que ya cumplió con la deuda que supuestamente tenía en su contra.

Transcurrido el término legal para contestar la demanda, el demandado puede contestar la misma o no contestarla, en el caso de que la conteste se le tendrá por confeso de los hechos, y simplemente se conformará la solicitud del actor aún cuando el demandado oponga excepciones de su parte, las cuales no tendrán ninguna eficacia por la simple literalidad de los títulos de crédito (pagares), pero de la misma forma si el demandado no llegase a contestar la demanda estaría aceptando los hechos, y el actor en el momento en que venza el término legal para que el demandado conteste la demanda, el actor promoverá la rebeldía en que incurrió el demandado en no contestar la demanda, solicitando se le tenga por perdido su derecho para que lo realice, toda vez que su tiempo para realizarlo a

fenecido, a lo cual el secretario de acuerdos lo acordará de conformidad por encontrarse apegado a derecho.

Una vez hecho esto, el actor puede o no puede actuar, aún cuando se habrá el periodo probatorio a las partes, la cual el actor puede atender o no por la circunstancia de que el Juez tiene la obligación de tramitarla de oficio, y así se puede quedar por el tiempo que el actor con arreglo del demandado determinen, toda vez que existen reglas procedimentales, que estipula el propio Código de Procedimientos Civiles, que se deben de realizar a petición de parte, ésto es que el actor lo solicite.

Es de mencionarse sin olvidar al acreedor verdadero, cuando éste realice la demanda correspondiente y trate de embargar el único bien, se presentara y se sorprenderá de que ya existe un gravamen en el Registro Público de la Propiedad, se tendrá que formar, como se dice vulgarmente, en el correspondiente registro y puede llevar a cabo el correspondiente remate de dicho inmueble, pero sin embargo se le pagaría en primer lugar al primer acreedor, que en este caso sería el ficticio, y teniendo en cuenta que cuando se lleve a cabo esta situación los bienes no alcanzaran para pagar, lo adeudado al acreedor principal, por que la deuda será mas alta del valor del inmueble.

Por otro lado, y aún el acreedor principal no promueve juicio alguno, el actor ficticio puede obtener la sentencia definitiva, en donde se le condena al demandado al pago de la cantidad reclamada, y como el demandado no realizará pago alguno ni mucho menos promoverá el recurso de apelación, el actor se encintrará en toda libertad para poder iniciar el

incidente de remate del inmueble embargado, el cual se llevará con el procedimiento establecido, ésto es, llevar a cabo la publicación de edictos, convocar postores, con la inteligencia que por convenio del actor y demandado, pactarán que el remate se lleve a cabo hasta la tercera almoneda, toda vez que con ésto se puede disminuir el costo del inmueble.

En relación a la situación de los postores, éstos serán a través del mismo demandado dueño original del inmueble, o bien por una tercera persona que también es de la plena confianza del demandado, y con ésto involucrando a un individuo más a dichos hechos ilícitos, al cual se le podría denominar cómplice de dicho delito.

De la misma forma el actor, previo consentimiento de la parte demandada dueño del inmueble, puede pedir se le adjudique el bien inmueble previo agotado el procedimiento de los postores de remate, en donde no acudan postor alguno, y con ésto el Juez ordenará que se le escriture el inmueble al actor, con lo cual el acreedor principal se quedaría sin ninguna posibilidad de poder cobrar el dinero que fue prestado al deudor, y como no se le encontrarán mas bienes para poder solicitar una ampliación de embargo, no tendrá otro medio para poder recuperar su dinero.

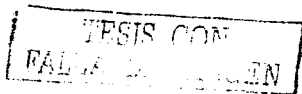
Así, podemos concluir que si bien es cierto esta hipótesis, se puede interpretar con la simulación de actos que contempla la legislación civil, o con el delito de insolvencia fraudulenta en contra de acreedores, no se estipula en qué sentido o con qué medios los tiene que realizar, y de la misma forma no se reúnen los requisitos no de la ley penal ni mucho menos la de la ley civil, toda vez que para que exista una simulación de

actos se debe de realizar por medio de un documento maquilado, falso, alterado o falsificado, lo cual no se presenta en ningún momento, por motivo de que el juicio legalmente es correcto, y cumple con todas las reglas de fondo y de forma que estipula la propia ley civil, y las propias autoridades sin darse cuenta de dicha situación le dan valor a dichos actos, por tal situación no se estaría ante una simulación de actos.

A lo que hace al tipo penal de insolvencia fraudulenta en contra de acreedores, no se reúnen los elementos del tipo, toda vez que el deudor a través de medios legales, lo que esta realizando no es exactamente ponerse en estado de insolvencia, sino por el contrario, no se le podrá demostrar dicha situación por que los bienes que le fueron quitados por otro acreedor, este el ficticio, son legalmente autorizados por un juez de lo civil, y para que se pudiera establecer el estado de insolvencia, se tendria que demostrar que el autor vendió sus bienes o se declaro en quiebra, lo cual en esta hipótesis no es viable.

Para que se pudiera determinar que efectivamente se realizó un fraude y se engaño a la autoridad, para que se obtuviera el traslado legal del inmueble, se tendria que tener la declaración de algunos de los partícipes del delito, a fin de realizar una investigación y se les pueda fincar responsabilidad a dichos autores del delito de fraude.

Por último, es de mencionar que les debería de dar la debida intervención al Ministerio Público adscrito al juzgado, para que realice una investigación exhaustiva a fin de cerciorarse de que realmente las partes que actúan en el juicio tienen dicho carácter, y que no existe relación alguna entre las



partes que pudiera suponer que lo que están realizando son actos ilícitos; asimismo, se podría designar a un funcionario del juzgado para que investigue dicha situación y se lo informe al Juez, y este de oficio pueda darle intervención al Ministerio Público e inicie el incidente criminal correspondiente.

Otra forma de poder obtener la información sobre los individuos que intervienen en dichos actos, es con la publicación de avisos en los diarios de mayor circulación, para hacer del conocimiento a toda la sociedad de tal situación, a fin que comparezca para que manifieste y le dé elementos a dichas autoridades, y con ésto se les pueda fincar responsabilidad a los individuos, y de la misma forma que los acreedores verdaderos tengan conocimiento, con anticipación, de que existe un supuesto litigio seguido en contra de la misma persona, y concurran a reclamar lo que legalmente les corresponda.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES.

1. Después de analizar el delito de auto-embargo, como medio comisivo para cometer el tipo penal de fraude, es de mencionarse que en todo momento el sujeto que se aprovecha del engaño en que hizo caer a su víctima, ésto es el defraudado, el ofendido no tuvo conocimiento de dicha conducta hasta el momento en que trata de reclamar su derecho, que le corresponde en contra de la persona que se obligó a cumplirla, y que no lo hizo en el tiempo y formas pactadas, realizando artimañas junto con sus cómplices para poder realizar una estrategia, y desviar sus propiedades con las que le podría garantizar la deuda u obligación.
2. Así, en la materia civil no existe una responsabilidad debidamente determinada por ley, en cuanto a que si bien es cierto que se le está causando un perjuicio a un individuo con derecho propio y legítimo, este no tiene conocimiento de lo que está sucediendo y cuando lo trata de averiguar es demasiado tarde.
3. Las autoridades que intervienen no tienen los elementos para sancionar la conducta delictuosa, toda vez que no tienen un conocimiento de fondo que se está actuando de una forma ilícita, y haciendo especial mención que si se pudiera determinar el problema y fincarles responsabilidad, estando en manos del juzgador civil en sólo suspender el procedimiento, y darle vista al



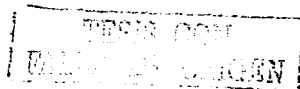
Ministerio Público de unos supuestos hechos constitutivos de algún delito, pero como ya se ha dicho sin un sustento fundado al respecto.

4. El tipo de fraude y el fraude civil son dos figuras totalmente distintas, ya que están constituidos por elementos diferentes, y analizando la finalidad que persigue el sujeto o sujetos a desplegar su conducta, como podremos determinar si ésta constituye un fraude penal o un fraude civil.
5. Si se puede establecer que directamente se determinan los elementos del tipo de fraude penal, consistentes en el engaño y el aprovechamiento del error; sin embargo, los elementos del fraude civil, lo determinan la mala fe y el error civil de lo que se puede concluir que persiguen diferentes finalidades.
6. La finalidad en el fraude penal se encuentra determinado por un dolo penal, consistente en la intención del sujeto activo, a través de su conducta, que es obtener un beneficio patrimonial a causa del daño económico producido a la víctima.
7. Al respecto, es de mencionarse que si la voluntad del sujeto está dirigida, por medio de la conducta desplegada, a enriquecerse a costa del daño patrimonial de otro, existirá dolo penal y se le podía en determinado momento fincarle responsabilidad, siempre y cuando se puedan comprobar los medios comisivos de dicho delito.



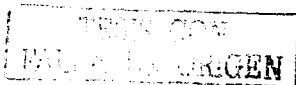
8. Como ya lo hemos determinado, para que se pueda configurar el delito de fraude en el procedimiento civil, se deben de tener los elementos para poder fincarles responsabilidad; sin embargo, es sumamente difícil reunir dichos elementos por no existir una convicción de que los hechos son fingidos, y que se trata de perjudicar a un individuo por el error en que se encuentra.
9. El sujeto activo sorprende de una manera insólita al juez de lo civil, junto con sus cómplices y todos aquellos que intervengan en dichos actos, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial en contra de la víctima; estos actos obvio es que los realiza con dolo debidamente establecido y de mala fe.
10. Por último, el sujeto se hace de un beneficio patrimonial, por medio del error en que se encuentra el pasivo, y una vez realizado todo el juicio civil y llevado a remate el bien inmueble, el pasivo no tendrá ninguna oportunidad para poder reclamar su derecho, y menos puede tener acceso a información que lo pudiera llevar a descubrir que el activo actuó con el ánimo de defraudarlo, que lo consiguió, y no podría obtener la declaración de los que intervinieron en el delito, por estar coludidos con el autor intelectual, que al mismo tiempo es el autor material del delito.
11. Avocando en lo establecido en el párrafo inmediato anterior, es de concluirse que el juez a través de algún medio, debe de oficio realizar una investigación exhaustiva para poder cerciorarse que efectivamente son reales los hechos, y que no se están fingiendo como a

quedado determinado; asimismo, se perjudica a la sociedad, y se deja de la misma forma sin elementos al Ministerio Público como representante de la sociedad, y con facultades para la persecución del delito de fraude en que incurrieron, él o los sujetos que realizaron dichas conductas, y que consiguieron un beneficio patrimonial ilícitamente a costillas del sujeto pasivo, es decir, el defraudado.

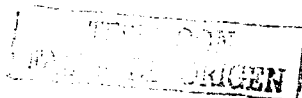


BIBLIOGRAFÍA.

1. AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *DERECHO PENAL*. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Harla, México, 2000.
2. BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General De La Obligaciones*. 9ª Edición. Porrúa, México, 2001.
3. CARRANCA TRUJILLO Raúl y CARRANCA Y RIVAS Raúl. *Código Penal Anotado*. 12ª Edición. Porrúa, México, 2003.
4. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano Parte General*. 14ª. Edición. Porrúa, México, 2001.
5. CARRARA, Francesco. *Programa De Derecho Criminal*. 29ª Edición. Temis, Argentina, 1966.
6. CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales De Derecho Penal*. 37ª Edición. Porrúa, México, 2002.
7. CREUS, Carlos. *Derecho Penal*. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999.
8. CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho penal*. 8ª Edición. Bosch, España, 1952.
9. ESTRADA VELEZ, Federico. *Derecho Penal*. 2ª Edición. Temis, Colombia, 1986.



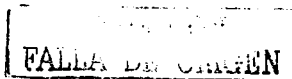
10. FUEGO LONERI, Fernando. *Cumplimiento E Incumplimiento De La Obligaciones*. Jurídica De Chile, Santiago De Chile, 1992.
11. GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón. *Nuevo Diccionario Enciclopédico Larousse Ilustrado, Tomo I*, Ediciones Larousse, México. 1999.
12. GÓNZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho Penal Mexicano Los Delitos*. 32ª Edición. Porrúa, México, 2000.
13. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. 25ª Edición. Porrúa, México, 2002.
14. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *El Código Penal Comentado*. 10ª Edición. Porrúa, México, 2002.
15. GUTIERREZ Y GÓNZALEZ, Ernesto. *Derecho De Las Obligaciones*. Porrúa, México, 2002.
16. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Principios De Derecho Penal La Ley Y El Delito*. Hermes, México, 1989.
17. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado De Derecho Penal*. Losada, Argentina, 1992.
18. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. 4ª Edición. Porrúa, México, 2000.
19. LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. 9ª Edición. Jurídica De Chile, Santiago De Chile, 1992.



20. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos En Particular*. Tomo I, 7ª Edición. Porrúa, México, 2001.
21. MORENO DE P., Antonio. *Curso De Derecho Penal Mexicano*. Jus, México, 1944.
22. ORTIZ URGUIDI, Raúl. *Derecho Civil Parte General*. 13ª Edición. Porrúa, México, 1998.
23. ORTIZ URGUIDI, Raúl. *Derecho Civil Parte General*. 13ª Edición. Porrúa, México, 1998.
24. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Nuestra Ley Penal*. Librería De La Vda. De Ch. Boret, México, 1997.
25. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Comentarios De Derecho Penal*. 10ª Edición. Porrúa, México, 1999.
26. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Delitos Contra El Patrimonio*. 10ª Edición. Porrúa, México, 2001.
27. PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. 5ª Edición. Porrúa, México, 2002.
28. PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Manual De Derecho Penal Parte General*. 10ª Edición. Porrúa, México, 2000.
29. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano Tomo Quinto Obligaciones Volumen Uno*, 6ª Edición. Porrúa, México, 2002.



30. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo Quinto. 7ª Edición. Porrúa, México, 2001.
31. SALCHAGA LOITEGUI, Jesús. *El Procedimiento De Apremio Sobre Bienes Inmuebles*. Aranzadi, Pamplona, 1986.
32. SODI, Demetrio. *Nuestra Ley Penal*. Librería De La Vda. De Ch. Boret, México, 1917.
33. VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano Parte General*. 5ª Edición. Porrúa, México, 1998.
34. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual De Derecho Penal*. Cárdenas Editores, México, 2001.
35. ZAMORA PIERCE, Jesús. *El Fraude En El Derecho Positivo Mexicano En La Jurisprudencia Y En La Doctrina*. 1ª Edición. Porrúa, México, 2000.
36. *Diccionario Enciclopédico Ilustrado Omeba*. Tomo Iv, Segunda Impresión. Editorial. Boligrafica, Argentina, 1969.
37. DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario De Derecho Procesal Penal*. Tomos I Y II. 2ª Edición. Porrúa, México, 2000.
38. GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón. *Nuevo Diccionario Enciclopédico Larousse Ilustrado*, Tomo I, Ediciones Larousse, México. 1999.



39. Código Civil Para El Distrito Federal. Sista, México, 2002.

40. Código Penal Para El Distrito Federal. 1ª Edición. Delma, Naucalpan Edo De México, 2002.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN