



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

REFORMAS AL FRAUDE PARA QUE SU
PERSECUCION SE REALICE COMO DELITO
DE OFICIO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOYCE RUEDA RENTERIA

ASESOR: CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA



CIUDAD UNIVERSITARIA



2005

m348737



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/178/SP/09/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna **RUEDA RENTERIA JOYCE**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA**, la tesis profesional titulada **“REFORMAS AL FRAUDE PARA QUE SU PERSECUCIÓN SE REALICE COMO DELITO DE OFICIO”** que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

EL profesor **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA** en su calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **“REFORMAS AL FRAUDE PARA QUE SU PERSECUCIÓN SE REALICE COMO DELITO DE OFICIO”**, puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **RUEDA RENTERIA JOYCE**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”

AT E N T A M E N T E
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F., a 06 de Septiembre de 2005

LIC. JOSE PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

JPPYS/*rmz.

*A Dios por haberme acompañado e iluminado
en todo este camino y por haberme impulsado
en los momentos que más lo necesité.*

*A mi Universidad, Facultad de Derecho y a mis
queridos Maestros por la oportunidad, apoyo,
motivación y conocimientos brindados*

*A mis padres Martha y Sergio
con todo mi amor y admiración, y a quienes debo
y agradezco cada uno de mis logros,
por su grandioso apoyo y amor incondicional*

*A mis hermanas Isaura y Yessica y
a mis sobrinos Alberto, Sofía y Fernanda,
ya que su presencia en mi vida es el regalo más
grande que Dios me ha dado.*

*A mi esposo Mauricio que su amor, compañía,
apoyo y paciencia son el motor de mi vida .*

A mis amigos, por su compañía y sinceridad

*Y a todas aquellas personas que directa o
indirectamente contribuyeron en mi desarrollo*

INDICE

REFORMAS AL FRAUDE PARA QUE SU PERSECUCIÓN SE REALICE COMO DELITO DE OFICIO

INTRODUCCION	I
--------------	---

CAPITULO I.

FRAUDE

1.1	CONCEPTO	1
1.2	ANTECEDENTES HISTORICOS	16
1.2.1.	NACIONALES	18
1.2.2.	EXTRANJEROS	52

CAPITULO II

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

2.1	DENUNCIA	86
2.2	LA QUERELLA	91
2.3	EXCITATIVA	106
2.4	LA AUTORIZACION	107

2.5 OBSTACULOS PROCESALES	110
2.5.1. LA DECLARATORIA DE PERJUICIOS	110
2.5.2. LA DECLARATORIA DE PROCEDENCIA.	111

CAPITULO III
TEORIA GENERAL DEL DELITO

3.1. DEFINICION	113
3.2. ELEMENTOS POSITIVOS	113
3.2.1. CONDUCTA	113
3.2.2. TIPICIDAD	136
3.2.3. ANTIJURIDICIDAD	153
3.2.4. IMPUTABILIDAD	159
3.2.5. CULPABILIDAD	159
3.2.6. PUNIBILIDAD	166
3.3. ELEMENTOS NEGATIVOS	169
3.3.1. AUSENCIA DE CONDUCTA	169
3.3.2. AUSENCIA DE TIPO	174
3.3.3. CAUSAS DE JUSTIFICACION	175
3.3.4. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD	192
3.3.5. CAUSAS DE INCULPABILIDAD	195
3.3.6. EXCUSAS ABSOLUTORIAS	199
3.4. CLASIFICACION DE LOS DELITOS	255
3.4.1. EN FUNCION DE SU GRAVEDAD	255
3.4.2. SEGÚN LA FORMA DE CONDUCTA DEL AGENTE	255
3.4.3. POR SU RESULTADO	256
3.4.4. POR EL DAÑO QUE CAUSA	256
3.4.5. POR LA FORMA DE PERSECUCION	256

CAPITULO IV

FRAUDE

4.1. ELEMENTOS DEL DELITO	257
4.1.1. ENGAÑO O APROVECHAMIENTO DEL ERROR	268
4.1.2. ACTO DE DISPOSICIÓN	273
4.1.3. DAÑO Y LUCRO PATRIMONIAL	275
4.1.4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD	278
4.2 CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE FRAUDE EN REFERENCIA A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO	280
4.3. ADECUACIÓN ATÍPICA	282
4.4. ELEMENTOS DEL TIPO DE FRAUDE	283
4.4.1. OBJETO MATERIAL	283
4.4.2. BIEN JURÍDICO TUTELADO	286
4.4.3. VALOR DE LA COSA	291
4.4.4. AJENIDAD DE LA COSA	292
4.4.5. SUJETO ACTIVO	292
4.4.6. SUJETO PASIVO	294
4.4.7. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO	297
4.5. ANTIJURIDICIDAD	299
4.6. PUNIBILIDAD	300
4.7. CONSUMACIÓN	305
4.8. REFORMAS AL DELITO DE FRAUDE PARA QUE EN TODOS LOS CASOS SE PERSIGA DE OFICIO	309
4.8.1. REFORMAS DEL AÑO 2002	309
4.8.2. REFORMAS AL DELITO DE FRAUDE PARA QUE EN TODOS LOS CASOS SE PERSIGA DE OFICIO	313
PROPUESTA	320

CONCLUSIONES	328
BIBLIOGRAFIA.	333

INTRODUCCIÓN

La delincuencia afecta la vida, la integridad y el patrimonio de sus víctimas y cuando se extiende genera un grave fenómeno de inseguridad social que altera la paz y se constituye en un obstáculo al desarrollo económico, social y político del país.

Se debe reconocer que hoy en nuestro País existen muchos individuos y grupos organizados que hacen de la delincuencia su modo de vida y como consecuencia cada día se elevan más los índices de la delincuencia.

Todos los delitos se han incrementado, los que utilizan como medio comisivo la violencia, ya sea física o moral y los que no, un claro ejemplo de delitos que se han incrementado a pesar de no utilizar la violencia es el fraude.

En el presente trabajo, analizaremos el delito de fraude de manera genérica, así como su forma de persecución, ya que en la actualidad el fraude se persigue a petición de parte ofendida o por oficio dependiendo del monto defraudado o de la cantidad de víctimas del delito.

Es decir, si el monto de lo defraudado excede los cinco mil salarios mínimos o son más de dos víctimas, el delito se persigue de oficio, en caso contrario el delito se perseguirá a instancia de parte ofendida.

Situación que se considera carece de fundamento jurídico, y que sólo atiende al carácter social de la norma, y que forma parte de nuestra propuesta.

Una de las características fundamentales del delito de fraude es que requiere un grado mayor de habilidad e inteligencia por parte del sujeto activo, toda vez que éste realiza conductas tendientes a engañar o mantener en el engaño al sujeto pasivo, haciéndose de una cosa u obteniendo un lucro indebido ya sea en beneficio propio o de un tercero.

Dicho grado de inteligencia recae principalmente en planear y realizar las conductas tendientes a engañar, es decir, piensa, maquina y ejecuta dicha actividad ilícita.

En el presente trabajo, se realiza un estudio del delito de fraude, proponiendo que el mismo sea perseguido de oficio por la autoridad administrativa, sin importar el monto de lo defraudado o la cantidad de ofendidos, dado que en la actualidad al parecer las reformas de los preceptos legales tienden a calmar la exigencia social, sin embargo es necesario que la misma tenga un fundamento jurídico y no sólo social.

Consideramos que el sujeto activo del delito de fraude no debe contar con ningún beneficio a pesar de que repare el daño, ya que dicha situación ha producido, que diversos ofendidos por el delito de fraude sólo acudan a la Procuraduría General de Justicia para utilizarla como medio de cobranza y no realmente para castigar la conducta típica, antijurídica, culpable y punible de la que fue objeto.

No se debe permitir que nuestra Procuraduría se convierta sólo en un medio para cobrar, realmente se pretende castigar estas conductas, que por el grado de planeación e inteligencia que llevan implícitas se convierten en grandes peligros para los ciudadanos, y no sólo el recuperar total o parcialmente, sólo en contadas ocasiones, el monto del daño ocasionado a la víctima, estamos hartos de que se le haga del conocimiento a la Procuraduría de este tipo de delitos, y que en cuanto el ofendido recupera cierta parte de lo defraudado, no pretenda que el delincuente pague por su conducta delictuosa, convirtiéndose sólo en un número más ante la misma Procuraduría.

No debemos perder de vista que la función de la Procuraduría se encuentra sobrecargada, que cada día que pasa existen más y más quejas de que no se imparte justicia, en el caso en concreto, muchos de los ofendidos del delito de fraude, sólo pretender cobrar parte de lo defraudado, es decir, hacen trabajar a la Procuraduría, para obtener sólo "esa reparación, ya sea total o parcial" y otorgan el perdón, y obviamente al otorgar el perdón, la Procuraduría se ve imposibilitada de continuar con la investigación del delito.

Nuestra propuesta, por lo tanto, consiste, en que toda hipótesis que se encuadre como delito de fraude, ya sea genérico o específico se persiga de oficio, para evitar que la procuraduría actúe sólo como cobrador, y para castigar a los defraudadores, que al tener un alto grado de inteligencia se convierten en un serio peligro para la sociedad, sin que exista la posibilidad de que se les otorgue el perdón y una vez juzgados paguen la pena correspondiente, así poder disminuir el alto índice de defraudaciones, atendiendo claro esta, a que la reforma del año 2002 carece de fundamento jurídico.

El disminuir el alto índice de la delincuencia representa un reto para el Estado, pues muchos de los atentados más graves contra la legalidad, así como la frustración de la población ante un ambiente de inseguridad creciente se deben

a la impunidad de la que muchas veces se beneficia la delincuencia individual y organizada y con nuestra propuesta consideramos que se podría colaborar con dicho objetivo y reducir en parte el alto índice delictivo por el delito de fraude.

CAPÍTULO I

CONCEPTO:

El delito de fraude, según el Código Penal del Distrito Federal Vigente, señala:

Artículo 230. Al que por medio del engaño o 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, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo;

III. Prisión de dos años seis meses a cinco años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y

IV. Prisión de cinco a once años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo.¹

De la misma forma, el Código Penal del Distrito Federal, considera que comete fraude, aquella persona que cometa las siguientes conductas:

Artículo 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:

I. Por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

II. Obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, como consecuencia directa e inmediata del otorgamiento o endoso a nombre propio o de otro, de un documento nominativo, a la orden o al portador, contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo;

III. Venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o inmueble, y reciba el precio de la primera, de la segunda enajenación o de ambas, o parte de él, o cualquier otro lucro, con perjuicio del primero o del segundo comprador;

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado comprobado;

V. En carácter de fabricante, comerciante, empresario, contratista o constructor de una obra, suministre o emplee en ésta materiales o realice

¹ CODIGO PENAL para el DISTRITO FEDERAL, Isef., México, 2005.

construcciones de calidad o cantidad inferior a las estipuladas, si ha recibido el precio convenido o parte de él, o no realice las obras que amparen la cantidad pagada;

VI. Provoque deliberadamente cualquier acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros;

VII. Por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explote las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas;

VIII. Venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que estos últimos resulten insolutos;

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

X. Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los vigentes en el sistema financiero bancario;

XI. Como intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio a cuenta de él o para constituir ese

gravamen, si no los destinaren al objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro.

Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino o ha dispuesto del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en cualquier institución facultada para ello dentro de los treinta días siguientes a su recepción en favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado dentro de ese término al vendedor o al deudor del gravamen real o devuelto al comprador o al acreedor del mismo gravamen.

El depósito se entregará por la institución de que se trate a su propietario o al comprador.

XII. Construya o venda edificios en condominio obteniendo dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, sin destinarlo al objeto de la operación concertada.

En este caso, es aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo de la fracción anterior.

Las Instituciones y Organismos Auxiliares de Crédito, las de Fianzas y las de Seguros, así como los Organismos Oficiales y Descentralizados autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción anterior.

XIII. Con el fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o por carecer éste de fondos suficientes para su pago de

conformidad con la legislación aplicable. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución de crédito de que se trate;

XIV. Para obtener algún beneficio para sí o para un tercero, por cualquier medio accese, entre o se introduzca a los sistemas o programas de informática del sistema financiero e indebidamente realice operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores, independientemente de que los recursos no salgan de la Institución; o

XV. Por sí, o por interpósita persona, sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes o sin satisfacer los requisitos señalados en el permiso obtenido, fraccione o divida en lotes un terreno urbano o rústico, con o sin construcciones, propio o ajeno y transfiera o prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre alguno de esos lotes.

Artículo 232. Las mismas sanciones del artículo 229 de este Código, se impondrán a quien, por los medios descritos en el primer párrafo de dicho artículo o mediante alguna de las conductas previstas en él, cause a otro un perjuicio patrimonial, aunque el agente no obtenga una cosa o un lucro para sí o para otro.

Artículo 233. Se equipara al delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años y de cuatrocientos a cuatro mil días multa, al que valiéndose del cargo que ocupe en el gobierno o en cualquiera agrupación de carácter sindical, social, o de sus relaciones con funcionarios o dirigentes de dichos organismos, obtenga dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o aumento de salario en los mismos.²

² Ibidem.

Ahora bien, para el presente estudio se tendrá que considerar el Fraude en su aspecto general es decir: **“fraude: obtención ilícita de alguna cosa u obtención de un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero por medio del engaño”**.

En los párrafos que anteceden conocimos el concepto de Fraude según el Código Penal del Distrito Federal, sin embargo resulta elemental conocer los diversos conceptos del Fraude, según nuestros más considerados juristas, así tenemos que el maestro López Betancourt señala: “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” ³

De igual forma señala que el “fraude es una acción encaminada a eludir cualquier disposición legal, ya sea esta fiscal, penal o civil, siempre que con ellos se produzca perjuicio contra el estado o contra terceros. De ahí que debamos distinguir primordialmente entre el fraude civil y el fraude penal” ⁴

Ahora bien, no sólo nuestros más considerables juristas y maestros se han esforzado por definir al delito de fraude, sino que también Poder Federal Judicial, por medio de sus diversos órganos que lo integran, han definido al Fraude por medio de diversas tesis y jurisprudencias, tal y como a continuación se señala:

³ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO y PORTE PETIT MORENO LUIS O., **“El delito de fraude reflexiones”**, 5ª edic., Porrúa., México, 2001, pág.1.

⁴ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, **“Delitos en particular”**, T. 1, 10ª edic., Porrúa., México, 2004, pág. 308.

6ª ÉPOCA
PENAL
TESIS AISLADAS
TESIS DE SALA

FRAUDE, ELEMENTOS DEL. Los elementos constitutivos del fraude son: a. Engaño al través de una actividad positivamente mentirosa empleada por el sujeto activo y que hace incurrir en una creencia falsa o error al sujeto pasivo o aprovechamiento del error de éste, mediante una actividad negativa de aquél, que conociendo, el falso concepto en que se encuentra la víctima se abstenga de hacérselo saber para realizar su finalidad; b). que mediante tal actividad se haga ilícitamente el sujeto activo de alguna cosa, alcance un lucro indebido, cualquier beneficio ilícito, utilidad o ganancia económica; y c). que tal engaño o error aprovechando sea el motivo eficiente de la entrega de la cosa o de la obtención del lucro. Y no se configura el tipo si según la propia confesión del acusado, éste se salía de su trabajo durante una o dos horas para atender asuntos personales, cobrando de todos modos su sueldo completo; se trata única y exclusivamente de posibles irregularidades en las relaciones contractuales entre la empresa y su trabajador el acusado, que en todo caso podrían dar lugar a las sanciones que para el efecto pudiera señalar el contrato correspondiente de trabajo y en último caso la Ley Federal que rigen en la materia, pero en ninguna forma la configuración del delito de fraude.

Amparo directo 1043/60. José Chepperd Romo. 6 de febrero de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

SEMANARIO JUDICIAL. SEXTA EPOCA. 1ª SALA. TOMO XLIV.

Pág. 82.

6ª ÉPOCA
PENAL
TESIS AISLADAS
TESIS DE SALA

FRAUDE, ELEMENTOS DEL DELITO DE. Conforme al artículo 386 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, los elementos que constituyen el delito de fraude, son: a) engaño: actividad positivamente mentirosa que se emplea para hacer incurrir en creencia falsa; b) aprovechamiento del error: actitud negativa que se traduce en la abstención de dar a conocer a la víctima, el falso concepto en que se encuentra, con el fin de desposeerla de algún bien o derecho; c) obtención de lucro indebido: beneficio que se obtiene con la explotación del engaño o error de la víctima, y d) relación de causalidad: el engaño o el error deben ser determinantes de la obtención del lucro. La falta de los elementos enumerados, hace inexistente el delito de fraude.

Amparo directo 3800/65. Francisco Angelastro Giannattasia. 9 de marzo de 1966. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Sostiene la misma tesis:

Amparo directo 3782/65. Francisco Lemmo Cannavina. 9 de marzo de 1966. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

SEMANARIO JUDICIAL. SEXTA EPOCA. 1ª SALA. TOMO CV. Pág.
69.

6ª ÉPOCA
PENAL
TESIS AISLADAS
TESIS DE SALA

FRAUDE. (LEGISLACION DE PUEBLA). El fraude genérico, previsto en la primera parte del artículo 386 del Código de defensa Social determina, como medios comisivos, tanto el engaño como el aprovechamiento del error, señalando como resultados: "el hacerse ilícitamente de alguna cosa". o bien alcanzar un lucro indebido. Por engaño se entiende la actitud mentirosa, por medio de palabras o actos, que tienden a producir en el sujeto de la relación (que no siempre es el sujeto pasivo), un estado subjetivo de error, o sea un concepto falso sobre una cosa, hecho o realidad; el aprovechamiento del error, por lo contrario, supone el estado de error en el sujeto y del cual se vale el agente activo del delito para obtener una cosa ilícitamente o bien un lucro indebido. Establecida tal premisa, precisemos como elementos del hecho: a) la conducta, b) el resultado, y c) el nexo de causalidad que une a una y a otro. Por su parte, la conducta se integra con dos subelementos: 1. Uno de carácter físico, que puede consistir en una acción o una omisión (comprendiendo ésta las especies de omisión simple y omisión por omisión) y 2. Un elemento psíquico, de naturaleza subjetiva, que no es otro que el querer expresar la conducta concreta, entre la conducta y el resultado, con independencia del nexo causal, hay un enlace de carácter subjetivo, constituido por la representación que tiene el autor tanto de su propia conducta como del resultado y mediante el cual este último le puede ser atribuido, mediante un proceso valorativo, en un juicio de reproche que es esencia de la culpabilidad; esta, por ultimo, hace nacer la responsabilidad. El nexo causal, entre la conducta y el resultado, debe buscarse siguiendo un criterio naturalístico mismo que expuesto por Stuart Mill ha sido llevado por Von Buri, al campo del derecho Penal y que se expresa en la formula "conditio sine qua non" porque, suprimida mentalmente la condición causal, el resultado desaparece, lo que demuestra la eficacia causal de tal condición.

Amparo directo 6543/57. Jerónimo Bretón Mena. 10 de diciembre de 1958. 5 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

SEMANARIO JUDICIAL. SEXTA EPOCA. 1ª SALA. TOMO XVIII.
Pág. 71.

5ª ÉPOCA
PENAL
TESIS AISLADAS
TESIS DE SALA

FRAUDE, DELITO DE. Los elementos constitutivos de la figura delictiva de fraude, prevista en el artículo 386 del Código Penal, son: a), engaño; actividad positivamente mentirosa empleada por el sujeto activo, que hace incurrir en una creencia falsa - error - al sujeto pasivo; b), aprovechamiento del error; actitud negativa consistente en que el autor, conociendo el falso concepto en que se encuentre la víctima, se abstiene de hacérselo saber para realizar su finalidad desposesoria; c), alcance de un lucro indebido; cualquier lucro o beneficio, utilidad o ganancia económicas que se obtienen explotando el error de la víctima, y d) relación de causalidad; el engaño o el error aprovechando debe ser motivo eficiente y determinante de la entrega de las cosas o de la obtención de los lucros.

Amparo penal directo 4422/51. 5 de junio de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

SEMANARIO JUDICIAL. QUINTA EPOCA. 1ª SALA. TOMO CXX.
Pág. 1041.

5ª ÉPOCA
PENAL
TESIS AISLADAS
TESIS DE SALA

FRAUDE DELITO DE. Los elementos del delito de fraude definido en el artículo 389 del Código Penal del Distrito, pueden reducirse al siguiente esquema. Es reo de fraude (antes llamado estafa) el que: I. Se hace de una cosa ajena mueble, logrando que se le entregue por el empleo de maquinaciones, engaños o artificios. En el artículo 386, fracción III, reformado, se estatuye: El reo de fraude: el que; se hace de alguna cosa, entregada por el sujeto pasivo del delito, engañado por el empleo de maquinaciones o artificios. Al comparar las dos descripciones, se encuentran las siguientes diferencias: a), en el artículo 389, el objeto del delito era precisamente una cosa mueble, y en el 386, fracción III, se borra la limitación y se extiende, por tanto a los inmuebles. El resultado es pues, la ampliación del tipo, pero tratándose de bienes muebles, por estar designados concretamente en el artículo 389 y comprendidos en el 386, fracción III, también, no hay dificultad alguna en admitir la correspondencia de los textos legales. b). Se observa otra diferencia en el segundo elemento, el artículo 389, no distinguía quién era el que entregaba la cosa; el artículo 386, fracción III, precisa que sea el sujeto pasivo del delito; pero la diferencia no trasciende a modificar el elemento en cuestión. En efecto, parece más lata la expresión gramatical del artículo 389, pero si se analiza, se ve que tiene que reducirse forzosamente a los términos de la empleada en el artículo 386, fracción III, porque el sujeto pasivo del delito no es otro que aquél en quién recae la actividad delictuosa, que no siempre es el mismo a quien perjudica el delito, de manera que como en esta infracción siempre es el engañado el que hace la entrega, por la naturaleza misma de las cosas, las dimensiones de la expresión del artículo 389, tienen que restringirse a las más concretas del artículo 386, fracción III, que ideológicamente se corresponden. El elemento último es en el que a primera vista existe mayor discrepancia. El artículo 389, exigía simplemente el empleo de maquinaciones o de engaños o el de

artificios. Cabe advertir que los Códigos anteriores usaban sólo los términos de maquinaciones y artificios, que gramatical o ideológicamente son equivalentes, y a virtud de una infortunada reforma, se agregaron los engaños, pero el género usado llevó a interpretar el vocablo, en forma distinta del engaño singular que genera el fraude, pretendiendo que la duplicación o superposición de los engaños, hacía las veces de los recursos objetivos con que se da fuerza a la mentira, cuando se recurre a las maquinaciones o artificios. De aquí que, según el artículo 389, la estafa se realizaba indistintamente por el uso de cualquiera de los medios previstos. El artículo 386, fracción III, requiere que se engañe empleando maquinaciones o artificios. Respecto a estos dos medios, no hay diferencia substancial en los dos artículos, porque las maquinaciones o artificios llevan imbibido el engaño; ya que sin el fin de conseguirlo, no puede siquiera imaginarse que sean usado, a menos de tratarse de una exhibición verificada por un ilusionista, pero el delincuente que maquina o prepara la mise en scene indispensable para sus propósitos, fatal o ineludiblemente trata de mover la voluntad de la víctima hacia un concepto equivocado y engañoso de la realidad. Es por ello que decir: engañar por medio de maquinaciones o artificios es lo mismo que decir a secas que se emplean tales recursos, porque tienen el mismo resultado, en conclusión, debe admitirse que el tipo de delito previsto en el artículo 389 sobrevive con el mismo carácter en el artículo 386, fracción III, y que, por consecuencia, tratándose del mismo, es aplicable el artículo 57 del repetido Código Penal.

TOMO XCIV, Pág. 1080. Moreno Leblac Renato. 12 de noviembre de 1947. Cuatro votos.

SEMANARIO JUDICIAL. QUINTA EPOCA. 1ª SALA. TOMO XCIV.
Pág. 1080.

5ª ÉPOCA
PENAL
TESIS AISLADAS
TESIS DE SALA

FRAUDE, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. Los elementos constitutivos del delito de fraude por engaño o aprovechamiento de error, son los siguientes; a) engaño, actividad positivamente mentirosa, empleada por el sujeto activo, que hace incurrir en una creencia falsa - error -, al sujeto pasivo; b) el aprovechamiento del error, actitud 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 desposesoria; c) hacerse ilícitamente de alguna cosa, es decir, de bienes muebles corporales, de naturaleza física; d) alcanzar un lucro indebido, esto es, cualquier ilícito benéfico, utilidad o ganancia económicas que se obtienen explotando el error del victimado; y conexión causal; el engaño o el error aprovechado, debe ser el motivo eficiente y determinante de las cosas o de la obtención de los lucros.

Amparo directo 4962/52. Rafael C. Irigoyen. 28 de abril de 1956.
Cinco votos. Ponente: Teófilo Olea Leyva.

SEMANARIO JUDICIAL. 5ª EPOCA. TOMO CXXVIII. 1ª SALA. PAG.
287.⁵

De lo señalado con antelación, podemos evidenciar que uno de los elementos primordiales del delito de fraude es el engaño, mismo que lo hace diferente a los diversos delitos patrimoniales, el maestro Mariano Jiménez Huerta señala que la verdadera esencia antijurídica del delito de fraude, radica en los engaños, ardidés, artificios y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumergir en un error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición

⁵ IUS 2004.

patrimonial. Y esta genuina esencia del delito trasciende a la consideración penalística en los diversos sistemas y criterios conceptuales seguidos por los Códigos. Las notas esenciales que singularizan esta especie típica, consisten, pues, en la obtención de una cosa o en el logro de un lucro indebido a través de engaños, maquinaciones o artificios.⁶

De la misma forma tenemos que el Diccionario Jurídico Mexicano establece:

FRAUDE: "Proviene del latín *fraus*, *udis*, *fraudis* que es genitivo de *fraus* y que significa engañar, usurpar, despojar, burlar con fraude; *fraudentus*, equivalente a *fraudento*, engañoso, fingido, falaz, malicioso. Gramaticalmente es engaño o acción contraria a la verdad o rectitud".⁷

En el ámbito del derecho penal, que es donde tiene mayor cabida este vocablo, se estima que la esencia del delito de fraude, es el engaño de que se vale el agente, para hacerse de un perjuicio de otro de un objeto de ajena procedencia. Al observar que es el patrimonio el principal interés que se protege dentro de la sociedad, advertimos que las relaciones de sus integrantes deben desarrollarse libres de engaños o maquinaciones que induzcan a error; pero de igual forma se reconoce, que la astucia del hombre lo ha llevado a través del tiempo a obtener mucho de lo que se propone, lo que también ha proyectado en el renglón de lo ilícito, cuando ansioso de riqueza refina su mente y empuja la voluntad del semejante a un camino equivocado para causarle un perjuicio patrimonial, con el que se beneficia el acreedor del engaño o artificio."⁸

Por otro lado tenemos que el licenciado Marco Antonio Díaz de León define al Fraude como "delito patrimonial que comete quien engañando a uno o

⁶ JIMENEZ HUERTA MARIANO, "*Derecho Penal Mexicano*", t. II., 6ª. edic., Porrúa, México, 2000. pág. 128.

⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS UNAM, "*Diccionario Jurídico Mexicano*", t. 2, 11ª. edic., Porrúa, México, 1998. pags. 1469, 1470 y 1471.

⁸ *Ibidem*.

aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. Es decir, todo engaño o acción de mala fe ejecutada con el fin de procurarse un beneficio ilícito en perjuicio y a expensas de otro, es constitutivo del delito de fraude. Supone el empleo de medios directos o indirectos, ardides, maquinaciones, falacias, que produzcan una apariencia engañosa para vencer la credulidad del pasivo”⁹

De igual forma, tenemos que el Maestro Francisco González de la Vega define al delito de fraude como un “delito patrimonial que consiste, en términos generales, en obtener mediante falacias o engaños, o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la usurpación de cosas o derechos ajenos.”¹⁰

Siguiendo en la misma tesitura, Tomás Vives Antón, señala en su libro Derecho Penal Parte Especial, que “cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero”.¹¹

De lo anteriormente señalado se desprende que la estafa es un delito en contra del patrimonio, es decir, que el bien jurídico tutelado es el propio patrimonio, sigue diciendo el autor “ la referencia de perjuicio no comporta, pues, la idea de una necesaria disminución del patrimonio, sino que la defraudación existe por la simple salida ilegítima de cualquiera de sus elementos integrantes a consecuencia de la infracción, siempre que la contraprestación recibida sea, aisladamente considerada de inferior valor económico”¹²

⁹ DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO, *“Diccionario de Derecho Procesal Pena”*. t. I, 4ª edic., Porrúa, México, 2000. pág. 893.

¹⁰ GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, *“Derecho Penal Mexicano, Los Delitos”*, 32ª edic., Porrúa, México, 2000. pág. 243.

¹¹ VIVES ANTON TOMAS, J. BOIX REIG, *“Derecho Penal Parte Especial”*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. pág. 909.

¹² *Ibidem* . pág. 910.

Ahora bien, hasta el momento, se han señalado diversas definiciones del delito de fraude, sin embargo es necesario conocer la historia de la legislación del tipo penal en comento, y de las diversas conductas encaminadas a la obtención de una cosa o un lucro indebido por medio del engaño tal y como a continuación se señala.

Por su cuenta e maestro Francisco Pavón Vasconcelos señala en su obra de Delitos contra el patrimonio que no obstante, cualquiera que sea el origen del término de fraude, en el Derecho Italiano el delito de “estafa 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”.¹³

De la misma forma establece que para Merkel “el fraude o la estafa es la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaño”¹⁴

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No debemos perder de vista, que el hombre empezó a poseer bienes desde el momento en que se convirtió en sedentario, con lo cual, se crea como consecuencia un interés en los bienes que poseen los hombres entre sí, así tenemos que en diversas épocas del hombre han existido y seguirán existiendo, medios por los cuales unos se hacen de los bienes de otros, ya sea utilizando la fuerza, simplemente manteniendo en el error o mediante el engaño, que es el caso que nos ocupa, sin embargo es de suma importancia tener en cuenta que la tecnología no se detiene y por lo tanto los medios y las maquinaciones por las

¹³ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, “*Delitos Contra el Patrimonio*”, 10ª edic., Porrúa, México, 2001. pág. 249.

¹⁴ *Ibidem*.

cuales el hombre se hace de los bienes de otro son cada más complejas y elaboradas.

De hecho Francisco González de la Vega, acertadamente señala “En el delito de fraude, en que toda idea de violencia desaparece sustituida por recursos intelectuales, el peligro que corre la víctima en su integridad corporal es nulo, ya que ella misma, por el error en que se encuentra, no resiste, sino por el contrario coopera a que el delito se perfecciones. Los daños se limitan al mero atentado patrimonial, sin que exista ocasión propicia para su prolongación contra la seguridad o integridad de los pacientes”

Lo anterior ha llevado a considerar al delito de fraude como un delito menos grave, toda vez que no atenta contra la seguridad física de la víctima, sin embargo a pesar de la ausencia de peligro de la víctima, representa mayor riesgo para el patrimonio de ésta, dado que la habilidad del sujeto activo, dificulta la previsión del delito.

Si bien es cierto que cada día que pasa los medios por los cuales el hombre se apodera ilícitamente de bienes ajenos son más elaborados, también, lo es el hecho de que resulta necesario conocer la historia para poder entender el avance de ésta, así como su origen verdadero y la naturaleza jurídica del mismo.

Ahora bien, el hombre al vivir en sociedad, ha tenido la necesidad de regular sus actividades, esto es, mediante hábitos, costumbres, normas y leyes, a lo largo de su existencia.

A continuación realizaremos un breve recorrido por la historia legislativa de México, y diversos países en las épocas más relevantes y que han tenido trascendencia para la actual tipificación del delito.

I. ANTECEDENTES NACIONALES

No debemos olvidar que nuestros antepasados eran personas realmente inteligentes y con un avance tecnológico increíble, unas de las tantas ciencias en las que destacaron fueron las matemáticas, la astrología, eran excelentes guerreros y claro, no podía faltar el área jurídica.

Desde el año de 1325 el pueblo Mexica fundó la Ciudad de México-Tenochtitlán, llamado por los historiadores desde el Siglo XVIII, pueblo "Azteca", quienes tenían una organización judicial en la que sus autoridades supremas conocían de los asuntos más graves y estos aplicaban la pena de muerte, previo a un proceso oral, admitiendo pruebas tales como la confesional, documental y testimonial cuando el litigio era relativo a algunas tierras.

Lo anterior nos da una clara evidencia, que los Aztecas era una sociedad altamente especializada, justa y con grandes valores humanos, ya que no debemos olvidar que en la actualidad forma una garantía individual consagrada en nuestra Carta Magna.

"Los Aztecas conocían la distinción entre los delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, indulto y amnistía entre otras figuras jurídicas de importancia".¹⁵

Existían diversos tribunales entre los que encontramos los escolares, eclesiásticos y militares. Estos eran representados por un Tlatoani y un Cihuacoatl, quienes conformaban un tribunal por cada grupo familiar conocido como "calpulli".

¹⁵ CASTELLANOS TENA FERNANDO, "Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte general". 19ª edic., Porrúa, México, 1984, pág. 43.

Al igual que en el código de Hammurabi, en las leyes de Manu y en el Corán, como veremos posteriormente, los Aztecas castigaba severamente la alteración en el mercado de las medidas establecidas, imponiendo pena capital sin dilación alguna y ejecutando en ese mismo lugar a quien violaba esta disposición.

Posteriormente y como consecuencia de la conquista, la legislación mexicana se regía de acuerdo a las disposiciones de la Ley de las Siete Partidas.

No debemos perder de vista nuestra Carta Magna, en ésta se encuentra plasmado el principio de que nadie puede ser aprisionada por cuestiones de carácter puramente civil, con lo cual y como vimos con anterioridad crea un conflicto toda vez que ocasiones el límite del dolo penal roza apenas con el del dolo civil.

A continuación señalaremos como es que se ha venido plasmando dicho principio en nuestra Carta Magna:

El texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857. En su artículo 17 establece:

"Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Esta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales."¹⁶

El proyecto Constitucionalista presentado por el Primer Jefe Venustiano Carranza, en la Ciudad de Querétaro el primero de diciembre de 1916 señala:

¹⁶ TENA RAMIREZ FELIPE, "Leyes fundamentales de México 1808-1995". 19ª edic., Porrúa, México, 1995, pág. 609.

“Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, y su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.¹⁷

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y entró en vigor el primero de mayo de ese mismo año, quedando su texto original de la siguiente manera:

Artículo 17.- “Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije a ley, su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia prohibidas las costas judiciales” Tena Ramírez, Felipe.¹⁸

El fraude penal debe contener un engaño robustecido por artificios, maquinaciones, congruentes con la conducta intencional realizada por el inculpado, para que sea posible la violación al bien jurídico tutelado por la norma, así como la contradicción entre la conducta y el orden jurídico general (antijudicialidad) y a través del dolo reconoce del sujeto activo una plena conciencia de exteriorizar su conducta al cometerlo (culpabilidad). Por lo que la legislación penal es restrictiva en su facultad sancionadora en este tipo penal por lo señalado en el artículo 17 Constitucional en su último párrafo.

“Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”.

¹⁷ Ibidem, pág. 767.

¹⁸ Ibidem. Pág. 822.

El fraude civil tiene orígenes en vicios de consentimiento como lo son la violencia, dolo, mala fe, lesión o error. Y por el contrario en su legislación civil puede ser sancionada cualquier conducta.

9ª ÉPOCA

PENAL

JURISPRUDENCIA

TESIS CON EJECUTORIA PUBLICADA

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL.

DISTINCIÓN ENTRE. Hay que distinguir el fraude o el dolo civiles, que otorgan simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio del fraude penal o dolo penal, que hace incurrir, además, al que lo emplea, en una pena pública. Aun cuando se ha sostenido que la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, engaño o deslealtad, y abandona al derecho civil la materia de las convenciones cabe observar que el legislador también ha considerado el interés de proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas, aprovechando la buena fe de éstas, su ignorancia o el error en que se encuentran, y otorga la tutela penal estableciendo tipos de delito que protejan a la sociedad y repriman esas agresiones, aunque se utilicen sistemas contractuales como medios para enriquecerse ilegítimamente u obtener un lucro indebido. Por ello se ha expresado que si bien es verdad que la voluntad de las partes es soberana para regir las situaciones que han creado por virtud del contrato, la responsabilidad que de él deriva está limitada con relación a las exigencias del orden público, tal como la tutela penal a cargo del Estado. Así cabe distinguir: la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social. Su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.
{VI.2º. J/146}.

Amparo en revisión 295/94. Raymundo Varela Porquillo. 7 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo directo 570/93. José Juan García de Gaona. 29 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo en revisión 446/96. Rogelia Sanluis Carcaño. 19 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo en revisión 13/97. Ricardo Serrano Lizaola. 6 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Amparo directo 339/98. Ricardo Sergio de la Llave del Ángel. 20 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen CV, Segunda Parte Página 70, tesis de rubro: "FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL. DISTINCIÓN ENTRE."

APÉNDICE. SEMANARIO JUDICIAL. NOVENA ÉPOCA. TOMO VIII. SEPTIEMBRE 1998. PENAL. TRIBUNALES COLEGIADOS. PÁG. 1075.

AMPARO DIRECTO 339/98. RICARDO SERGIO DE LA LLAVE DEL
ÁNGEL.

Ahora bien, al igual que nuestra Constitución, los diferentes Códigos Penales han tipificado el tipo de fraude tal y como a continuación se establece:

Código Penal de 1871.

En el año de 1861, por acuerdo del Presidente Benito Juárez se nombró una Comisión para la elaboración de Código Penal, dentro de la cual se encontraban Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra, dicha comisión fue interrumpida por la Intervención Francesa y no fue sino hasta el año de 1968 que se ordenó reorganizar dicha comisión para quedar integrada de la siguiente manera: Presidente: licenciado Antonio Martínez de Castro, licenciado Manuel M. Zamacona, licenciado José María Lafragua, licenciado Eulalio María Ortega y como secretario el licenciado Indalecio Sánchez Gavito.

Es en el Código Penal de 1871 que aparece por primera vez en la legislación de la historia occidental el concepto de FRAUDE GENÉRICO, por lo que en su libro Tercero, Título Primero, denominado "Delitos contra la Propiedad" en su artículo 413 al 443 considera el fraude contra la propiedad (Capítulo V) y Quiebra Fraudulenta (Capítulo VI) en los artículos 434 al 441;

No debemos perder de vista que el código Penal de 1871 fue elaborado teniendo como base fundamental la Legislación Española de 1850 y reformada en 1870, sin embargo el mérito del concepto de fraude genérico es únicamente para el 1871.

En los delitos internacionales se consideraba si la conducta era un conato, intento, frustrado, consumado. Innovando con la libertad preparatoria para los sujetos que habían cumplido la mitad de su condena aunada a otros requisitos.

Código Penal de 1871

Título Primero

Delitos Contra la Propiedad Capítulo V

Fraude contra la propiedad

Artículo- 413.- Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél.

Artículo- 414.- El fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad.

Artículo- 415.- El estafador sufrirá la misma pena que, atendidas sus circunstancias y las del caso, se le impondría si hubiera cometido un robo sin violencia.

Artículo- 416.- También se le impondrá la pena de robo sin violencia en los mismos términos que dice el artículo anterior:

I. Al que, por título oneroso, dé una moneda o enajene una cosa como si fueran de oro o de plata, sabiendo que no lo son;

II. Al que, por título oneroso, enajene una cosa con conocimiento de que no tiene derecho a disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, o una cosa equivalente;

III. al que en un juego de azar o de suerte se valga de fraude para ganar sin perjuicio de las otras penas en que incurra si el juego fuere prohibido;

IV.- Al que defraude a alguno una cantidad de dinero cualquiera otra cosa, girando a favor de él una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta, o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarlas;

V. Al que entregue en depósito algún saco, bolsa o arca cerrada, haciendo creer falsamente al depositario que contienen dinero, alhajas u otra cosa valiosa que no se halla en ellas; sea que defraude al depositario demandándole aquél o éstas después, o sea que consiga por ese medio dinero de él o de otro;

VI. Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado, y rehusé después de recibirla hacer el pago y devolver la cosa, si el vendedor le exige lo primero dentro de tres días de haber recibido la cosa el comprador.

VII. Al que venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o raíz, y reciba el precio de ambas. Esto se entiende sin perjuicio de que vuelva el precio al que, con arreglo al derecho civil, se quede sin la cosa.

Artículo.- 417.- El que ponga en circulación una o más monedas legítimas de otro metal, como si fueran de oro o de plata, sabiendo que sólo tienen la apariencia, será castigado con una multa igual, al cuádruplo del valor que quiso hacerles representar.

Artículo- 418.- El que por título oneroso enajene una cosa y entregue intencionalmente otra, distinta en todo o en parte de la que contrató, sufrirá una multa de segunda clase.

Artículo- 419.- El que por título oneroso enajene una cosa en precio mayor del que realmente tiene, engañando para esto al que la adquiere, sobre el verdadero origen, naturaleza, especie o dimensiones de la cosa, sufrirá una multa del duplo de la diferencia que haya entre el precio que cobró y el legítimo, sin perjuicio de las acciones que con arreglo al derecho civil competan al defraudado.

La misma pena se aplicará si el fraude se cometiere en metales preciosos, dando uno de inferior ley que la pactada. Esto se entiende si no se ha cometido la falsedad de que el delincuente sea platero o joyero.

En los dos casos de este artículo se tendrá como circunstancia agravante de cuarta clase que el delincuente sea platero o joyero.

Artículo- 420.- Si en los casos de que se hablan los artículos que preceden, interviniere a nombre del dueño otra persona y cometiere el engaño, se le aplicará la pena respectiva de las que dichos artículos señalan. Pero si el que interviniere fuere corredor, se tendrá esta circunstancia como agravante de segunda clase.

Artículo- 421.- El que sin valerse de pesas o medidas falsas, engañe al comprador sobre la cantidad o peso de la cosa vendida, haciendo por cualquier medio que aparezcan mayores de lo que son, sufrirá una multa de primera clase, cuando el engaño no pase de diez y seis pesos. Pasando de esa cantidad, la multa será de segunda clase.

Artículo- 422.- Sufrirá la pena del robo sin violencia y una multa igual a la cantidad que se proponga defraudar, el que sin acuerdo con el falsario hiciere uno:

De moneda falsa o alterada;

De pesas o medidas falsas o alteradas

De alguno de los documentos falsos de que se habla en los artículos 683 a 690.

Si el delincuente fuere empleado público, se tendrá esta circunstancia como agravante de cuarta clase, sin perjuicio de lo dispuesto en la fracción única del artículo 148.

Artículo- 423.- El que venda medicinas o comestibles falsos sabiendo que lo son, pagará una multa del duplo de su valor, si no contiene substancias dañosas.

Si el que vende las medicinas fuere boticario, se considerará esta circunstancia como agravante de cuarta clase.

Artículo- 424.- El vendedor de cosas adulteradas por él, o sabiendo que lo están, si las substancias mezcladas no son nocivas, pagará una multa de primera clase cuando la diferencia de precio no exceda de diez y seis pesos o, y de segunda cuando pase de esa cantidad.

Artículo- 425.- El que cometa un fraude, explotando en su provecho las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de una supuesta evocación de espíritus, o prometiendo descubrir tesoros, o hacer

curaciones, o explicar presagios y valiéndose de otros engaños semejantes, sufrirá la pena de arresto mayor y multa de segunda clase.

Artículo- 426.- El que haga un contrato o un acto judicial simulados con perjuicio de otro, será castigado con una multa igual a los daños y perjuicios causados, si éstos no exceden de cien pesos. Si pasan de esta cantidad, se impondrá la pena de arresto menor y multa de segunda clase.

Artículo- 427.- El que con abuso de la inexperiencia, de las necesidades o de las pasiones de un menor, le prestare una cantidad de dinero, en créditos o en otra cosa equivalente, y le hiciere otorgar un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, sea cual fuere la forma del contrato, será castigado con la pena de arresto menor y multa de segunda clase como si cometiera un fraude.

Artículo- 428.- El que de cualquier modo substraiga algún título, documento u otro escrito que él había presentado en juicio, será castigado como si cometiera un fraude, y sufrirá una multa de diez y seis a quinientos pesos.

Artículo- 429.- El que con intención de perjudicar a un acusado substraiga del proceso que contra éste se esté formando, un documento o cualquier actuación, con que se pudiera probar su inocencia o una circunstancia excluyente o atenuante, será castigado con la pena que se le impondría si hubiera declarado falsamente, aunque no logre su objeto.

Artículo- 430.- Los hacendados, dueños de fábricas o talleres, que en pago del salario o jornal de sus operarios les den tarjetas o planchuelas de metal o de otra materia, vales o cualquiera otra cosa que no corra como moneda en el comercio, serán castigados de oficio con una multa del duplo de la cantidad a que ascienda la raya de la última semana en que se haya hecho el pago de esa manera.

La mitad de esta multa se aplicará a los operarios en proporción al jornal que ganen.

Artículo- 431.- Los fraudes que causen perjuicio a la salud, se castigarán con las penas que señala el capítulo sobre delitos contra la salud pública.

Artículo- 432.- Cualquier otro fraude que no sea de los especificados en éste capítulo y en el siguiente, se castigará con una multa igual al 25 por 100 de los daños y perjuicios que se causen; pero sin que la multa exceda de mil pesos.

Artículo- 433.- Son aplicables al fraude y a la estafa los artículos 373, 374, y 375.

Código Penal de 1929.

En la Comisión Legislativa que se conformó para la elaboración de la Reforma al Código Penal anterior, anula la denominación de fraude contra la propiedad y lo consideró en su Título Vigésimo, Capítulo V, como "ESTAFA" y quedando establecido en su artículo 1151 al 1170. Sin modificar el concepto del delito, adicionando un supuesto más:

"Hay estafa: I.- Siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquél; II.- Cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes del banco de un documento que importe obligación, liberación o transacción de derechos, o del

cual quiera otra cosa ajena mueble, logra que se entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios”.

Realizando la fusión de los supuestos del fraude y estafa, contemplándolos en un artículo, distinguiéndolos por la fracción que ocupan pero ambos supuestos considerados como ESTAFA.

Cambia la nomenclatura del Capítulo VI de estafa y quedando “De la quiebra culpable y fraudulenta” concepto señalando los artículos 1171 a 1179:

CÓDIGO PENAL DE 1929
TÍTULO VIGÉSIMO
De los delitos contra la propiedad
CAPÍTULO V
De la estafa

Artículo 1151.- Hay estafa:

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

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

Artículo 1152.- Si las maquinaciones o artificios constituyen un delito de falsedad, se acumulará éste al delito de estafa, observándose las reglas de acumulación para la imposición de la sanción.

Artículo 1153.- Al estafador se le aplicará la sanción que, atendidas sus circunstancias y las del caso, se le impondría si hubiera cometido un robo sin violencia, aumentada en una tercia parte.

Artículo 1154.- Se impondrá también la sanción del robo sin violencia en los mismos términos que expresa el artículo anterior:

I. Al que, por título oneroso, entregue una joya falsa haciendo creer que es buena, o enajene una cosa como si fuere de oro, plata o de cualquier otro metal precioso, sabiendo que no lo es;

II. Al que por título oneroso, enajene una cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en la que gravó, o una cosa equivalente;

III. Al que en un juego de suerte o azar se valga de trampas para ganar, sin perjuicio de las otras sanciones en que incurra si el juego fuere prohibido;

IV. Al que obtenga de otro la cantidad de dinero, o cualquiera otra cosa, girando a favor de él una libranza, una letra de cambio o un cheque contra persona supuesta o que el girador sabe que no ha debido pagarlos, o endosando un documento a la orden, a cargo de una persona supuesta o que el endosante sabe que no ha de pagarlo;

V. Al que entregue en depósito algún saco, bolsa o arca cerrada, haciendo creer falsamente al depositario que contiene dinero, alhajas, u otra cosa valiosa que no se halla en ellas; sea que defraude al depositario demandándole aquél o éstas después o sea que consiga por este medio dinero de él o de otro;

VI. Al que compre una cosa mueble, ofreciendo pagar su precio al contado y rehuse, después de recibirla, hacer el pago y devolver la cosa, si el vendedor le exige lo primero dentro de seis días de haber recibido la cosa el comprador;

VII. Al que venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o raíz, y reciba de ambas partes todo el precio o parte de él;

VIII. Al que aproveche indebidamente energía eléctrica o cualquier otro fluido, alterando por cualquier medio los medidores destinados a marcar el consumo, o las indicaciones registradas por esos aparatos;

IX. Al que con objeto de lucrar, en perjuicio del consumidor, altere por cualquier medio los medidores de energía eléctrica, o de otro fluido o las indicaciones registradas por esos aparatos.

Artículo 1155.- El que por título oneroso enajene una cosa o entregue intencionalmente otra, distinta en todo o en parte de la que contrató, pagará una multa de cinco a veinte días de utilidad.

Artículo 1156.- El que por título oneroso enajene una cosa en precio mayor del que realmente tiene, engañando para esto al que la adquiere, sobre el verdadero origen, naturaleza, especie o dimensiones de la cosa, pagará una multa del duplo de la diferencia que hubiere entre el precio que cobró y el legítimo, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo al derecho civil competan al estafado.

La misma sanción se aplicará si el delito se cometiere en metales preciosos, dando uno de inferior ley que la pactada. Esto se entiende si no se ha cometido la falsedad de que se trata en los artículos 679 a 681 y 683.

Artículo 1157.- Si en los casos de que hablan los artículos que preceden, interviene a nombre del dueño otra persona y cometiere el engaño, se le aplicará la sanción que corresponda de las que dichos artículos señalan. Pero si el que interviniere fuere corredor, se tendrá esta circunstancia como agravante de segunda clase.

Artículo 1158.- El que, sin valerse de pesas o medidas falsas, engaña al comprador sobre la cantidad o peso de la cosa vendida, haciendo por cualquier medio que aparezcan mayores de lo que son, pagará una multa de cinco a veinte días de utilidad, a juicio del juez.

Artículo 1159.- Se impondrá la sanción del robo sin violencia y una multa igual a la cantidad estafada al que, sin acuerdo con el falsario, hiciere uso de pesas o medidas falsas o alteradas.

Artículo 1160.- La misma sanción se impondrá: al que, a sabiendas y para cometer la estafa, hiciere uso de documentos falsos, sea el falsario mismo o un tercero, aunque éste no obre de acuerdo con aquél.

Artículo 1161.- El vendedor de cosas adulteradas por él, o sabiendo que lo están, si las substancias mezcladas no son nocivas, pagará una multa de cinco a veinte días de utilidad, a juicio del juez, y siempre que no mereciere mayor sanción de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 512.

No se comprende en esta prevención el caso en que la mezcla no se haga con ánimo de engañar, sino para apropiar las cosas al comercio del lugar, a

las necesidades del consumo, a los hábitos o capricho de los consumidores, o por exigirlo así la conservación de la cosa, las reglas de la fabricación, o indicarlo la ciencia para un fin legítimo.

Artículo 1162.- El que explote en su provecho las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de una supuesta evocación de espíritus, o prometiendo descubrir tesoros, o hacer curaciones, o explicar presagios, o valiéndose de otros engaños semejantes, incurrirá en arresto por más de seis meses y pagará una multa de quince a treinta días de utilidad.

Artículo 1163.- El que hiciere un contrato o un acto judicial simulados con perjuicio de otro, pagará una multa igual al importe de la reparación del daño.

Si el autor del contrato o del acto judicial simulado lo deshiciere, o denunciare la simulación antes de que la justicia tenga conocimiento del delito, sólo estará obligado a reparar el daño causado.

Artículo 1164.- El que con abuso de la inexperiencia, de las necesidades o de las pasiones de un menor, le prestare una cantidad de dinero, en créditos o en otra cosa equivalente, y le hiciere otorgar un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, sea cual fuere la forma del contrato, pagará una multa de quince a treinta días de utilidad.

Artículo 1165.- El que pusiere en circulación fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquiera materia, como signos convencionales en substitución de la moneda legal, pagará una multa de quince a treinta días de utilidad según la importancia de la emisión.

Artículo 1166.- Los hacendados, dueños de fábricas o talleres, mineros o empresarios, o directores de obras o trabajos que, en pago del salario o

jornal de sus operarios o trabajadores, les den fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquiera materia, en substitución de la moneda legal, pagarán una multa igual al duplo de la cantidad a que ascienda la última raya en que se hubiere hecho el pago de esa manera. La mitad de esa multa se aplicará a los operarios o trabajadores en proporción a su salario o jornal.

Artículo 1167.- Las estafas que causen perjuicio a la salud, se sancionarán como señala el capítulo sobre delitos contra la salud pública.

Artículo 1168.- Se equiparán a la estafa: I. Los actos violatorios de los derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en el Código Civil, y se sancionarán con una multa igual al veinticinco por ciento de los perjuicios que se causen y arresto a juicio del juez.

La estimación de los perjuicios, para el efecto de la imposición de la sanción, se hará conforme a las reglas establecidas en el Libro II de este Código, y

II: El lucro obtenido por comerciantes o empresas que, por sorteos, rifas, loterías, promesas de venta, o por cualquier otro medio y sin entregar la mercancía u objeto del contrato, se queden con las cantidades recibidas, en todo o en parte, u obliguen al que las hubiere entregado a recibir otros objetos en pago.

La sanción aplicable en los casos de esta fracción, será la del robo sin violencia.

Artículo 1169.- Cualquier otra estafa que no sea de las especificadas en este capítulo, se sancionará con una multa igual al duplo de la cantidad que resulte estafada.

Artículo 1170.- Son aplicables a la esta los artículos 1118 y 1119.

Código Penal de 1931.

El Código Penal del año de 1931 cambió totalmente la estructura de la tipificación del delito de fraude. El concepto de fraude genérico, no fue sino la primera fracción del artículo 386 por consecuencia desapareció la distinción de fraude genérico y específico.

CÓDIGO PENAL DE 1931 (Texto Original)

TÍTULO VIGESIMOSEGUNDO

Delitos en contra de las personas en su patrimonio

CAPÍTULO III

Fraude

Artículo 386.- Se impondrán multa de cincuenta a mil pesos y prisión de seis meses a seis años:

I. Al que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido;

II. Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa, ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, si no efectúa ésta, sea por que no se haga cargo legalmente de la misma, o porque la renuncie o abandone sin causa justificada;

III. Al que, por título oneroso, enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

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

V. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague su importe;

VI. Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado y rehuse, después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exige lo primero dentro de seis días de haber recibido la cosa el comprador;

VII. Al que venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o raíz, y reciba el precio de la segunda venta o parte de él;

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

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

X. Al que hiciere un contrato, un acto o escrito judicial simulados, con perjuicio de otro, o para obtener cualquier beneficio indebido;

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

XII. Al que aproveche indebidamente energía eléctrica o cualquier otro fluido, alterando por cualquier medio los medidores destinados a marcar el consumo o las indicaciones registradas por esos aparatos, y

XIII. Al que, con objeto de lucrar en perjuicio del consumidor, altere por cualquier medio los medidores de energía eléctrica o de otro fluido, o las indicaciones registradas por esos aparatos.

Artículo 387.- Se aplicará igual pena que la señalada en el artículo anterior al que ejecute actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en el Código Civil.

Artículo 388.- Cuando el valor de lo defraudado, conforme a los artículos anteriores, de este capítulo, no exceda de cincuenta pesos, se castigará el delito con multa de cinco a cincuenta pesos y prisión de tres días a seis meses.

Artículo 389.- Se impondrá prisión de tres meses a siete años y multa de veinte a mil pesos, o sólo la prisión, al que, para hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logre que se le entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios.

Artículo 390.- Son aplicables al fraude los artículos 377 y 378.

El Código Penal del año de 1931 se reformó por Decreto de fecha 31 de diciembre de 1945, publicado en el diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1946, devolviéndole al fraude genérico su individualidad en relación al fraude específico.

CÓDIGO PENAL DE 1931
TÍTULO VIGESIMO SEGUNDO

Delitos en contra de las personas en su patrimonio

CAPÍTULO III

Fraude

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

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres días a seis meses o de treinta a ciento ochenta días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;

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

III. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

Artículo 387.- Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

I. Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa, ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio de un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquélla o no realiza

ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado;

II. Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

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

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

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

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

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

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

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

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

Se presumirá simulado el juicio que se siga en contra de un depositario judicial, cuando en virtud de tal juicio, acción, acto o escrito judicial resulte el secuestro de una cosa embargada o depositada con anterioridad, cualquiera que sea la persona contra la cual se siga la acción o juicio;

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

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

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

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

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

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

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

XVIII. Al que habiendo recibido mercancías como subsidio o franquicia para darles un destino determinado, las distrajere de este destino o en cualquier forma desvirtúe los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia.

Las fracciones XIX y XX siguientes fueron creadas por el artículo noveno del decreto de 2 de enero de 1968, publicado en el Diario Oficial de 8 de marzo del mismo año, en vigor quince días después, como sigue):

XIX. A los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero,

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

Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino, o ha dispuesto, en todo o en parte, del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en Nacional Financiera, S.A. o en cualquier institución de Depósito, dentro de los 30 días siguientes a su recepción a favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado, dentro de este término, al vendedor o al deudor del gravamen real, o devuelto al comprador, o al acreedor del mismo gravamen.

Las mismas sanciones se impondrán a los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales que no cumplan o hagan cumplir la obligación a que se refiere el párrafo anterior.

El depósito se entregará por Nacional Financiera S.A., o la Institución de Depósito de que se trate, a su propietario o al comprador.

Cuando el sujeto activo del delito devuelva a los interesados las cantidades de dinero obtenidas con su actuación, antes de que formule conclusiones en el proceso respectivo, la pena que se le aplicará será la de tres días a seis meses de prisión.

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

Es aplicable a lo dispuesto en esta fracción, lo determinado en párrafos segundo a quinto de la fracción anterior.

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

No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

Las instituciones, sociedades nacionales y Organizaciones Auxiliares de Crédito, las Finanzas y las de Seguros, así como los organismos Oficiales y Descentralizados, autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción XIX.

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

Artículo- 389.- Se equipara al delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años y multa de cuatrocientos a cuatro mil pesos, el valerse del cargo que se ocupe en el gobierno, en una empresa descentralizada o de participación estatal, o en cualquiera agrupación de carácter sindical, o de sus relaciones con los funcionarios o dirigentes de dichos organismos, para obtener

dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o aumento de salario en tales organismos.

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

Para los efectos penales se entiende por fraccionar la división de terrenos en lotes.

Este delito se sancionará con las penas previstas en el artículo 386 de este código, con la salvedad de la multa mencionada en la fracción tercera de dicho precepto, que se elevará hasta cincuenta mil pesos.

Código Penal Vigente para el Distrito Federal.

Ahora bien, el 12 de noviembre de 2002, se abrogó el Código Penal de 1931, para dar vigencia al Código Penal para el Distrito Federal de 2002, legislación que en su Título Décimo Quinto llamado Delitos contra el Patrimonio, conceptúa en su Capítulo III, el delito de FRAUDE, señalando:

CÓDIGO PENAL VIGENTE
TÍTULO DECIMO QUINTO
Delitos contra el patrimonio
CAPÍTULO III
Fraude

Artículo 230. Al que por medio del engaño o 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, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo;

III. Prisión de dos años seis meses a cinco años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y

IV. Prisión de cinco a once años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo.

Artículo 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:

I. Por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha

recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

II. Obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, como consecuencia directa e inmediata del otorgamiento o endoso a nombre propio o de otro, de un documento nominativo, a la orden o al portador, contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo;

III. Venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o inmueble, y reciba el precio de la primera, de la segunda enajenación o de ambas, o parte de él, o cualquier otro lucro, con perjuicio del primero o del segundo comprador;

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado comprobado;

V. En carácter de fabricante, comerciante, empresario, contratista o constructor de una obra, suministre o emplee en ésta materiales o realice construcciones de calidad o cantidad inferior a las estipuladas, si ha recibido el precio convenido o parte de él, o no realice las obras que amparen la cantidad pagada;

VI. Provoque deliberadamente cualquier acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros;

VII. Por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explote las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas;

VIII. Venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que estos últimos resulten insolutos;

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

X. Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los vigentes en el sistema financiero bancario;

XI. Como intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren al objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro.

Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino o ha dispuesto del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en cualquier institución facultada para ello dentro de los treinta días siguientes a su recepción en favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado dentro de ese término al vendedor o al deudor del gravamen real o devuelto al comprador o al acreedor del mismo gravamen.

El depósito se entregará por la institución de que se trate a su propietario o al comprador.

XII. Construya o venda edificios en condominio obteniendo dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, sin destinarlo al objeto de la operación concertada.

En este caso, es aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo de la fracción anterior.

Las instituciones y organismos auxiliares de crédito, las de fianzas y las de seguros, así como los organismos oficiales y descentralizados autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción anterior.

XIII. Con el fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o por carecer éste de fondos suficientes para su pago de conformidad con la legislación aplicable. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución de crédito de que se trate;

XIV. Para obtener algún beneficio para sí o para un tercero, por cualquier medio accese, entre o se introduzca a los sistemas o programas de informática del sistema financiero e indebidamente realice operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores, independientemente de que los recursos no salgan de la Institución; o

XV. Por sí, o por interpósita persona, sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes o sin satisfacer los requisitos señalados en el permiso obtenido, fraccione o divida en lotes un terreno urbano o rústico, con o sin construcciones, propio o ajeno y transfiera o prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre alguno de esos lotes.

Artículo 232. Las mismas sanciones del artículo 229 de este Código, se impondrán a quien, por los medios descritos en el primer párrafo de dicho artículo o mediante alguna de las conductas previstas en él, cause a otro un perjuicio patrimonial, aunque el agente no obtenga una cosa o un lucro para sí o para otro.

Artículo 233. Se equipara al delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años y de cuatrocientos a cuatro mil días multa, al que valiéndose del cargo que ocupe en el gobierno o en cualquiera agrupación de carácter sindical, social, o de sus relaciones con funcionarios o dirigentes de dichos organismos, obtenga dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o aumento de salario en los mismos.

Artículo 246.- Los delitos previstos en este Título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo.

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:

a) 220, cuando el monto de lo robado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, salvo que concurra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cualquiera de las calificativas a que se refiere el artículo 225;

b) 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234 y 235;

c) 237, salvo que el delito que se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y

d) 239, 240 y 242;

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235 y 241, cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.

Hasta el momento, hemos citado sólo la legislación vigente referente al delito de fraude, toda vez, que en capítulos posteriores haremos un concienzudo estudio del mismo, para poder llegar a lo que forma parte de nuestra propuesta, es decir, analizaremos todos los elementos del delito de fraude así como las formas de persecución de cada una de las hipótesis contempladas en dicho delito tomando en cuenta las circunstancias actuales de nuestra sociedad, de tal forma que será hasta ese entonces que estaremos en posibilidad de proponer que en todos los casos el delito de fraude se persiga de oficio.

Sin embargo, para el normal desarrollo y entendimiento del presente tema y debido a la gran importancia de éste, será necesario analizar los antecedentes históricos del mismo en el extranjero.

I. ANTECEDENTES EXTRANJEROS

Código de Hamurabi.

A continuación estudiaremos uno de los principales antecedentes, no solo para el fraude, sino para el ámbito jurídico, toda vez, que el Código de Hammurabi es una de las primeras codificaciones realizadas por el hombre, misma que cuenta con un amplio contenido religioso, político y principalmente jurídico, de donde deriva su importancia, aunado a eso, es uno de los antecedentes principales del delito de fraude, tal y como a continuación se explica.

En las culturas del Próximo Oriente Antiguo son los Dioses quienes dictan las leyes a los hombres, por eso, las leyes son sagradas. En este caso es el Dios Samash, el Dios Sol, Dios de la Justicia, quien entrega las leyes al rey Hammurabi de Babilonia (1790-1750? a. C.), y así se representa en la imagen que figura sobre el conjunto escrito de leyes. De hecho, antes de la llegada de Hammurabi al poder, eran los sacerdotes del dios Samash los que ejercían como jueces pero Hammurabi estableció que fueran funcionarios de l rey quienes realizaran este trabajo, mermando así el poder de los sacerdotes y fortaleciendo el del propio monarca.

Uno de los rasgos más característicos de la antigua civilización Mesopotámica que fue la enorme importancia que dio al Derecho, ni bajo cuyos presupuestos se intentaron fijar todos los actos de la vida del hombre, según nos es posible interpretar a partir de la gran cantidad de textos con contenido jurídico muy claro e incluso con articulaciones legales, perfectamente codificadas (leyes sumerias, Código de Hammurabi, leyes Asirias).

El sexto rey de la dinastía un amorrea de Babilonia, Hammurabi (1792-1750 y últimamente 1730- 1688 a. de C.) prolongó probablemente en un el

40ª año de su reinado un conjunto de leyes que para su mejor conocimiento mandó grabar en estelas de piedra en y repartirlas por las capitales de su Imperio.

“El cuerpo legal desarrolla 282 artículos formulados de manera sencilla y en forma condicional. Si bien carece de ordenación sistemática algunas materias aparecen tratadas más o menos en conjunto por ejemplo propiedad, derecho familiar, talión. Su contenido puede resumirse y estructurarse a grandes rasgos, y en una primera toma de contacto del siguiente modo: infracciones procesales; estatutos de la propiedad; beneficios ya obligaciones derivadas de feudos militares; relaciones de posesión y de otra especie; préstamos y otros negocios mercantiles; matrimonio y familias; sacerdotisas; adopción; lesiones corporales y aborto; médicos, arquitectos, y barqueros donde, materias agrícolas y ganaderas con sanciones penales; salarios y alquileres, y por última compraventa de esclavos”.¹⁹

En El código de Hammurabi unifica los diferentes códigos existentes en las ciudades del imperio Babilónico, pretende establecer leyes aplicables en todos los casos, e impedir así que cada uno "tomara la justicia por su propia mano", pues sin ley escrita que se pudiera aplicar obligatoriamente, era fácil que cada uno actuara como más le favoreciera, cabe señalar que el presente código, no sólo fue tomado en cuenta por su alto contenido jurídico, sino también fue apreciado como obra literaria.

Siguiendo los principios de las legislaciones anteriores, Hammurabi en el prólogo de sus leyes proclama el principio de la competencia penal del Estado mediante la máxima de haber establecido su Código para administrar justicia a sus súbditos. La impartición del castigo pasaba de este modo a la plena jurisdicción Estatal, con tribunales al efecto. El Estado aspiraba no solamente

¹⁹ CARDENAS URIBE FILIBERTO, “*Código de Hammurabi*”. 1ª reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, pág. 20.

imponer una pena concreta a un malhechor o culpable por la comisión de un delito o falta, sino también a utilizar la norma como elemento de intimidación o de disuasión, tendiente a evitar la comisión de abusos y a vigilar la convivencia social.

El castigo fijado por el Estado, y que tenía carácter público, consistía fundamentalmente en las siguientes penas: pena de muerte, castigos corporales, composición económica, multa y gemonía.

Las leyes de Hammurabi tenían en cuenta, a la hora de determinar la punibilidad de un hecho acción, no solamente el hecho en sí, sino también el daño producido y la intencionalidad del sujeto. Para ser imputable de un delito, éste debía ser cometido conscientemente.

Las primeras palabras definen el objetivo del código: "Para humillar a los malos e injustos e impedir que el poderoso perjudique al débil; para que toda persona perjudicada pueda leer las leyes y encontrar justicia".

- Si un señor acusa a (otro) señor y presenta contra él denuncia de homicidio, pero no la puede probar, su acusador será castigado con la muerte.
- Si un señor imputa a (otro) señor prácticas de brujería, pero no las puede probar, el acusado de brujería irá al río (y) deberá arrojarse al río. Si el río (logra) arrastrarlo, su acusador le arrebatará su hacienda. (Pero) si este señor ha sido purificado por el río saliendo (de él) sano y salvo, el que le imputó de maniobras de brujería será castigado con la muerte (y) el que se arrojó al río arrebatará la hacienda de su acusador.
- Si un señor aparece en un proceso para (presentar) un falso testimonio y no puede probar la palabra que ha dicho, si el proceso es un proceso capital tal señor será castigado con la muerte.
- Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le

probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso.

- Si un señor roba la propiedad religiosa o estatal, ese señor será castigado con la muerte. Además el que recibió de sus manos los bienes robados será (también) castigado con la muerte.
- Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió (el objeto) ni los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que testimonien sobre su cosa perdida, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad perdida.
- Si el propietario de la cosa perdida no presenta testigos que testimonien sobre el objeto perdido, es un estafador, (y puesto que) dio curso a una denuncia falsa será castigado con la muerte.
- Si el vendedor ha muerto, el comprador tomará de la casa del vendedor hasta cinco veces (el valor) de lo que había reclamado en este proceso.
- Si los testigos de tal señor no estuviesen a mano, los jueces le señalarán un plazo de seis meses. Y si al (término del) sexto mes, no presenta sus testigos, este señor es un falsario. Sufrirá en su totalidad la pena de este proceso.
- Si un señor roba el niño menor de (otro) señor, recibirá la muerte.
- Si un señor ayuda a escapar por la gran puerta (de la ciudad) a un esclavo estatal o a una esclava estatal o a un esclavo de un subalterno o a una esclava de un subalterno recibirá la muerte.
- Si un señor dio refugio en su casa a un esclavo o a una esclava fugitivos, perteneciente al estado o a un subalterno y si no lo entregó a la llamada del pregonero el dueño de la casa recibirá la muerte.
- Si un señor prende en campo abierto a un esclavo o esclava fugitivos y (si) lo devuelve a su dueño, el dueño del esclavo le dará dos silos de plata.

- Si este esclavo no ha querido mencionar el nombre de su dueño, le llevará al palacio; (allí) se realizará una investigación y se lo devolverán a su dueño.
- Si retiene al esclavo en su casa (y si) después el esclavo es hallado en su posesión, el señor recibirá la muerte.
- Si el esclavo huye de la casa de aquel que lo prendió, este hombre lo jurará (así) por el dios al dueño del esclavo y se marchará libre.
- Si un señor abre brecha en una casa, delante de la brecha se le matará y se le colgará.
- Si un señor se entrega al bandidaje y llega a ser prendido, ese señor recibirá la muerte.
- Si el bandido no es prendido, el señor (que ha sido) robado declarará oficialmente delante del dios (los pormenores de) lo perdido; después, la ciudad y el gobernador en cuyo territorio y jurisdicción se cometió el bandidaje, le compensarán (por todo) lo perdido.
- Si es una vida (lo que se perdió), la ciudad y el gobernador pesarán una mina de plata (y se la entregarán) a su gente.
- Si se declara un incendio (fortuito) en la casa de un señor y (si) un señor que acudió a apagarlo pone los ojos sobre algún bien del dueño de la casa y se apropia de algún bien del dueño de la casa, ese señor será lanzado al fuego.
- Si un oficial o un especialista (militar) que había recibido la orden de partir para una misión del rey, no fuese (a la misma) o bien (si) alquilase un mercenario y le enviase en su lugar, ese oficial o ese especialista (militar) recibirá la muerte; el denunciante (del hecho) tomará su hacienda.²⁰

²⁰ páginas de internet consultadas:
<http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm>.
<http://icarito.latercera.cl/icarito/2001/822/pag4.htm>.
<http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>.

Esta codificación resulta importante por su notable equidad, distinción entre culpa y dolo, así como la graduación de la pena de acuerdo a la peligrosidad del sujeto activo.

Leyes de Manú.

Las Leyes de Manú, al igual que el Código de Hammurabi, se crearon en la etapa en la que el hombre creía en la venganza divina, en la que en el mundo de los mundanos (hombres), sólo el rey tenía la facultad de aplicar las sanciones en nombre de Dios, las cuales por cierto eran ilimitadas

Las leyes de Manú es la designación Inglesa aplicada comúnmente al "Manava Dharma-sastra", un métrico compendio Sánscrito de las antiguas leyes y costumbres sagradas mantenidas en la más alta reverencia por los adherentes ortodoxos del Brahmanismo. Los propios Brahmanes atribuían a la obra origen divino y una remota antigüedad. Su supuesto autor es Manú, el mítico sobreviviente del Diluvio y padre de la raza humana, el maestro primitivo de los ritos y leyes sagrados, que disfruta ahora en los cielos de la dignidad de una omnisciente deidad. Los versos de apertura de la obra relatan cómo en tiempos antiguos se acercaron reverentemente a Manú diez grandes sabios y le pidieron que les manifestara las sagradas leyes de las castas y cómo él graciosamente accedió a su requerimiento haciendo que el erudito sabio Bhrigu, a quien él había enseñado cuidadosamente enseñado los institutos métricos de la ley sagrada, les entregara esta instrucción preciosa. La obra por lo tanto pretende ser el dictado de Manú a través Bhrigu; y como Manú mismo las había aprendido del auto-existente Brahma, su autoría se pretende divina.

Las leyes de Manú consisten en 2648 versos, divididos en doce capítulos. En el primer capítulo es relatada la creación del mundo mediante una serie de emanaciones de una deidad auto existente, el origen mítico del libro

mismo, y la gran ventaja espiritual a ganar mediante el estudio devoto de sus contenidos. Los capítulos dos a seis inclusive relatan el modo de vida y la regulación de la conducta apropiada a los miembros de las tres castas superiores, que han sido iniciados en la religión Brahmánica mediante la ceremonia de remoción de los pecados conocida como la investidura con la cuerda sagrada. El séptimo capítulo da cuenta de la dignidad divina y de las diversas obligaciones y responsabilidades de los reyes, ofreciendo en conjunto un alto ideal del oficio real. El capítulo octavo trata del procedimiento en los pleitos civiles y criminales y del castigo apropiado que deberán enfrentar las diferentes clases de criminales. Los siguientes dos capítulos hacen conocer las costumbres y leyes que gobiernan el divorcio, la herencia, los derechos de propiedad, las ocupaciones legales de cada casta. El capítulo once se ocupa principalmente de los varios tipos de penitencia a que deben someterse aquellos que quieren liberarse de las malignas consecuencias de sus malas acciones. El último capítulo expone la doctrina del karma, involucrando renacimiento en la escala ascendente y descendente, de acuerdo a los méritos o deméritos de la vida presente. Los versos de cierre están dedicados al esquema panteísta de salvación que conduce a la absorción en la todo-envolvente deidad impersonal.

Las Leyes de Manú ofrecen, por lo tanto, una interesante fotografía ideal de la vida doméstica, social y religiosa en la India bajo la influencia de los antiguos Brahmanes. El cuadro tiene sus oscuridades. La dignidad de la casta Brahmánica fue grandemente exagerada, mientras de la casta Sudra fue tan despreciada como para ser excluida bajo pena de muerte de la participación de la religión Brahmánica. Los castigos por crímenes y delitos menores eran más livianos cuando se aplicaban a infractores de la casta Brahmánica, y aumentaban en severidad para los culpables que era miembros de las castas de los guerreros, granjeros y siervos respectivamente. La mayoría de las formas de industria y práctica de la medicina eran despreciadas y estaban prohibidas para los Brahmanes y los guerreros. Se sostiene que la mente de la mujer es voluble, sensual, e incapaz de una apropiada auto-dirección. Por lo tanto se establecía que

la mujer debía ser mantenida en una estricta sujeción hasta el fin de sus vidas. No les era permitido aprender ninguno de los textos Védicos, y su participación en los ritos religiosos era limitada a unos pocos actos insignificantes.

Se atribuían penitencias que implicaban culpa a las transgresiones no intencionales de la ley, y había una irremediable confusión de deberes de conciencia con costumbres tradicionales y restricciones en gran parte supersticiosas y absurdas, sin embargo, pese a esto, las enseñanzas éticas de las Leyes de Manú son muy importantes, y abarcan casi todas las formas de obligaciones morales reconocidas en la religión Cristiana

Ahora bien, en el estudio específico del delito que nos atiende, hay diversos autores que tan sólo mencionan las Leyes de Manú sin entrar a un estudio profundo de las mismas, así pues, tenemos que Roberto Reynoso Dávila señala en su obra *Delitos Patrimoniales*, que las Leyes de Manú asimilan al robo la venta de objeto ajeno y castigan al que vende grano malo por bueno, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, entre otros.²¹

Hacia la misma forma, el licenciado Eduardo López Betancourt señala que el Código de Manú castigaba al que vendía grano malo por bueno, cosa vil por fragante, cristal de roca colorado por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata entre otros²², de lo anterior podemos evidenciar que lo señalado por el licenciado Roberto Reynoso Dávila es exactamente igual que lo señalado por nuestro maestro López Betancourt siendo que ninguno de los dos realiza un estudio a fondo de las Leyes de Manú ni la trascendencia de las mismas en el delito de fraude.

²¹ REYNOSO DAVILA ROBERTO, "*Delitos Patrimoniales*". 2ª edic. Porrúa, México, 2001, pág. 201.

²² LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "*Delitos en Particular*" Op. Cit.. pág 310.

Por otro lado, tenemos que Eugenio Raúl Zaffaroni señala “ las leyes, libro o código de Manú, es el texto penal más elaborado de la india, que data en fecha sumamente controvertida, que algunos ritual en el siglo XIII a.C y otros en el siglo V. a.C. para este código, la pena cumplir una función eminentemente moral, porque purificada al que la soportaba. Éste texto daba adecuada importancia a los motivos y distinguía mi tía mente el dolo de la culpa y el caso fortuito.

La facultad de penar era divina y le ejercía la autoridad terrena por delegación de Brahma, con lo que el texto legal era el puntal de la sociedad hindú fuertemente estratificada del brahmanismo. De allí esos sistemas de penas presentación la característica especial, frecuente en las legislaciones antiguas: la multa aumentaba con la jerarquía social de la persona, al tiempo que a las personas de jerarquía se le eximia de ciertas penas corporales. El límite entre el crimen y el pecado desaparece, hasta el punto de que el hombre de casta superior, es decir, el Brahmán que conocía de memoria el texto sagrado, podría cometer impunemente cualquier hecho”²³

A continuación se señalaran unos de los muchos conceptos que conforman el código de Manú:

- Por el contrario, cuando el reino de un príncipe, colocado bajo la salvaguardia de su brazo poderoso, goza de profunda seguridad, este reino prospera sin cesar, como el árbol regado cuidadosamente.
- Que el rey, empleando como espías a sus propios ojos, distinga bien dos clases de ladrones: unos que se muestran en público, otros que se esconden y roban los bienes ajenos;
- Los ladrones públicos son los que subsisten vendiendo diferentes objetos de manera fraudulenta; los ladrones ocultos son los que se introducen

²³ ZAFFARONI EUGENIO RAUL, “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”, 6ª edic. 3ª reimpresión Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos aires, Argentina, 2003, pág. 141.

secretamente en una casa por una brecha abierta en un muro, los bandidos que viven en los bosques y otros.

- Los hombres que se dejan corromper con obsequios, los que arrebatan dinero con amenazas, los falsificadores, los jugadores, los que dicen la buenaventura, las falsas gentes honradas, los quirománticos.
- Los adiestradores de elefantes y los charlatanes que no hacen lo que prometen hacer, los hombres que ejercen sin derecho artes liberales y las cortesanas ducas;
- Tales son con otros más, los ladrones que se muestran en público; que en este mundo el rey sepa distinguirlos, así como a los otros que se esconden para obrar; hombres despreciables que llevan las insignias de las gentes de honor.
- Que después de haberlos descubierto, con ayuda de personas seguras, disfrazadas, y que en apariencia ejercen la misma profesión que ellos y con espías diseminados por todas partes, los atraiga y se apodere de ellos.
- Que después de haber proclamado todas las malas acciones de cada uno de estos miserables, el rey les inflija una pena exactamente proporcionada a sus fechorías y a sus facultades.
- Pues sin el castigo es imposible reprimir los delitos de los ladrones de intenciones perversas que se difunden furtivamente por este mundo.
- Los sitios frecuentados, las fuentes públicas, las panaderías, las casas de bodegoneros, los lugares en que se cruzan cuatro caminos, los grandes árboles consagrados, las asambleas y los espectáculos;
- Los antiguos jardines reales, los bosques, las casas de los artesanos, los edificios desiertos, las selvas y los parques.
- Tales son los sitios, así como otros del mismo género, que el rey debe hacer vigilar con centinelas y patrullas y con espías, a fin de apartar a los ladrones.

- Que valiéndose de espías diestros que, hayan sido ladrones, y se asocien con los ladrones, y los acompañe y estén al tanto de sus diferentes costumbres, los descubra y los haga salir de sus retiros.
- Que los espías logren reunir a estos hombres con diversos pretextos, un festín compuesto de delicados manjares, una entrevista con un Bracmán que asegurará el éxito de su empresa ó un espectáculo de prodigios de habilidad.
- Que el rey se apodere a viva fuerza de los que, por temor de ser arrestados, no van a esas reuniones y de quienes se han comprometido con los antiguos ladrones que hoy sirven al rey y no se reúnen con ellos; que los condene a muerte así como a sus amigos y a sus parientes paternos y maternos si están de acuerdo con ellos.
- Que un príncipe justo no haga morir a un ladrón, a menos que sea sorprendido con el objeto robado y los instrumentos del robo; si se le coge con lo que ha robado y los utensilios de que se ha servido, debe dársele la muerte sin vacilar.
- Que condene igualmente a muerte a los que en los pueblos y en las ciudades dan víveres a los ladrones, les procuran instrumentos y le ofrecen asilo.²⁴

Encontramos en el mismo sentido las Leyes Hebraicas y el propio Corán que castigaban a comerciantes insaciables de abusar de los compradores de buena fe y éste último castigaba también a los compradores que se aprovecharan de los vendedores necesitados ofreciendo o pagando un costo menor al del justo valor del de la casa, sin tomar en cuenta sus características y cualidades del objeto.

²⁴ páginas de internet consultadas:

<http://www.encyclopediacatolica.com/1/leyesmanu.htm>.

<http://www.filosofia.org>.

<http://www.vanheesstoneworks.com/portalespiritual/hindu/manu/9.htm>.

Roma.

A continuación se estudiará, el antecedente histórico más importante para el mundo jurídico, esto es el Derecho Romano, actualmente el Derecho o la legislación de todos los países tienen su base fundamental en el Derecho Romano. Absurdamente, hay "escuelas" que pretenden omitir la materia de Derecho Romano, sin embargo la misma resulta fundamental para entender el derecho actual, toda vez que resulta absurdo no conocer las bases, ya que sin estas no entenderíamos el porqué de nuestro derecho, motivo por el cual se explicará de forma rápida la importancia del Derecho Romano como antecedente de lo que conocemos actualmente como Fraude.

El delito se considera la primera fuente de obligaciones, y es definido por los clásicos como el acto antijurídico castigado por la ley, del cual se deriva una obligación penal (obligatio ex delicto) y una acción penal (civiles actio poenalis).

En Roma se distinguen dos tipos de delitos: los públicos o crimina, que ponen en peligro a toda la comunidad y son perseguidos por el Estado y castigados con penas públicas más severas, como la muerte, interdictos de agua y fuego, multas a favor del erario, entre otros.

Los delitos privados sólo causan daño a los particulares, y estos son los únicos facultados para iniciar la persecución, y dan lugar a una multa privada e indemnización que sólo beneficiaba al ofendido.

Los delitos públicos o crímenes son:

- El perduellio: consistente en atentar contra la seguridad del estado
- El parricidium: causar la marca un hombre libre

- Crimen Maiestatis: atentar contra un funcionario romano.²⁵

Por otro lado, como lo manifesté anteriormente, en Roma, los delitos privados sólo afectaban a particulares, y conforme al derecho civil, de la comisión del delito surgen dos consecuencias jurídicas:

Primera: una obligación que nace del delito (*obligatio ex delicto*) dicha obligación es a cargo del sujeto activo o del paterfamilias responsable del hijo o esclavo que comete una acción criminal.

Segunda: una acción penal o civil (*actio poenalis*), cuyo titular es la víctima (si sufre un detrimento en su integridad personal o en sus bienes) o al ofendido (si sufre la muerte de un familiar). La acción penal que nace de los delitos privados tienen las siguientes características:

- Imprescriptibilidad: la acción penal para ejercitarse en cualquier momento, en virtud de que no se extingue. Esta regla limitada por Teodosio II a 30 o 40 años.
- Intransmitibilidad: no transmitirse ni siquiera los herederos, aunque en la época de Justiniano se admiten algunas excepciones.
- Acumulación: pues en caso de existir coautoría, la víctima puede exigir el pago de la pena a cada uno de ellos.
- Noxalidad o posibilidad entregar al culpable en noxa a la víctima o a su familia. El paterfamilias es responsable de las consecuencias jurídicas por los delitos cometidos por los miembros de su *domus*. Del delito se la obligación facultativa de elegir entre pagar la multa privada o recurrir al abandono noxal para que el culpable expie su pena con trabajo.

²⁵ MURGUIA SERRANO ALMA LORENA, "*Derecho Romano II*". 1ª edic. Iure Editores, México, 2003, pág. 102.

El castigo impuesto a los sujetos que cometen un delito privado evolucionada desde la venganza privada (inspirada en la ley del talión), la composición voluntaria (acuerdo entre el ofendido y agresor en el que la autoridad fija una multa de carácter privado), hasta llegar a una pena consistente en una multa señalada en la ley (como pena pública).

En la antigüedad la pena de prisión es poco utilizada, en las cárceles sólo protegen a los acusados y evitan su fuga, mientras se prueba o no, su responsabilidad.

Los delitos privados se dividen a su vez en:

- Delitos del derecho civil como el robo (*furtum*), daño en propiedad ajena y lesiones, y
- Delitos pretorios, como el dolo, intimidación o violencia, la rapiña y el fraude de acreedores.

De acuerdo a la opinión de Zaffaroni, el derecho penal romano imperial es el triunfo del Senado sobre los comicios, del imperio sobre la República. En síntesis, el derecho penal romano muestra la lucha que seguir a lo largo de tal e historia de nuestra legislación: el derecho penal republicano contra el derecho penal imperialista o viceversa.

Encaminado a la materia que nos atiende, esto es el fraude, en el Derecho Romano se contemplaron diversos conceptos como el *furtum*, el *falsum* y el *stellionatus*.

El *furtum*: se consideraba como el uso del dolo malo, astucias, falacias o maquinaciones empleadas, para burlar o engañar a otro; no solo comprendía lo que hoy conocemos como fraude, se presentaba cuando alguien obtenía un dinero haciéndose pasar por acreedor, simulando la calidad de

heredero, asumiendo el nombre del procurador verdadero o fingiendo serlo, quien pedía dinero haciéndose pasar por pobre o quien en daño del vendedor entregaba al comprador un peso mayor del justo; apropiación y sustitución indebida de las cosas, las violaciones a la posesión mediante el engaño, lesiones a la fe pública, entre otras.

La persecución del *furtum* podía substanciarse mediante acciones de carácter civil; siempre y cuando hubiese sido una astucia grande y evidente, identificada como *actio doli*.

Es necesario en este momento, realizar un paréntesis, y explicar en efecto, el dolo en el derecho romano, el dolo no constituye un concepto unitario. Explica José Manuel valle Muñiz que "se distingue el dolo como elemento subjetivo del delito, es decir, como conciencia de la actuación injusta que se lleva a cabo, y el dolo caracterizado por la astucia o el engaño o fraudulento."²⁶

El como voluntad antijurídica del agente se remonta a la Ley de las XII tablas, mientras que el comportamiento fraudulento merecedor de castigo es creación del derecho Pretorio.

La paternidad de la *actio doli* es reconocida por lo general a Aquilio Galo, aproximadamente en el año 668 de Roma. Esta acción de carácter penal que se interponía y solventaba en vía civil presentados notas esenciales: en primer lugar su carácter genérico. Es decir, la ausencia de determinación de los hechos o conductas que daban lugar a su interposición. Era el Magistrado, cabeza del Tribunal, quien a su arbitrio consideraba o no la procedencia de reprimir penalmente la conducta denunciada. Por otro lado, la acción del dolo presenta la nota inequívoca de subsidiariedad. Esto es, sólo procedía del supuesto de

²⁶ VALLE MUÑIZ JOSE MANUEL, "*El Delito de Estafa*". 1ª edic. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1987, pág. 27-28.

ausencia de cualquier otro auxilio jurídico, tanto de los provenientes del delito como de los restantes.

De su carácter genérico deriva la dificultad de definir de manera estricta la conducta dolosa. Parece que originalmente el concepto de dolo se identifica con el transmitido por Cicerón: el *aluid agüere*, *aliud simulare*, o sea proceder con ocultación, disimular la realidad tras la apariencia. Empero, no se tardaría mucho en desbordar los límites de tal definición. Pronto se incluye también cualquier maquinación dirigida a engañar a otro, incluso cualquier conducta astuta e inmoral en daño a perjuicio de otro.

En definitiva, parece correcto admitir un proceso de extensión del círculo de conductas merecedoras de la acción, que pasarían de constituir meros ardidés y engaños fraudulentos a ser genéricamente comportamientos que producen intencionalmente un daño, siempre que éste no pueda ser reparado mediante el ejercicio de otra acción.

De esta carácter genérico deriva, obviamente, la accesoriedad de la acción. Esta nota se muestra ya desde un principio, pues bastaba la existencia de la acción civil u honoraria para la inmediata exclusión de la acción del dolo. Solamente, más tarde, en el derecho bizantino se tiene en cuenta la posibilidad de éxito en el ejercicio concreto de la acción.

Asimismo, José Manuel Valle Muñiz afirma que el carácter penal en de la *actio doli* sanciona una responsabilidad nacida *ex delicto*, se podría afirmar que el dolo constituye en cierto modo una verdadera figura del delito; así es, con efectos exclusivamente *en vía Pretoria*, acción penal que se dirige principalmente a la indemnización del daño producido, lo que lleva aparejada la infamia²⁷

²⁷ *Ibidem*.

Realizado que fue el presente paréntesis, a continuación seguimos con nuestra explicación, así tenemos:

El falsum: sugiere una noción general de la idea de engaño, dentro de la cual se comprenden las mas diversas variedades de delitos en los que se utiliza como medio comisivo el engaño, por el ejemplo, el falsum fue aplicable a quien usaba el nombre ajeno, simulando determinada calidad personal para alcanzar provecho y a quien vendía con diversos contratos a dos personas la misma cosa.

El stellion: se le denominaba así al animal dotado de colores imprecisos y favorables a los rayos del sol, es decir, aquel animal que tiene como característica particular para sobrevivir el mimetizarse, en el campo del derecho se aplicaba a todos aquellos delitos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctuaban entre la falsedad y el hurto.

El maestro Zamora Pierce señala que: "En el segundo Siglo de la era cristiana, aparece el "stellionatus", como crimen, mediante el cual se sancionaban multitud de hechos cometidos en daño de la propiedad, que fluctúan entre la falsedad y el hurto, participando de las condiciones de la una y del otro sin ser propiamente ni lo uno ni lo otro. El digesto menciona como casos de estelionato la enajenación a otro de la cosa disimulando la obligación existente. El empleo insidioso de locuciones oscuras en las negociaciones y contratos; vender la cosa ya vendida a otro, sustituir las mercancías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición, lucrándose indebidamente con el precio, dar en prenda cosas no propias; Y en general se consideró como "stellionatus" todo genero de acto de improvidad no realizados de modo franco y manifiesto, cuando no constituyeran otro Delito."²⁸

²⁸ ZAMORA PIERCE JESUS, "El fraude", 9ª edic., Porrúa, México, 2000, pág. 4.

De lo expuesto resulta que en Roma, no existía una clara definición de los límites del derecho civil y penal, tal como lo podemos observar en el *furtum*, *falsum* y *stellion* aunado que los anteriores podían ser reclamados en vía civil mediante la *actio doli*, antes explicada

Así, tenemos que el maestro López Betancourt señala que durante el Imperio de Romano, el delito de fraude se separó de la figura delictiva de hurto; surge como Estelionato. Así la estafa y la apropiación indebida figuraban, entre los romanos dentro del Concepto general de fraude (estelionato).

El fraude era definido como el dolo malo en el *digesto*, o sea toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros. De la misma Forma menciona que Maggiore comenta respecto al estelionato que comprendía esta acriminación todo atentado fraudulento contra el patrimonio ajeno, mediante alguna improbidad y perfidia. Su pena era el trabajo, las minas para los humildes y el destierro para los honestiores.

Francisco Pavón Vasconcelos señala que la “diferencia entre el fraude y los otros delitos patrimoniales principio el Derecho Romano con la *Lex Cornelio de Falsis*, en que se reprimía las falsedades en los testimonios y en la moneda; posteriormente se agregaron numerosos casos de falsedad que constituían ofensas a la fé 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 mercancías, la doble venta de una misma cosa, etcétera. En general se consideraba estelionato todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra cualificación delictiva”²⁹

²⁹ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, *“Delitos contra el patrimonio”* op cit., pág. 248.

El Medievo Español.

Así como hemos estudiado el Derecho Romano, y en atención a la importancia que toma el Derecho Español, en nuestro país, a continuación se hará referencia al mismo y a la importancia que tiene en el delito que conocemos actualmente en México como Fraude.

En España tampoco se preocuparon por encontrar una solución para establecer diferencias concretas entre falsedad, robo, abuso de confianza, Fraude y Estafa seguían considerando como fraude el dolo malo; es decir los engaños. Mentiras y artificios realizados con el objeto de obtener ilícitamente alguna cosa.

Sin embargo, en las Partidas se crea por primera vez otra forma comitiva del delito de Fraude, es decir, el aprovechamiento de error, el no manifestar la verdad para así obtener un beneficio, marcado de esta forma un fraude por omisión y otro por acción que era el utilizar palabras engañosas o mentirosas.

En relación a lo anterior Zamora Pierce al igual que José Manuel Valle Muñiz establecen: "en las Partidas, el título XVI de la Partida VII enumera una serie de conductas asimilables a lo que fue el estelionato romano y comprensibles en el actual delito de fraude, bajo la denominación de "engaños", a los que define diciendo: "dolus en latín, tanto quiere decir en romance como engaño: é engaño es enartamiento que facen algunos omes los unos á los otros, por palabras mentirosas ó encubiertas e coloradas que dicen con intención de los engañar é los decebir." ³⁰

Continúa señalando el maestro Zamora Pierce "esta definición no pretende ser un concepto general de fraude, Las Partidas enumera, a

³⁰ VALLE MUÑIZ JOSE MANUEL, Op Cit, pág. 33.

continuación, varios ejemplos de engaño, dejando la puerta abierta a la incriminación de conductas análogas, pues non podría ome contar en quantas maneras fazen los ome engaños los unos a los otros. Las principales maneras de engañar son dos: la primera es cuando se hace por palabras mentirosas o arteras; la segunda es cuando preguntan a un hombre sobre alguna cosa y él calla engañosamente, no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas. Se admite, pues, el engaño por omisión, hoy tan discutido, y en la acción se separa la simulación de la disimulación, como en algunos conceptos modernos de la estafa”³¹

Es hasta principios del Siglo XIX que el fraude es separado de la falsedad, consagrándolo como un delito que afecta al patrimonio.

Francia.

No sólo el Derecho Romano o el Derecho Español, tienen gran importancia para nuestro derecho, sino en general el Derecho comparado, y todo antecedente jurídico que haya sido reflejado de una o otra forma dentro de nuestra legislación, así tenemos que el Derecho Francés forma parte de los antecedentes históricos relevantes para el delito de fraude.

La Ley Francesa de 1791 tipificaba al fraude bajo el nombre de escroquerie el que se hacía consistir en: “Cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas calidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente, o de cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, o ha intentado hacerse remitir o entregar fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas,

³¹ ZAMORA PIERCE JESUS, Op. Cit. págs. 4 y 5.

recibos o descargos y por cualquier otro medio, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro”³²

Ahora bien, de lo anteriormente señalado, podemos evidenciar tres medios por los cuales el hombre se hace ilícitamente de un objeto o cosa, los cuales se identifican a continuación:

- 1.- Hacer uso de falsos nombres,
- 2.- Hacer uso de falsas calidades o;
- 3.- Emplear maniobras fraudulentas,

La Corte de Casación de París, en el folio de fecha 4 de abril de 1862 establece:

“Habla de los artificios materia y artificios verbal, el declarar culpables a otros, estableciendo esa Corte el principio de que el fraude no debe consistir en simples palabras mentirosas sino que para haber delito se requiere algo material, una especie de aparato escénico de “nice en scene”, un hecho externo, o la intervención de una tercera persona que dé crédito a las palabras”.

La doctrina francesa, al hablar de “nice en scene”, completa el elemento subjetivo y el elemento objetivo del delito.

El elemento subjetivo es: la astucia, o mayor persistencia del deseo de hacer daño.

El elemento objetivo son: las apariencias externas prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa.

³² Ibidem, pag. 5.

Para que se realice el “escroquiere” debe de haber:

- a) Un aparato externo capaz de engañar.
- b) Engañar con fines de lucro.
- c) Debe de obtenerse un lucro indebido.

Alemania.

A mediados del Siglo XIX el Código Penal Alemán de 1871 en su artículo 263 estableció como conducta fraudulenta la que realizaba aquel que con la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero, un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando, o no evitando un error, bien por simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos.

Como podemos apreciar que como medio comisito señala la conducta fraudulenta que podía realizarse simulando hechos o desfigurando la verdad lo que en la actualidad podemos identificar como engaño y aprovechamiento del error, así también establece que esta conducta debe tener como fin, la obtención de un lucro ilícito, mismo que perjudica el patrimonio de otro, es pues, en Alemania donde por primera vez se logra un concepto de fraude verdaderamente genérico.

Suiza.

El Código Suizo, en su artículo 146, establece que comete el delito en comento el que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, astutamente induce en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o simuladoras de hechos verdaderos, o explota el error

en que ésta se halla, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero”.³³

Italia.

Estafa, es el nombre por el cual se conoce al delito de fraude en la Legislación Italiana. Según Maggiore, la etimología del nombre de estafa es Italiano, trufa, es incierta, unos lo hacen derivar del francés “truffe”, “parturfo” o de “truffle”, que tiene el doble significado de trufa (hongo subterráneo comestible), y de burla, otros la hacen derivar del alemán “treffen”, golpes, jugar una mala pasada.

“Los Códigos Italianos de 1889 y 1930, definen a la truffa de la siguiente manera: comete truffa quien, con artificios o engaños, induciendo al error, procura para sí o para otro un provecho injusto con daño ajeno”³⁴

Como podemos observar en el artículo anteriormente enunciado se señala un provecho injusto con el perjuicio ajeno, lo cual resulta determinante en la actual definición del delito de fraude toda vez que señala como elementos un daño patrimonial sufrido por la víctima y como medio comisivo del delito, el engaño.

Argentina.

Por otro lado, hasta este momento se han estudiado los antecedentes legislativos de diversos países como lo son: España, Francia, Italia, Alemania y Suiza, todos ellos Europeos, sin embargo en América Latina, también existe un país que ha destacado por sus brillantes juristas y la legislación, así

³³ Ibidem pag. 6.

³⁴ Ibidem.

tenemos que la legislación de Argentina en relación al delito de fraude es uno más de nuestros antecedentes históricos que mencionaremos.

De acuerdo a lo manifestado por Carlos Montan Balestra, el Proyecto de Tejedor, “bajo el título de las estafas y otras defraudaciones, adopta el sistema casuístico dentro del cual, al lado de fórmulas más o menos generales como la que se refiere al que defraude a otro en la sustancia, cantidad o cualidad de las cosas que se entregue en virtud de un título obligatorio, aparecen otras referidas a los plateros, joyeros o prenderos los que alteren la calidad, ley o peso de los metales, que cambien los diamantes u otras piedras preciosas por falsos, o de inferior calidad o que vendan perlas o piedras falsas por finas. Castiga como autor de estelionato al que fingiéndose dueño de una cosa enajene, grave, arriende o empeñe, o disponga de ella como libre a sabiendas de que está gravada”³⁵

Asimismo, Sebastián Soler, numera de la siguiente manera el Título “ de las estafas y otras defraudaciones “ del Proyecto Tejedor:

“1.- Estafa, propiamente dicha, consiste en defraudar a otro mediante ardid o engaño.

2.- Defraudar en la substancia. Esto se refiere a la cantidad o calidad de la cosa.

3.- Falsas pesas.

4.- Venta de humo.

5.- Apropiación indebida.

6.- Defraudación haciendo suscribir con engaño un documento.

7.- Abuso de firma en blanco.

8.- Apropiación de cosa perdida.

9.- Fraude en escritura pública.

10.- Hurto de cosa propia.

³⁵ FONTAN BALESTRA CARLOS. “*Derecho Penal Parte Especial*”, 13ª edic, 1ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos aires, Argentina, 1992, pág. 488.

- 11.- Simulación.
- 12.- Defraudación mediante destrucción de documento.
- 13.- Venta de cosa ajena.
- 14.- Circunvencción de incapaces.
- 15.- Falso postor en subasta.
- 16.- Apropiación de prenda.
- 17.- Plagio intelectual." ³⁶

De la misma forma señala, que el sistema Tejedor y la mayor parte de las figuras señaladas, así como la propia redacción de los artículos proceden del Código Español.

Así, el Código de 1887 no se apartó sino en detalles del presente proyecto, y de la misma manera procedió en este caso el proyecto de 1891.

Hasta este momento se ha explicado el concepto del delito de fraude, según algunos de nuestros más importantes juristas y maestros de la materia, el concepto del delito de fraude según nuestro código penal, y nuestra jurisprudencia y se ha estudiado y analizado los datos más relevantes de los antecedentes históricos tanto nacionales como extranjeros, motivo por el cual por el momento dejaremos un poco de lado el delito de fraude, para adentrarnos al derecho procesal penal, entender particularmente los requisitos de procedibilidad, la averiguación previa, para poder estar en posibilidad de relacionarlos directamente con el delito que nos atiende.

³⁶ SOLER SEBASTIAN. "*Derecho Penal Argentino*". T.IV, 10ª reimpresión, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 337.

CAPÍTULO II

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD:

Ahora bien, hasta el momento hemos estudiado el concepto y los antecedentes del delito de fraude, sin embargo es necesario adentrarnos un poco más en el estudio del Derecho Procesal Penal, es decir, el delito de fraude se encuentra tipificado en nuestro Código Penal, perteneciendo por tal motivo al estudio en del Derecho Penal, sin embargo, el Derecho Penal se encuentra íntimamente relacionado con el Derecho Procesal Penal. Lo anterior resulta lógico, si consideramos que el Derecho Procesal Penal rige el procedimiento mediante el cual se le hace efectiva una pena al responsable de la comisión de un delito.

Lo anterior, queda evidenciado fehacientemente, con la simple manifestación de Celestino Porte Petit, quien señala: "las relaciones del Derecho Penal con el Procesal Penal, son patentes, pues es indiscutible que la aplicación de aquél es nada menos que imposible sin la existencia del Procesal Penal. De aquí que sea acertado el pensamiento de Marchetti, en sentido de que las relaciones del Derecho Penal con el Procesal Penal son evidentes, complemento necesario es un cual aquél quedaría en inerte platonismo."³⁷

³⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", 19ª edic, Porrúa, México, 2001, pág. 85.

Por su cuenta menciona Zaffaroni: “ la vinculación ante el derecho penal y el derecho procesal penal es íntima, puesto que el último es el que regula la forma en que se realiza el primero.”³⁸

Por otro lado el Maestro Claus Roxin señala que “para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica es preciso que ellas no permanezcan sólo en el papel, en caso de que se cometió un delito. Para ello es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, la expresión proceso” jurídicamente regulado” comprende tres ideas: sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del derecho penal material de acuerdo con la forma que corresponde a las circunstancias de hecho demostradas; simultáneamente, ellos deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal en protección de la libertad del individuo, y, finalmente, ellas de valorar la posibilidad, a través de una decisión definitiva, de restablecer la paz jurídica quebrantada. El Derecho Procesal Penal también llamado Derecho Penal Formal representa la síntesis del conjunto de normas que sirven para este fin.”³⁹

Por otro lado, Fernando Castellanos cita a Cuello Calón quien señala que el Derecho Penal, en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que ellos son sancionados. De la misma forma cita a Pessina quien señala que el Derecho Penal es el conjunto de principios relativos al castigo del delito; Von Liszt, lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia. Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal objetivo es de consultas reglas del ejercicio

³⁸ ZAFFARONI EUGENIO RAUL. “*Manual de Derecho Penal Parte General*”, 6ª edic, 3ª reimpression, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos aires, Argentina, 2003, pág. 96.

³⁹ CLAUS ROXIN. Traducción de GABRIELA CORDOVA y DANIEL PASTOR. “*Derecho Procesal Penal*”. 1ª edic. 2ª reimpression, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2003, pág. 1.

del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.⁴⁰

En México Raúl Carrancá y Trujillo estima que Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los caso de incriminación.⁴¹

En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el jus puniendi: es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad. Difiere en el anterior criterio Julio Klein, para quien la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado; el único deber ser que se contienen la norma primaria penal.

En realidad, el Derecho Penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

Continúa diciendo Fernando Castellanos las normas del Derecho Penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material y recibe el nombre de derecho adjetivo o instrumental y, con mayor frecuencia, Derecho Procesal Penal.

El Derecho Procesal Penal se define como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares.

⁴⁰ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. 21.

⁴¹ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL y CARRANCA Y RIVAS RAUL. *“Derecho Penal Mexicano, Parte General”*. 19ª edic, Porrúa, México, 1997, p. 16.

Eusebio Gómez expresa que Derecho Procesal Penal regula el desenvolvimiento del proceso penal; según Manuel Rivera Silva, el Derecho Procesal Penal es el conjunto de reglas que norman la actividad estatal que tiene por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción.”⁴²

Entendida que fue la relación del derecho penal con el procesal penal, ahondaremos un poco más en el significado de procesal penal, para tal efecto José Ovalle Favela señala que “una de las características que se atribuyen al proceso penal: su necesidad o indispensabilidad. Esta característica del proceso penal no es sino una consecuencia, en el ámbito procesal, del principio de legalidad que rigen el derecho penal, a partir de la Revolución Francesa, la cual formó en instituciones jurídicas, muchas de las ideas de los pensadores de la ilustración. Como es sabido, de acuerdo con este principio no existe delito ni pena, si no hay una ley que restablezca. Pero también, como consecuencia del mismo principio, a nadie se puede imponer una pena, si no se le ha seguido previamente un proceso, en el que se le haya respetado su derecho de defensa y sus demás derechos fundamentales”.⁴³

Característica que se encuentra prevista en nuestra Carta Magna, bajo el artículo 14.

De este modo, la característica de la indispensabilidad o necesidad del proceso penal impide la aplicación de las normas penales sustantivas por medio de acuerdos entre las partes, sin embargo, como regla general es que, admite excepciones. Así, por ejemplo, en los delitos perseguibles por querrela es válido que el ofendido celebre acuerdos con el inculpado sobre la reparación de los daños y perjuicios, estos acuerdos otorgan el perdón al ofendido.

⁴² CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. págs. 21- 23

⁴³ OVALLE FAVELA JOSE. “*Teoría General del Proceso*”, 3ª edic, Harla, México, 1996, pág. 74.

En este momento y derivada del natural desarrollo del tema, es necesario estudiar los requisitos de procedibilidad necesarios para que el Estado pueda ejercer su acción punitiva, es necesario retomar lo señalado en el capítulo anterior en relación con el artículo 17 de nuestra Carta Magna, de donde destaca que **“Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia prohibidas las costas judiciales”** ⁴⁴

De la misma forma debemos tener en consideración el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual establece:

“Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo

⁴⁴ TENA RAMIREZ FELIPE. Op. Cit. pág. 822.

su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal...”⁴⁵

De lo anteriormente señalado podemos deducir que existen elementos previos e indispensables para dar inicio a un procedimiento y posteriormente a un proceso, tales consisten en la denuncia o querrela, con los cuales se le da conocimiento del hecho delictivos a la autoridad investigadora, en ocasiones el Agente del Ministerio Público puede actuar sin cubrir dichos requisitos de procedibilidad sin embargo para darse un proceso válido será necesario el cubrir con dichos requisitos.

Legalmente los requisitos de procedibilidad son:

1. La denuncia,
2. La querrela,
3. La excitativa y
4. La autorización.

Ahora bien, el maestro Barragán Salvatierra establece que los requisitos de procedibilidad son condiciones que legalmente deben satisfacerse para que se pueda proceder en contra de quien ha cometido un hecho delictivo, y que sin que se dieran estas condiciones, el Ministerio Público al haber realizado la averiguación previa y haber ejercitado la acción penal, no sería factible el desarrollo normal del procedimiento.⁴⁶

Por otro lado el licenciado Julio Antonio Hernández Pliego, menciona que la averiguación previa se integra con los siguientes actos procedimentales: A) la denuncia, b) Los requisitos de procedibilidad, entre los que se encuentran la querrela y algunos otros actos de significación procesal similar como la

⁴⁵ CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Isef., México, 2005.

⁴⁶ BARRAGAN SALVATIERRA CARLOS. “*Derecho Procesal Penal*”. 1ª edic., Mc Graw Hill, México, 2001, pág. 304.

autorización, la declaratoria de perjuicios y la declaratoria de procedencia, ésta última, podría quedar incluida en la autorización misma; c) la actividad investigatoria, y d) la resolución que dicte el Ministerio Público, que puede ser de consignación o ejercicio de la acción penal; no ejercicio de la acción penal o archivo; y reserva o archivo provisional, según sea el caso"⁴⁷

La anterior transcripción, llama la atención, ya que hasta el momento habíamos incluido a la denuncia dentro de los requisitos procedimentales, siendo que para el maestro Hernández Priego, son dos elementos independientes de la averiguación previa.

Como anteriormente lo señalamos, de acuerdo a lo establecido por nuestro artículo 16 Constitucional, para que el Agente del Ministerio público pueda ejercitar la acción penal debe existir denuncia, acusación o querrela, es decir la noticia del delito.

Antes de hablar de la denuncia haremos referencia a la noticia sobre el delito, (notitia criminis), es decir, la manera de cómo tiene conocimiento el Agente del Ministerio Público Investigador, del acto delictuoso.

Así podemos decir que el Ministerio Público Investigador puede tener conocimiento de un hecho delictivo en forma directa e inmediata, es decir, ser él quien se percate del hecho o le sea comunicado por la víctima o algún particular interesado, también le podrá ser informado del hecho delictuoso por los policías, por los encargados de algún servicio o por la misma autoridad judicial, ya que ésta al ejercer sus funciones puede darse cuenta de alguna conducta que implique algún delito, así como también se le podrá poner en conocimiento por acusación o querrela.⁴⁸

⁴⁷ HERNANDEZ PLIEGO JULIO ANTONIO. "*Programa de Derecho Procesal Penal*". 4ª edic., Porrúa, México, 1999, pág. 91.

⁴⁸ COLIN SANCHEZ GUILLERMO. "*Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*", 14ª edic., Porrúa, México, 1993, págs. 273.

Por lo que hace a la legislación Procesal Penal del Distrito Federal, el artículo 262 establece:

Artículo 262.- Los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

II.) Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta; y

II. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.⁴⁹

Asimismo el Código Federal de Procedimientos Penales señala al respecto:

Artículo 116.- Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía.

Artículo 117.- Toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, trasmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición, desde luego, a los inculcados, si hubieren sido detenidos.

⁴⁹ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES para el Distrito Federal. Isef., México, 2005.

Artículo 118.- Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán, en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querella no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querella.

En el caso de que la denuncia o la querella se presenten verbalmente, se harán constar en acta que levantará el funcionario que las reciba. Tanto en este caso como cuando se hagan por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio.

Cuando el denunciante o querellante hagan publicar la denuncia o la querella, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiesen formulado dichas denuncia o querella, y sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables.⁵⁰

Por lo que respecta al primer artículo señalado, el legislador establece, que cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho posiblemente delictivo se encuentra obligada a denunciarlo, es decir es una obligación de la sociedad.

Asimismo el artículo 117 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, que cualquier funcionario público en servicios que tenga

⁵⁰ CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Isef., México, 2005.

conocimiento de un hecho posiblemente delictuoso se encuentra obligado a denunciarlo ante la autoridad administrativa competente, que en este caso es el Ministerio Público.

Por último, en el artículo 118 antes citado se señala que la denuncia podrá realizarse verbalmente o por escrito, sin más formalidad que la de no calificar los hechos, sino simple y sencillamente narrar los hechos posiblemente delictuosos, sin olvidar que se les hace del conocimiento a los denunciados de las penas en que incurren los falsos declarantes.

Asimismo en el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales se establece que en caso de ser víctima una persona moral ésta podrá formular su denuncia o querrela por medio de su representante legal o apoderado. Caso contrario de ser persona física, ya que ésta deberá formular su denuncia y/o querrela de forma personal.

DENUNCIA.

Guillermo Sánchez Colín señala que la palabra denuncia o el verbo denunciar, desde el punto de vista gramatical, significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos.⁵¹

Por otro lado tenemos que denuncia, según el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto De Investigaciones Jurídicas UNAM., "Denuncia es la expresión denuncia tiene varios significados. El más amplio y difundido es el que la entiende como el acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad la verificación o comisión de determinados hechos, con objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o

⁵¹ COLIN SANCHEZ GUILLERMO. Op. Cit., págs. 274.

sanciones previstas en el o los reglamentos para tales hechos. Dentro de este significado amplio, puedo ni crearse el que se da a esta expresión dentro del derecho procesal penal, como acto por medio del cual una persona pone conocimiento del órgano de la acusación (el Ministerio Público en México). La comisión de hechos que pueden constituir un delito perseguible de oficio. Al lado de la denuncia, el artículo 16 de la Constitución permite la querrela como medio para iniciar la averiguación previa. Al igual que la denuncia, es una participación de hechos que pueden constituir delitos, por horadar del órgano de la acusación, por persona determinada e identificada; pero, a diferencia de la simple denuncia, debe tratarse de un supuesto delito perseguible a petición del ofendido y debe ser hecha precisamente por éste o su representante legal. Fueran estos dos medios legítimos inició la averiguación previa del proceso penal, se entiende que el artículo 16 de la Constitución proscribe todos los demás medios, como la delación secreta o anónima y las pesquisas general y particular...”⁵²

Asimismo tenemos que para Osorio y Nieto denuncia es su más amplio sentido es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.⁵³

De lo señalado anteriormente y siguiendo los criterios que hasta este momento se han indicado, podemos señalar que la denuncia es el medio mediante el cual se le hace del conocimiento al Ministerio Público hechos posiblemente constitutivos de delito, ya sea por la víctima o por cualquier persona que haya tenido conocimiento de los mismos a efecto de que se avoque la autoridad administrativa a la investigación de la verdad histórica de los hechos y pueda ejercer acción penal en contra de aquellos que resulten probables responsables.

⁵² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM. *“Diccionario Jurídico Mexicano”*. Porrúa, México, 2004, pag. 1070.

⁵³ OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO. *“La Averiguación Previa”*. 13ª edic., Porrúa, México, 2002, pág. 9.

Ahora bien, Barragán Salvatierra resume que la "denuncia es el acto donde una persona física pone en conocimiento del órgano investigador en forma oral o escrita, la realización de un probable hecho delictuoso, ya sea que se haya cometido en su perjuicio o de un tercero, a fin de que esta autoridad tome conocimiento de los hechos narrados a fin de que se inicie la averiguación previa y la preparación del ejercicio de la acción penal o procesal penal.

Asimismo señala que Rivera Silva define a la denuncia con la relación de actos que se suponen delictuosos, es hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos. La denuncia, definir en la forma que antecede tiene tres elementos, mismos que se hacen consistir en:

- 1.- relación de actos que se estiman delictuosos;
- 2.- hecha ante el órgano investigador y
- 3.- hecha por cualquier persona."⁵⁴

En relación al numeral 3 que antecede basta señalar que toda persona está obligada por la ley a denunciar los hechos presumiblemente delictuosos de los que tenga conocimiento, sin embargo de no hacerlo no se prevé sanción alguna, motivo por el cual podemos señalar que estamos ante una obligación de carácter meramente social y en beneficio de la paz de la misma.

La denuncia es un requisito de procedibilidad sin el cual el Ministerio Público no puede consignar, es decir, ejercitar acción penal, toda vez que puede incurrir en responsabilidad penal, de acuerdo a lo establecido el Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal, como a continuación se señala:

⁵⁴ BARRAGAN SALVATIERRA CARLOS. Op. Cit., pág. 297.

Artículo 293.- Se impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, al servidor público que:

...

III. Ejercite la pretensión punitiva cuando no proceda denuncia o querrela;

...

VIII. Se abstenga de iniciar la averiguación previa cuando sea puesto su disposición un probable responsable de delito doloso que sea perseguible de oficio;

...

Artículo 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

...

IX. Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda de una persona que se encuentre detenida a su disposición como probable responsable de algún delito, cuando esta sea procedente conforme a la Constitución y a las leyes de la materia, en los casos en que la ley les imponga esa obligación; o ejercitar la acción penal cuando no preceda denuncia, acusación o querrela.

...

XX. Ordenar la aprehensión de un individuo por delito que no amerite pena privativa de libertad, o en casos de que no proceda denuncia, acusación o querrela; o realizar la detención sin poner al detenido a disposición del juez en el término señalado por el párrafo tercero del artículo 16 de la constitución.

...

Por su lado el párrafo segundo del artículo 16 constitucional establece:

Artículo 16.- "...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado..."

Es importante destacar que hasta este momento hemos señalado la imposibilidad jurídica del Ministerio Público de consignar a falta de denuncia o querrela, sin embargo es necesario informar que el Ministerio Público podrá iniciar la averiguación previa por el simple motivo de que tenga conocimiento de hechos posiblemente constitutivos de delito, como sucede en el caso de los delitos que se persiguen de oficio, sin embargo éste no podrá ejercitar la acción penal si falta denuncia o querrela expresa.

Comenta el maestro Guillermo Colín Sánchez respecto a la denuncia: La denuncia no es de ninguna manera un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público se avoque a la investigación del delito, bastará que el Ministerio Público esté informado, por cualquier medio, para que de inmediato esté obligado a practicar las investigaciones necesarias para concluir, en su oportunidad, si aquéllos de los que tiene conocimiento constituyen una infracción penal y siendo esto así quién es el probable autor.

Continúa el maestro Colín Sánchez diciendo que en nuestro medio, atendiendo al contenido del artículo 16 Constitucional, advertimos que el legislador incluye la palabra denuncia, comúnmente, no se entiende el alcance de la palabra mencionada y algunos la consideran como condición para que el Ministerio Público se avoque a su función característica durante la averiguación previa⁵⁵

⁵⁵ COLIN SANCHEZ GUILLERMO. Op. Cit., págs. 275.

QUERELLA

De acuerdo al dicho de Hernández Pliego "la querella es también otra forma en que el Ministerio Público se entera de la existencia de un posible delito, para proceder a su investigación, igual que la denuncia, la querella constituye una narración de hechos probablemente constitutivos de delito, que se formula ante el Ministerio Público o, en su caso, ante la policía dependiente de él, de manera oral o escrita." ⁵⁶

Por su cuenta el maestro Barragán Salvatierra señala que Rivera Silva define este elemento de la averiguación previa como la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga el autor del delito. El análisis de la definición arroja los siguientes elementos: a) una relación de hechos; b) que esta relación sea hecha por la parte ofendida, y c) que se manifieste la queja, el deseo de que se persiga al autor del delito (arts. 263 y 264, CPPDF). ⁵⁷

Para Colín Sánchez, "la querella es el derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento del representante del Ministerio Público y con ello dar su anuencia para que se investigue y se persiga al autor." ⁵⁸

En el sentido de González Blanco, señala que la querella es uno de los medios legales a que se recurre para poner en conocimiento del órgano competente, que se ha cometido o pretende cometer un delito, pero con la particularidad de que sólo puede recurrir a ella la persona ofendida o su legítimo representante, siempre que se trate de delitos que por disposición de ley se persigan a instancia de parte y se exprese la voluntad de que se proceda en contra del responsable.

⁵⁶ HERNANDEZ PLIEGO JULIO ANTONIO. Op. Cit., pág. 93.

⁵⁷ BARRAGAN SALVATIERRA CARLOS. Op. Cit., pág. 297.

⁵⁸ COLIN SANCHEZ GUILLERMO. Op. Cit., págs. 280.

El maestro Barragán Salvatierra, cita a Hernández Acero quien señala que el Ministerio Público no puede iniciar una averiguación previa o realizar su labor investigadora en la persecución de un delito que se persigue por querrela de parte, si ésta no se ha presentado, por lo que da una idea clara de que la querrela funciona como una especie de autorización que, para desempeñar su función, persecutoria, la víctima, ofendido o el legítimo representante le concede a esta autoridad.⁵⁹

Osorio y Nieto define a la querrela como la manifestación de voluntad del ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso se ejercite la acción penal.⁶⁰

Solo podrán perseguirse a petición de parte, es decir, mediante querrela, los delitos que específicamente así se señalen en los diversos ordenamientos, así tenemos que el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece:

Artículo 263.- Solo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos

- I. Hostigamiento sexual, estupro, privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales.
- II. Difamación y calumnia, y
- III. Los demás que determine el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

⁵⁹ BARRAGÁN SALVATIERRA CARLOS. Op. Cit, pág. 303.

⁶⁰ CESAR AUGUSTO OSORIO Y NIETO. Op. Cit., pág. 9.

Hasta este momento hemos señalado los conceptos, que algunos de nuestros principales estudiosos de la materia, proporcionan de la querrela, sin embargo es necesario no perder de vista lo que se prevé de la misma el Código de Procedimientos Penales para Distrito Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, así tenemos los siguientes artículos:

Artículo 263.- Solo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos

- I. Hostigamiento sexual, estupro, privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales.
- II. Difamación y calumnia, y
- III. Los demás que determine el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 262.- Los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

II.) Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta; y

II. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.⁶¹

Artículo 113.- El Ministerio Público y sus Auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

⁶¹ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Op. Cit.

I. Cuando se trate e delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si esta no se ha presentado; y

II. Cuando la Ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tienen a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.

Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela u otro acto equivalente a título de requisito de procedibilidad, el ministerio Público Federal actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente.

Artículo 114.- “Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley”.

Artículo 115.- “Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de dieciséis años, podrá querrellarse por sí mismo o por quien esté legitimado para ello. Tratándose de menores de edad o de otros incapaces, la querrela se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela”.

Artículo 116.- “Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía”.

Artículo 117.- “Toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de

oficio, está obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, trasmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición, desde luego, a los inculcados, si hubieren sido detenidos”.

Artículo 118.- “Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán, en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querella no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querella.

En el caso de que denuncia o la querella se presenten verbalmente, se harán constar en acta que levantará el funcionario que las reciba. Tanto en este caso como cuando de hagan por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio.

Cuando el denunciante o querellante hagan publicar la denuncia o la querella, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiesen formulado dichas denuncias o querella, y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquéllos incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables”.

Artículo 119.- “Cuando la denuncia o la querella se presenten por escrito, el servidor público que conozca de la averiguación, deberá asegurarse de la identidad del denunciante o querellante, de la legitimación de este último, así

como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada la querella y en los que se apoyen ésta o la denuncia.

En todo caso, el servidor público que reciba una denuncia o querella formuladas verbalmente o por escrito, requerirá al denunciante o querellante para que se produzcan bajo protesta de decir verdad, con el apercibimiento a que se refiere el artículo 118 y les formulará las preguntas que estime conducentes”.

Artículo 120.- “No se admitirá intervención de apoderado jurídico para la presentación de denuncias, salvo en el caso de personas morales que podrán actuar por conducto de apoderado general para pleitos y cobranzas. Las querellas formuladas en representación de personas morales, se admitirán cuando el apoderado tenga un poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial para formular querellas, sin que sean necesarios acuerdo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas, poder especial para el caso determinado, ni instrucciones concretas del mandante”.⁶²

Ahora bien de lo anteriormente transcrito podemos deducir lo siguiente:

En primer término, el C. Agente del Ministerio Público se encuentra obligado a proceder de oficio al momento de tener conocimiento de hechos posiblemente constitutivos de delito, con la única y exclusiva excepción, de los delitos en los que explícitamente se requiera querella de parte ofendida, lo cual a su vez nos lleva a una segunda deducción, la querella sólo puede ser presentada por la víctima u ofendido del delito, o en caso de ser persona moral por su representante legal quien cuente con poder suficiente.

Por otro lado y también de la simple lectura de los artículos señalados, podemos evidenciar que tanto la querella como la denuncia, pueden

⁶² CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Op. Cit.

realizarse de forma escrita u oral, sin mayor forma que la de que los hechos narrados no se encuentren calificados jurídicamente, y la petición sea en términos del derecho de petición, es decir, por escrito, pacífica y respetuosa.

De la misma forma tenemos que nuestros más altos tribunales han emitido tesis y jurisprudencias al respecto, algunas de las cuales se hacen consistir en:

No. Registro: 185,084

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Enero de 2003

Tesis: XX.2o.25 P

Página: 1851

QUERRELLA. PARA TENER POR VÁLIDO Y PROCEDENTE EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN DELITOS QUE SE PERSIGUEN A PETICIÓN DE PARTE OFENDIDA, NO ES NECESARIO QUE SE PRECISE EL NOMBRE DEL SUJETO A QUIEN SE CONSIDERA AUTOR DEL DELITO.- De una interpretación armónica de los artículos 118 y 119 del Código Federal de Procedimientos Penales, se desprende que para tener por legalmente válido el requisito de procedibilidad, en tratándose de delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, son requisitos sine qua non: a) Que la denuncia o querrella se lleve a cabo en forma verbal o por escrito; en este caso deberá contener la firma o huella digital de quien la presente y su domicilio; y, b) Que en ella se describan los supuestos hechos delictivos, sin calificarlos jurídicamente; de donde se sigue que para que ese acto sea válido y procedente, la ley no exige que se precise en la denuncia o querrella el nombre del sujeto a quien se considera autor del delito, sino

únicamente que se hagan saber al órgano investigador los hechos que se consideren delictuosos, pues en términos del artículo 21 constitucional corresponde al agente del Ministerio Público investigar quién es el posible autor del ilícito que se persigue, ya que es dicha autoridad, en virtud del monopolio de la investigación, a quien compete la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 203/2002. 9 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Elías Álvarez Torres. Secretario: Rolando Meza Camacho.

No. Registro: 186,608

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Julio de 2002

Tesis: VI.1o.P. J/35

Página: 1127

DELITOS QUE SE PERSIGUEN DE OFICIO. SON TODOS AQUELLOS QUE LA LEY NO CONTEMPLA EXPRESAMENTE QUE LO SEAN A PETICIÓN DE PARTE OFENDIDA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

- El artículo 56 del código adjetivo penal señala que la averiguación de hechos delictuosos puede incoarse de oficio o por querrela necesaria, y el artículo 59 del mismo ordenamiento legal, a la letra dice: "Es necesaria la querrela de la parte ofendida en los casos expresamente determinados en el Código de Defensa Social."; por lo que de una interpretación a contrario sentido del precepto antes mencionado, se aprecia que los delitos que se persiguen de oficio son todos aquellos que no prevén expresamente que se persigan a petición de parte ofendida.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 352/2001. 11 de octubre de 2001. Unanimidad de votos.
Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: María Eva Josefina Lozada Carmona.

Amparo directo 547/2001. 8 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente:
José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Víctor Vicente Martínez Sánchez.

Amparo en revisión 14/2002. 21 de febrero de 2002. Mayoría de votos;
unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Carlos
Loranca Muñoz. Disidente: Carlos Loranca Muñoz. Ponente: José Manuel Vélez
Barajas. Secretario: Juan Carlos Ramírez Benítez.

Amparo directo 25/2002. 22 de marzo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente:
José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Víctor Vicente Martínez Sánchez.

Amparo directo 106/2002. 18 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente:
Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Juan Gabriel Calvillo Carrasco.

No. Registro: 188,827

Jurisprudencia

Materia(s):

Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Septiembre de 2001

Tesis: 1a./J. 65/2001

Página: 211

FRAUDE. PARA QUE PROCEDA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN TRATÁNDOSE DE ESE DELITO, ES REQUISITO NECESARIO LA PRESENTACIÓN DE LA QUERRELA DE LA PARTE OFENDIDA, INDEPENDIEMENTE DEL MONTO DEL DAÑO PATRIMONIAL Y DEL NÚMERO Y CUALIDAD DEL SUJETO PASIVO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 399 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL TREINTA DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO).- De la interpretación lógica y sistemática de lo previsto en el artículo 399 bis, en relación con lo dispuesto en el diverso artículo 386, ambos del Código Penal Federal (anteriormente Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal) y del análisis del contexto histórico-legislativo en el que surgió el precepto primeramente citado, se advierte que a partir de su reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación de treinta de diciembre de mil novecientos noventa y uno, cuando se trate del delito de fraude a que se refiere el mencionado artículo 386, habrá de exigirse querrela de parte ofendida, como requisito de procedibilidad del ejercicio de la acción penal, independientemente de la cuantía de lo defraudado y del número o cualidad del sujeto pasivo. Ello es así, porque al derogarse los dos últimos párrafos del aludido artículo 399 bis, mediante la reforma señalada, se puso de manifiesto el interés que tuvieron el Poder Ejecutivo y las Cámaras de Senadores y de Diputados de ampliar la exigencia de la querrela a la mayoría de los delitos patrimoniales establecidos en el título vigésimo segundo del indicado código, como un reconocimiento de que las personas pueden llegar a un razonable entendimiento sin tener que accionar al órgano jurisdiccional del Estado, así como resarcirse los daños que se hayan causado.

Contradicción de tesis 30/2000. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito (hoy Primer Tribunal Colegiado de la misma materia y circuito) y el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito (hoy Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del mismo circuito). 25 de abril de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Humberto Román Palacios; en su ausencia hizo suyo el proyecto Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Tesis de jurisprudencia 65/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cuatro de julio de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

No. Registro: 191,932

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Mayo de 2000

Tesis: I.1o.P.64 P

Página: 895

ACCIÓN PERSECUTORIA Y QUERRELLA. DIFERENCIA.- En nuestro sistema judicial la acción persecutoria de los delitos le corresponde al Estado y es el origen sustancial para todo procedimiento, mientras que la querrela es el derecho que corresponde al ofendido como titular de su interés particular afectado con la conducta típica y es requisito de procedencia de la acción.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 461/98. 15 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: María del Carmen Villanueva Zavala.

No. Registro: 193,514

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Agosto de 1999

Tesis: I.3o.P.42 P

Página: 787

QUERRELLA. CUÁNDO ES INNECESARIA PARA INVESTIGAR EL DELITO.-

Cuando el agente del Ministerio Público de la Federación recibe parte informativo de agentes de la Policía Federal de Caminos sobre hechos que pueden constituir un delito, no es necesario en ese momento que exista querrella de parte ofendida para que la autoridad ministerial inicie la averiguación de esos hechos, pues con independencia de que dichos agentes policiacos dijeran desconocer si un delito es perseguible de oficio o a petición de parte, es evidente que precisamente de las pruebas que recabe el Ministerio Público de la Federación en la investigación de esos hechos, determinará si efectivamente se trata de la comisión de un delito y si éste es perseguible de oficio o por querrella del ofendido; de manera que no viola garantías la averiguación previa en la que la autoridad ministerial citó a declarar a los conductores de los vehículos colisionados con motivo del parte informativo de la Policía Federal de Caminos, cuando aún no existía querrella de alguna de las partes, máxime que en ese momento, el ahora acusado aún no tenía la calidad de inculpado.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1219/98. Rafael Soriano Alatorre. 9 de abril de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaria: Gloria Rangel del Valle.

No. Registro: 193,145

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Octubre de 1999

Tesis: XXII.1o.11 P

Página: 1320

PERDÓN DEL OFENDIDO. PROCEDENCIA DE LA EXTINCIÓN DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA DEL ESTADO. LESIONES CULPOSAS (LEGISLACIÓN PENAL DE QUERÉTARO).- De una interpretación armónica del artículo 107 del Código Penal para el Estado de Querétaro, que regula la extinción de la pretensión punitiva del Estado a virtud del perdón del ofendido respecto de los delitos de querrela, a que se refiere el artículo 128, así como de los diversos preceptos legales 75 y 77, todos del mismo ordenamiento legal, que hacen alusión a la punibilidad de los delitos cometidos en forma culposa, no se advierte como excepción las lesiones culposas; de donde se concluye que sí es procedente el perdón del ofendido a efecto de que se extinga la pretensión punitiva, en este último delito.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 597/99. Bulmaro Ruiz Hernández. 5 de agosto de 1999.
Unanimidad de votos. Ponente: Augusto Benito Hernández Torres. Secretario:
Germán Briseño Sáinz.

No. Registro: 194,515

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Marzo de 1999

Tesis: V.1o.31 P

Página: 1433

PERDÓN DEL OFENDIDO. SÓLO EXTINGUE LA ACCIÓN PENAL CUANDO EL DELITO SE PERSIGUE POR QUERELLA Y NO DE OFICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA).- De acuerdo con el artículo 91, fracción I, del Código Penal del Estado de Sonora, el perdón del ofendido extinguirá la acción penal cuando el delito sólo pueda perseguirse a petición de parte, y ello no es así en el caso del ilícito que se persigue de oficio.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 392/97. Edgar Humberto Gil Vásquez. 19 de junio de 1997.
Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Serrano Oseguera de Torres.
Secretario: Miguel Ángel Medina Montes.

De las tesis señaladas con anterioridad, salta a la vista el perdón del ofendido, como medio mediante el cual se extingue el derecho de querrela, así tenemos que Barragán Salvatierra comenta al respecto: "Esta institución puede extinguirse por muerte del agraviado, siempre y cuando no se haya ejercitado la

acción penal, porque si la ejercitó y su muerte ocurre dentro de la averiguación previa o en la instrucción, surtirá sus efectos la realización de los fines del proceso, porque ya satisfecho el requisito de procedibilidad se ha borrado el obstáculo para que el Ministerio Público cumpla su función de perseguir el delito. En caso que muera el representante del particular o de la persona moral, el derecho no se extingue, debido a que la titularidad del derecho corresponde al ofendido.”⁶³

Al igual que la presentación de la querrela, el otorgamiento del perdón sólo puede realizarse por la víctima u ofendido y en su caso por el representante legal con poder suficiente.

El perdón puede hacerse en cualquier etapa de la averiguación previa durante el proceso y en algunos casos en ejecución de sentencia, la sola manifestación del otorgamiento del perdón basta para cesar la actuación del Ministerio Público, en cambio en el supuesto de otorgarse durante el proceso, sólo surtirán efecto cuando no se hayan formulado las conclusiones por el Ministerio Público.

Es importante mencionar que el otorgamiento del perdón realiza las funciones de cosa juzgada, es decir, no se podrá presentar denuncia o querrela por los mismo hechos.

La muerte del ofensor también extingue el derecho de querrela por falta de objeto y finalidad, y puede darse desde la averiguación previa hasta la ejecución de sentencia.

⁶³ BARRAGAN SALVATIERRA CARLOS. Op. Cit., pág. 310.

EXCITATIVA:

Es la petición que hace el representante de un País extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o contra sus agentes diplomáticos.

Lo anterior, tomando en cuenta lo señalado por la Fracción II del artículo 360 del Código Penal Federal, mismo que establece:

Artículo 360.- No se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamación o calumnia, sino por queja de la persona ofendida, excepto en los siguientes casos:

...

II. Cuando la ofensa sea contra la Nación Mexicana o contra una nación o gobierno extranjeros, o contra sus agentes diplomáticos en este país. En el primer caso, corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público, pero será necesaria excitativa en los demás casos.

Señala Guillermo Sanchez Colín al respecto: " El procedimiento para llevar a cabo la excitativa, no está previsto en el código de Procedimientos Penales, en materia Federal, en la práctica, el embajador o el Agente del gobierno ofendido, puede solicitar al representante del Ministerio Público Federal, se avoque a la investigación de los hechos. También es factible que, a solicitud del interesado, sea el funcionario competente de la Secretaría de Relaciones Exteriores, quien formule la excitativa ante el Procurador General de la República. Esto último, se justifica en los principios del Derecho Consuetudinario Internacional; fue previsto en el artículo 29, de la Convención de Viena, sobre las relaciones diplomáticas, de fecha 18 de abril de 1961, que a la letra dice: "La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto en ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y

adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad”⁶⁴

AUTORIZACIÓN:

Los maestros Guillermo Colín Sánchez y Carlos Barragán Salvatierra definen a la Autorización como la anuencia manifestada por organismos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley para el ejercicio de la acción penal.

A partir de la cualidad o situación especial del supuesto sujeto activo del delito, es necesario llenar este requisito para proceder en su contra, pero es evidente que no lo será para que se inicie la preparación de la acción penal, aunque sí para proseguirla; un claro ejemplo de esto es el desafuero al Jefe de Gobierno, que tan sólo hace unos días vivimos todos los mexicanos.

No debemos pasar por alto, que uno de los principios generales del derecho, es la igualdad de todos los sujetos frente a la ley, sin embargo y como consecuencia del cargo que ocupan o el carácter de internacional de éste es que rompen la regla general y forman parte de las excepciones, mismas que se conocen bajo el nombre de inmunidades e inviolabilidades.

De lo anterior el maestro Julio Hernández Pliego, realiza un listado de las inmunidades, entre las que encontramos:

1) Inmunidad presidencial. Deriva del párrafo segundo del artículo 108 Constitucional, en tanto establece que el Presidente de la República, durante su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

⁶⁴ COLÍN SANCHEZ GUILLERMO. Op. Cit., págs. 291.

Por lo demás, también se señala que se incurre en petición de principio al aludirse al género (delitos graves del orden común) y a la especie (traición a la patria) como si no hubiera esa relación y, finalmente, se crítica el que se cometa la aberración de amparar con inmunidad, a los delitos del orden federal que, por la naturaleza misma de las funciones encomendadas al Presidente, existen mayores probabilidades de que fueran cometidos, quitando esa inmunidad, según se ha visto, en referencia a los delitos del orden común.

El párrafo cuarto del artículo 111 Constitucional., establece la forma de remover la inmunidad, señalando que sólo podrá ser acusado por la Cámara de Diputados (en caso de traición a la patria y delitos graves del orden común) ante la de Senadores, que resolverá con base en la legislación penal aplicable.

2) Inmunidad de otros servidores públicos. Se contiene en el artículo 111 Constitucional., al expresar que para proceder penalmente en contra de los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los jefes de Departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el titular del órgano de gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por delitos cometidos durante su gestión, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado y sólo en el primer caso, se le pondrá a disposición de la autoridad competente, en el concepto de que será reinstalado en su cargo, sí es declarado inocente en sentencia.

En tratándose de los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y miembros de los Consejos de la Judicatura Locales, la inmunidad que representa

el previo juicio de procedencia, tendrá el efecto de que se comunique a las legislaturas locales, para que procedan como corresponda.

3) Inmunidad diplomática. De la misma manera, disfrutan de esta prerrogativa los Jefes de Estado y Agentes diplomáticos extranjeros que se encuentren oficialmente en el país, a quienes no podrá aplicarse nuestra ley, si bien podrán ser juzgados en su país de origen por delitos cometidos en el nuestro acordes con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, publicada en el Diario Oficial de 3 de agosto de 1965 (en derecho internacional), se acepta que la inmunidad alcance también a los familiares de la representación diplomática, al personal de servicio y doméstico, no nacionales, que trabajan para la misión o sus miembros, e incluso, en otro orden de cosas, se otorga trato especial a la "valija diplomática").

El Tratado de Letrán de 11 de febrero de 1929 y el Convenio sobre Inmunidades de la Organización de Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, así como la citada Convención de Viena, amparan la inmunidad del diplomático, en su tránsito por terceros Estados. En nuestro país, la inmunidad alcanza a los Jefes de Estado extranjeros en visita oficial (Emperadores, Reyes, Presidentes de la República) incluyendo al Papa como Jefe de Estado Vaticano, a los representantes de los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, a los de la Organización de Estados Americanos (Carta de Bogotá de 1948) y a los de la Corte Internacional de Justicia, según su Estatuto.

4) Inmunidad por reciprocidad internacional. La confiere el artículo 5°, III y IV, Código Penal, cuando dispone que los delitos cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, o a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, si el

delincuente o el ofendido fueron de la tripulación y no se turbare la tranquilidad pública, se remitirán a los dictados de la reciprocidad internacional.

5) Inmunidad en la extradición. Se contempla en el artículo 10 II de la Ley de Extradición Internacional, en la medida en que prohíbe al Estado requirente, procesar al extraditado por delitos cometidos antes de la extradición y que no figuren en la demanda y sean inconexos con los fijados en ella.

6) Inmunidad de procesamiento a militares extranjeros. Surge de la cotidianidad en el tránsito y la permanencia de tropas extranjeras en países aliados o neutrales y encuentra fundamento en el artículo 301 del Código Bustamante y el 61 del Código de Justicia Militar.

7) Inmunidad en el tipo administrativo. Beneficia a algunos servidores públicos, con el fin esencial de que estén en aptitud de cumplir sus funciones sin la angustia y presión que implican necesariamente las investigaciones delictivas.⁶⁵

OBSTÁCULOS PROCESALES:

Declaratoria de perjuicio

En los delitos derivados del orden fiscal, como por ejemplo el contrabando y lavado de dinero entre otros, el Código Fiscal señala como requisito de procedibilidad además de contar con la querrela, la declaratoria que habrá de formular la autoridad hacendaria, en el sentido de que el fisco federal, ha sufrido o pudo haber sufrido un perjuicio como consecuencia directa de la conducta realizada por el sujeto activo del delito.

⁶⁵ HERNANDEZ PLIEGO JULIO ANTONIO. Op. Cit., pág. 98-101.

Requisito sin el cual el Ministerio Público no podrá iniciar o en su caso continuar la averiguación previa, sin satisfacerlo previamente.

Declaratoria de Procedencia:

Establece Julio Hernández Pliego, que la declaratoria de procedencia constituye una forma de remoción de las inmunidades, en tratándose de los altos servidores públicos a que alude el artículo 111 Constitucional,⁶⁶

De lo anterior resulta evidente que si bien es cierto, la declaratoria de procedencia teóricamente constituye un obstáculo procesal, también lo es el hecho de que la misma se encuentra inmersa en lo que constituye la propia figura de la autorización.

Es importante señalar que dicha declaratoria no tiene por objeto determinar la responsabilidad de un funcionario público en la comisión de un delito, sino únicamente si se procede o no a retirarle sus privilegios o inmunidades a éste.

Por lo anteriormente señalado, podemos concluir que los requisitos de procedibilidad son:

- Denuncia.- acto en virtud del cual cualquier persona puede hacer del conocimiento de la autoridad hechos probablemente constitutivos de delito.
- Querrela.- Acto en virtud del cual el ofendido o víctima del delito hace del conocimiento de la autoridad los hechos constitutivos de delito.

⁶⁶ Ibidem.

- Excitativa.- Petición que hace el representante de un País extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o contra sus agentes diplomáticos.

- Autorización.- anuencia manifiesta por organismos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley para el ejercicio de la acción penal, entre las que se encuentran:

- 1.- inmunidad presidencial
- 2.- inmunidad de otros servidores públicos
- 3.- Inmunidad diplomática
- 4.- Inmunidad por reciprocidad internacional
- 5.- Inmunidad en la extradición
- 6.- Inmunidad de procesamiento a militares extranjeros
- 7.- Inmunidad en el tipo administrativo

Por otro lado existen los Obstáculos procesales, mismos que consisten en:

Declaratoria de Perjuicios.- en el caso de delitos del orden fiscal, además de la querrela expresa, las autoridades hacendarias realizan una declaratoria en la que expresan que sufrió un perjuicio o lo pudo haber sufrido como consecuencia de las conductas posiblemente delictuosas.

Declaratoria de procedencia.- misma que consideramos que se puede incluir dentro de la autorización, toda vez que es una forma de remoción de inmunidades.

A continuación estudiaremos al delito en general, para posteriormente adentrarnos al estudio del fraude genérico.

CAPITULO III

TEORIA GENERAL DEL DELITO

La teoría del delito, es la parte de la ciencia 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.

Ahora bien, si bien es cierto nuestro tema principal es el delito de fraude, para poder entender el delito como tal, es necesario estudiar la teoría del delito, y así entender nuestro tema principal, por tal motivo comenzaremos por:

LA CONDUCTA:

La conducta ha sido descrita de varias formas, y es por este hecho que cambia el concepto de conducta de un autor a otro, es por ello que la conducta humana puede denominarse actividad, conducta, acción, acto, hecho, evento, entre otros. Sin embargo no debemos perder de vista que la conducta es la base sobre la que se elabora el concepto de delito.

Como lo mencioné anteriormente, la conducta no ha sido conceptualizada igual por todos los autores, por ejemplo, para Fernando

Castellanos Tena, la conducta es: "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a la realización de un propósito".⁶⁷

La conducta constituye el elemento objetivo del delito, por exteriorizarse a través de un cambio en el mundo exterior; sin embargo, no debemos olvidar que hay conductas voluntarias que producen un cambio en el mundo exterior y conductas involuntarias que también producen dicho cambio, asimismo hay cuestiones naturales que a su vez producen un cambio en el exterior, a continuación se señalan algunas de las manifestaciones al respecto de los mas reconocidos conocedores del derechos.

Francisco Pavón Vasconcelos, destaca la diferencia esencial entre "hecho" considerado como delito y el propio "hecho como elemento objetivo del delito"⁶⁸. Nos indica el citado autor, que la denominación "hecho" tiene preferencia en el léxico de León Carvallo, Julio Klein y Franco Guzmán. Jiménez de Asúa prefiere la expresión "acto", por considerar que el término "hecho" resulta "demasiado genérico".⁶⁹ Es conveniente desde ahora precisar que Jiménez de Asúa, define al "acto" como "la manifestación de la voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera, deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se guarda." El propio autor señala los elementos del acto, siendo:

- a) manifestación de voluntad;
- b) resultado y
- c) nexos causal entre aquellas y éste.

Por otro lado, Zaffaroni, refiere que: "...hay autores que hablan de "acto" como un concepto que abarca la acción entendida como hacer activo y la "omisión", entendida como no hacer lo debido. Creemos que a nivel de la

⁶⁷ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. p. 152.

⁶⁸ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Delitos contra el Patrimonio". Op. Cit., p. 156.

⁶⁹ Ibidem pp. 182 a la 184.

conducta, es decir, antes del plano analítico de la tipicidad, no hay “omisión” sino que todas son acciones. De allí que en la terminología que empleamos, “acto” y “acción” sean sinónimos.

Hay también autores que prefieren hablar de “acto” o de “acción” y se niegan a denominar a este carácter genérico como “conducta”, argumentando que con “conducta” se denota un comportamiento más permanente o continuado que con “acto” o “acción”. No creemos que esto sea fundado, porque la extensión de actividad que debe considerarse la determina el tipo y no la expresión que usamos a nivel óntico-ontológico.⁷⁰

Pavón Vasconcelos, citando a Porte Petit, indica que éste, prefiere hablar de conducta o hecho afirmando que “no es la conducta únicamente como muchos expresan sino también el hecho, originándose los delitos de mera conducta (ejemplo, portación de arma prohibida) y los de resultado material (ejemplo, homicidio). Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano”. Termina Pavón Vasconcelos considerando acertada la opinión de Porte Petit, cuando hace valer que los términos adecuados son “conducta cuando el tipo no requiere sino una mera actividad del sujeto (delitos formales) y de hecho cuando el propio tipo exija no solo una conducta, sino además, un resultado de carácter material que es consecuencia de aquella (delitos materiales)”.⁷¹

Zaffaroni refiere que: ...“hecho” es una expresión que debe ser entendida aproximadamente en el mismo sentido en que la emplea el Código Civil: “son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”. Los hechos pueden ser humanos (si participa un hombre, en cualquier forma que lo haga) o de la naturaleza, en que no participa el hombre. Los que nos interesan

⁷⁰ ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. Op. Cit., p 333.

⁷¹ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, “*Delitos Contra el Patrimonio*”, Op. Cit. pág. 249.

son los hechos humanos, pero no todo hecho en que participa el hombre es una conducta, porque no es conducta el hecho humano en que un hombre toma parte como una mera masa mecánica. Los hechos humanos se subdividen, pues, en voluntarios e involuntarios, y los hechos humanos voluntarios son, precisamente, las conductas.⁷²

Definición de conducta. Es entendida como un hacer (o no hacer) voluntario. La voluntad implica siempre una finalidad.

En razón de que es inconcebible la conducta sin voluntad, y la voluntad sin finalidad, resulta por consecuencia que la conducta requiere siempre una finalidad.

Según los artículos 15 y 16 de nuestro Código Penal en vigor, La conducta puede darse en forma de acción o de omisión, al referir:

Artículo 15.- El delito sólo puede ser realizado por acción o omisión.

Artículo 16.- En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficiencia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia:

⁷² ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, Op. Cit. p 337.

- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligro para el bien jurídico; o
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia p de su pupilo.

La acción en estricto sentido es definida de diversas formas tal y como se señala:

Para Porte Petit, la acción consiste en la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico originando así un tipo de prohibición.⁷³

Fernando Castellanos Tena, señala que la acción es todo un hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar al mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.⁷⁴

Muñoz Conde refiere que se llama acción: "todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final. Una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de actividad final."⁷⁵

⁷³ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Op. Cit, p. 295.

⁷⁴ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. p.152.

⁷⁵ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. "Teoría General del Delito", 2º edic, 2ª reimpresión, Themis S. A, Bogotá, Colombia, 2004 , p. 9.

Señala el Maestro Carlos Daza Gómez, que para Hans Welzel, la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer "final", no solamente "causal". "La finalidad", o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines, en virtud de su saber causal, previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobre determine finalmente. Actividad final, es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no esta dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.⁷⁶

Claux Roxin define a la acción como la conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior.⁷⁷

Para José Antón Oneca, el delito es una acción antijurídica, culpable y punible. La acción, o sea, el hecho humano descrito en una figura de delito-constituye el primer elemento: un sustantivo al que se añaden las restantes características como adjetivos y atributivos.

Para que pueda hablarse de acción, propiamente es preciso que la conducta sea voluntaria. Los movimientos o las abstenciones obligados; por una fuerza física irresistible no constituyen acción humana. El hombre entonces se

⁷⁶ DAZA GOMEZ CARLOS, "Teoría General del Delito" 2ª edic., Cardenas Editor Distribuidor, México, 1998, p. 47.

⁷⁷ CLAUX ROXIN, "Derecho Penal parte General". Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vecente Remesal, 2ª edic., Civitas S.A, España, 1997, p.194.

convierte en instrumento: non agit sed agitar. Por esto algunos autores contemporáneos acostumbran a tratar de la fuerza física irresistible en este lugar, como eximente que excluye la acción y no como causa de inculpabilidad.

En esta clase de infracciones el elemento que estudiamos consiste en un movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo exterior. Se puede desmembrar en tres partes: a) movimiento corporal voluntario; b) resultado; y c) relación de causalidad entre el movimiento corporal y el resultado.

A) El movimiento corporal voluntario.- En todo delito de acción hay un movimiento corporal: tan simple como el de los hábitos para pronunciar la palabra injuriosa, tan plural y complicado como en los delitos habituales. Estos actos o movimientos han de ser voluntarios, como ya se dijo anteriormente: No lo son los reflejos, o sea, aquellos movimientos musculares que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.

B) El resultado.- Hay delitos en que el elemento material o acción se agota con el movimiento corporal del agente, y se llaman delitos de simple actividad o formales; por ejemplo, falso testimonio, la falta de entrar en heredad ajena cerrada. Otros requieren un resultado externo para su consumación: homicidio, lesiones, hurtos; éstos se llaman delitos materiales.

C) La relación de causalidad.- Entre la conducta del agente y el resultado exterior ha de darse una relación de causalidad. Esta relación no aparecerá, claro está, en los delitos que carecen de resultado. En la mayoría de los delitos de resultado, aunque exista necesariamente la causalidad, su apreciación no ofrece problema alguno; de tal modo es clara y evidente.⁷⁸

⁷⁸ ANTON ONECA JOSE, "Derecho Penal" 2ª edic., Akal S.A, España, 1986, pp. 182-185.

Señala López Betancourt que al atribuirle el elemento voluntad a toda conducta, surge el problema de los delitos culposos, en los que se supone que no existe el deseo de producir la conducta delictiva, asimismo menciona, que Zaffaroni se ha preocupado por analizar estas formas, para lo cual ha creado el concepto de estructura de la conducta mediante la anticipación “bio-cibernética” en la que explica que no podemos hablar de elementos de la conducta como si ésta se compusiese de una suma de aquellos, pero podemos considerar en el análisis aspectos de la conducta y, básicamente distinguir a las el aspecto interno y el aspecto externo.⁷⁹

Al respecto, Octavio Alberto Orellana Wiarco señala que para la teoría finalista la acción pasa por dos fases:

1. Fase Interna.

- a) El objetivo que se pretende alcanzar o proposición de fines.
- b) Los medios que se emplean para su realización.
- c) Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal.

2. Fase externa.

- a) Es la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal.
- b) s el resultado previsto y el o los resultados concomitantes.
- c) nexa causal⁸⁰

De lo señalado con antelación, resulta importante analizar la tentativa, disposición que se encuentra prevista en los artículos 20 y 21 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, y que a la letra refiere:

⁷⁹ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, “*Teoría del Delito*” 11ª edic., Porrúa, México, 2003, p. 92.

⁸⁰ ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO, GOMEZ CARLOS, “*Teoría del Delito Sistemas Causalistas y Finalista*” 2ª edic., Porrúa, México, 1995, pp. 88-89.

Artículo 20.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que debería evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Artículo 21.- Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

Asimismo el Diccionario Jurídico Mexicano refiere que el delito será tentativo cuando el autor dolosamente haya dado comienzo a la ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. Este concepto rige tanto para el caso en que la consumación no se produzca porque la acción no resultaba adecuada para la realización integrante del tipo (tentativa inidónea), como para el caso que la acción tuviera materialmente posibilidad de consumar el delito (tentativa idónea) -ejemplo de ello menciona el citado diccionario - el delito de robo no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, tanto cuando no se encuentra la cosa de la que iba apoderarse en el lugar en donde supuso erróneamente que estaría (tentativa inidónea), como cuando el autor es sorprendido con la cosa, antes de salir de la esfera de custodia del dueño (tentativa idónea). En ambos casos se cumple la hipótesis prevista en el artículo 12 del Código Penal (sic).⁸¹

Lo anterior nos lleva a concluir que todos los actos de la tentativa son en un primer plano punibles, y se divide en tentativa acabada e inacabada.

⁸¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "Diccionario Jurídico Mexicano P-Z" pp. 3632 y sig.

Pero de acuerdo a la hipótesis que menciona el párrafo tercero del numeral 21 del Código Penal, nos encontraríamos ante la presencia de la que se ha denominado comúnmente tentativa no punible, consistente en:

a) desistimiento de la acción (u omisión) y

b) del arrepentimiento del activo, los cuales no son acreedores a sanción en nuestro Derecho Penal.

Para el efecto del presente estudio, sólo estudiaremos lo que conocemos como tentativa punible, así tenemos que la tentativa punible.

La tentativa inacabada o delito intentado existe cuando el sujeto activo del delito, después de la proposición de un fin ilícito (fase interna), comienza la ejecución del hecho típico, no logrando la realización de todos los actos ejecutivos necesarios para originar la lesión del bien jurídico prohibido por la ley, por una causa externa a su voluntad.

La tentativa inacabada o delito intentado, tiene tres elementos:

- a) Que exista un comienzo de ejecución del tipo objetivo; pero que no se hayan realizado todos los actos ejecutivos;
- b) Que el elemento subjetivo se encuentre acreditado totalmente (dolo) y
- c) Que no se consume por una causa ajena al activo.

Tentativa acabada o delito frustrado. Existe cuando el sujeto activo del delito, después de la proposición de un fin ilícito (fase interna), realiza todos y cada uno de los actos ejecutivos que deberían producir la consumación del hecho típico prohibido por la norma, no consiguiéndolo, por una causa externa a su voluntad.

La tentativa acabada o delito frustrado, tiene también tres elementos:

- a) que se hayan realizado todo los actos ejecutivos que son necesarios que deberían producir la lesión al bien jurídico;
- b) Que el elemento subjetivo se encuentre acreditado totalmente (dolo)
- c) Que no se consume el tipo por una causa ajena a la voluntad del activo.

Desistimiento. Cuando se dejan de realizar voluntariamente los actos ejecutivos (tentativa inacabada), procede el desistimiento de la acción, al dejar el activo de realizar los actos ejecutivos que deberían de consumar el hecho prohibido por la norma, es decir, desiste dejar de ejecutar los actos consumatorios y de esta forma renunciar a la consumación del propósito último que en su mente se había representado.

Es oportuno referir que el desistimiento tiene dos aspectos: el aspecto objetivo y el subjetivo.

Para determinar el aspecto objetivo, tendríamos que analizar los actos ejecutivos y los medios seleccionados, cuando el activo se encuentra en posibilidades de seguir con los actos ejecutivos, es decir seguir desarrollando los medios que se había representado para alcanzar su fin y desiste voluntariamente, hablaremos de desistimiento, es aquí donde objetivamente podríamos hablar de cual era la situación real del hecho al momento en que el activo desistió de la ejecución de los demás actos ejecutivos. Ejemplo de lo anterior, lo es el sujeto que acorrala a la pasivo con el objeto de violarla, la lleva a un lugar oscuro, la desviste mediante la violencia física y pudiendo seguir con los actos ejecutivos para conseguir la copula vía vaginal, desiste de su propósito y se aleja del lugar,

en este caso estaremos hablando de un desistimiento voluntario de los actos ejecutivos del activo.

El segundo aspecto es el subjetivo, es decir, que se desista voluntariamente de seguir ejecutando los actos consumativos y no por una causa ajena, ya que entonces hablaríamos de una tentativa inacabada.

Arrepentimiento del activo.- Se define como la actividad voluntaria realizada por el actor para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado. Al haberse realizado todos los actos ejecutivos, ya no cabe el desistimiento de lo ya ejecutado, más como el resultado no se produce por causas derivadas de la voluntad del agente, no existe punición alguna a su conducta.

También podemos hablar de dos aspectos, uno objetivo y otro subjetivo. En el aspecto objetivo, debe demostrarse que ya se han realizado por parte del activo todos los actos ejecutivos para la obtención del resultado prohibido por la norma penal. En el aspecto subjetivo, la intención del activo de evitar una vez que se han dado los actos ejecutivos, la consumación del hecho prohibido por la ley, es decir, que no se de fin que en un principio se había representado. Ejemplo de lo anterior es el sujeto que quiere matar a Juan Pérez, y dispara sobre de él para lograr su objetivo y al lesionar a Juan, se arrepiente de su actuar y rápidamente le da atención, llama a una ambulancia y esto evita la muerte del pasivo, por un auxilio médico oportuno. En este caso no será responsable del delito de Homicidio, por arrepentimiento, aunque deberá responder por los ilícitos que se consumen (lesiones).

La acción en los tipos culposos.

Como se denota, hasta el momento solo hemos hablado de una de las formas de acción relevantes al derecho penal, es decir, la estructura de la

acción con una finalidad delictuosa que dará paso a un tipo doloso pero en ningún momento hemos hecho alusión a la acción de los tipos culposos, ello obedece a que las acciones que darán los delitos culposos son diferentes en su estructura a las acciones dolosas.

Al respecto señala Enrique Bacigalupo, que en los delitos culposos el autor, no ha querido la realización del hecho típico, del supuesto de hecho del delito. El resultado no es producto de su voluntad, sino de su negligencia, del incumplimiento del deber de cuidado en el tráfico. En consecuencia, lo que constituye el disvalor de acción en los delitos culposos es esta infracción del deber de cuidado o, dicho de otra manera, el obrar sin la diligencia debida (negligencia)⁸²

Como ya se refirió toda acción que realiza el ser humano necesariamente se basa en dos etapas, la etapa interna y la etapa externa, por lo cual algunas acciones son irrelevantes para el derecho penal, por ejemplo estudiar, correr, jugar, trabajar son acciones que son irrelevantes para el derecho penal, de todo ese conglomerado las acciones que le importan al derecho penal son aquellas que se encuentran prohibidas por la norma en tipos penales. Pero ello no quiere decir que todas las acciones por este hecho desde un principio tengan un fin ilícito, existen en cambio acciones que su inicio es lícito, pero su ejecución de los medios en el mundo externo es incorrecto o defectuosos y es cuando dan lugar a un tipo culposo, ello no quiere decir que el aspecto subjetivo culposo sea parte de la acción o la acción del elemento subjetivo culposo, pero sí que estos dos elementos están al igual que los elementos del tipo penal íntimamente relacionados.

⁸² BACIGALUPO ENRIQUE, “*Manual de Derecho Penal Parte General*” 1ª edic, 2ª reimpresión, Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 79.

La estructura de una acción que dará un tipo culposo, también tiene dos fases, de la siguiente manera.

1.- Fase Interna.

a) Proposición de un fin.- En esta etapa el sujeto se representa un fin último que siempre será lícito.

b) Selección de los medios.- Tampoco el medio es ilícito.

c) Prevé los efectos concomitantes.- Se cree que los efectos concomitantes no ocurrirán

2.- Fase Externa.

La etapa externa consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión, para la realización del objetivo propuesto.

a) Preparación.- Toda acción al empezarse a manifestar en el mundo externo requiere de una preparación.

b) Desarrollo de los medios o previsión de los efectos concomitantes. Es aquí donde se rompe la acción y la misma se deforma, dando paso a los tipos culposos, aquí se deja de observar un deber de cuidado, pero no es el que se refiere a la omisión, sino el que es parte integrante del tipo culposo, lo que dará pie al tipo culposo, es el mal desarrollo de sus medios o la no previsión de los efectos concomitantes

LA OMISIÓN.

El comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que también tiene un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante o

irrelevante para el derecho. El derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas, que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la no realización de la acción mandada.⁸³

Roberto Reynoso Dávila señala, que la fuente de la obligación de realizar la acción esperada por el derecho puede derivar:

a) de la norma jurídica; deben tomarse en cuenta para el caso las del total del ordenamiento jurídico y no sólo las del Derecho Penal;

b) de la vía contractual, es el caso de la enfermera que está obligada a cuidar y velar un enfermo y el del guía que se compromete llevar a destino a los turistas que no conocen la montaña, entre otros

c) la actividad precedente constituye la tercera fuente, como el que ha causado un peligro se haya obligado evitarlo, si está en sus posibilidades. Toda acción exigida también es esperada y toda acción esperada, pero no exigida, no posee interés para el Derecho Penal.

La conducta pasiva u omisión, o acción esperada desde el punto de vista normativo, consiste en la no realización del acto esperado y legalmente exigible, en la no ejecución de un acto positivo que se tiene el deber jurídico de efectuar. Porque la concepción puramente naturalista de la omisión como un no hacer, la simple inercia, es insuficiente para constituir un delito si no va acompañada del deber jurídico de obrar. Por lo mismo que la omisión no consiste en una mera inactividad, sino en un no hacer algo que se está obligado por un

⁸³ MUÑOZ CONDE FRANCISCO Y GARCÍA ARAN MERCEDES. "Manual de Derecho Penal Parte General". 3ª edic, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1998, p. 265.

mandato de hacer, en este aparece su carácter normativo incluso con más evidencia que la Comisión.

La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, en querer la inactividad, o realizarla culposamente, o bien, el no llevar a cabo la misma acción esperada a virtud de un olvido.

La omisión no es, por naturaleza, productora del resultado, pero en cuanto no se ciñe al deber de impedirlo, se considera que lo ocasiona, con lo cual un concepto natural es reemplazado por uno normativo

De la misma forma señala que según Mezger: el quid en los delitos de omisión estado por la acción esperada. Sola acción esperada hace surgir la omisión el sentido jurídico, por lo cual resulta totalmente correcta la idea de que la omisión solamente puede ser fundamentada desde afuera (externa normativamente). Vista las cosas de este modo, sólo el que juzga puede dar vida a la omisión.⁸⁴

Los anteriores conceptos de omisión, nos llevan a determinar, en un primer plano, que no es una diferencia entre los delitos de acción y los delitos de omisión, la actividad corporal y la no actividad corporal, sino mientras que en los delitos de acción existe una actividad encaminada a la realización de un fin, en los delitos de omisión se deja de realizar una acción esperada.

La omisión presupone entonces dejar de realizar la acción esperada, mediante un movimiento corporal o la abstención de movimiento corporal, es decir, en algunas ocasiones se omite realizar la acción esperada mediante movimientos corporales, ejemplo de lo anterior, es que el activo deje de cumplir con sus obligaciones ante el fisco voluntariamente y para lograr lo anterior altera los libros de contabilidad, hace aparecer gastos inexistentes. En este caso existe una

⁸⁴ REYNOSO DAVILA ROBERTO, "*Teoría General del Delito*" 5ª edic., Porrúa, México, 2003, p. 27.

actividad corporal, pero no indica que estemos en presencia de un delito de acción, sino en presencia de un delito de omisión, ya que el activo no llevo a cabo la acción esperada (esto independiente de los delitos que puedan incurrir al alterar los documentos contables)

Se concluye entonces, que los tipos de omisión no requieren necesariamente la pasividad corporal del activo del delito, sino que pueden cometerse a través de un movimiento corporal, distinto al que le ordenaba la acción esperada.

No todas las omisiones que el ser humano realiza son materia del Derecho Penal, sino sólo la omisión de una acción esperada, es decir, de todas las acciones que el sujeto puede realizar, al ordenamiento jurídico penal, sólo le interesan, las acciones en donde le impone un deber de realizarlas (ejemplo: deber de auxilio). El tipo de omisión, consiste entonces en la omisión de una determinada acción que el activo tiene la obligación de llevar a cabo y podía realizar, es por ello que en el delito de omisión se infringe un deber jurídico. Infracción a un deber jurídico que no debe confundirse con el deber de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal (no matar, no robar, no violar).

El deber de la omisión, puede ser genérico cuando incumbe a cualquier persona por el hecho mismo de la convivencia o específico que solo obliga a un determinado círculo de personas.

Por lo tanto, es de esclarecerse que en los delitos de omisión debe determinarse quienes son los sujetos que pueden llevar a cabo la acción espera y que no la realizan.

Existen dos tipos de omisiones, la omisión propia y la omisión impropia, también denominada comisión por omisión.

Omisión propia.

El numeral 15 del Código Penal para el Distrito Federal, nos refiere que delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión. De esta forma nuestra legislación penal hace mención a la omisión propia, cuyo contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar jurídico, es decir no desarrollar la acción mandada.

La realización del tipo penal no implica, por supuesto, todavía ni la antijuridicidad ni la culpabilidad, que deberán ser examinadas, una vez tipificada la omisión.

López Betancourt señala, que existen dos clases de delitos por omisión, delitos de omisión simple o propios, y delitos de comisión por omisión o impropios, respondiendo a la naturaleza de la norma, los primeros consiste en omitir la ley, violan una preceptiva, mientras que los segundos, en realizar la omisión con un resultado prohibido por la ley. La primera no los usan resultado material, la segunda si.

Los delitos de omisión simple, un los constituye la inactividad del sujeto, por ejemplo en lo denunciaron delito están obligado hacerlo.⁸⁵

El deber jurídico de obrar, se encuentra normal penal, la omisión incumple mandatos de hacer establecidos en los tipos penales, sin un resultado material, sino jurídico, por tratarse de normas preceptivas. Dicha omisión integra el delito, un porque la no realización de una acción exigida por la ley agota a los delitos de omisión.

⁸⁵ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "*Teoría del Delito*", Op Cit. , p. 100.

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

A su vez Antón Oneca clasifica a los delitos de omisión de la siguiente manera: Los delitos de omisión, pueden ser: de simple omisión o de comisión por omisión. En los primeros (llamados también puros delitos de omisión) la ley declara: el que omita esto o lo otro será así castigado. Es la omisión misma la prueba bajo la pena. En los de omisión por omisión (llamados también impropios delitos de omisión) se imputa al autor un resultado de relevancia penal (por ejemplo, la muerte de un hombre) no por su conducta activa, sino por no impedir el resultado (dejando perecer de hambre al niño o al individuo). Los primeros consisten en no hacer algo que había obligación de hacer. Los segundos, en no impedir un resultado prohibido. Aquéllos son infracción de una norma preceptiva: éstos, de una norma prohibitiva.

En efecto, no hay propiamente relación de causalidad entre la omisión y el resultado; pero sí es preciso que la acción debida fuese capaz de impedir el resultado. Sobre el cálculo de la fuerza causal para impedir el resultado de la acción debida, se puede declarar de un modo analógico que la omisión ha causado el resultado.⁸⁶

Por otro lado, Francisco Muñoz Conde, clasifica en tres las clases de omisión teniendo así:

1.- Como delitos de omisión pura o propia, en los que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más. Equivalen a los delitos de simple actividad.

⁸⁶ ANTON ONECA JOSE, Op. Cit., 1986, pp. 186 y sig.

2.- Como delitos de omisión y resultado, en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que se conecta causalmente.

3.- Como delitos impropios de omisión, o de comisión por omisión, en los que, al igual que en el supuesto anterior, la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concretó no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo, pues, un problema de interpretación dilucidar cuándo la forma omisiva puede ser equiparada a la activa, que sí se menciona expresamente la ley.⁸⁷

En los delitos omisión los propios, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. Paradigma de este tipo de delitos es la omisión del deber de socorro, en él, el deber de actuar surge, en el plan objetivo, de la presencia de una situación típica que exige la intervención. La prestación de una intervención determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo de injusto de este delito omisión.

En los delitos de omisión impropios o de comisión por omisión, como ya se ha dicho, una problemática especial, dentro de los delitos de omisión, presentan los delitos llamados de comisión por omisión, o impropios de omisión. En ellos, el comportamiento alusivo no se menciona expresamente del tipo, que sólo describe prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos que también contribuyen a la producción del resultado prohibido.

A diferencia de lo que sucede del delito de acción, en el delito de comisión por omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido, para imputar un

⁸⁷MUÑOZ CONDE FRANCISCO “*Teoría General del Delito*”. Op Cit. p. 27.

resultado al sujeto de la omisión. Es preciso, además, que esta sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumbe a razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre de posición de garante.

Así en nuestro Código Penal para el Distrito Federal tenemos:

Artículo 16.- En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficiencia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a. Aceptó efectivamente su custodia;
- b. Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligro para el bien jurídico; o
- c. Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d. Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

La comisión por omisión, tiene los mismos elementos de la omisión propia, ya que en esta omisión impropia, además de existir un mutamiento en el orden jurídico, también existe un resultado material.

La principal dificultad con que tropezamos a la hora de establecer la posición de garante, es la no mención expresa de los deberes que la fundamentan en el tipo legal del delito comisivo, que sólo describe expresamente una acción positiva. De ahí que se formulen reparos de orden constitucional (infracción del principio de legalidad de los delitos) contra la figura de los delitos de comisión por omisión.

Nos encontramos aquí con “tipos abiertos” en los que sólo una parte del tipo viene descrita en la ley, teniendo el juez que buscar los restantes elementos que son precisamente los que fundamentan la posición de garante.

En una primera aproximación al tema, podemos decir que sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido, pueden ser considerados garantes de la integridad de un bien jurídico. Así por ejemplo, la madre del recién nacido tiene especial obligación de alimentarlo para que no muera; el médico tiene obligación de atender al accidentado y procurar salvarlo; el que maneja una sustancia explosiva tiene obligación de evitar que se produzca una explosión o incendio, etc. En estos casos, la omisión de la acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, sino, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de un resultado por omisión. La razón de ello está en que tanto un precepto legal, como el ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros, imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo.

Son pues, varias las fuentes que pueden fundamentar la posición de garante. Todas ellas se pueden reducir a dos grandes grupos:

A. Función protectora de un bien jurídico:

1) En virtud de una vinculación natural que se da, sobre todo, en el ámbito familiar entre los cónyuges, entre padres e hijos, etc. y que se fundamenta en los preceptos del derecho de familia, que impone obligaciones de alimentos, cuidado, etc. El obligado por estos preceptos tiene una posición de garante respecto a la vida, la integridad física y la salud de sus familiares. Si omite el cumplimiento de estos deberes, responde de los resultados de su incumplimiento (caso típico: la madre que no alimenta a su hijo recién nacido, responde a la muerte de éste).

2) Una comunidad de peligros, que se da sobre todo en la práctica de deportes colectivos, como el alpinismo, que impone la obligación de realizar determinadas acciones (clavar clavos, lanzar la cuerda, etc.) para ayudar a los demás participantes.

3) Una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras, que se da sobre todo en el ámbito de la medicina (servicios de urgencia, por ejemplo), de los bañeros contratados en los baños públicos, de los encargados de la custodia de los niños pequeños, etc., además personas que, de forma expresa o tácita, asumen la obligación de impedir determinados resultados, obligación que constituye precisamente el objeto de su aceptación.

B. Deber de vigilancia de una fuente de peligros: posesión de animales domésticos, sustancias explosivas o inflamables, etc.

En este grupo destaca sobre todo la idea del actuar precedente o de la injerencia. Quien con su hacer activo, aunque sea sin culpa, ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene obligación de impedir la producción de un resultado. Así, por ejemplo, quien hace fuego en el bosque para calentarse o para preparar una comida, tiene la obligación de procurar que el fuego no

degenere en el incendio del bosque, respondiendo del incendio, caso de que se produzca; quien atropella con su auto a un peatón, tiene la obligación de atenderlo o de transportarlo a un hospital, etc. Generalmente, la omisión de estos deberes dará lugar a un delito de comisión por omisión imprudente.

TIPICIDAD Y TIPO

Las expresiones tipo y tipicidad son conceptualmente distintas, pero deben ser tratadas conjuntamente. La expresión tipo es utilizada por la mayoría de los finalistas para aludir a la descripción de una conducta prohibida que el legislador contemplo en una norma jurídico-penal, en tanto que la tipicidad es la concretización de todos y cada uno de los elementos contenidos en el tipo penal, en otras palabras, es simplemente el encuadramiento o adecuación de la conducta al tipo penal.

Atento a lo anterior, en nuestro Derecho Penal, se dice que un comportamiento humano es típico, cuando coincide con lo previsto en un tipo penal.

La tipicidad al igual que el tipo ha sido definido de diversas formas por diversos concedores del derecho, así tenemos que tipo penal para Zaffaroni es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)

López Betancourt, señala que una de las definiciones más importantes de tipicidad es la expresada por Francisco Blasco y Fernández de Moreda la cual dice: "la acción típica sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por

violiar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida”

Para Laureano Landaburu la tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal.

Para Jiménez de Asúa, la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.

Jiménez Huerta consideró que la adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias.⁸⁸

A su vez, y por otro lado, Zaffaroni define a la Tipicidad como la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal.⁸⁹

Muñoz Conde refiere al hablar del tema: “La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del *nullum crimen sine lege* solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tal. Al respecto del Tipo penal refiere que: “...Tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.”⁹⁰

⁸⁸ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, “*Teoría del Delito*” Op. Cit., p. 117.

⁸⁹ ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. Op. Cit. p. 369.

⁹⁰ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. “*Teoría General del Delito*”, Op. Cit. p. 31.

Es necesario para entender a la tipicidad el análisis del Tipo penal. Por Tipo penal debemos entender la descripción de toda la materia de prohibición o de preceptuación de la normal penal.

El vocablo tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo, que proviene del latín *tipus*.

La tipicidad en su acepción de importancia para el derecho penal, significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa que proporciona fisonomía propia.

La raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, contenido en viejas leyes, vertido después, con la denominación de *Tatbestand*, a la lengua alemana (concretamente en el siglo XVIII), como acredita la ordenanza criminal prusiana de 1805 (parágrafo 133) en la que se define el cuerpo del delito como el conjunto de elementos materiales que integran cada figura delictiva.

Es claro que la teoría del tipo y la tipicidad fue evolucionando con Berling, quien la concibió de manera descriptiva, separada de la antijuricidad y de la culpabilidad. A esta primera etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad se le ha denominado "fase descriptiva o de independencia". De esta forma Berling propugnaba que debería consagrarse "el principio de tipicidad", es decir, "no hay delito sin tipicidad", además de seguirse con el principio de *nullum crimen sine lege*.

Roberto Reynoso Dávila señala una segunda fase, Max Ernest Mayer en 1915 con su teoría de la norma de cultura afirma el carácter indiciario de lo injusto, fundamento de este y actúa de igual manera que el humo y el fuego. Existen acciones antijurídicas que no son típicas.

La tipicidad no se reduce a una mera descripción, puesto que se le atribuye un valor indiciario sobre todo en orden a la antijuridicidad (fase indiciaria) supuesto que los tipos no puedan verse como meras abstracciones, no surgen espontáneamente, sino como consecuencia de la valoración que el legislador realiza de determinadas hipótesis que crea o absorbe, pero todo ello con la idea precisa de preservar la integridad de los bienes culturales que considera merecedores de la especial tutela del Derecho Penal.

Tercera fase: Edmundo Mezger sostiene que la tipicidad revela, con su sola presencia, la existencia de la juridicidad, o sea se convierte no sólo en índice, sino en la razón de ser, *ratio essendi* de lo antijurídico, idea que este autor expresa en la fórmula típicamente antijurídica.

Cuarta fase: Ernest Von Beling reelabora su doctrina en 1930. Fundamento básico de la nueva construcción es la diferencia entre figura delictiva, lo que corrientemente se denomina tipo penal, y delito-tipo, un puro esquema rector objetivo, que contiene los elementos esenciales de la figura, válido para toda las modalidades que ya presenta en la práctica, y que su autor estima un concepto troncal del Derecho Penal. Todos los conceptos jurídicos penales, excepto el de acto, se hallan dentro de la órbita del delito tipo legal, pendientes de él, y radiando vitalidad afuer (sic) de ser referidos a él e incapaces por sí solos de provocar resultados positivos. El delito tipo se convierte así en un astro de inmensas proporciones, al que el singular talento de Beling llama con genial precisión el concepto troncal jurídico penal.

El sistema de Beling la tipicidad pasa a ser un elemento del delito, el cual, conjuntamente con los demás, constituye un requisito de la punibilidad, y esta última tiene carácter de consecuencia del acto. Luego, a través de diversos autores, el mismo Beling entre ellos, dice, no hay en el delito acción típica, antijurídica y culpable, sino acción típicamente antijurídica y culpable. Se quiere

con ello que típica, se sustituyó por una cualificativa general de los demás elementos del delito.⁹¹

El Doctor Márquez Piñero señala que la evolución del concepto de tipo se divide en las siguientes fases:

a) Fase de la Independencia: En esta fase se dio la primera concepción de tipo penal que es la que formuló Ernest Beling entre 1905 y 1906.⁹²

En esta primera teoría del tipo penal Beling señala que el tipo es el conjunto de elementos materiales de cada figura delictiva específica.

Esta fase es conocida como fase de la independencia porque se establece que la tipicidad -cabe aclarar que Beling utilizaba los términos tipo y tipicidad de manera indistinta- es independiente de la antijuridicidad y la culpabilidad.

b) Fase Indiciaria: Esta fase se da de 1928 a 1930, y su representante es Max Mayer, quien formuló la teoría del as Normas de la Cultura.

Para Mayer el tipo no es más que el indicio de la antijuridicidad.⁹³

c) Fase de la Esencialidad: Esta fase se da con Mezger en 1930, quien considera que el tipo es la ratio esendi (esencia) de la antijuridicidad.

Mezger estableció que el delito es un acto típicamente antijurídico y culpable, es decir, se comienza a abrir la puerta a Hans Welsel con su teoría finalista.

⁹¹ REYNOSO DAVILA ROBERTO, "*Teoría General del Delito*" Op. Cit., p. 71.

⁹² MARQUEZ PIÑERO RAFAEL, "*Derecho Penal Parte General*" 2ª edic., Trillas, México, 1991, p. 217.

⁹³ Ibidem, Pág, 219.

d) Fase Defensiva: El representante de esta fase también es Beling, quien a raíz de su teoría -ya señalada en la fase de independencia- recibe varias críticas, por lo que en 1930 reaccionó frente a las críticas idealizando al tipo y creando lo que se conoció como el Tipo Regens o Figura Rectora.

En esta fase Beling idealiza al tipo porque se da cuenta que tipo no es sólo el conjunto de elementos materiales, sino que también se compone de elementos subjetivos. Habla de que por lo menos existen tres grandes familias de delitos cuyas cabeceras son las Figuras Rectoras o Tipos Regens.

Dichos Tipos Regens son:

- Homicidio, que es la cabecera de los delitos contra la vida y la integridad corporal.
- Robo, cabecera de la gran familia de los delitos patrimoniales.
- Violación, considerado la cabecera de los delitos sexuales.

e) Fase Destructiva: Esta fase se inicia en 1932 y se llama fase destructiva porque supone la llegada de Hitler al poder, ya que a un gobernante autoritario lo que más le molesta es el tipo penal y por tal motivo se dedica a limitar y destruir el tipo penal.

El jurista destacado en esta fase es George Dahm, quien concibe que el delito es el enfrentamiento entre los intereses de los particulares y el sano sentimiento popular dentro del espacio social vital, haciendo referencia al espacio de Alemania.

Por otra parte, los juristas de Stalin consideraban que el delito era el enfrentamiento entre los intereses de un individuo y el interés del pueblo,

entendiéndose que los intereses del pueblo eran los intereses del partido político al que pertenecía Stalin.⁹⁴

f) Fase Finalista: El representante de esta fase es Hans Welzel, quien inicia su doctrina en 1932 pero se termina en 1938 cuando Hitler se encontraba en pleno apogeo.

Esta es la fase de los elementos subjetivos del tipo, es decir, se considera que el tipo tiene elementos subjetivos que fundamentalmente son el dolo y la culpa.

Esta teoría considera que la acción es el ejercicio final de la conducta humana, por lo que Welzel el dolo está primero en la acción y posteriormente en el tipo, pero lo destacado de esta doctrina es que aparece el tipo con sus elementos subjetivos.

Hans Welzel tuvo discípulos formidables como Reihart Maurach, Günter Stratenwerth, Smith Hauser, Claus Roxin, entre otros, que cuando termina Welzel comienzan a construir sus propias doctrinas en torno a la Teoría de su maestro.⁹⁵

g) Fase de Claus Roxin: Roxin en 1973 formula una conceptualización de tipo que recibe el nombre de Funcionalismo Penal y lo que establece en cuanto al tipo es que primero está la acción, en segundo lugar la prevención y por último la política criminal.

Lo anterior significa que Roxin considera que existen conductas que deben ser controladas y para ello se da la prevención, pero todo desemboca en la necesidad de una política criminal que tiene que cuestionarse si el tipo queda

⁹⁴ Ibidem, Pág. 220-223.

⁹⁵ Ibidem.

satisfecho como formulación conceptual o necesita que una política criminal sustituya los elementos primitivos y se busque otra cosa porque ya no funciona el tipo penal en la manera en que se encuentra redactado.⁹⁶

h) Fase de Jakobs: Como se dijo anteriormente Jakobs es un funcionalista radical que a pesar de haber sido discípulo de Welzel se aleja mucho de su teoría.

En relación con el tipo penal, Jakobs señala que la función del derecho penal es mantener la identidad del tipo, después la identidad de la sociedad y luego la identidad de la Constitución, esto es lo que se conoce como Identidad Normativa, es decir, Jakobs dice que el tipo identifica a la sociedad con sus normas y como consecuencia de ello la sociedad, la identidad normativa y el tipo se identifican con la Constitución.⁹⁷

i) Fase del Modelo Lógico Matemático: En la República Mexicana los maestros Olga Islas y Elpidio Ramírez aterrizan la teoría del tipo penal considerando que el tipo penal es la correspondencia unívoca, uno a uno, de los presupuestos del delito y los elementos del delito, creando lo que se denomina Modelo Lógico Matemático que podría ser la novena fase de la evolución del tipo y la cual estudiaremos más a fondo en el cuarto capítulo de este estudio.

Entendido el tipo y su relación con la tipicidad, solo queda decir que el tipo penal, cumple una triple función en la norma penal:

a) Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.- Mediante el principio de intervención mínima, el Legislador ha seleccionado aquellas conductas más dañinas para las relaciones

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

sociales y las más lesivas para esta convivencia de esta, conductas dañinas a bienes jurídicos, amenazando a quienes cometen estas conductas con una pena.

b) Una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en el pueden ser sancionados penalmente (*nullum crimen nulla poena sin lege*).

c) Una función motivadora general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.⁹⁸

En la doctrina se han clasificado los tipos, de diferentes maneras. En una de estas clasificaciones se hace mención a “los tipos según su metodología”, dentro de los cuales se mencionan “tipos básicos, complementados y especiales”. Si atendemos a lo que establece el numeral 19 de nuestra Carta Magna, deberemos estudiar a los tipos como básico, o como complementado (con circunstancias que agravan o atenúan la pena) o como tipos especiales.

López Betancourt señala los siguientes elementos del tipo penal:

- a) El presupuesto de la conducta o del hecho.
- b) El sujeto activo.
- c) El sujeto pasivo
- d) El objeto jurídico
- e) El objeto material
- f) Las modalidades de la conducta, mismas que se hacen consistir

en:

⁹⁸MUÑOZ CONDE FRANCISCO, “*Derecho Penal Parte General*” Op. Cit. pp. 282-283.

- 1.- referencias temporales
- 2.- Referencias espaciales.
- 3.- Referencias a otro hecho punible.
- 4.- De referencia de otra índole.
- 5.- Medios empleados.

g) Elementos normativos.

h) Elementos subjetivos del injusto.

Para algunos autores, los elementos del tipo se reducen sólo a tres: la acción, los sujetos y el objeto.

Así tenemos por lo tanto, que la acción para que sea típica, debe integrarse de los dos componentes, una parte objetiva, la cual abarca la conducta externa y otra parte subjetiva, constituida siempre por la voluntad.

Por lo que corresponde a la parte externa, es decir la parte objetiva, en los delitos de resultado, es preciso que este se produzca en términos tales que pueda ser imputado objetivamente a la conducta. Sin embargo, el resultado no pertenece la acción, sino que es un efecto separado y posterior a ella.

Por lo que corresponde al segundo de los elementos señalados es decir, los sujetos, se han establecido que deben concurrir tres sujetos, un sujeto activo, un sujeto pasivo, y el Estado. El primero de ellos, es quien realiza la conducta delictuosa, el segundo por consiguiente, es quien recibe la acción, es decir sobre el cual recae la actuación del sujeto activo, y por último tenemos el Estado es quien reacciona con la aplicación de una pena.

El objeto, es el tercer elemento del delito, y puede distinguir centros sujeto material y un sujeto jurídico, el primero de ellos un se haya constituido por la persona o cosa donde recae materialmente la acción, por lo que también se

conoce como objeto de la conducta. Asimismo, pueden coincidir en la misma persona tanto el objeto jurídico como el objeto material sin embargo no es indispensable que esto ocurra así.

Por otra parte, el objeto jurídico es el bien protegido por la ley penal, es decir, el bien jurídicamente tutelado, y éste no es siempre el objeto material.

Así tenemos que el objeto material es aquel sobre el cual recae la conducta, es decir, es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica (la cosa mueble en el delito de robo; el cadáver, en el delito de homicidio; el dinero como objeto ilícito, en el delito de fraude, etc.).

Por otro lado, al referirnos al elemento objetivo del tipo penal, estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo, con lo dicho con anterioridad, el tipo penal que un carácter descriptivo esto no quiere decir que sea únicamente una descripción externa, ya que siempre que estamos describiendo la conducta humana habrá de tomarse en cuenta elemento subjetivo.

El elemento objetivo, se identificará con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida por el tipo penal. Generalmente los tipos penales describen estados o procesos de la naturaleza externa, determinable es espacial o temporalmente y perceptibles por los sentidos. Hay tipos penales que no sólo requieren de un resultado sino que además la conducta se tiene que dar en la forma, con los medios o con las modalidades previstas por la ley así es como surgen las modalidades o circunstancias.

La doctrina al hablar de las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, hace alusión solamente a aquellos tipos penales que en forma específica lo requieren, olvidándose que en todo delito delictivo, en forma genérica podemos

referir en que lugar se desarrollo el hecho, en que momento, el modo y la ocasión del mismo.

a) De lugar.- Como hemos dicho, en todo delito existe un espacio en donde se desarrolla el hecho delictivo, pero algunos tipos en especial requieren que el hecho delictivo se lleve a cabo en lugar determinado y de no cumplirse esta exigencia no podría darse el delito (ejemplo: el adulterio debe de cometerse en el domicilio conyugal y si fuese en otro sitio no habría delito).

b) De tiempo.- Hablaremos específicamente de aquellos delitos, en los cuales los tipos requieren una referencia de tiempo y de no ocurrir se dará una atipicidad (ejemplo: el delito electoral previsto en el artículo 403, fracción I, nos refiere que comete delito el que vote a sabiendas que no cumple con los requisitos de la ley; por lo tanto este delito solo puede ser cometido el día de la elección, y en un horario de 8 de la mañana y hasta el cierre de la votación la cual podrá ser antes de las 6 de la tarde si ya votaron todos, a las 6 de la tarde si no hay nadie formado para votar y después de la 6 si existe gente formada para votar).

c) De modo.- En algunas ocasiones los tipos requieren una forma determinada para que se cometa el ilícito (ejemplo: robo de uso).

d) De ocasión.- Existen tipos que requieren que el hecho se lleve a cabo en virtud de un acontecimiento, es decir que solamente que ocurra esto se puede dar el tipo.

Al igual que las circunstancias, en todo tipo podemos determinar en forma genérica el medio empleado en el delito (en el delito de homicidio, si fuera con motivo de un arma blanca) pero en otras ocasiones los tipos exigen determinados medios para su consumación, originándose de esta forma los llamados "delitos con medio legalmente determinados o limitados" , y en estos para que se de el resultado material, es necesario se utilice un determinado medio

que la ley exprese (ejemplo: la violación solamente puede ser cometida mediante violencia física o moral).

Los **elementos normativos** ofrecen una mayor libertad al juez, ya que requieren una valoración para ser completados con un contenido capaz de ser aplicado. Los elementos normativos del tipo se refieren a hechos que únicamente pueden pensarse bajo el presupuesto lógico de una norma. Dentro de estos elementos quedan excluidos los conceptos jurídicos propios, los que ya se refieren a valor y sentido.

Son aquellos que solo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho, valoración que es realizada por el juzgador, la cual puede ser jurídica de acuerdo con el contenido *iuris* del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico.

a) De valoración jurídica.- Como ya se menciono esta valoración nace de la propia ley es decir cuando la ley lo expresa, por ejemplo "cosa ajena" en el robo; "funcionario"; "servidor público", documento público o documento privado, "bien mueble", "derechos reales", etc.

b) De valoración cultural.- Existe valoración cultural cuando el Código refiere una situación extralegal pero que para su comprensión se necesita su comprobación, ejemplo: "acto erótico sexual", "ultraje a la moral publica o a las buenas costumbres", etc.

Siguiendo con la misma tesitura, encontramos **el elemento subjetivo o los elementos subjetivos del tipo penal**, éstos van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias quedan en el mundo interno, en la psique del autor.

Señala López Betancourt, que cuando se describa la conducta humana, no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos; asimismo el legislador penal, tampoco a procede a la descripción de lo externo únicamente. Como ejemplo, tenemos el tipo doloso, implica siempre la causación de un resultado, que sería el aspecto externo, pero también requiere de la voluntad de causar ese resultado, lo que sería el aspecto o elemento subjetivo del tipo penal.⁹⁹

En relación a lo anterior, tenemos que el artículo 18 del Código Penal, nos manifiesta a la letra que:

Artículo 18.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente:

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible resultado típico, quiere o acepta su realización.

...

Para Zaffaroni, el dolo es el elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo, y frecuentemente, el único componente del tipo subjetivo (en los casos en que el tipo no requiere otros).¹⁰⁰

Para Muñoz Conde, el dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.¹⁰¹

Para Enrique Bacigalupo, el dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo.¹⁰²

⁹⁹ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "Teoría del Delito" Op. Cit., p. 134.

¹⁰⁰ ZAFFARONI EUGENIO RAUL.. Op. Cit. P 400.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal, Parte General". Op. Cit.p. 245.

¹⁰² BACIGALUPO ENRIQUE, Op. Cit. p. 103.

Luis Jiménez de Asúa, lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento 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 la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.¹⁰³

El dolo. Se define como el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico.

Elementos del dolo:

A. Elemento Intelectual. Para actuar dolosamente el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción, como acción típica. Es decir, a de saber, por ejemplo en el homicidio, que mata a otra persona; en el robo, que se apodera de una cosa ajena mueble, en la violación que copula con una mujer sin su consentimiento, etc. no es necesario en cambio que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuridicidad, a la culpabilidad o a la penalidad. El elemento intelectual del dolo, se refiere por tanto a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.

B. Elemento Volitivo. Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no se confunde con los deseos o con los móviles del sujeto. Cuando el que roba un banco mata al cajero para apoderarse del dinero, probablemente no desee su muerte, incluso prefieran no hacerlo, pero a

¹⁰³ JIMENEZ DE ASUA LUIS, "*Teoría del Delito*". Iure Editores, México, 2004. p.302.

pesar de ello, quiere producir la muerte en la medida en que no tiene otro camino para apoderarse del dinero.

El elemento volitivo supone voluntad incondicionada de realizar algo (típico), que el autor creé puede realizar. Si el autor no esta aún decidido a realizar el hecho (por ejemplo, aún no sabe si disparar y espera la reacción del otro) o sabe que no puede realizarlo (la víctima se ha alejado del campo de tiro) no hay dolo, bien porque el autor no quiere todavía, bien porque no puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades.

Clases de dolo:

1. **Dolo Directo:** Consiste en que el sujeto quiera y acepte el resultado producido, no obstante haberlo previsto.

2. **Dolo Eventual:** Este se presenta cuando el sujeto prevé el resultado en un principio y no quiere que se produzca, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

3. **Dolo de Consecuencias Necesarias:** Este consiste en que el sujeto activo quiera el resultado, el cual necesariamente trae consigo otro resultado que el sujeto no prevé.

CULPA.

Para Cuello Calón, existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley.¹⁰⁴

Para Edmundo Mezguer, actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

Con respecto a esta modalidad de delito, el Código Penal para el Distrito Federal establece:

Artículo 18.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente:

...

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que objetivamente era necesario observar.

Los delitos culposos por referencia a la producción de eventos socialmente intolerables, debidos a la imprudencia, falta de cuidado, o previsión, es el Juez, quien en cada caso, debe investigar cual era el limite del cuidado requerido; de ahí que en los delitos culposos "la acción" no este precisada como en los delitos dolosos".

Elementos de la culpa:

Por ser necesaria la conducta humana para que exista el delito, ella constituye el primer elemento (un actuar voluntario, es decir positivo o negativo); como segundo elemento, se requiere que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero, los resultados del acto

¹⁰⁴ CUELLO CALÓN EUGENIO. "Derecho Penal", parte general, Edit. Bush, Barcelona, 1981. p.235.

han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; cuarto, precisar una relación de causalidad y no hacer iniciales y el resultado no querido.

Clases de culpa

1. Culpa con representación. Es aquella en la cual el sujeto activo se representa el resultado y tiene la esperanza que no se produzca.

2. Culpa sin representación. Es aquella en que el sujeto no prevé el resultado, siendo previsible.

3. Elementos subjetivos diferentes al dolo. En algunas ocasiones los tipos penales hablan de **ánimos, propósitos, deseos, intenciones**, etc., ejemplo de lo anterior es cuando la ley refiere: "al que con propósito de..."; al que con la finalidad de..."; "al que con deseo de..." Estos elementos son diferentes al dolo y son exigidos por el Legislador para la integración del tipo penal. Se podría pensar que estos elementos podrían ser parte del dolo, pero esto es equivoco, pues por ejemplo la diferencia entre el robo genérico y el robo de uso lo constituye el elemento subjetivo diferente al dolo, es decir, mientras en el robo genérico además del dolo se requiere el "ánimo de apropiación", en el robo de uso solo se requiere el dolo y se encuentra ausente de dicho ánimo de apropiación.

LA ANTIJURIDICIDAD

Solamente existe antijuridicidad cuando hay violación de un precepto legal.

Cobra significativa importancia tal elemento esencial delictivo, puesto que es el más ligado al aspecto jurídico propiamente dicho. En palabras concisas,

se traduce como lo contrario al derecho; es decir lo que contraviene a la norma jurídica; de ahí que se entiende lógicamente como un concepto negativo en cuanto hace a su contraposición con lo existente positivamente, elemento componente que resulta de enorme trascendencia y esencialidad para la plena presencia del delito.

En paráfrasis de Don Eugenio Cuello Calón, reconocido jurista, "La antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y la norma jurídico-penal".¹⁰⁵ Siendo una consideración ciertamente objetiva, puesto que solo incide en atender al acto ejecutado y no a la situación conductual del sujeto activo.

Aludiendo a las ideas del maestro Carrara, debe decirse inevitablemente con respecto al doble aspecto de la adecuación conductual a la Ley (tipicidad) y la contradicción al derecho (antijuridicidad); que el delito es "una disonancia armónica", aclarando sobre manera la requerida interdependencia dual entre la adecuación de la conducta o hecho al tipo o figura delictiva que lo describe, así como lo oposición al principio rector que lo valora y tutela.¹⁰⁶

Por su parte Don Celestino Porte Petit señala que: "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación". Elocuente pensamiento que diluye sutilmente el carácter de lo opuesto a lo justo.¹⁰⁷

Atendiendo a los conceptos de Castellanos Tena, se infiere que la antijuridicidad radica en la "violación del valor o bien protegido a que se contrae el

¹⁰⁵ CUELLO CALÓN, EUGENIO. Op. Cit., Pág.163.

¹⁰⁶ CARRARA, FRANCESCO. "*Programa de Derecho Criminal*", Volumen I, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1991, Pág. 60.

¹⁰⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO Op. Cit, Pág. 231.

tipo penal respectivo”,¹⁰⁸ una apreciación provista de eminente positivismo y objetividad.

Por otro lado el Doctor Márquez Piñero cita a Reinhart Maurach, quien menciona al respecto de la antijuridicidad: “Los mandatos y prohibiciones de la Ley Penal rodean, protegiendo y salvaguardando el bien jurídico”, efectivamente es idea centrada en un enfoque legalista, de la misma forma cita a Francesco Carnelutti, quien señala que “antijurídico es el adjetivo, en tanto antijuridicidad es sustantivo”, así como que “Jurídico es lo que esta conforme a derecho”.¹⁰⁹

De la misma forma, José Antón Oneca señala: “Se habla de antijuridicidad penal. La mayor parte de los escritores ven en la antijuridicidad una contradicción al orden jurídico total y niegan, por consiguiente, la antijuridicidad especial penal. Sin embargo, se puede distinguir dos conceptos: 1º, el delito es una acción antijurídica (género); 2º, el delito es una acción específicamente antijurídica, esto es, contraria al ordenamiento jurídico penal (especie) (3). Mas entonces es notorio habremos añadido al carácter de antijuridicidad el de penalidad.

Como quedó dicho la antijuridicidad de la acción se manifiesta a través de dos caracteres: uno, positivo, que la acción esté comprendida en una figura de delito; negativo el otro, que no esté comprendida en una de las exámenes que se acostumbraran a designar causas de justificación.”¹¹⁰

El finalismo de la acción postula que la conducta del ilícito es ilícita, no porque a realizado la situación que reprueba el derecho, sino porque es la actuación reprochable de una voluntad dirigida a causar tal situación: de este modo, la ilicitud de la acción se encuentra prevalecientemente en su propio desvalor, y el dolo considerado como parte integrante de la acción, también es

¹⁰⁸ CASTELLANOS TENA FERNANDO. *Op. Cit.*, Pág. 177.

¹⁰⁹ MARQUEZ PIÑERO RAFAEL. *Op. Cit.* p. 191-207.

¹¹⁰ ANTON ONECA JOSE, *Op. Cit.* 186 y sig.

calificado como un elemento general subjetivo de la antijuridicidad que se presenta en todos los delitos dolosos, de esta manera el dolo es separado de la culpabilidad, al que se asignan las mas variadas funciones: como factor que plasma el aspecto objetivo de la acción, el dolo es, en el estudio de la realización de la voluntad, EL OBJETO ESENCIAL DEL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD, mientras que en el grado precedente a la formación de la voluntad se vuelve objetiva de culpabilidad.

Ricardo Franco Guzmán distingue y agrupa las teorías en torno a la antijuridicidad de la siguiente manera:

A. De Von Ferneck, Merkel, Graf Zu Dohna y Petrocelli, entre otros desprende la teoría que los distingue como aquellos que consideran la antijuridicidad íntimamente ligada a la culpabilidad y afirma que no hay ilicitud de una acción, sino en el caso en que se encontraría al deber de no violar las normas.

B. De Ernest Von Beling, Mayer y Goldschidt, entre otros siguen la teoría que de manera tajante y radical separa la antijuridicidad y la culpabilidad.

C. De Grisigni, Rocco, Messina, Moro, Balleta y Nurullab Kunter, se concluye la tesis de que es la antijuridicidad la esencia del delito, pero que admite " un aspecto o momento subjetivo diverso del objetivo en la ilicitud denomina en singular tesisura Franco Guzmán como elementos subjetivos en la ilicitud.

D. La posición de la teoría finalista Wezel y Maurach, entre otros, que "disolviendo toda unidad y ligando irracionalmente los dos conceptos, extrae el dolo de la culpabilidad para colocarlo en la acción antijurídica ". ¹¹¹

¹¹¹ FRANCO GUZMÁN RICARDO, "La subjetividad en la ilicitud." 1ª edic., José M. Cajica Jr. S.A, México, 1959. pp 86 y 87.

Es justo señalar, que Franco Guzmán al inclinarse por el criterio subjetivo en la ilicitud, define su posición de la siguiente manera: " los que sostenemos la existencia de una antijuridicidad como elemento del delito, con naturaleza objetiva, podemos aceptar que se hable de un aspecto objetivo de la ilicitud, que por consiguiente, se considera como la nota conceptual más importante del delito. Ya sobre estas bases puede admitirse que la culpabilidad sea el aspecto subjetivo de la ilicitud." ¹¹²

La antijuridicidad ha sido utilizada como equivalente de injusto lo cual es un error porque ambos términos tienen diferente significado. Antijuridicidad es un predicado de la acción, es decir la antijuridicidad es el atributo con el que se califica una acción que es contraria a nuestro ordenamiento jurídico. En cambio el injusto es el término que se emplea cuando ya una conducta ha sido calificada como antijurídica, es decir, ya estamos ante la presencia de una conducta típica, antijurídica.

La antijuridicidad ha sido dividida en antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

Muñoz Conde nos refiere que: la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuridicidad formal, la antijuridicidad no se agota sin embargo en esta relación de oposición entre acción y norma, sino tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuridicidad material. Antijuridicidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno. ¹¹³

¹¹² Ibidém.

¹¹³ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. "Teoría General del Delito." Op. Cit. pág. 66.

El concepto formal de antijuridicidad implica que una conducta es antijurídica porque es contraria al Derecho, implica una relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico

Desde el punto de vista material, se hace referencia al contenido de la propia conducta y sobre este particular ha habido diversas concepciones en la doctrina. Desde principios de este siglo se maneja un concepto material de antijuridicidad, que se refiere a la lesión de los intereses sociales y se llega al concepto que en los inicios de la doctrina finalista se decía: “una conducta es antijurídica desde el punto de vista material porque lesiona el deber de fidelidad que todo individuo tiene frente al Estado. Esta es una concepción que se consideró, definitivamente muy amplia y que permitía constantes violaciones al principio de legalidad. Por eso es que, al igual que otros conceptos materiales de antijuridicidad, fue rechazado por la mayoría de la doctrina. Se llega así a la década de los cuarenta, en donde se establece que desde el punto de vista material, una conducta es antijurídica porque lesiona o pone en peligro bienes jurídicos que son protegidos por el derecho penal.

Si se habla que la ofensa al bien jurídico es la esencia de la antijuridicidad, tendremos que hablar entonces como puede ser esa ofensa, es entonces que hablamos que dicha ofensa puede ser de lesión o de peligro.

Por último es de hacerse referencia a que la antijuridicidad material no se agota con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico., en virtud de que no toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado) es antijurídica, sino solo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción).

IMPUTABILIDAD

El hombre es el sujeto activo del delito, pero para que lealmente tenga que cargar con determinada consecuencia penal es necesario que tenga carácter de imputable.

En el ámbito del Derecho Penal, esto solamente puede ocurrirle a una persona que, por sus condiciones psíquicas, tenga posibilidades de voluntariedad, será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo aquel que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad.

Fernando Castellanos señala que la imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

CULPABILIDAD

Una vez afirmada la existencia de la antijuridicidad, con la no presencia de alguna causa de justificación, entonces viene el análisis del siguiente elemento para que pueda afirmarse la existencia de un delito: la culpabilidad.

Luego entonces, se entiende por culpabilidad, la relación directa dada entre la voluntad y el conocimiento del hecho en cuanto a la conducta ilícita realizada.

De conformidad con lo expuesto por diversos juristas la culpabilidad se define:

Eugenio Cuello Calón: "Cuando una conducta a causa de sus relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada".¹¹⁴ Aquí el autor se centra en el análisis del aspecto psicológico, el cual para el derecho es prácticamente campo vedado.

Luis Jiménez de Asúa: "En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la irreprochabilidad personal de la conducta antijurídica".¹¹⁵

Celestino Porte Petit: "Nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".¹¹⁶ Aplicable solamente a los delitos dolosos o intenciones y no a los culposos o no intencionales, en virtud de que en estos no es posible querer el resultado por su propia naturaleza involuntaria.

Fernando Castellanos Tena: "Nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".¹¹⁷ En esta idea, el autor se limita a eliminar las palabras "el resultado de"; en atención a que comparte la misma noción que Porte Petit, empero sin darle crédito a la voluntad consciente reprochable al autor por querer intencionadamente conseguir el resultado originado con su comportamiento ilícito, dado que el concibe la posible existencia de elementos que inculpan o disculpan al agente delictivo, legitimando su conducta a aminorando su reprochabilidad.

Sergio Vela Treviño: "Elemento Subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta".¹¹⁸

¹¹⁴ CUELLO CALÓN, EUGENIO. Op. Cit. Pág. 145.

¹¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. Op. Cit., Pág. 247.

¹¹⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Op. Cit. Pág. 218.

¹¹⁷ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Pág. 143.

¹¹⁸ VELA TREVIÑO SERGIO. "Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del Delito", Edit. Trillas, México, 1990, Pág. 172.

Para nosotros la culpabilidad es “La atribución de la exigencia en reproche y enjuiciamiento jurídico valorativo a determinado sujeto que genera una conducta ilícita, por existencia manifiesta de elementos que lo vinculan directamente con su obrar jurídico y típico”. Aquí cabe mencionar que el objeto directo de la valoración conductual, es en su caso, la factible imputación legal de reproche y sanción al sujeto responsable; me interesa desceñir en cuanto a la posible apreciación de tal factor de culpabilidad, no como elemento del delito, sino como una situación o hecho independiente que no es necesariamente componente del ilícito penal, sino una posible consecuencia cualitativa del resultado material lesivo sancionado, mediante el juicio de reclamo o reprobación correspondiente.

La culpabilidad, de acuerdo al sistema finalista es entendida como un juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica, en virtud de haber actuado en contra de las exigencias de la norma, pudiendo haber actuado de diferente manera. Se trata de un concepto eminentemente normativo de culpabilidad.

De lo que se desprende que para el sistema finalista la culpabilidad es eminentemente normativo y se requieren de los siguientes elementos:

- 1). Imputabilidad;
- 2). Conciencia de la antijuridicidad: y
- 3). la exigencia de otra conducta.

1) Que el sujeto sea imputable. La imputabilidad es el primer requisito para que pueda considerarse culpable a un sujeto. La imputabilidad a diferencia de lo que tradicionalmente se viene entendiendo como tal, por la doctrina tradicional, que decía que la imputabilidad es la mera capacidad de entender y de querer. Eso puede todavía leerse en casi la mayoría de autores mexicanos sobre todo los que dicen que la imputabilidad es la capacidad de

entender y de querer "a secas"; ese es un concepto, que, definitivamente, corresponde a lo que aquí debe entenderse por capacidad de culpabilidad o sea, la imputabilidad es capacidad de culpabilidad, y consecuentemente, no puede ser toda esa capacidad tan amplia que se le ha dado al concepto de imputabilidad "capacidad de entender y de querer", es sumamente amplia que para el sistema finalista es la capacidad de realizar acciones; porque para realizar acciones se requiere que el sujeto tenga conocimiento y tenga voluntad, y para ello se requiere previamente la capacidad de conocer y de querer.

Para efectos de la culpabilidad, la imputabilidad entendida como capacidad de culpabilidad es igualmente una capacidad psíquica del sujeto, pero mucho más restringida que la capacidad de entender y de querer a que se refiere el sistema tradicional.

Entonces, para que un sujeto sea imputable se requiere:

a) que tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta, que no es lo mismo que capacidad de "entender", sino es una capacidad mucho más restringida y;

b) Capacidad de determinarse o de motivarse para actuar de acuerdo a esa comprensión (se trata de una capacidad mucho más específica).

Eso es una cuestión psíquica previa para poder determinar si el sujeto es culpable o no.

2).- Conciencia de la antijuridicidad. Además de que el sujeto tenga la capacidad psíquica de comprender o de determinarse, se requiere que esa capacidad se actualice en el hecho que realiza el sujeto. Así otro elemento necesario para formular el juicio de reproche es la cognoscibilidad o conciencia de la antijuridicidad de la conducta. Cognoscibilidad es la posibilidad de

conocimiento o conciencia de la antijuridicidad. Ya dijimos que para actuar dolosamente no se requiere de la conciencia de la antijuridicidad, no se requiere la conciencia de la antijuridicidad para poder afirmar el dolo. Sin embargo, si se plantea necesario el análisis de esa conciencia de antijuridicidad pero para otros efectos, no para el dolo, sino para el juicio de reproche, aquí es donde se plantea este otro aspecto de carácter intelectual. Aquí es en donde hay que ver si ese sujeto que realizó la conducta antijurídica, en el momento de llevar a cabo el hecho, tuvo conciencia de lo que estaba haciendo, es o era contrario al derecho. Sólo en la medida en que ese sujeto haya tenido la conciencia de que lo que estaba haciendo era contrario al derecho, es que se puede considerar culpable. Esto es la actualización de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta, de tal manera que si aquí afirmamos que el sujeto no tiene la capacidad de comprender, entonces no puede actualizarse esa capacidad, no puede conocer que lo que está haciendo es antijurídico, entonces, se requiere previamente afirmar la capacidad psíquica.

3).- La exigencia de otra conducta. Finalmente, para demostrar la culpabilidad hay que determinar, de acuerdo a las circunstancias en que se lleva a cabo el hecho si ese sujeto, autor de la conducta antijurídica, tuvo o no tuvo la posibilidad de actuar de diferente manera, por eso se define a la culpabilidad como el juicio del reproche, cuando el sujeto actúa en contra de las exigencias de la norma pudiendo haber actuado de diferente manera, ese “pudiendo haber actuado” implica que el sujeto haya tenido alternativas de acción, es decir, diferentes posibilidades de acción; si se determina que ese sujeto en el caso concreto pudo haber actuado de diferente manera o como lo hizo, es decir, en lugar de dispararle a una persona para privarla de la vida, hubiera realizado otra actividad, entonces se dice que ese sujeto tenía otra alternativa.

A esta situación se le llama aquí, exigibilidad de otra conducta. Para que un sujeto sea culpable además de ser imputable y tener conciencia de la antijuridicidad se requiere que le sea exigible un comportamiento diferente, lo que

implica que haya podido actuar de diferente manera a como lo hizo. Esto es una exigencia que se viene planteando ya desde el año de 1922, como un requisito necesario para poder formular el juicio de reproche a una persona.

Ahora bien, se han desarrollado y aceptado comúnmente dos teorías en torno a la esencia o naturaleza que reviste el factor culpabilidad y son, a saber:

a) Psicológica, que se encuentra basada en la idea de que el aspecto culpabilidad, es un factor eminente de índole psicológica y valorativa del agente delictivo, analizando su conducta.

b) Normativa o Normativista, que se fundamenta en la imperatividad legal a la culpabilidad, esencialmente va dirigida a los sujetos que cuentan con la capacidad para obrar conforme a la norma jurídica y por ende, aquellos quienes pueden ser sujetos del juicio de reproche; por lo tanto los inimputables están excluidos de esta tesis, suscitándose un nuevo problema para la determinación de consecuencias jurídicas de reproche para los infractores legalmente incapaces.

Tipos de Culpabilidad

En apego a lo expuesto por nuestra legislación vigente, el Código Penal para el Distrito Federal, contempla dos grados o tipos de manifestación de la culpabilidad y son:

a) Dolosa que es conocida como el primer grado de la culpabilidad; el dolo es motivar o generar intencionalmente un resultado típico, teniendo conocimiento y conciencia de que el hecho provocado es contra derecho, también se conoce como delito intencionado o intencional, en virtud de la forma voluntaria que entraña por ser un proceso psicológico. De ahí que doctrinalmente se constituya por dos elementos, el ético, que es de naturaleza axiológica, puesto

que implica el conocer que se viola la norma jurídica; y además, el factor volitivo, que presupone la voluntad de producir la aludida conducta contra el derecho. Se traduce la voluntad delictiva como el dolo, se ha inclinado la enseñanza académica a clasificarlo en varias maneras, como directo, cuando el sujeto intencionalmente quiere realizar un determinado ilícito y causa materialmente el resultado, por lo que se da una conexidad entre la voluntad delictual y el resultado típico. De igual modo, coexiste el llamado dolo eventual o indirecto, si el sujeto activo pretende generar un estado típico, teniendo conocimiento de que con su obrar se puede generar otro distinto. Habrá dolo Genérico al darse la voluntad de provocar un delito, es decir, la intención consciente dirigida a generar el ilícito. Hay dolo específico si la característica conducta delictiva intencional se ajusta, en cada caso, a la que la norma penal exigen en cada caso específico, debiendo ser probado de manera precisa. El dolo será Indeterminado al darse la intención delictiva de forma precisa, sin que el sujeto activo quiera causar un determinado hecho delictivo.

b) Culposa que es un segundo tipo de culpabilidad, que es la (culpa stricto sensu); se entiende dogmáticamente como un segundo grado de culpabilidad, la culpa se presenta al causarse un resultado previsto típicamente, empero el agente que lo genera no lo realiza intencionalmente; por lo tanto, es originado por la negligencia o imprudencia, faltando al deber de cuidado o precaución, habiendo podido ser evitado o prevenido. En teoría penal se denomina también delito culposo, no intencional o imprudencial.

Elementalmente por lo regular con cinco diversas partes que son: La conducta (activa u omisiva), falta de precaución, cautela o cuidado que la ley exige, resultado material previsible y evitable, tipificación del resultado, y el nexo de causalidad (o de relación conducta-resultado) elementos que son fácilmente comprensibles per-se.

Ahora bien, se conocen en la teoría penal dos clases convencionales de la culpa, y son:

a) Consciente: De igual forma denominada culpa con previsión o con representación, que se da en el caso de que el agente delictivo tiene la posibilidad prevista del resultado típico causado, aunque no lo quiere y espera que este no se produzca.

b) Inconsciente: Se le refiere también culpa sin previsión o sin representación, y es cuando el sujeto delictivo no ha previsto la consecuencia típica, entonces efectúa la conducta sin considerar la posible ocurrencia del resultado ilícito y no previniendo lo acontecible y evitable se da el delito.

La culpa inconsciente o sin previsión, puede manifestarse en tres modalidades:

a) Lata: Existe mayor previsión del posible daño.

b) Leve: Existe menos posibilidad de previsión que en el caso anterior.

c) Levísima: Es el supuesto en el que existe la más mínima de las posibilidades de previsión.

PUNIBILIDAD

Pasemos ahora al repaso de una trascendental institución dentro del derecho penal, dado que su razón de ser es la de evitar y en su caso corregir las conductas ilícitas que vulneren o lesionen o incluso pongan en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la norma. Existe polémica en cuanto a la consideración o no de la punibilidad como elemento esencial del delito, aunque bien sabemos que en toda área del conocimiento sus diversos estudiosos no suelen coincidir

totalmente, siempre hay tendencias dominantes y en este caso específico, la doctrina dominante ha tenido a contemplar la punibilidad como elemento componente del delito; mas aún, si la contemplamos desde el punto de vista como una expectativa de relación que estigmatiza y alerta al delincuente, o como la posible existencia y aplicabilidad de sanciones, antecedidas por la previa amenaza penal, puesto que aunque bien es cierto que puede o no darse la pena, esto no implica que la posibilidad este suprimida y relevada del todo; si no, que razón lógica dotaría de sentido al Derecho Penal, como creación humana y estatal instrumento vigía de los valores colectivos y privados fundamentales, sin validar como determinante el hecho de que exista o no pena puede existir delito.

En su diccionario de Derecho Rafael de Pina, exclusivamente se contrae a definir Punible.- "Mercedor de castigo / Susceptible de castigo".¹¹⁹

Don Luis Jiménez de Asúa, con respecto al concepto de punibilidad al que se refiere empleando el término penalidad, funda la necesaria cuestión ¿es consecuencia o carácter del delito?, respondiéndose que es en si una característica específica del delito, elemento propiamente esencial y configurativo del mismo, como tinte de lo injusto dentro de su esencia, aduce que lo que caracteriza al delito en distinción a otras múltiples figuras e instituciones jurídicas de diversa metería o naturaleza, es precisamente el ser punible. Arguye finalmente que por ende, la punibilidad es "el carácter específico del crimen".¹²⁰ Considerando en particular enfoque, que fuera de las disquisiciones que plantea, no precisa, ni vierte un criterio dilucidante de lo que tal elemento representa.

Fernando Castellanos Tena señala que la punibilidad consiste en el "merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta", crítica además que se utiliza de manera impropia tal palabra para indicar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito

¹¹⁹ DE PINA VARA RAFAEL, "Diccionario de Derecho", Edit. Porrúa, México, 1970, Pág. 47.

¹²⁰ JIMÉNEZ DE ASUA LUIS, Op. Cit. Pág. 256.

y concluye señalando que “en resumen, punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales, y , c) Aplicación táctica de las penas señaladas en la ley”.¹²¹

José Antón Oneca, señala: Para que pueda calificarse de delictiva una acción es preciso que, además de típicamente antijurídica (esto es, incluida en una figura de delito y no comprendida en una causa de justificación) y culpable, éste conminada con una pena por la Ley. La penalidad es la nota específica que diferencia al delito de otras especies de infracción jurídica.

La penalidad tiene su contenido propio en el sistema de delito, pues hay acciones típicamente antijurídicas y culpables que, sin embargo, no son punibles. Esto ocurre cuando la Ley condiciona la punibilidad por ciertos elementos que no entran en la culpabilidad del sujeto (condiciones objetivas de punibilidad) o cuando las acciones antijurídicas y culpables dejan de castigarse; en virtud de determinadas eximentes fundadas principalmente en motivos de utilidad (las llamadas excusas involuntarias).¹²²

Es muy importante resaltar que independientemente de las consideraciones expuestas con respecto a la punibilidad, nuestro Código Penal Federal en su artículo 7 aduce que “delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales”... , denotando visos de amenaza penal y correlativo castigo.

A continuación señalaremos ciertas nociones ligadas a la punibilidad que en estudios del criminólogo Luis Rodríguez Manzanera se destacan:¹²³

a) Punición: es la fijación de la concreta privación o restricción de bienes del autor del delito

¹²¹ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Op. Cit. Pág. 254.

¹²² ANTON ONECA JOSE, Op. Cit., pp. 186 y sig.

¹²³ RODRÍGUEZ MANZANERA LUIS, *“Penología”*, 2º edic. Porrúa, México, 2000, Pág. 3. 92-95.

b) Pena: es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito. La pena es pues, la ejecución de la punición y se da en la instancia o fase ejecutiva.

c) Sanción: Se entiende como una consecuencia secundaria de la normatividad jurídica, además, en distintas ramas del derecho diferentes a la penal, se emplea como calificativo de cargas o castigos a los que se hace acreedor aquel que infringe disposiciones legales o incluso convencionales.

d) Penología: Es el estudio de la reacción social que se produce contra personas o conductas que son captadas por la colectividad (o por una parte de ellas) como dañinas, peligrosas o antisociales.

LA AUSENCIA DE CONDUCTA

En primera instancia, el elemento negativo de la conducta, es precisamente la ausencia de conducta, por lo que no ha lugar a que se de el delito. Se tratan casos específicos en los que hay conducta, los cuales se dan cuando existe impulso (poder de energía), expresado jurídicamente en sus orígenes con la voz latina vis (cuya connotación se aproxima al impulso de fuerza que provoca o mueve a hacer algo), en dos variantes, vis absoluta, que es una fuerza humana exterior e irresistible que constriñe al sujeto activo aparente a delinquir sin ser su voluntad la que lo impulsa; la otra clase es la vis mayor, que se traduce en una fuerza mayor proveniente de la naturaleza misma y que compele al agente delictivo a cometer el ilícito penal; la vis compulsiva, que es la falta de control de impulsos (psíquicos) que voluntariamente pueden modular la conducta. Además existen movimientos reflejos, fisiológicos y estados de inconciencia como son sueño, sonambulismo, hipnosis (la cual debe contemplarse con sus reservas), etcétera.

Como causas de ausencias de conducta, encontramos: **1)** fuerza exterior irresistible; **2)** movimientos reflejos; y **3)** estados de inconsciencia (sueño en su modalidad de sonambulismo y la hipnosis).

Todas estas causas de ausencia de conducta, quedan comprendidas dentro de la fracción I del numeral 29 de nuestro Código Penal en vigor para el Distrito Federal.

Artículo 29.- El delito se excluye cuando:

I. La actividad o inactividad se realicen sin la voluntad del agente...

Efectivamente en todos estos casos existe falta de voluntad del activo, faltando de esta forma la fase interna de la acción, o la no realización, voluntaria o involuntaria, de la acción esperada.

1) Fuerza exterior irresistible o vis absoluta.

Debe entenderse como la fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente y lo hace actuar como mera masa mecánica. Desde otro punto de vista, la fuerza irresistible ha de ser absoluta, de tal forma que no deje ninguna opción de voluntad a la persona que la sufre.

Existen dos fuerzas físicas irresistibles externas, es decir, que proviene del mundo exterior ya sea de la naturaleza o de un tercero y que hacen al sujeto un simple objeto o instrumento que provoca un mutamiento en el mundo del deber ser.

- Fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza o vis mayor. Es una fuerza proveniente de la naturaleza que actúa materialmente sobre el agente y lo hace actuar como mera masa mecánica, ocasionando un hecho en el mundo exterior, ejemplo de lo anterior es el daño que se ocasiona el conductor de

un vehículo, a una vivienda, a consecuencia de haber perdido el control por un terremoto, un huracán, etc. En este caso el ser humano actúa de una manera involuntaria. En el Código Penal se encuentra contemplada esta fuerza irresistible de la naturaleza, en la fracción X del numeral 15, denominado también “caso fortuito”.

- Fuerza irresistible proveniente del hombre o vis absoluta. Esta proviene de la acción de un tercero, y trae como consecuencia la ausencia de conducta sobre el que sufre la fuerza física irresistible, siendo culpable de la acción típica, antijurídica y culpable el tercero que ejerció la fuerza. Es claro que la persona que es empujada por la espalda y a consecuencia de esta fuerza rompe un cristal no es responsable de la lesión al patrimonio del pasivo, en cambio el tercero que lo empujó es el responsable de la conducta típica, antijurídica y culpable. Es oportuno no confundir esta fuerza con el estado de necesidad, ni la legítima defensa, en virtud de atacar estas últimas la antijuridicidad, mientras la fuerza irresistible proveniente de un tercero da una ausencia de conducta.

La siguiente Jurisprudencia, sostiene lo ya dicho aquí en cuando a la fuerza física irresistible, y aunque habla de excluyente de responsabilidad, es dado a la nomenclatura que tenía antes el numeral 29 del Código Penal.

Fuerza Física Exterior irresistible Excluyente de responsabilidad de. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño. Quinta Época. supl. 1965, pág. 241. A.D. 86/52. supl. de 1956, pág. 295. A.D. 2216/53. Sexta Época, segunda parte: Vol. XXI, pág. 70 A.D. 5191/48. Vol. XXII, pág. 105. A.D. 4786/53. Vol. LI, pág. 63. A.D. 1348/62.

Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esta posibilidad, no cabe apreciar esta eximente. No es lo mismo el sujeto que a consecuencia de un empujón rompe el cristal que se encontraba enfrente de él, que la persona que rompe un cristal, al ser ordenado por su agresor, el cual lo amenaza de que si no lo hace padecerá un mal en su integridad física. En el primer caso falta la acción, al no poder el sujeto ni siquiera manifestar su voluntad. En el segundo caso, la voluntad existe pero está viciada en sus motivaciones de salvaguardar un bien de mayor jerarquía que el que se viola.

2) Movimientos reflejos.

Son movimientos reflejos, aquellos movimientos corporales del sujeto, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.

Los movimientos reflejos tales como las convulsiones epilépticas, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano. También, existe movimientos reflejos cuando el sujeto que al sentir el fuego, mueve la mano rápidamente y con este movimiento rompe un jarrón que se encontraba cerca de él, dicho movimiento es del dolor que le produce el fuego al contacto con su piel, por lo cual el no es responsable de una conducta, ya que el movimiento lo hizo a consecuencia del estímulo que le produjo la quemadura que acababa de sufrir de su propio cuerpo.

Refiere Muñoz Conde que distintos de los movimientos reflejos son los actos en "corto circuito", las reacciones impulsivas o explosivas, en los que la voluntad participa, así sea fugazmente, y que por lo tanto no excluyen la acción.¹²⁴

3) Estados de inconsciencia.

También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el somnambulismo y el hipnotismo. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.

- **Somnambulismo.** Sueño anormal durante el cual el paciente se levanta, anda y a veces habla. En ocasiones se han planteado casos hipotéticos, como el de que si una persona al estar caminando en un estado de sonambulismo y rompe un objeto o toma un objeto es responsable de una conducta, la doctrina a determinado que en estos casos no existe la voluntad y el activo actúa en un estado de inconsciencia.

- **Hipnotismo.** Según el diccionario de la Legua Española, el hipnotismo es el procedimiento para provocar el llamado sueño magnético por la fascinación, mediante el influjo personal o aparatos adecuados.

Se discute por la doctrina si la hipnosis puede dar lugar a una ausencia de conducta. La opinión dominante se inclina por la negativa, aunque como lo refiere la psicología, si es factible que una persona hipnotizada este bajo el control del hipnotizador, y en este caso solo actúe como instrumento del hipnotizador (autor mediato).

¹²⁴ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. "*Teoría General del Delito*" Op. Cit. p. 14.

Aunque en los estados de inconsciencia falta la acción, pueden ser que el sujeto se haya colocado voluntariamente en ese estado, es decir, el hipnotizado se haya dejado hipnotizar para delinquir.

CAUSAS DE ATIPICIDAD O AUSENCIA DEL TIPO.-

Señala Jiménez de Asúa que ha de afirmarse que existe ausencia de atipicidad:

a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en leyes penales especiales y

b) Cuando la Ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con características antijurídicas.¹²⁵

Por nuestra parte consideramos que si la tipicidad consiste en la adecuación al tipo y este puede contener varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede adecuarse a uno o más elementos del tipo, pero no a los que el mismo tipo refiere.

Resulta transparente la situación de que al anteponerse el prefijo “a”, cuya significación griega se traduce en la carencia, privación o ausencia de algo; es decir “sin”, nos evoca necesariamente a la adecuación o no adecuación de la conducta desplegada al tipo penal precisado en la norma, por lo tanto se origina la inexistencia del delito, de forma tal que en toda atipicidad hay falta de tipo, al no encuadrarse precisamente en la descripción legal un hecho específico. Ahora, se

¹²⁵ JIMENEZ DE ASUA LUIS, Op. Cit., p. 177.

puede causar la inexistencia del delito al darse la ausencia del tipo penal, esto es, cuando en el ordenamiento legal previamente existente a la comisión del hecho que se analice no se da la presencia de una descripción típica de una determinada conducta, así pues, si la legislación no define la presencia de un tipo penal especial para cada conducta, esta no podrá ser castigada con base al principio de legalidad. Las causas de atipicidad, en resumen son:

- Ausencia de la calidad (cualidad) o del número (cantidad) exigido por la ley, en relación a los sujetos activo o pasivo;
- Carencia del objeto material o jurídico;
- Si no se cumplen las referencias temporales o especiales exigidas en el tipo;
- Cuando el hecho no se realiza a través de los medios comisivos indicados especialmente en la ley;
- Si no se reúnen los elementos subjetivos del delito exigidos legalmente; y,
- Al no concentrarse en su caso, la antijuridicidad especificada por el injusto penal.

Para señalar las atipicidades, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo penal.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O DE LICITUD.

No obstante denominarse "causas de justificación" las que excluyen la antijuridicidad, el hecho cubierto por ellas no está justificado, sino que es lícito. Indebidamente se llaman causas de justificación, ya que si su presencia tiene la

virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito.

Cuando una conducta típica no es antijurídica, es lícita y por tanto no hay delito, según Jiménez Asúa son causas de justificación, las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede sumirse en un tipo legal ¹²⁶

Esto es, dichas causas conforman el elemento negativo de la antijuridicidad, impidiendo con ello la integración del delito.

Por otro lado, refiere Orellana Wiarco dentro de la teoría finalista de la acción que la conducta típica es un indicio de la antijuridicidad de la misma, es decir, ese indicio puede ser desvirtuado; en efecto, el propio orden jurídico al lado de las normas prohibitivas en ciertos casos opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierta en deber jurídico completo, y así aparecen las llamadas “ causas de justificación “ Las causas de justificación no excluyen la Tipicidad, es decir, por ejemplo la acción típica dolosa subsiste, pero esa conducta típica dolosa no será antijurídica, si aparece una causa de justificación. La acción de privar de la vida a otro, en legítima defensa, deja subsistente la materia de prohibición, el tipo, lo que anula es la antijuridicidad de la conducta, el hecho concreto está amparado en una determinada causa de justificación.¹²⁷

En nuestro ordenamiento legal, el numeral 29 del Código Penal, hace mención como causas de licitud, la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, al expresar:

Artículo 29.- El delito se excluye cuando:

¹²⁶ Ibidem, p. 284.

¹²⁷ ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO, Op. Cit. p.110.

..IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;

1. LEGITIMA DEFENSA

El fundamento de la legítima defensa tiene su base en que el agresor y defensor no se hayan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico. Mientras que el agresor niega el derecho, el defensor lo afirma. Siendo así que el

derecho se inclina a favor del defensor y le permite lesionar al agresor en toda la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el derecho. La legítima defensa encuentra su razón de ser, en la defensa del derecho mismo, en el marco de los bienes jurídicos individuales.

Carrara al abordar la legítima defensa, enseña que: “la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada de actuar”. Es entonces, que la función de castigar cesa en la sociedad” cuando la defensa es privada puede ser eficaz y la pública es importante. Ello es así porque el Estado impotente, debe admitir la defensa del particular como “una defensa pública subsidiaria”.¹²⁸

Por su cuenta Pavón Vasconcelos reconoce la impunidad de quien obra en legítima defensa de bienes jurídicos, pues a pesar del daño causado su proceder se justifica en atención a la existencia de la agresión injusta, con lo cual se impide la integración de la antijuridicidad del hecho. Frente al interés particular del injusto agresor, tiene mayor preponderancia ante la ley, el interés de quien defiende la conservación del orden y la primacía del Derecho tutelado.¹²⁹

Los elementos que constituyen la Legítima Defensa, a que hace alusión el numeral 29 del Código Penal en vigor, en su fracción IV, son:

1.- Una agresión.

- a) Ser actual.**
- b) Ser violenta**
- c) Ser sin derecho**
- d) Que de ella resulte un peligro inminente**

¹²⁸ CARRARA FRANCISCO. Op. Cit. p.291.

¹²⁹ PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, *“Delitos contra el patrimonio”* Op. Cit. p. 320.

2.- Que la Agresión recaiga en ciertos bienes jurídicos

- a) Defensa de la propia persona
- b) Defensa del honor
- c) Defensa de los bienes
- d) Defensa de otra persona o de sus bienes

3.- Que la reacción de defensa, sea necesaria.

- a) Proporcionalidad entre el hecho agresivo y el hecho defensivo
- b) Carácter inevitable de este último para rechazar la violencia, lo cual implica la contemporaneidad del acto de violencia y del de defensa.

1. Una agresión.- La agresión se entiende tradicionalmente como acometimiento físico contra la persona, más sin embargo en la actualidad se tiende a admitir también ataques a bienes inmateriales como la honestidad y el honor antes excluidos. Según el Diccionario de la Real Academia, el término agresión puede entenderse no solo como acometimiento físico, sino también como acto contrario a derecho.

Por lo que se refiere al aspecto subjetivo de la agresión, ¿requiere este propósito lesivo?. Para que concurra una agresión que pueda ser calificada de ilegítima, es preciso al menos que se halle constituida por un comportamiento humano. Será necesario pues, que concurra una voluntariedad no excluida por fuerza irresistible, inconsciencia o actos reflejos.

a) Ser actual.- Aunque la letra de la ley se limita a exigir que la agresión sea ilegítima, el segundo elemento fundamental de la legítima defensa, la necesidad de defenderse, se deriva la necesidad de que la agresión sea también actual. Es este, pues, un requisito puente entre la agresión y la defensa. En efecto si el Código Penal exige que se actúe en defensa de la persona, personas o derechos, será necesario que ya haya o todavía haya, posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado. Ello

exige que la agresión suponga ya un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada.

b) Ser violenta.- Esta violencia por su naturaleza puede ser: física, fuerza material en el cuerpo de las personas o cosas objeto de la agresión; o moral amagos, amenazas a las personas de un mal presente e inmediato, capaz de intimidar.

c) Ser sin derecho.- Si la agresión es justa, por ejemplo, realizada por una autoridad que obre legítimamente, la reacción defensiva no puede quedar amparada por la impunidad siendo este elemento (sin derecho) de tono negativo, no puede ser probado directamente y se llegue a establecerlo por un razonamiento de exclusión.

d) Que de ella resulte un peligro inminente.- el peligro es la posibilidad de daño o mal, la inminencia indica, ha de ser "de presente", es decir, próximo, inmediato, actual.

2.- Que la agresión recaiga en ciertos bienes jurídicos:

a) Defensa de la propia persona. Debiendo entenderse en este punto por personas exclusivamente a las físicas, por que las morales no son aptas por sí mismas por su propia defensa; los ataques contra las personas pueden ser muy variadas, tendiendo a lesionar diversos bienes jurídicos: vida, integridad corporal, libertad física, libertad sexual, etc.

b) Defensa del honor. Nuestro Código Penal confunde el concepto de honor con el de reputación de las personas, según se desprende auténticamente de la denominación dada como delitos contra el honor a la difamación y a la calumnia. Para la inexistencia de la legítima defensa del honor y concepto de éste.

c) Defensa de los bienes. Entiéndanse entre ellos todos los de naturaleza patrimonial corpórea e incorpórea; también se pueden incluir todos los bienes jurídicos, es decir todos los derechos subjetivos de agresión.

d) Defensa de otra persona o de sus bienes. Aquí entran las defensas de terceros, la de personas morales en sus bienes.

3.- Que la reacción de defensa sea necesaria y este dirigida a frustrar la agresión.

El Código Penal exige que exista necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, (la agresión). Es precisa tanto la necesidad de defenderse de alguna forma (necesidad abstracta de la defensa), como la necesidad del medio defensivo concretamente empleado (necesidad de la concreta defensa). La distinción tiene consecuencias importantes: si falta toda necesidad de defenderse no cabe apreciar ni la legítima defensa completa, ni la eximente incompleta, puesto que falta un elemento fundamental de la eximente; si, en cambio, habiendo necesidad de defenderse la defensa concretamente empleada es excesiva (exceso intensivo), podrá apreciarse la eximente incompleta.

a) Proporcionalidad de este último entre el hecho agresivo y el hecho defensivo. Como toda causa de justificación, la legítima defensa requiere el elemento subjetivo de justificación consciente en el conocer y querer los presupuestos objetivos de la situación. El sujeto debe saber que se defiende de una agresión ilegítima o defiende sus bienes o bienes ajenos.

b) Carácter inevitable de este último para rechazar la violencia, lo cual implica la contemporaneidad del acto de violencia y del de defensa. Requisito específico de la legítima defensa, que la propia persona o derechos, es la falta de provocación suficiente por parte del que defiende.

En *contrario sensu*, se concluye que no existe legítima defensa, cuando:

- **La defensa no es legítima cuando se pruebe**, que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ello.
- **No es legítima la defensa cuando se pruebe**: Que previo el agredido la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.

Lo anterior se robustece con la siguiente tesis jurisprudenciales, las cuales hacen distinción entre la legítima defensa y el cumplimiento de un deber.

No. Registro: 209.524

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XV, Enero de 1995

Tesis: VI.3o. 185 P

Página: 256

LEGITIMA DEFENSA, NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO, NO SE DEMUESTRA SI EL ACTIVO SE ENCONTRABA EN ESTADO DE EBRIEDAD.- Si el acusado que afirma actuó en legítima defensa se encontraba en estado de ebriedad el día y hora del evento delictivo, ello revela que no tenía el suficiente raciocinio para determinar cuál era el grado necesario de defensa que debía emplear para repeler la agresión por parte de su atacante. Efectivamente, para considerar que el medio empleado por una persona en su defensa o en la de terceros, fue racional, obviamente se requiere que dicha

persona se encuentre lúcida, pues sólo de esta manera podrá razonar cuál es la medida necesaria de la defensa; así por ejemplo, una persona lúcida que repele una agresión utilizando un arma de fuego, podrá percatarse después de haber efectuado un primer disparo en contra de su agresor, si es necesario un segundo disparo o el que hizo fue suficiente para que su atacante cese su agresión.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 371/94. Juan Alonso Flores. 23 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores.

LEGITIMA DEFENSA Y NO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.- El deber de un velador es cuidar las cosas que se encuentran a su cargo, y si alguien en horas de la noche pretende entrar con propósito aviesos, el daño que el velador le cause a esa persona se encuentra amparado por la presunción de legítima defensa que la ley consigna y no por la justificante de cumplimiento de un deber, su deber como velador es de carácter contractual, y el cumplimiento del deber a que se refiere la excluyente es de aquellos que tienen entidad legislada.

Sexta Época, Segunda parte: Vol. 2, pág. 19. A. D. 7820/68. José Bueno González.

Unanimidad de cuatro Votos."

Un claro ejemplo de lo anterior es el cuerpo policiaco toda vez que a sus miembros se les proporcionan armas tan solo en atención a que se parte de la base de que actuaran en un medio peligroso y pueden ser objeto de actuación; el arma se les entrega para su defensa, pero no para que indiscriminadamente la utilicen, aún cuando el delincuente o infractor no acate la orden que se le de.

Diverso es el caso en que el policía hace uso de su arma para evitar la consumación de un delito en perjuicio de un tercero, ya que en semejante hipótesis se estaría en presencia de una legítima defensa a favor del tercero en cuestión.

Semanario Judicial de la Federación,, Tomo 56, pág. 35. Segunda Parte. Séptima Época."

2. ESTADO DE NECESIDAD.

Raúl Zaffaroni, refiere que el fundamento general del estado de necesidad justificante es la necesidad de salvar el interés mayor, sacrificando el menor, en una situación no provocada de conflicto extremo.¹³⁰

Carrancá y Rivas y Carrancá y Trujillo al hablar del tema señalan: "En el estado de necesidad se ha de tratar de salvar la persona o bienes, o la persona o bienes de tercero, de un peligro real, grave e inminente. Peligro real es el que objetivamente existe, el que no es imaginario; de donde la apreciación de este requisito impone al juzgador el examen del caso. El peligro ha de ser también inminente. Y por último, ha de ser grave. La inminencia, que contemporaneidad entre el peligro y necesidad de impedir que se objetive el daño, da nueva naturaleza objetiva a la excluyente". Robustece lo anterior las siguientes Jurisprudencias sacadas de este último libro.

No. Registro: 221.272

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

¹³⁰ ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, Op. Cit. p. 533.

Tomo: VIII, Noviembre de 1991

Tesis:

Página: 142

ABORTO, INEXISTENCIA DE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD POR ESTADO DE NECESIDAD EN EL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).-La excluyente de responsabilidad por estado de necesidad, prevista por la fracción III del artículo 343 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, como todas las de su especie, se configura cuando la realización de la conducta típica, en este caso el aborto, se produce ante una situación de peligro actual, grave e inminente, como la muerte de la madre, que sólo puede resolverse en esa forma, es decir, provocando la muerte del producto de la concepción, porque únicamente por esa vía es dable salvar la propia vida de la madre; de manera que si no se actualizan los elementos que típicamente la integran, no surge esa causa de inexistencia del delito, máxime si no se justifica el sacrificio del bien jurídico tutelado por el artículo 339 de la legislación en comento para salvar otro también protegido por la ley penal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 44/90. Martín Rzepka Glockner y otros. 14 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Un claro caso de estado de necesidad, lo son los náufragos que para sobrevivir, implementan el canibalismo. Matando a una persona para la subsistencia de la colectividad.

No. Registro: 234.176

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 187-192 Segunda Parte

Tesis:

Página: 31

ESTADO DE NECESIDAD.- La situación económica del autor de un delito no implica necesariamente que lo ampare la excluyente conocida como estado de necesidad, la que no implica una urgencia económica, sino la presencia de un peligro común a dos bienes jurídicos que al ser resuelta por el particular trae aparejada la afectación de uno de los bienes en conflicto, y se trate de una inculpabilidad si es que se respeta la jerarquía, pues no le es exigible al particular sacrificar el bien propio para salvar el ajeno, siempre que se trate de bienes de igual entidad, o que el propio sea de mayor entidad que el ajeno; es decir en el estado de necesidad la excluyente opera si se afecta un bien de igual o menor entidad, y no puede hablarse de que exista dolo porque la decisión no se toma de propia voluntad sino que las circunstancias la imponen. Por lo tanto, si el delito imputado lo es introducción al país de un enervante, no tiene por qué invocarse el estado de necesidad como excluyente aun suponiendo sin conceder que el demandante se encontrara en extrema necesidad económica y que fue por ello que aceptó la introducción ilegal de la sustracción al territorio nacional.

Amparo directo 4598/84. Carlos Alberto Ramírez Salazar. 24 de octubre de 1984. Cinco votos. Ponente: Carlos de Silva Nava.

No. Registro: 235.336

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 84 Segunda Parte

Tesis:

Página: 55

Informe 1975, Segunda Parte, Primera Sala, página 44.

MIEDO GRAVE, TEMOR FUNDADO Y ESTADO DE NECESIDAD.-

En la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, se consignan tres excluyentes, cuales son el miedo grave, el temor fundado, y el estado de necesidad. La opinión generalizada en relación al miedo grave es en el sentido de que entraña una inimputabilidad al provocar un automatismo en quien lo padece y, según tal opinión, se maneja con la técnica del trastorno mental transitorio. Puede suceder que el miedo grave no provoque automatismo, y para que tenga entidad propia como excluyente dentro de la sistemática del Código Penal a que se hace referencia, debe decirse que entraña una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, diferenciándose del estado de necesidad, en que en este último el conflicto se plantea entre dos bienes que se encuentran en un plano de licitud, amenazados de un mal común, y uno de los dos bienes que se encuentran en conflicto, es el que resulta afectado; en cambio, en el miedo grave como causa de inculpabilidad, el conflicto se plantea entre la esfera jurídica de quien lo sufre y la de un tercero ajeno a la situación de quien produce el miedo (si es que se produce a virtud de conducta humana), y éste es quien resulta afectado al actuar quien sufre el miedo para escapar de la situación que lo provoca. Por otra parte, en el temor fundado hay allanamiento de contenido formalmente delictivo de quien lo sufre a la existencia de quien lo provoca, y es una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, debiendo atenderse al principio de la evaluación de los bienes en consulta.

Amparo directo 3071/73. Silvia Martínez viuda. de Acosta. 23 de octubre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretario: Javier Alba Muñoz.

3.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO

Opera una causa de justificación cuando la conducta típica se realiza en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.¹³¹

El deber cuyo cumplimiento impide la ilicitud del hecho a de ser de índole jurídico, es decir, impuesto por la ley, en consecuencia, obligaciones de otra clase por ejemplo morales, religiosas, sociales, familiares no están comprendidas en esta categoría porque obedecen a relaciones o creencias sin aquella fuerza vinculante que solo emana de la ley.

El concepto de ley, debe tomarse en sentido *latu*, como disposición "de carácter general, emanada de un poder público, dentro de la esfera de sus atribuciones", por lo que han de entenderse como leyes bajo este respecto, no solo las que emanen del Congreso, sino también los decretos, ordenanzas, acuerdos y reglamentos.

Porte Petit, citando a Ranieri, manifiesta que: "Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma; es decir cuando debe comportarse como se comporta porque una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad pública se lo impone sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado:"¹³²

¹³¹ REYNOSO DAVILA ROBERTO, "*Teoría General del Delito*" Op. Cit., p. 166.

¹³² PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Op. Cit. p. 475.

De lo anterior se desprende que los deberes y derechos necesariamente deben estar consignados en la ley, quedando descartados los de exclusiva naturaleza moral o religiosa.

También Roberto Reynoso señala que en cuanto a excluyentes de incriminación derivadas de obrar en cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, o de un cargo, profesión u oficio, Luis Jiménez de Asúa señala diversas situaciones:

- a) Ejecución de la ley o actos ordenados por ella, que a veces se traduce en la práctica en órdenes de actos legítimos de la autoridad. Aquí se deberá también considerarse el caso de actos que la ley faculta a ejecutar;
- b) Cumplimiento de un deber, que no sólo abarca el impuesto por el servicio, sino aquel a que está obligado el individuo
- c) Ejercicio de un derecho que comprende casos muy variados, en particular las vías de hecho, de que es muestra particular el derecho de retención, el derecho de corrección y el disciplinario;
- d) Ejercicio profesional, en especial la defensa en juicio del abogado, el ejercicio de la medicina y el uso de armas por el que tiene derecho de llevarlas y emplearlas;
- e) Privilegios de función (parlamentarios, diplomáticos, entre otros)¹³³

A continuación se señalan algunos criterios jurisprudenciales de nuestros más altos tribunales, al respecto:

No. Registro: 212.203

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

¹³³ REYNOSO DAVILA ROBERTO, "Teoría General del Delito" Op. Cit. p. 166.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XIII, Junio de 1994
Tesis:
Página: 547

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO.- Para detener o lograr la captura de quien huye ante la intervención de la autoridad la ley no autoriza a disparar sobre el fugitivo; por lo tanto, la conducta policiaca que así produce daños configurativos de delito no puede en principio quedar legalmente justificada por la excluyente de cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 955/93. Miguel Angel Landeros Toto. 9 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Mónica Saloma Palacios.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917- 1988, Segunda Parte, Jurisprudencia 572, páginas 984 y 985.

No. Registro: 236.114
Tesis aislada
Materia(s): Penal
Séptima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 56 Segunda Parte
Tesis:
Página: 29

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO.

DISTINCION.- Se incide en un error técnico al equiparar el cumplimiento de un deber con el ejercicio de un derecho, pues aun cuando ambas excluyentes son justificantes, en el caso del ejercicio de un derecho se trata de una situación potestativa, en tanto que en el cumplimiento de un deber la acción es compulsoria; en el ejercicio de un derecho el sujeto puede o no ejecutar la acción y si la ejecuta queda exento de pena a virtud de que su conducta es jurídica, en tanto que el cumplimiento de un deber el gobernado está obligado a actuar.

Amparo directo 6115/72. Francisco Mercado de Rosas. 20 de agosto de 1973. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

No. Registro: 246.147

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Séptima Época

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 32 Séptima Parte

Tesis:

Página: 15

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE.- Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley.

Amparo directo 512/66. Pedro Antonio Montero. 24 de agosto de 1971. Mayoría de tres votos. Ponente: J. Ramón Palacios.

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad, consiste en la capacidad de querer y entender el mundo del Derecho.

Jiménez de Asúa define de la siguiente manera: son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de lamente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.¹³⁴

Castellanos Tena define a la imputabilidad como "la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal" (como ya lo vimos este concepto es erróneo)¹³⁵. Conceptualmente -define Vela Treviño- "la imputabilidad es la capacidad de auto determinación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta "¹³⁶

De la misma forma, el maestro Jiménez Asúa realizó una clasificación de las causas de inimputabilidad, siendo las mismas:

- a) Falta de desarrollo mental:
 - la minoría de edad se reconoce en los códigos como eximente
 - sordomudez
- b) Falta de salud mental
- c) Trastorno mental transitorio

¹³⁴ JIMENEZ DE ASUA LUIS, Op. Cit. p. 311.

¹³⁵ CASTELLANOS TENA FERNANDO, Op. Cit. p. 217.

¹³⁶ VELA TREVIÑO SERGIO, Op. Cit. p.18.

- Embriaguez
- Fiebre y dolor.

Muñoz Conde al hablar del tema refiere. "... Es pues, la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos inculpabilidad. En la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez o por defectos psíquicos de cualquier origen, no podrá hablarse de culpabilidad"¹³⁷

Nuestro Código Penal en su artículo 29 señala las causas de inimputabilidad en la siguiente fracción:

Artículo 29.- El delito se excluye cuando:

VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

López Betancourt en su obra de Teoría del Delito señala como causas de inimputabilidad las siguientes:

1.- Inmadurez mental

¹³⁷ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. "*Teoría General del Delito*," Op. Cit. p. 107.

- 2.- Trastorno mental transitorio
- 3.- Falta de salud mental
- 4.- Miedo grave.¹³⁸

Al respecto tenemos el siguiente criterio jurisprudencial:

No. Registro: 234.512

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 157-162 Segunda Parte

Tesis:

Página: 77

Genealogía:

Informe 1982, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 39, página 25.

LEGITIMA DEFENSA Y TRASTORNO MENTAL COMO CAUSAS DE JUSTIFICACION Y DE INIMPUTABILIDAD, RESPECTIVAMENTE. DIFERENCIAS.-

Es incuestionable que la legítima defensa y el trastorno mental transitorio no pueden operar concurrentemente, en atención a su distinta naturaleza, pues en tanto aquélla es una causa de justificación, en la que el sujeto actúa en forma voluntaria y lúcida, por demandar su estructura la presencia del animus defendendi, entendido como conciencia de la agresión y voluntad de defensa, el trastorno mental transitorio es una situación de inimputabilidad en el agente, cuyas facultades cognitivas y volitivas han sido afectadas, al grado de no tener capacidad tanto para apreciar el mandato normativo y valorar las consecuencias de su conducta, como para determinarse espontáneamente.

¹³⁸ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "*Teoría del Delito*" Op. Cit., p. 192.

Amparo directo 8378/81. Oscar Figueroa Félix. 21 de junio de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

Nota: En el Informe de 1982, la tesis aparece bajo el rubro "LEGITIMA DEFENSA Y TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, INCOMPATIBILIDAD DE."

CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

La inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento, o la voluntad.

Asimismo, se han dado definiciones, sobre las causas de inculpabilidad; dentro de las más destacadas encontramos la de Mayer, quien las llama causas de inculpabilidad o causas de exculpación. Las causas de exculpación excluyen la culpabilidad, es decir, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Se ha considerado importante diferenciar a éstas, con las causas de inimputabilidad, señalando que en estas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta, porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve.

Finalmente diremos, que la inculpabilidad consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Por lo anterior, la base de la inculpabilidad es el error, teniéndose varios tipos de éstos, según el dicho del maestro López Betancourt:

a) Ignorancia y error: Se ha considerado que ambos son actitudes psíquicas del sujeto, en la efectuación de alguna conducta. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, por lo que es de esperarse que la conducta se realice en sentido negativo.

El error, por su parte, es una idea falsa o equivocada respecto del un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.

El error se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho a su vez se clasifica en esencial y accidental, abarcando este último el error en el golpe, en la persona y en el delito.

Error de Derecho: Tradicionalmente se ha estimado, cuando un sujeto en la realización de un hecho delictivo alega ignorancia o error de la ley, no habrá inculpabilidad, siguiendo el principio de que “la ignorancia de las leyes a nadie beneficia”.

Error de hecho: a su vez se subdivide en error esencial y error accidental, también llamado por algunos autores como in-esencial.

El error esencial, el sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es jurídica, es decir, hay desconocimiento de su antijuridicidad.

Error accidental: El error accidental no recae sobre circunstancias esenciales de hecho, sino en secundarias. Se subdivide en error en el golpe, error en la persona y error en el delito.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 29 señala las causas de inculpabilidad en la siguiente fracción:

Artículo 29.- El delito se excluye cuando:

... VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.

Al respecto nuestro más altos Tribunales has señalado:

No. Registro: 179.912

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XX, Diciembre de 2004

ERROR DE PROHIBICIÓN. LA PERTENENCIA A UN DETERMINADO GRUPO ÉTNICO O EL BAJO NIVEL ESCOLAR NO SON SUFICIENTES POR SÍ MISMOS PARA ACREDITAR AQUÉL COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD Y, POR CONSIGUIENTE, DE EXCLUSIÓN DEL DELITO.- La sociedad mexicana cuenta con una evolución y nivel sociocultural suficiente para que cualquiera de sus miembros, con excepción de quienes se encuentren en estado de inimputabilidad, generalmente y salvo prueba en contrario, entiendan, comprendan o tengan conocimiento o noción que las actividades relacionadas con el narcotráfico están prohibidas y su realización constituye delito o es una conducta socialmente reprochable, y es esa conciencia de ilicitud o incorrección del comportamiento, meramente genérica, elemental o de noción, lo que se configura como elemento de culpabilidad sin que sea factible la pretensión de que ese conocimiento tuviese que ser técnico o especializado desde un punto de vista jurídico. En tal virtud, ni la pertenencia a un determinado grupo étnico o el bajo nivel de escolaridad son causas suficientes, por sí solas, para pretender acreditar un error de prohibición (directo o indirecto) como causa de inculpabilidad y, por consiguiente, de exclusión del delito. Por tanto, ese potencial estado de desconocimiento absoluto y extremo, obviamente de excepción, capaz de eliminar el juicio de reproche, debe ser objeto de acreditamiento precisamente bajo el principio lógico y de valoración elemental conforme al cual lo ordinario se presume y lo excepcional se demuestra.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 978/2003. 8 de julio de 2004. Unanimidad de votos.
Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS:

Siguiendo la misma tesitura que hasta este momento hemos tenido, podríamos concluir que al aspecto negativo de la punibilidad se le llama excusas absolutorias.

Jiménez de Asúa dice que son excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente establecidas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente.

Carrancá y Trujillo divide a las excusas absolutorias, desde el punto de vista subjetivo o escasa temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados; las excusas en razón de los móviles afectivos revelados, son aceptadas, ya que la acción que el sujeto desarrolla “acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble

b) Excusas en razón de la copropiedad familiar; las excusas en razón de la copropiedad familiar se han querido fundamentar en motivos de intimidad o en una supuesta copropiedad familiar.

c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela; las excusas en razón de la patria potestad o de la tutela, tienen su supuesto en el hecho de que quienes ejercen la patria potestad pueden corregir y castigar a sus hijos de una manera mesurada y que a ellos les incumbe la educación conveniente de los hijos.

d) Excusas en razón de la maternidad consciente; las causas en razón de la maternidad consciente, se refieren a que no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

e) Excusas en razón de interés social preponderante: las excusas en razón del interés social preponderante, se refieren a que debido al interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública, es punible el no procurar impedir por todos los medios lícitos que estén al alcance del sujeto, la consumación de los delitos que sepa van a cometerse o que se estén cometiendo

f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada.

Es importante señalar que actualmente muchas de estas ya no aplican en nuestra legislación en vigor, sin embargo resulta evidente la importancia de su estudio.

Hasta este momento hemos estudiado los elementos positivos y los elementos negativos del delito, a continuación y sólo para hacer más sencillo el estudio de la Teoría del Delito se transcribe un cuadro en el cual se hace la comparación de los elementos positivos y negativos antes referidos.

Sin embargo desde este momento señalo que dicho cuadro no es obra personal sino del reconocido autor Jesús Martínez Gamelo, sin embargo en lo personal, el mismo fue de gran utilidad para la comprensión de la teoría del delito y es por ese motivo que a continuación se transcribe:

**ELEMENTOS POSITIVOS
DE LA CONDUCTA**
(Actividad)

Forma en que el hombre se expresa o pasivamente.

Comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

Es un hacer voluntario final, tiene un aspecto interno (proposición de un fin y selección de los medios) y un aspecto externo (puesta en marcha de la causalidad).

Conducta, es sinónimo de acción y de actos.

La omisión, no existe como forma de acción o de conducta, sino que antes del tipo todas son acciones. **Sin el tipo**, no se distinguen las omisiones del no hacer.

El no hacer causal y el resultado forman un ente pragmático.

Acción, es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, esto es la acción volitiva humana.

Elementos de la omisión (abstención, resultado y nexos causales).

Elementos componentes de la acción (acto de voluntad corporal, resultado y nexos causales).

Resultado Material, es el efecto

**ELEMENTOS NEGATIVOS
AUSENCIA DE CONDUCTA**
(Falta de actividad)

Fuerza Física Irresistible, cuando un sujeto realiza alguna conducta de apariencia delictiva, pero dicha conducta no puede atribuirse a la persona como un hecho voluntario, la energía de la naturaleza o de animales, el hipnotismo o el sonambulismo, etc.

Pueden provenir de un tercero el que realiza la acción, ejemplo: Juan empuja a Luis contra una vidriera, esta se rompe y causa daños, Luis no lo quiso, no lo deseaba.

El sujeto opera de manera mecánica e involuntaria.

Puede provenir de una fuerza de la naturaleza (el que es arrastrado por el viento o por agua).

El que se somete a una fuerza física irresistible realiza una conducta que es la de someterse a la fuerza.

No confundir fuerza física con coacción ni con el estado de necesidad.

Involuntabilidad. Incapacidad psíquica de voluntad (incapacidad psíquica o de conducta)

causado por un delito y que es perceptible a través de los sentidos.

La conducta, no es sinónimo de hechos. Los hechos pueden ser humanos o de la naturaleza:

Humanos voluntarios, se encierran en la conducta, es querer hacer algo;

Humanos involuntarios, llamados circunstanciales tienen relación con la acción u omisión, un no querer, no desear hacer algo.

De la naturaleza, (circunstanciales casos fortuitos, etc.; se produce un resultado típico sin quererlo ni desearlo). Es el carácter genérico del delito.

Tipicidad-Antijuridicidad y Culpabilidad, son los caracteres específicos del delito. La conducta típica y antijurídica es un injusto.

Interviene en el sujeto de la conducta:

Sujeto Activo, el que realiza o ejecuta la conducta. (Personas físicas o morales). Persona moral. Institución o agrupación de personas físicas a quienes se atribuyen personalidad con los elementos inherentes a ellas, tales como domicilio, el nombre, la nacionalidad. Estas personas no

Puede ser inconsciencia, ejemplo las realizadas por el epiléptico durante la crisis, el sueño fisiológico, el hipnotismo.

La inconsciencia es la ausencia de la conciencia, entendida como función sintetizadora de las restantes funciones mentales.

No debe confundirse con la inimputabilidad por perturbación de la conciencia.

Puede provenir de la incapacidad para dirigir las acciones, por ejemplo, el que padece de una afección neurológica que impide el control de sus movimientos.

No debe confundirse con la inculpabilidad y nexo por la incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad, (fobias, compulsiones).

pueden ser autoras del delito ya que no tienen voluntad propia. Actúan a través de representantes, gerentes, administradores o cualquier otro medio jurídico; son meras concepciones jurídicas, carentes de capacidad para cometer delitos.

Sujeto Pasivo, titular del bien jurídico vulnerado o lesionado.

Elementos de la acción: Actividad volitiva, resultado causante y nexo causal.

Elementos de la omisión: Abstención, resultado y nexo causado.

TIPICIDAD

Tipo. Es la descripción legal de una conducta estimada como delito, que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal; es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta dentro de los preceptos penales.

Tipicidad. Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la afectación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El tipo, es abstracto y dinámico.

ATIPICIDAD (Ausencia de tipicidad)

Ausencia de tipo. Se da cuando una conducta, de acuerdo con el consenso popular, es considerada dañosa socialmente y contraria a las normas penales; pero el legislador no la ha integrado en el catálogo de figuras delictivas, por lo que el autor de dicha conducta no puede ser procesado por la misma, por ejemplo, en el Código Penal anterior, el adulterio, sólo mencionaba las circunstancias de lugar (el domicilio conyugal) o las

La tipicidad es concreta y dinámica. Elementos de la tipicidad legal.

A) Dolo, tiene un doble aspecto, el objetivo y el subjetivo.

Aspecto Objetivo (tipo objetivo), hay tipos referenciados o no referenciados. La referencia puede ser de tiempo, de lugar, de modo, de acción, de medios.

Los tipos que no contienen referencia de medios se llaman de formulación libre, y los que la contienen de formulación casuística.

Aspecto subjetivo, son los que predominan y no necesitan acudir a ninguna valoración para su individualización, ejemplo: madre, mujer.

Elementos normativos son los que remiten a una valoración jurídica o ético-social, ejemplo: casa, funcionario, honesto.

Resultado o motivación física.

Nexo de causalidad, conforme a la equivalente de condiciones, lo que aquí interesa es la forma en que el tipo les revela a los efectos de la prohibición.

Sujeto activo, puede ser cualquier persona, y cuando esto sucede se le

formas de ejecución del delito (con escándalo); pero no se precisaba en qué consistía la conducta delictiva, o sea la acción punible. Al respecto Roberto Reynoso Dávila, en su obra Teoría del Delito, plantea diversos cuestionamientos, como ¿constituiría acción de adulterio la cópula contra natura que se realiza con personas distintas del cónyuge?, ¿la que se practicara entre homosexuales?, ¿el llamado *critus interruptus*?, etc. El concepto de homicidio es un concepto asequible a cualquier intelecto, sin embargo, los Códigos Penales elaboran una definición de la conducta que lo integra.

Tipicidad. Se da cuando la figura típica punible, pero la conducta concreta no encuadra plenamente en los requisitos que integran el tipo penal.

Atipicidad. Puede provenir de la falta, de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasivo, del objeto, en tiempo o lugar y el medio, especialmente previsto, así como la ausencia de la conducta, de los elementos normativos que de manera taxativa

llama delicia comunia, pero cuando sólo pueden ser quienes tienen ciertos caracteres se les llama: delicia propia.

Son tipos **unisubjetivos** los que no exigen una pluralidad de sujetos y **plurisubjetivos** cuando lo exigen.

Sujeto pasivo, titular del bien jurídico tutelado por la ley y violado por el sujeto activo.

Si puede serlo cualquier persona se llama **simple**, pero si debe reunir ciertas condiciones se llamará **calificado**.

B) **Culpa** tiene un doble aspecto, el objetivo y el subjetivo.

Hay figuras complejas, pues abarcan casos de conducta, que son a la vez típicas de un tipo doloso y de un tipo culposo, (casos de concurso ideal resueltos en forma especial) se llaman figuras preterintencionales.

Aspecto Objetivo, es la violación del deber de cuidado, ejemplo: violación de cuidado en el tránsito vehicular.

Causalidad, igual que en el tipo doloso.

Resultado, muerte de una persona.

Relación de determinación entre la violación del cuidado y del resultado.

Requiere comprobar que si no se

ha incluido la Ley en la descripción típica, por lo que tampoco puede ser materia de un proceso penal por ausencia de tipicidad. En la Teoría del Delito debe distinguirse lo siguiente:

1) **Ausencia de tipicidad o atipicidad**. Supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc.

2. **Ausencia de tipo** (inexistencia del presupuesto general de delito). Esto presupone la ausencia total de la descripción.

Se maneja cuando unánimemente se establece que no hay delito sin tipo legal; consecuentemente, cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales, tal conducta, no es delito; hay ausencia del tipo, ya que no existe descripción legal de una conducta considerada como delictiva, ejemplo: en algunos códigos de los Estados se suprimen delitos tales

hubiese violado el reglamento no se hubiera producido la muerte.

Aspecto Subjetivo, voluntad de realizar la conducta en la forma elegida, ejemplo: portar y accionar arma de fuego.

Procedibilidad de la producción del resultado típico.

Culpa Consciente, si lo prevé y rechazó la posibilidad.

Culpa Inconsciente, si pudo preverlo y no lo hizo.

Hay que distinguir la culpa consciente del dolo eventual, se prevé y acepta la posibilidad (qué me importa), en la culpa con representación se le rechaza (no va a pasar nada).

C) **Omisión**, con este doble aspecto el objetivo y subjetivo.

Aspecto Objetivo, en la omisión propia en que cualquiera puede ser autor.

Situación Típica, que estando presente se observe que alguien está en peligro.

Exteriorización de una conducta distinta a la debida, en lugar de prestar el auxilio o ayuda, se marcha del lugar.

Posibilidad Física, de realizar la

como adulterio, genocidio, robo, etc., en este ordenamiento y en el ámbito jurisdiccional de este estado, existe ausencia del tipo de dichos delitos.

Habrá ausencia de tipicidad cuando una conducta no se adecue a la descripción legal, existe tipo pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo, ejemplo: el adulterio cometido sin escándalo y fuera del domicilio conyugal.

Elementos de la atipicidad legal:

A) **Dolo**, Aspecto doloso.

1. **Por ausencia de tipicidad objetiva**, no se produce el resultado típico, ejemplo: la muerte, en homicidio podrá hacer tentativa, pero no delito consumado.

No hay nexo de causalidad entre la conducta y el resultado. Sucede cuando imaginamos la hipótesis en que se hubiese suprimido mentalmente la conducta y en la misma también se hubiese producido el resultado, ejemplo: el herido muere como resultado de un tumor.

Falta de calidad requerida en el sujeto activo en los delitos propios,

conducta debida; auxiliar, ayuda, socorrer; etc.

Nexo de evitación, si de manera mental nos imaginamos la conducta debida y con ello desaparece el resultado, es que se da este nexo.

En la omisión impropia, en que sólo puede ser el autor el que presente ciertas características (delicta propia), el autor debe hallarse en posición de garante, es decir en una especial situación o relación jurídica que lo obligue a garantizar la reparación, conservación o restauración del bien jurídico, lo que puede tener por fuente:

La Ley, ejemplo: Obligación de proporcionar alimentos y educación a los hijos.

Contrato, la enfermera contratada para cuidar al paciente.

Conducta anterior, el que motiva o impulsa a otro a cruzar un lago nadando, afirmando que lo apoyará o seguirá en lancha.

Aspecto Subjetivo, Dolo.

Aspecto cognoscitivo, conocimiento de las circunstancias, la posibilidad física, la evitación, la previsión de la causalidad.

Aspecto cognitivo, similar al dolo activo.

ejemplo: el que acepta dinero y no es servidor público.

Falta de calidad requerida en el sujeto pasivo cuando sea calificado, ejemplo, el muerto es ascendiente, descendiente o cónyuge.

Falta de referencia.

De tiempo, ejemplo: cesó el estado de sitio.

De lugar, ejemplo, el apoderamiento no se produce en el campo.

De medios, en los tipos de formulación caústica, ejemplo: el medio no puede crear el peligro común.

De modo, ejemplo: el empleo de veneno no es insidioso.

De ocasión, ejemplo: no hay estrago, ni infortunio.

Falta de elementos normativos, ejemplo: no hay valor económico, la mujer no es honesta.

2. **Por ausencia de tipicidad subjetiva**, Hay error de tipo que recae sobre los elementos descriptivos, ejemplo, cree que dispara sobre un oso y lo hace sobre un hombre.

Los elementos normativos, ejemplo, cree que quien participa

Elementos subjetivos similares a los del tipo doloso activo.

Tipicidad Conglobante, es una conservación de que la tipicidad implica la antinormatividad.

Se da cuando la conducta que se adecua al tipo legal, también resulta violando la norma que está antepuesta al tipo (al que priva de la vida), la conducta no tiene tipicidad penal, por más que se adecue a la tipicidad conglobante cuando hay.

Violación a la norma que está antepuesta al tipo legal; y

Ajustación del bien jurídico (bien jurídico en la relación de disponibilidad entre una persona y un ente; vida, honor, honestidad, integridad física, libertad, etc.).

El bien jurídico no es el ente o el valor a proteger en sí, sino la posibilidad de disponer del ente, que es lo que el Derecho garantiza.

accidentalmente de la función no es funcionario.

La prevención de la causalidad, cuyos casos más problemáticos son la aberratio iuris, el error en el objeto y el dolo generalis.

La calidad requerida en la delicia propia, ejemplo, el que ignora que es funcionario público y recibe una dádiva.

La calidad requerida en el sujeto pasivo, ejemplo, el que ignora que la víctima es el pariente.

El error es vencible e invencible, elimina el dolo si es vencible puede dar lugar a tipicidad culposa.

Falta de elementos subjetivos del tipo distinto del dolo.

Cuando falta el propósito de no ocultar la deshonra.

Puede haber un error psíquicamente condicional cuando el sujeto no tiene capacidad para conocer los elementos requeridos en el tipo objetivo, ejemplo: el esquizofrénico que cree estar delante de un árbol y está delante de un hombre.

B) Culpa

1. Por ausencia de tipicidad objetiva.

2. Por ausencia de tipicidad subjetiva.

En la primera, no se violó el deber de cuidado, ejemplo: se respetó el reglamento de tránsito.

Falta la relación de causalidad, se comprueba de la misma manera que en la tipicidad dolosa.

Falta de resultado, ejemplo no hubo lesiones, no se produjo la muerte, ejemplo el caso de quién arrolla un cadáver:

No hubo relación de determinación, ejemplo: aunque no hubiere violado el deber de cuidado, igual se hubiese producido el resultado, porque el sujeto era suicida al que nadie hubiera podido evitar arrollar.

En la segunda, Falta de voluntad de realizar la conducta en la forma elegida, ejemplo: el que conduce creyendo que respeta las indicaciones cuando en realidad alguien cambio maliciosamente los señalamientos de tránsito.

Imprevisibilidad de la posibilidad de producción del resultado, ejemplo: el que sin poder sospechar

nada oprime un interruptor de luz conectado a un explosivo; debe tenerse en cuenta que previsible no es el mismo que imaginable.

C) Omisión

1. Por ausencia de Tipicidad Objetiva.

En la omisión propia; falta de situación típica, no hay peligro; realización de la conducta debida, auxiliar; imposibilidad física de la conducta debida, no puede auxiliar al que se ahoga porque no sabe nadar; si hubiese avisado a la autoridad igual se hubiese ahogado; falta de nexo de evitación.

En la omisión impropia, cuando el autor no se encuentre en posición de garante.

2. Por ausencia de tipicidad subjetiva.

En la omisión propia, error sobre la situación típica, la posibilidad física y el nexo de evitación.

En la omisión impropia, error acerca de la calidad que lo ubica en posición de garante, ejemplo: el que es el padre, el esposo de la hija, etc.

Atipicidad Conglobante.

Acuerdo, cuando el sujeto

ANTI JURIDICIDAD

Es la contradicción de la conducta con el orden jurídico.

La conducta penalmente típica es antinormativa, pero no es antijurídica aún, porque puede estar amparada por un precepto permisivo (causa de justificación) que puede provenir de cualquier parte del orden jurídico. Cuando la conducta típica no está amparado por ninguna causa de justificación ya no sólo es antinormativa, sino también

dispone en uso del bien jurídico que la Ley tutela, ejemplo: la donación, el acuerdo en mantener relaciones sexuales con mayor de edad, etc.

La norma no puede penar la conducta cuya realización garantiza.

Deber jurídico, el policía que detiene al sospechoso (una norma no puede ordenar lo que la otra prohíbe).

Forma de conducta (actividades riesgosas fomentadas), una norma no puede prohibir lo que otras normas fomentan.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Aspectos negativos de la antijuridicidad.

Cuando la conducta realizada vulnera un bien jurídico sea cual fuere, ejemplo: alterar la salud, privar de la vida, apoderarse de un bien, etc., si esta conducta se encuentra permitida por el derecho, no es antijurídica, no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se

<p>antijurídica.</p> <p>La antijuridicidad no esta dada por el Derecho penal sino por el orden jurídico.</p> <p>La antijuridicidad disminuye el injusto.</p> <p>Se trata de conductas que comienzan siendo justificadas o realizadas en complemento de un deber jurídico y que pasan luego a ser antijurídicas.</p> <p>No exige error ni disminuciones de la culpabilidad.</p> <p>Son conductas dolosas sólo que se aplica la pena de los delitos culposos, si no hay tipo culposo, no se aplica pena.</p> <p>Para algunos autores penalistas mexicanos lo consideran como contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico.</p> <p>Entre las acciones antijurídicas en el Derecho Penal, a través de una selección específica, dentro del ordenamiento jurídico a aquellas que protegen a los bienes jurídicos (bien jurídico protegido) considerado por Zaffaroni como relación de disponibilidad.</p> <p>El tipo no designa literalmente el</p>	<p>efectúa al amparo de una causa justificación.</p> <p>Son las condiciones de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de dicha conducta.</p> <p>Tiene un doble aspecto objetivo y subjetivo.</p> <p>El Objetivo, se refiere a la situación de justificación; y</p> <p>El Subjetivo, es el reconocimiento de la situación de justificación.</p> <p>No es necesario el conocimiento de la legitimidad de la acción justificada, sino solo el conocimiento de la situación objetiva de su justificación.</p> <p>Conforme a nuestro Derecho Penal son causas de justificación las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Legítima Defensa. b) Estado de Necesidad. c) Legítimo Ejercicio de un Derecho. d) Cumplimiento de un deber. e) Obediencia Legítima. f) Impedimento Legítimo. <p>Análisis Legítima Defensa</p> <p>Existe cuando una persona</p>
--	---

bien jurídico protegido, este viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y los capítulos en que se agrupan las formas delictivas, ejemplo: delitos contra la libertad, contra el patrimonio, etc.

Se establecen también referencias expresas a la antijuridicidad de la conducta en la fórmula típica, cuando hacemos referencia a los elementos normativos que requieren valoraciones jurídicas, cuando la mención requiere una valoración relacionada al objeto o a los sujetos e implica una determinada característica jurídica de ello, ejemplo: cosa mueble total o parcialmente ajeno, funcionario público, etc.

La antijuridicidad, manifiesta su caracterización en una acción dependiente del ordenamiento jurídico general.

Lo antijurídico, es aquello que precede al tipo penal ya que depende de los mandatos de aquél.

El tipo, es el que especifica lo antijurídico, merecedor de penas.

En la teoría de la antijuridicidad, se maneja el enfoque sobre ausencia de la antijuridicidad (causa de justificación).

objeto de una agresión, actual, violenta y sin derecho que entrañe un peligro inminente para su persona, honor, bienes, o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño a la agresora.

Sus elementos son: Agresión actual, violenta, injusta, de peligro inminente, peligro inevitable por otros medios.

Actual, porque la respuesta a la agresión debe darse en el mismo momento en que ésta se da, no hay momento de reflexión ni pasado ni futuro.

Violenta, porque se suscita de manera brutal, enérgica, utilizando la fuerza física o moral.

Injusta, porque trae consigo aquello contrario a la ley, esto es, de manera ilícita.

De peligro inminente, esto es que el riesgo sea inmediato y que entrañe una causa directa que menoscabe un bien jurídico.

Que el peligro sea inevitable, por otros medios, sean estos contra la persona, honor o bienes propios o ajenos.

El artículo 15, en su fracción IV

Aspecto positivo, es el propio concepto de antijuridicidad y el funcionamiento de dicha característica en materia del delito, del que proviene el tema de las relaciones entre el tipo penal y la antijuridicidad; ello enmarcado en la teoría general del hecho ilícito que puede ser parcialmente reelaborada en la teoría del delito y en consecuencia como segundo aspecto en el tipo penal.

Antijuridicidad, mandato y bien jurídico protegido:

Antijuridicidad, es la contradicción entre el hecho (conducta) del autor y el derecho, o sea, es antijurídica la conducta que infringe el mandato del orden jurídico haciendo lo prohibido o no haciendo lo impuesto (obligado) por él. Mandatos prohibidos son ataques a bienes jurídicos, imponen conductas destinadas a preservarlos en consecuencia el ataque se concreta en la omisión.

Una acción es antijurídica, cuando constituyen un ataque a un bien jurídico (menoscabándolo, poniéndolo en peligro) protegido por el mandato, no se adecua a una finalidad admitida o impuesta por el derecho; en otras palabras **es antijurídico el**

del Código Penal para el Distrito Federal, señala los casos de manera objetiva en que opera ésta, así como aquellos en que no opera y las circunstancias en que se presume.

El exceso de legítima defensa, es la utilización de medios desproporcionados para repeler la agresión, o el daño causado por el agresor fuere fácilmente reparado posteriormente por medios legales o si dicho daño fuere de notoria insignificancia en relación con el acusado por la defensa.

Ella no opera, en el caso de niñas porque los oponentes se encuentran inmersos en una situación antijurídica, ilícita y para que surta efecto la legítima defensa es necesario una conducta ilícita frente a una injusta, ello no integra la causa de justificación puesto que si el agredido fue el que provocó la agresión rompe con la causa de justificación, puesto que la acción inmediata y suficiente para tal agresión (provocación) contradice a los elementos que exige ésta.

No pueden coexistir dos legítimas defensas (legítima

ataque a un bien jurídico protegido, no admitido por el derecho, ejemplo: el que mata obra antijurídicamente, pero el que mata en cumplimiento de un deber no obra antijurídicamente.

La antijuridicidad surge, de la antinormatividad (típica penal) y de la falta de adecuación a un tipo permisivo. Presupone la antinormatividad pero no es suficiente para configurar la antijuridicidad; la antinormatividad puede ser neutralizada por un precepto permisivo.

En la teoría general del hecho ilícito y en la teoría del delito de antijuridicidad puede ser señalada como una característica de la conducta no como un calificativo de la acción.

Es así, es un adjetivo que se realiza al ser referido o a una acción; lo que existe es la acción antijurídica, no la antijuridicidad sin esa referencia.

Antijuridicidad y antijurídico, en nuestro derecho esta doble formulación no produce consecuencias dogmáticas; ambos vocablos se han interpuesto en nuestra doctrina penal y en la terminología incluso como sinónimos, ejemplo: ilicitud-injusto, etc.

Hans Welzen dice que es una

defensa recíproca), en virtud de la necesidad de que una agresión sea injusta y la reacción a esta sea legítima; de tal forma que cuando el agresor repele la defensa esta resistiendo una conducta legítima.

Puede darse de manera propia o de terceros según la doctrina Argentina:

Propia:

Puede defenderse cualquier bien jurídico.

Debe mediar agresión ilegítima (conducta antijurídica del que agrede).

Provocación suficiente es la conducta anterior del titular del bien agredido, que da motivo a la agresión y que es suficiente cuando la agresión es previsible, sin que para ello deban tomarse en cuenta los caracteres personales antisociales del autor de la agresión.

Debe ser racionalmente necesaria. El mal que se anuncia no puede ser inferior en relación con el que se causa, en forma tal que la defensa lesiona más el orden de la condición que la agresión misma.

Exige el fin de defenderse, lo que presupone el conocimiento de

referencia a la conducta típicamente antijurídica: antijuridicidad es la característica de una figura, es decir de una acción configurada de ser contraria al orden jurídico; injusto es la conducta que presenta los caracteres de ser penalmente típica y antijurídica.

Zaffaroni dice que la antijuridicidad es una característica del injusto.

La antijuridicidad como juicio objetivo y la antijuridicidad subjetiva.

La primera, es la clasificación de antijuridicidad en la conducta que alcanza a formular un juicio, ella es un juicio, es una relación que se determina mediante un juicio de valor, con ello se sabe si la acción de que se trata es valiosa o disvaliosa para el derecho (mandatos), es un juicio de valor que tiene que ser formulado por dos sujetos: contemporáneamente por la conducta, por el mismo autor; de ello depende el contenido de la culpabilidad; históricamente por el juez a los efectos de considerar esta conducta como presupuesto de la pena.

Es un juicio de valor objetivo tanto para el objeto valorado (la acción-conducta, como ataque a un bien jurídico protegido), como por los

la agresión.

De terceros:

Tiene los mismos requisitos que la defensa propia, diferenciándose sólo en que si el defendido ha provocado la agresión, el tercero que le defiende no debe haber participado en la misma, aunque la conozca.

Es pues, considerada como **justificante regulada** en tipos **permisivos específicos**, igual que el estado de necesidad que más adelante detallaremos.

La defensa puede recaer sobre **bienes propios o de terceros**, exige los mismos requisitos que la primera, salvo el de no haber provocado al atacante a partido del tercero, el agente actuará en legítima defensa, eso siempre que no haya intervenido en la provocación.

Aquí surge el tópico de la **legítima defensa del Estado**; la situación se colocaría en el cumplimiento del deber, sin la necesidad de acudir a un tipo permisivo específico.

Últimamente se distingue la defensa del régimen político del

elementos que se ponen en juego para formarlo; la realidad del ataque y la forma de ataque, que tienen que ser no admitidas por el derecho para concluir con la disvaliosidad de la conducta.

Antijuridicidad es la acción que como tal ha sido declarada por el autor; la que éste se propuso realizar como una acción antijurídica.

La tesis de la antijuridicidad subjetiva puede ser exacta al tiempo de la formulación del juicio de reproche constituido de la culpabilidad, pero no lo es respecto del juicio de la antijuridicidad, ello por las formas punibles de ataque que reclamen particulares elementos de naturaleza subjetiva, ejemplo: los del tipo.

La **segunda**, antijuridicidad subjetiva en el finalismo se indica en el injusto personal.

El **tipo es indicio de antijuridicidad**, otros autores dicen que es razón esencial de ella. Lo primero explica la antijuridicidad por el procedimiento de la regla-excepción en principio lo típico es antijurídico, a menos que se dé una de las circunstancias (auto de justificación) que excluyen la antijuridicidad.

Hay juricidad formal o substancial

Estado.

De la primera se admite la aplicación de la legítima defensa; respecto de la defensa del régimen político se reduce la justificante al cumplimiento del deber por medio de los funcionarios, dentro del cuadro de las instituciones, sin embargo, algunas conciben la defensa del sistema político democrático para cualquier ciudadano como una legítima defensa.

En la legislación Argentina se indica lo relacionado a las **Defensas Privilegiadas**, ejemplo: cuando se está apoyando la escalera sobre el mero circundante, en horas nocturnas, sin luz natural, sin que haya luz natural ni luz artificial, y cuando habiéndose encontrado un extremo dentro de la casa, es decir, alguien no perteneciente al círculo de personas que habitualmente están autorizadas a penetrar en aquella, oponga resistencia a retirarse ante el pedir explícito del que se defiende.

Otras causas:

La justificación en el delito culposo, exigencias subjetivas u

(materia).

objetivas de los justificantes, ejemplo quién para rechazar un esclarecimiento nocturno decide simplemente amenazar con un arma de fuego, pero al no advertir que no tiene el seguro colocado, se produce el disparo que lesiona al escalador. La justificación putativa del que se defiende creyendo actuar ante un ataque, cuando sólo se trata de una broma de amigos.

Exceso en la causa, requiere que el autor haya comenzado a desplegar una acción justificada en principio, pero empleando medios que superan los que hubiesen bastado para cumplir con la finalidad justificante propuesta, aunque sin abandonar su voluntad de actuar justificadamente. Esto excluye aquellos casos del llamado exceso en la causa en que el agente se ha colocado en situación de peligro, pero sin pretender expresamente que se produzca la agresión ilícita, ejemplo: el amante de la adúltera que se coloca en situación del sorprendido por el esposo, in re venera, y atacado por él le da muerte.

Los casos de exceso en la causa

son aquellos en que la agresión no es proporcionada a la provocación del agredido, así también que los actos que los constituyen se hayan desarrollado cuando aún no haya desaparecido la situación de justificación, y el autor apreciándolo de ese modo siga actuando en la finalidad de adecuar su conducta a la justificante.

También se dan aquellas que están reguladas en nuestra Ley, denominar justificantes incompletas, en donde falta alguno de los requisitos exigidos por las causas de justificación, ejemplo: la nacionalidad del medio en la legítima defensa o la inminencia del mal grave en el estado de necesidad.

b) **Estado de necesidad.** Es la situación en que se encuentra un sujeto en la que como medio necesario para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios (o de un tercero en determinados casos), ataca un bien jurídico extraño de menor cantidad que el que trata de salvar.

Actúa en estado de necesidad el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido

extraño. El autor debe manifestarse con el fin de evitar el mal mayor, para el bien jurídico, de un tercero o del que actúa, incluso del mismo afectado; para establecer el mal menor se toma en consideración (la jerarquía de los bienes jurídicos; la magnitud de la lesión amenazada y el grado de proximidad del peligro).

Requisitos: El mal tiene que ser grave:

Grave, ejemplo: el que por salvar su vida en un incendio vuela la finca lindero con explosivos; como aquel que para salvar sus plantíos de lechuga en espera de lluvias intensas hace correr el agua hacia el fondo baldío de sus vecinos.

Cuando la evaluación de los bienes comparados da como resultado de que ambos poseen la misma jerarquía, ejemplo: vida por vida. El bien jurídico amenazado tiene que pertenecer al autor. Existen circunstancias especiales, ejemplo: el agente de un tercero, privar de la libertad a un sujeto para salvarle la vida.

Inminente, requiere tener la seguridad, creando menos la grave

probabilidad de su futura causación, de una particular exigencia temporal, que se prevea su ocurrencia en un lapso suficientemente breve como para que el sujeto tenga que actuar inmediatamente con la finalidad salvadora. La simple previsión de un mal grave futuro, pero no inminente, alega la justificante. Es un grado de proximidad del peligro en cualquier momento a partir de aquel en que se suscita el peligro de su ocurrencia, sin que le sea únicamente el que se habrá de producir dentro de un segundo (Zaffaroni).

Extraño al autor, no haber sido provocado por él, ni debe estar obligado a soportar el mal que le amenaza; no actúa justificadamente el que tiene la obligación de encararlo, ejemplo: el político que priva de la libertad para vivirla como señuelo, para poner fin a las amenazas delictivas de un peligro. Asesinó con el objeto de evitar serlo él.

Necesario, concepto que se refiere a un pronóstico excluyendo que requiere la racionalidad del acto

que se pretende como salvador y que el agente no haya dispuesto de otro cuado idóneo no delictivo para intentar la salvación.

Es situación de peligro real, grave, inminente, para la persona en su honor o bienes, propios o ajenos, que sólo puede evitarse mediante la violación de otros bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.

Sus elementos:

a) Situación de peligro real, grave, inminente e inmediata.

b) Que el peligro afecte necesariamente un bien jurídicamente tutelado, propio ajeno.

c) Violación de un bien jurídicamente protegido, distinto.

d) Imposibilidad de emplear otro acto para poner a salvo los bienes en peligro.

Nuestra legislación penal prevé dos casos

El aborto terapéutico y el robo indigente.

El primero, se maneja como elemento negativo del delito por su no punibilidad; esto es, la no aplicación de sanción alguna, cuando de no provocarse el aborto

la mujer embarazada corriera peligro de muerte a juicio del médico que la asiste oyendo ésta la opinión de otro médico, siempre esto fuera posible y no resultara peligrosa la demora.

En el segundo se maneja la no sanción cuando el activo sin emplear engaños, ni violencia, se apodere de una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales y familiares del momento.

Se indica que el autor debe actuar con el fin de evitar el mal mayor para el bien jurídico de un tercero o del que actúa, incluso el mismo afectado. Para establecer el mal menor se toma en cuenta: la jerárquica de los bienes jurídicos, la magnitud de la lesión amenazada y el grado de proximidad del peligro; ejemplo: cuando colisionan vidas humanas, no hay mayor ni menor, independientemente del número.

El autor debe ser ajeno al mal amenazado, es decir que la amenaza no la haya provocado el autor con una conducta que al menos haga previsible la producción

de la misma.

c) **Legítimo ejercicio de un derecho**, son aquellos casos en que medio una prohibición porque en las restantes hasta con el propósito de reserva de la ley penal o de la Constitución. Son causas de justificación que emergen de cualquier otra parte del orden jurídico.

El autor que actúa conforme a un derecho que la propia ley le confiere, artículo 29 fracción VI del C.P. del D.F., ejemplo: las lesiones, homicidio causado en el ejercicio del deporte, las originadas como resultado de tratamientos médico-quirúrgicos.

Las primeras, las realizan quienes practican deportes bajo los efectos del ejercicio de un derecho concedido por el Estado. Para llevar a cabo dichas actividades, y salvo situaciones de imprudencia o dolo (sujetas a pruebas) la conducta realizada no es antijurídica.

Los tratamientos médico-quirúrgicos pueden provocar lesiones y aun homicidio, los cuales se justifican por el conocimiento que el Estado hace de las actividades

médicas y por la preponderancia que el mismo Estado, a través de la ley hace respecto de determinados bienes, esto es, que se justifican tales alteraciones de la salud o privación de la vida por ilicitud de los tratamientos realizados en ejercicio de una profesión autorizada y reconocida legalmente o por un estado de necesidad para evitar un mal mayor, ejemplo: derecho de detención.

Los abortos permitidos, la autorización de repeler voluntariamente el ataque contra la propiedad, aunque esto se relacione con las cuestiones relacionadas con los procedimientos de las defensas mecánicas predispuestas, que comúnmente se emplean (hay mecanismo oculto que funciona si se produce una especial actividad de un sujeto), el alambre eléctrico, la cimbra de un arma de fuego, la bomba caza bebés, una granada cuadrada, el picaporte de la puerta por donde pueden penetrar los atacantes, esto para la **primera hipótesis, y para la segunda** "por las defensas expuestas a la vista de quienes eventualmente pueden

afrontarlos", ejemplo los alambres de púas que coronan las cercas, los vidrios cortantes instalados en la parte superior de los tapizados, etc.

d) Cumplimiento de un deber.

Consiste en el actuar por obligación, ya que esta provenga de la ley, o de un superior jerárquico. Ejemplo: La policía en cumplimiento de una orden de aprehensión detiene a una persona. Aquí no se comete delito, dado que se está cumpliendo un deber. El que anuncia como impune el hecho (ataque a bienes jurídicos) realizado en cumplimiento de un deber.

Es principio es necesario que el deber se encuentre tácitamente consagrado por la norma imperativa, ejemplo: el deber de revelar el secreto profesional establecido en las Leyes sanitarias cuando imponen a ciertos médicos la obligación de denunciar hechos de los que han tenido conocimiento en su actividad profesional; otro ejemplo: de la autoridad a cargo (autoridad privada del deber) derecho de corrección emergente de la patria potestad, o pública (el empleo de la fuerza de agente

<p style="text-align: center;">CULPABILIDAD</p> <p>Es el reproche que se formula al autor de un injusto porque no se motivó en la norma cuando le era exigible hacerlo, tomando en cuenta las concretas circunstancias en que actuó.</p> <p>Requiere la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad.</p> <p>Comprende la antijuridicidad</p>	<p>policial para reducir a quien se resiste al arresto) o de quien sin poseer el cargo ejerce la autoridad pública en virtud de una autorización legal (la detención del autor de un delito en flagrancia, autorizada por la Ley procesal para cualquier ciudadano.</p> <p>e) La obediencia debida como justificante, es también una hipótesis. Estaba previsto en el artículo 15 fracción XI del C.P. del DF, abrogado.</p> <p>f) El impedimento legítimo, el extraño activo realiza siempre una conducta omisiva que atiende a un interés preponderante superior, tal es el caso de la negativa a declarar por razones de secreto profesional.</p> <p style="text-align: center;">CAUSAS DE INCULPABILIDAD</p> <p>Es la ausencia del elemento de culpabilidad.</p> <p>Es la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad.</p> <p>Jiménez de Asúa, lo define como la absolución del juicio de reproche.</p> <p>Se presenta cuando una persona actúa en forma</p>
---	--

significa internalizarlo.

Se conforma con la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, no requiriéndose una efectiva comprensión del injusto, que en la mayoría de los casos no existe o no es importante.

El grado de esfuerzo que el sujeto debió haber realizado para internalizar los valores jurídicos y motivarse en ellos es inverso al grado de exigibilidad, y en consecuencia al de reprochabilidad (culpabilidad).

Requiere un cierto ámbito de autodeterminación.

Se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico-penal.

Jiménez de Asía, lo define como el conjunto de presupuestos que fundamenta la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Castellanos Tena, es el nexo intelectual y emocionalmente que liga al sujeto con su acto.

Denominación de tres corrientes a partir del siglo pasado:

Psicologuismo, se le concibe como una pura actitud anímica del autor en cuanto a la relación psíquica

aparentemente delictuosa pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de culpabilidad que se refiere a la voluntad en la realización de la conducta como el caso del error de hecho y en términos generales la reacción sobre la voluntad.

a) Incapacidad psíquica.

b) Error de prohibición invencible.

c) Por el ámbito de autodeterminación.

Análisis

a) Incapacidad psíquica.

Insuficiencia de facultades.

Alteraciones morbosas de facultades.

Consiste en una perturbación de la conciencia, se entiende la función sintetizadora de ubicación en tiempo y espacio psíquico.

b) **Error de prohibición invencible**, puede ser:

Directa, cuando recae sobre el conocimiento de la norma ejemplo: El extranjero que ignora que el adulterio en delito.

Indirecta, cuando recae sobre la permisión y se da por: La falsa suposición de la existencia de un

de él con su hecho.

Normativismo, se le concibió como una actitud anímica reprochable: el núcleo de la culpabilidad para asentarse sobre el juicio de reproche que sobre la base de la pre-evaluación del orden jurídico se le puede formular al autor que haya actuado con dolo o con culpa, dicho juicio requiere tener presente elementos distintos del dolo y la culpa (exigibilidad de la conducta, del a norma-mandato en las circunstancias en que la acción se realiza).

Finalismo, al realizar la elaboración del dolo y la culpa, como relación psíquica del autor con su hecho al tipo (tipo subjetivo) deja en la culpabilidad exclusivamente el juicio de reproche.

En la actualidad algunos autores afirman que la culpabilidad se ubica como un juicio de necesidad, de imposición de la pena, de prevención general y especial de ésta.

Roxin, la señala como responsabilidad.

Creus. Representa un "juicio de reproche jurídico", que se formula sobre un objeto (la relación psíquica del autor con su hecho), ambos

permiso que la ley no otorga, ejemplo: el que cree que tiene permiso para sacarle los muebles a la calle al inquilino mooso.

La falta de admisión de una situación de justificación que no esta dada, ejemplo: el que se cree agredido cuando sólo está siendo objeto de una broma.

Comprensión, cuando media conocimiento pero es inexigible la internalización, ejemplo: el caso del indígena en cuanto a las costumbres de su grupo.

Cuando el error de prohibición es **vencible**, sólo da lugar a una disminución de la culpabilidad que debe tomarse en cuenta para graduar la pena.

Está el **error sobre la situación del inculpado**, ejemplo: quien cree que se halla en la necesidad de salvar la vida propia o la de otro.

Hay error de prohibición que sólo tiene por efecto disminuir la pena, es la falsa suposición de una circunstancia de atenuación, ejemplo: el que cree que tiene acceso carnal con la mujer honesta de 12 años y en realidad lo tiene con una niña de 12 años.

aspectos integran su teoría "es el estado anímico del autor con referencia a su hecho, sobre el que se formula el juicio de reproche que se formula sobre dicho estado anímico".

Forman la culpabilidad.

- a) Dolo.
- b) Culpa.
- c) Preterintención.

Análisis

a) Dolo:

Opera cuando el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta y decide en su acto la voluntad de llevar a cabo lo que en su mente representa.

La conducta dolosa es intencional y voluntaria.

Es la voluntad del autor de realizar la conducta típicamente antijurídica.

Elementos del dolo (normal, ético o cognoscitivo y el volitivo o psicológico).

El elemento moral, ético o cognoscitivo, la creencia de que se viola un deber. Es el conocimiento de la antijuridicidad, según las formas del tipo (de la antijuridicidad típica).

El elemento volitivo, es la libre aceptación de la realización del al

Su fundamento es que si el error invencible sobre la comprensión de la antijuridicidad excluye la culpabilidad, el que sólo permite la comprensión de un injusto menor del injusto que se podía comprender.

c) **Ámbito de autodeterminación** (situación reductora), de un acto humano, coacción siempre que no dé lugar a un estado de necesidad justificante (de una fuerza de la naturaleza).

Incapacidad para dirigir las acciones, conforme a la comprensión de la antijuridicidad proveniente de causas psíquicas, ejemplo: la parálisis histérica (incompatibilidad) relacionada con la incapacidad psíquica.

Inculpabilidad en el sistema mexicano.

1. Error.
2. Obediencia jerárquica.
3. Otras eximentes

Análisis

1. Error.

En la doctrina penal mexicana a partir de 1884 se maneja el error de la siguiente forma, **clases de error:**

A) Error de hecho (esencial,

acción antijurídicamente típica de la voluntad de decisión de realizar la conducta (libre albedrío como presupuesto genérico de la pena).

Formas de dolo:

Directo, Indirecto o Necesario, Indeterminado, Eventual y Específico o Calificado.

Directo, el resultado corresponde al que hubiera previsto el sujeto activo. El autor quiere la típica violación del mandato y hacia ella endereza su conducta (quiere el resultado o la actividad en que causará el dolo), quiere matar, defraudar, apoderarse de cosa ajena, etc.

Indirecta, se da cuando el sujeto se representa un fin, pero prevé y acepta la realización necesaria de otros actos delictivos; el autor dirigiendo su acción hacia su determinada violación típica del mandato cuando al realizarla necesariamente otros hechos antijurídicos típicos. Es un querer por extensión apoyado en el conocimiento de la influencia del proceso causal en el mundo exterior. El autor queriendo un resultado típico que procura por determinados modos o medios, sabe que éstos determinarán

accidental), en el golpe, en la persona, en el delito.

B) **Error de derecho**, tipo de licitud.

A) **Error de hecho** (como elemento del delito), (configurador de la criminalidad del hecho), se da el error esencial y el accidental.

a) **Error esencial**, es el que reincide sobre alguna de las circunstancias precedentes mencionadas: elementos objetivos de la descripción típica, circunstancias de la antijuridicidad y la culpabilidad y en ciertos casos de la punibilidad.

El delito culposo en error tiene trascendencia sobre la concreta vigencia del deber de cuidado y en las de comisión por omisión y en algunos de omisión.

Para la concreta vigencia de la posición de garante, ejemplo: ignorar que en la conducta se pone en peligro el bien jurídico, creer erróneamente que ha transcurrido el plazo del contrato que lo constituye en garante.

b) **Error accidental**, son los que al existir no varían la comprensión del autor sobre la criminalidad del

necesariamente, la producción de otros resultados típicos, con lo cual también quiere estos últimos (quiere matar a Pedro dinamitando su casa, sabiendo que con ello causará la explosión, castigada como un delito agravado o el que quiere privar de la vida a Pedro y coloca un explosivo en el tranvía en que viajará a sabiendas de que produciría la muerte de otros pasajeros).

Indeterminado, es la voluntad genérica de delinquir sin fijarse un resultado delictivo concreto.

Eventual, el sujeto se propone un resultado delictivo pero no prevé la posibilidad de que surjan otros tipos no deseados pero que se aceptan en el supuesto de que ocurran. El autor prevé el resultado típico como una de las consecuencias de la acción y acepta que se produce; la consideración dada la probabilidad del resultado típico no tiene su acción, ejemplo: Juan dispara una escopeta sobre una bandada de patos que vuelan a ras del agua en dirección a donde se encuentra acostado un compañero de cacería sabiendo que puede herirlo, prefiere probar puntería aceptando que se produzca aquél

hecho y que por consiguiente no producen los efectos de la excusa, ejemplo: creer que se hurta la casa de Juan cuando en realidad se hurta la casa de Pedro.

Causas:

Error in objeto, es el que recae sobre el objeto material del delito. Se trata de un error accidental que no produce los efectos de la excusa porque para el tipo es diferente en principio la calidad o las características del objeto material en cuanto se trata del que está ejerciendo en él; ejemplo hurtar una brújula creyendo que es un reloj, destruir un documento público o privado pensando que se trata de una escritura y se trata de un poder u otra especie de documento.

Hay error in objeto esencial cuando el tipo requiere una determinada calidad o característica del objeto material, ejemplo: creer que se ha cercenado una moneda que no tiene curso legal, siendo que el cercenamiento ha recaído sobre una que era en circulación

También se da en las relaciones de tipos básicos y calificados, ejemplo: creer que se daño una

resultado.

Específico o calificado, (elementos subjetivos del tipo) doctrina que establece la influencia de la culpabilidad. Se designan los delitos en los que determinada intención vendría a sumarse a las exigencias generales del dolo para pensar en un particular dolo de ese delito, pero además se impone con el ánimo .reus subi habendi.

*Dolo es la omisión –cuasi dolo-, dolo de omitir, son formas de otro análisis.

b) **Culpa o imprudencia,** cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve a un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión, verifica una conducta que produce un resultado previsible o no intencional.

Es la forma en que se revela la situación anímica del autor de los hechos.

Elementos de la culpa. Una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidado o precauciones exigidas por el estado, resultado típico previsible evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el

biblioteca privado cuando en realidad se daña una biblioteca de uso público; la responsabilidad se basa en el tipo penal de daños.

Error la persona, cuando se trata de un error sobre el sujeto en el cual recae la acción como el objeto del delito (en los delitos contra el honor o contra la honestidad).

Puede tratarse de **errores accidentales,** ejemplo: da lo mismo matar a José que matar a Adrián o **esenciales,** no es lo mismo que Juan mate a Josefa que a su esposa o que mate a su cuñada Juana.

Cuando este tipo de error in persona recae sobre un sujeto en cuanto 2 ser titular del bien jurídico protegido y ya no como objeto de la acción se puede suscitar el error accidental, cuando para el tipo es diferente quien es el titular, ejemplo: se piensa que se defrauda a Chava engañando a su administrador, cuando en realidad se trata del administrador de Juan a quien en última instancia se defrauda; y esenciales cuando la titularidad está circunstanciada en el tipo (se piensa

resultado.

Deber de cuidado, se obliga a adoptar conductas de cuidado o inversamente, se prohíbe conductas que pueden ser peligrosas para el bien jurídico (reglamento sobre actividades de tránsito, reglamento sobre trasplantes de órganos, reglamento de tratamiento de centros hospitalarios para enfermos de SIDA, etc.).

Riesgo permitido, se refiere a todas aquellas actividades en cuyo desarrollo lleva implícito un riesgo para los bienes jurídicos, que sin embargo, son tolerados o hasta impulsados por el Derecho porque son útiles o necesarios para dicha vida o su progreso (tráfico automotor, producción de explosivos, instalación de industrias con desechos tóxicos termoeléctricos, etc.).

Principio de confianza, se refiere al que realiza una conducta y que en cualquier actividad compartida mantiene la confianza de que el otro se comportará conforme al deber de cuidado, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario.

Se le considera como riesgo permitido, ejemplo: el automovilista

que se defrauda a la administración pública, en cuyo caso el autor podrá responder por los daños y perjuicios causados.

Error sobre el curso causal, se da cuenta el autor previo el resultado como producto de su acción según una determinada mecánica de producción, pero aquél se produjo por una mecánica diferente, aunque sin impedir que el resultado sea producto de su acción. Aquí se trata de dos aspectos de la aberratio ictus y la del dulus generalis, en el primero el curso causal previsto por el autor se produce según su mecánica no esperada en virtud de la cual el resultado querido se produce pero sobre una persona u objeto distinto de los que había tenido en su mira el autor, ejemplo: quería matar a Juan disparándole su arma pero el proyectil roza un poste e impacta e Chava y muere, envía un explosivo por correo a Pedro pero equivocadamente el mensajero lo entrega a Ricardo. En el dulus generalis, se da cuando la situación en que el resultado querido se produce por una mecánica causal,

puede esperar que le ceda el paso el que viene por la izquierda, el que dispara en un polígono puede esperar no suba a la cima de la fosa.

No viola el deber de cuidado el que interviniendo en una actividad social puede confiar que los otros que intervienen en ella van a actuar de acuerdo con el deber de cuidado y adaptar su conducta.

Especies de la culpa, consciente con representación o inconsciente sin representación.

Consciente con previsión o con representación, existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no desea tal resultado y espera que no haya tal evento típico.

El autor ha previsto la probable concreción del resultado típico a consecuencia de su acción, violadora del deber de cuidado, pero la encara confiando en la no producción de ese resultado, es decir previendo y deseando que el nexo causal no se desarrolle hasta alcanzar dicho resultado, ya porque se propone interponer una actividad que lo evite, ya por considerar que las circunstancias en que la acción que se

también desplegada voluntariamente por el autor; pero distinto del que él previó para lograr dicho resultado. En ellos el procedimiento causal es voluntariamente ejecutado por el autor, aunque sin conocimiento de que ese ha sido el procedimiento que realmente produjo el resultado que se había propuesto, ejemplo: el que queriendo matar a otro le dispara creyéndole muerto cuando sólo está lesionado, lo arroja al río para ocultar el cadáver donde muere ahogado.

En cambio en la aberratio causae el procedimiento causal efectivo es extraño al autor, pero tuvo su origen en aquél que había iniciado, ejemplo: el autor que quiso matar a puñaladas, pero la muerte se produjo por una septicemia generalizada a consecuencia de las heridas.

Error de subsunción sobre agravantes y atenuantes.

Los errores en la hipótesis de agravación son trascendentales cuando ellas revierten sobre el elemento cognoscitivo del tipo, ejemplo: el no saber que se mata al

lleva a cabo impedirá su concreción, ejemplo: el que imprime alta velocidad a su automóvil en zona urbana con intenso tráfico, confiando en su habilidad para maniobrar o el que al hacerlo en una ruta en horas de la madrugada confía en el camino.

Representa el límite entre la culpa y el dolo.

Inconsciente, cuando el agente encara voluntariamente la conducta que en sí (objetivamente) es contraria al cuidado debido pero totalmente al margen de la previsión de que el desarrollo de ella puede provocar el resultado contemplado en el tipo, se maneja el deber de prever y el deber de preverlo, ejemplo: el ama de casa que deja encendida la llave de su estufa por comodidad y al acumularse el gas explota. Esta aparece como el límite entre la responsabilidad penal subjetivo que requiere cuando menos la posibilidad de conocer la conducta como peligrosa (deber de prever) y la responsabilidad objetiva.

Se da cuando el resultado por naturaleza previsible no aparece o no se representa en la mente del sujeto. Se maneja previsión **lata** cuando el resultado es previsible por cualquier

padre; o en aquellos casos en donde se exige la previsibilidad de un resultado más grave (daños preterintencionales y/o calificadas por el resultado); cuando el error elimina totalmente la posibilidad del prever dicho resultado, ejemplo: un campesino quema hierba inútil en su terrero con peligro para los otros campos de sus vecinos, ignorando que en horas de la noche un vagabundo se ha refugiado en ese lugar o bien cuando la atenuación no depende de un vínculo particular del autor, sino de circunstancias objetivas, ejemplo: creer erróneamente que se está ante la circunstancia de atenuación, como el creer que se limita a distribuir un mercado peligroso para la salud disimulando su carácter nocivo, cuando realmente se adultera la mercancía de modo peligroso ignorando el carácter adulterado del procedimiento empleado, o el creer que la casa cuya puerta se fractura para penetrar en ella con la finalidad de robar no estaba habitada, cuando en realidad estaba habitada.

En los casos de **errores sobre la antijuridicidad** adquieren

persona y **leve** cuando es previsible por una persona cuidadosa y **levísima** por los extremadamente cautelosos.

Omisión de culpa, delitos de olvido.

c) **Preterintención**, es una suma de dolo y culpa, una conducta que tiene un inicio doloso o intencional y una culminación culposa o imprudencial ejemplo: el sujeto que de un puñetazo a otro sin la intención de causar un resultado mayor que el normal, da un puñetazo y el que recibe el golpe cae de tal manera que se fractura el cráneo y fallece, aquí el resultado típico es mayor que el que inicialmente quiere o acepta el activo, pero dicho resultado se produce por imprudencia.

Los tipos aquí integran figuras complejas en cuanto a la culpabilidad.

El autor actuando con dolo en pos de un resultado al desplegar la conducta produce otro resultado lesionado con ello otros bienes jurídicos más valiosos que aquél que se persiguiera, en esos casos la ley exigirá una pena especial.

Elementos de la preterintencionalidad, un inicio doloso y un resultado mayor al querido

importancia las llamadas justificaciones putativas que se dan en las situaciones en que el autor cree erróneamente que actúa en circunstancias de justificación, ejemplo: el que cree que sufre una agresión ilegítima cuando sólo se trata de una broma.

B) **Error de derecho**, se da en dos formas: de tipo y de licitud.

a) **De tipo**, cuando un sujeto, por un falso concepto de la realidad invencible, ignora que integra una figura típica (un delito) si el activo no conoce dichas circunstancias invencibles, al cometer el hecho. Los elementos de tipo legal, esto es el actuar bajo una causa de justificación.

b) **De licitud**, o de permisión, se da cuando el individuo cree encontrarse ante una causa de justificación por error invencible, o sea tiene un falso concepto sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación.

2. **Obediencia jerárquica**, es el cumplimiento que un subordinado debe hacer de una orden proveniente de una persona que tiene mando.

no aceptado, o bien, el resultado mayor al previsto y querido, producido por la imprudencia.

El caso fortuito, aquí la conducta y el resultado no son atribuibles al sujeto ni al título de dolo ni a título de culpa, habida cuenta de que el agente no se propone realizar una conducta típica ni actuar en forma negligente o imprudente, en consecuencia el evento viene a ser un mero accidente, un hecho extraño a la voluntad y al cuidado del sujeto de la acción.

Sinteticemos la estructura de la culpabilidad.

Se da cuando un subordinado carece de facultades para examinar la orden y tiene el deber de obedecer, o sea la orden es incuestionable en cuanto a su contenido o impostergable respecto de su cumplimiento.

Se da la eximente porque la verificación de la conducta se hace en función de la orden recibida y de la obediencia debida, no en razón de la voluntad del sujeto que actúa.

3. Otras eximentes.

A) **Legítima defensa putativa**, si el sujeto cree fundadamente por un error esencial de hechos, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la legítima defensa sin la existencia en realidad de una injusta agresión, no existe la causa real motivadora de una justificación se da si el sujeto actúa bajo un error esencial o insuperable de hecho.

B) **Estado de necesidad** (igual forma), se da cuando la persona se encuentra en una situación de peligro actual o inmediata que solo es evitable mediante la lesión de otros bienes también objeto de tutela jurídica y actúa lesionando

estos bienes, opera si se prueba el error de hecho esencial e insuperable.

C) **Deber y Derechos putativos**, opera si existe el error esencial e insuperable.

D) **No exigibilidad de otra conducta**, se refiere a la realización que se amolda a un tipo legal pero que debido a excepcionales y espacialísima circunstancias que rodean a tal conducta, excusa esa forma de conducirse, establecido en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal.

E) **Temor fundado**, se considera como excluyente del delito en virtud de que existe una fuerza sobre la voluntad del sujeto que le lleva a comportarse bajo una auténtica coacción mental, la cual le impide conducirse con plenitud de juicio y determinación.

F) **Estado de necesidad tratándose de bienes de igual jerarquía**, opera cuando en presencia de bienes jurídicamente protegidos se prefiere al de mayor jerarquía ante la imposibilidad absoluta de salvar a ambos, pero en el supuesto de que ambos bienes

IMPUTABILIDAD

En la capacidad de entender y querer, considerado dentro del ámbito del Derecho Penal.

Tiene dos elementos intelectual y volitivo.

Intelectual, se refiere a la composición del alcance de los actos que uno realiza.

Volitivo, en el querer y desear un resultado.

Responsabilidad, es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

Imputable, es todo sujeto que posee un mínimo de condiciones psicofísicas; y

Responsable, es aquél que teniendo las condiciones realiza un acto típico en la ley del delito y que previamente tiene la obligación de responder por él.

jurídicos sean del mismo rango debe aceptarse la excusa en atención a que no es razonablemente exigible el sacrificio de un bien nuestro para salvar el bien ajeno de igual jerarquía.

INIMPUTABILIDAD

Es la incapacidad del sujeto para entender y querer un resultado en materia penal, o sea para ser culpable, para saber lo que hace y conocerlo como contrario a derecho y dirigir sus acciones de acuerdo con ese conocimiento.

Es quien no posee las facultades necesarias para conocer su hecho en la forma y extensión reguladas por la Ley para que su conducta sea presupuesto de punibilidad, por lo que se encuentra en la responsabilidad de dirigir sus acciones hacia el actuar ilícito, por no haber tenido la capacidad para conocer o no poder dirigirla ni con conocimiento de lo que hace (esta última surge expresamente de la Ley cuando distingue mediante la disyunción o el comprender la criminalidad del acto de dirigir sus

Es la capacidad de culpabilidad (doctrina penal).

Está determinada por las características del sujeto, que le permiten comprender lo que hace y dirigir sus acciones según esa comprensión en el momento en que la realiza.

El libre albedrío (en estado normal o anormal), éstos son conceptos que se manejan como datos de la imputabilidad, insistiendo en las conclusiones de la psiquiatría automática, ponen acento en el conflicto social y consideran a la imputabilidad "como un juicio de incompatibilidad que por supuesto tiene que formular el juez de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento jurídico". El juicio de imputabilidad es en la actualidad "el juicio estigmatizante" por excelencia.

En la evolución progresista de una sociedad pluralista y democrática el concepto de imputabilidad tiene a desaparecer para quedar inserto en el sujeto responsable ya que no había incompatibilidad en el sentido tradicional, y con ello nuevas formas de reparar y evitar el conflicto para

acciones).

Zaffaroni lo ubica como la incapacidad de dirigir las acciones como hipótesis de ausencia de conducta, que es totalmente independiente de la capacidad de conocimiento del carácter de la conducta, de la incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad.

Causas de inimputabilidad:

a) **Inmadurez**, (minoría de edad), depende del factor biológico "edad"

En México los menores de 18 años son inimputables.

Cuando un menor de 18 años comete alguna infracción, ésta queda sujeta a la Ley para menores, o Ley que crean los consejos tutelares para menores infractores en dicha Ley y tal Consejo, se establecen estudios de personalidad del menor del hecho cometido, así como las medidas tutelares a que han de someterse.

Son dos criterios para determinar si un sujeto es o no maduro para comprender y dirigir sus acciones (discernimiento y objetividad):

reemplazar a la pena.

Sus características son:

a) **Madurez mental**, implica un grado de desarrollo de la capacidad mental del individuo acorde con su edad, que en el caso de México es a los 18 años.

b) **Salud mental**, permite al individuo establecer debidamente las relaciones que requieren los juicios necesarios para comprender y dirigir la conducta.

c) **Conciencia suficiente**, el sujeto actúa poseyéndola en el momento en que realiza.

Ellos son fundamentos de los juicios que el propio autor tiene que formular para que su conducta pueda ser enjuiciada desde el punto de vista de la reprochabilidad (el juicio de criminalidad de hecho) y el de la solución del modo de actuar para que coincida con una comprensión.

Tiene que ser la imputabilidad de tal envergadura que efectivamente haya impedido al sujeto comprender lo que hacía en cuanto a su criminalidad o dirigir sus acciones. De ahí que se sostenga la fórmula legal argentina de que la imutabilidad es mixta: **biológica**, porque contiene rasgos de

El discernimiento, si cada sujeto posee dicha capacidad.

Objetivo, por debajo de una edad fija se presume –iuris et de iure- la inmadurez del sujeto.

En otras legislaciones la inmadurez o minoría de edad se establece en los 16 años para los infractores, los cuales según sean a ciertos delitos están sujetos a multa o inhabilitación o pena privativa de libertad menor de dos años.

b) **Trastornos mentales**. Que el inculcado padezca al cometer la infracción trastorno mental.

Ubicado como excluyente del delito, pero hoy se entiende dentro de la fracción I referente a la ausencia de voluntad, en el entendido que los trastornos mentales nulifican la voluntad.

En esta causa encontramos las siguientes formas:

Trastorno mental transitorio, Estado de inconciencia (cuando llega ésta a ser absoluta), anula totalmente la voluntad, desaparece la acción.

Estado de grave perturbación

una especie al presumir la madurez mental después de una edad determinada; **psíquica** porque reclama una repercusión de esa naturaleza en el sujeto respecto de un acto y **jurídica** porque requiere de él la posibilidad de formular el juicio la valoración de esa conducta.

Momento de la imputabilidad (actio libera in causa). Es el momento en que manifiesta su voluntad en el mundo exterior.

Puede ocurrir que le mismo sujeto se haya colocado voluntariamente en la situación de inimputabilidad y estando ya en ella realice la acción típica, ejemplo: el agente que habiendo ingerido bebidas alcohólicas o consumiendo narcóticos, llega a un estado de inconsciencia que lo torna inimputable y en este estado mata o hace detonar un explosivo que pone en peligro la seguridad común. De este caso no se puede decir que actuó como imputable en el momento en que ejecuta la acción, pero la circunstancia de que dicho estado lo había adoptado voluntariamente permite afirmar que su conducta precedente sí es la imputable y sí se puede considerar que fue ella la

de la conciencia, incapacita al autor para comprender y dirigir las acciones, ejemplo: estados de delirio febril, intoxicaciones etílicas, drogas, etc., en el caso de las sugerencias hipnóticas, éstas no alcanzan el grado de anular totalmente la voluntad equiparando a la bis absoluta, ciertas etapas de sueño y algunas consecuencias de trastornos efectivo.

Disminución de la capacidad mental (insuficiencia de facultades y alteraciones morbosas). Cuando la capacidad mental que el sujeto posee, se encuentra apartada de tal modo que no le permite comprender y dirigir sus acciones.

Insuficiencia de facultades, ejemplo: oligofrenias (idiocias, imbecilidad, debilidad mental), aquí se ubica también la sordidez siempre que haya repercutido en el desarrollo mental del individuo teniendo como consecuencia aquella disminución (lo que como no siempre ocurre, tendrá que ser determinado en cada caso).

Alteraciones morbosas, las causas de desarrollo mental anómalo ya se deba a

que causó la actividad asumida en situación de inimputabilidad, dicha causación puede ser transferida al resultado producido por la última, lo cual permite que se dé, en ciertos casos, responsabilidad subjetiva por el resultado (sin excepciones al requerimiento de que ella exista en el momento en que el sujeto actúa típicamente).

Se habla de imputabilidad disminuida cuando los sujetos que presentan las características de los inimputables no las poseen con plenitud, "es la capacidad de culpabilidad menguada en el autor, pero sin que haya desaparecido del todo", lo anterior con el fin de que el juez imponga también penas menguadas de acuerdo a las partes generales de la individualización.

Soler la ubica como la situación en que por insuficiencia de las facultades, alteraciones morbosas de ellas, o perturbación de la conciencia se hallara gravemente disminuida en el momento del hecho la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (aquí entran los menores de 16 años y mayores de 18 que actúan

enfermedades mentales, ejemplo: psicosis; ya prevención de trastornos mentales de otro orden (neurosis psicopáticas).

c) **Desarrollo intelectual retardado**, padecer el inculpaado al cometer la infracción desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Es pues una disminución de las facultades de entender, de captar cabalmente los fenómenos, de conducirse con un mínimo de inteligencia (disminución que anula las facultades de querer y entender).

Aquí también opera la sordomudez, ésta debe ser congénita y producir un estado de incompreensión, falta de entendimiento. Si éste sabe leer y escribir y tiene desarrollo intelectual, entonces no es inimputable.

d) **Miedo grave o temor**, anula la incapacidad de conocer plenamente y de optar entre la verificación de una conducta o su abstracción, es una excluyente del delito.

en estado de omisión violenta).

El miedo es un fenómeno psicológico subjetivo capaz de producir inconsciencia, reacciones imprevistas y pérdida del control de la conducta, que engendra un estado de inimputabilidad fundamento en la alteración de las funciones psicológicas.

Se refiere a todas las cuestiones de las repercusiones de los trastornos efectivos.

Para su aceptación, deben asumir un grado de máxima intensidad.

Aquí debe también tomarse en cuenta a las emociones violentas, las toxicófrenias últimamente se ha colocado este factor entre los estados de inimputabilidad tratándose de aquellos individuos que tienen incorporado un tóxico a su forma de vida, claro está, siempre y cuando haya tenido una repercusión como lo sería la disminución de la capacidad mental.

El efecto de la inimputabilidad, del inimputable que ha cometido un hecho antijurídico, típico no queda fuera el derecho penal ya que el efecto es la "sustitución de la pena por medida de seguridad" ejemplo:

PUNIBILIDAD

El hecho típico, antijurídico y culpable, debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionado con una pena, el comportamiento delictuoso.

También se le denomina **juicio de reproche**, a quien actúa voluntariamente y sin error alguno, queriendo realizar una acción antijurídica adecuada a las formas típicas, o que conoce o debió conocer como violatorios del deber de cuidado.

Lo formula el juez y se ubica sobre las premisas siguientes de culpabilidad (imputabilidad), y que haya actuado

el juez puede ordenar la internación en un nosocomio (enajenación), o bien en un centro hospitalario de la medida depende del carácter de peligrosidad del sujeto, pues en uno y en otro la duración del internamiento se hace depender de la desaparición de dicha característica (la peligrosidad no se asemeja a la criminalidad sino al efecto del agente dañarse a sí mismo o a los demás).

ASPECTOS NEGATIVOS DE LA PUNIBILIDAD

(Excusas absolutorias)

Se refiere a casos excepcionales señalados expresamente por la Ley y posiblemente en atención a razones que estimamos de política criminal, se considera conveniente no aplicar en el caso concreto para alguna al sujeto activo del delito.

Castellanos Tena nos dice que "son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictuoso de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificaciones únicamente se elimina la punibilidad, esto es la no

con dolo o con culpa (sin error), existiendo la posibilidad jurídica de exigirle que en el caso concreto, en vez de actuar como lo hizo actuase de conformidad con lo preceptuado por la norma-mandato.

Como elementos del delito es muy discutida, diversos autores lo afirman, otros sólo indican que es consecuencia del mismo, sin embargo, su debate dogmático causivo es irrelevante e incluso tautológico.

Zaffaroni dice "la punibilidad tiene dos sentidos el de la posibilidad de aplicar la pena y el de merecimiento de la pena, pues todo delito implica aquella posibilidad, pero no ha todo delito se le puede dar lo que tiene merecido".

Las **condiciones** que determinan la afectiva imposición de la pena son de dos formas:

1. Sustanciales.
2. Carácter procesal.

Análisis de las Condiciones sustanciales de la aplicación de la pena:

Se encuentran las condiciones **objetivas de punibilidad**, son todos aquellos sucesos del mundo exterior producidos al margen del proceso

exigibilidad de otra conducta y acción".

El sujeto si bien no ha perdido totalmente la libertad de optar, ya que puede seguir eligiendo entre la conducta antijurídica típica y la adecuada al mandato, se encuentra con que la opción por esta última lo enfrenta con la eventualidad de ver menoscabados sus propios bienes jurídicos, ejemplo: conducta heroica, que solo en situaciones extraordinarias exige el derecho del individuo, como en situación de guerra.

Las situaciones de coacción no se reducen a las amenazas de sufrir el mal grave o inminente formulados por otros sujetos al autor, sino que se extienden a los casos en que éste ve amenazados sus bienes a consecuencia de hechos no procedentes del quehacer humano (de la naturaleza).

Cuando en ambos se considera a la acción típica como medio necesario para alejar la amenaza (cometer el delito que exige el que coacciona), ejemplo: como el arrojar al agua al náufrago que le disputa la tabla capaz de soportar a una sola

causal provocado por el autor o en las que dicho proceso sólo aparece como una condición de él (no causa en el sentido jurídico) debido a la acción de factores extrahumanos o de la actividad de un tercero en dicho precepto o a un desarrollo de él, no querido ni previsto en cuando a exigencia del tipo que éste enumera para que se le pueda aplicar pena.

Castellanos Tena, los define como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación".

Es un requisito, una circunstancia, un dato que debe darse para que opere la punibilidad, pero sin que sea elemento del delito, pues sólo en contados casos se presentan tales condiciones, ejemplo: delitos fiscales, en los cuales se requiere una declaración de Hacienda Pública, respecto a la existencia de un perjuicio final.

Al respecto la doctrina señala que estas condiciones objetivas no pertenecen a la acción típica, antijurídica y culpable del agente, porque necesitan de otro factor que se suma a los puestos por él y porque su culpabilidad típica relevante es la que

persona; el soldado que puede ser perseguido por su insubordinación.

Welzel Freudenthal, de la doctrina, moderna señala este aspecto pero dicha doctrina olvida que al ser el ejercicio de reprochabilidad un juicio jurídico, cuando jurídicamente la conducta no se puede reprochar, será impensable la culpabilidad como reproche, por más que se pueda mantener incólume, el reproche ético de la conducta.

Puede distinguirse **dos momentos de la negación del delito:**

a) **Uno basado en la coacción errónea**, pero formado dentro de percepciones desarrolladas normalmente por el autor respecto de su obra, y

b) **Otro apoyado en las dificultades que le obstaculizan** asumir esas percepciones en la medida necesaria para comprender su obra o para manejarse según ella, es decir incapacidad del sujeto para ser culpable.

Esta incapacidad es la que se opone a la formulación del reproche sobre su conducta (caso de la

se refiere a lo querido por él, teniéndolo presente al actuar u omitir, ejemplo: en el abandono de servicio, la culpabilidad típica se reduce a la voluntad de abandonar el cargo pero no se entiende a la de producir un perjuicio en el servicio, que puede ser consecuencia del abandono, aunque no necesariamente su causa en sentido jurídico, por lo que no es necesaria su previsión tratándose de un delito de simple actividad, sin embargo no es óbice para que la condición necesite estar especificada en el tipo, en el concepto con que nosotros lo empleamos porque así lo requiere el principio de legalidad en orden a la pena.

2. Condiciones Procesales, (Condiciones procesales, presupuestos procesales, condiciones de procedibilidad) que no tienen directa relación con la reglamentación sustancial del delito.

La imposición de la pena al ser de orden público depende de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia sin que ninguna de las partes pueda extinguirla, sino por causas legales establecidas en la Ley o por amparo.

inimputabilidad), en cambio en la primera, la negociación del delito proviene de las circunstancias de que el autor imputable no obra reprochablemente ya que no asumía la conducta adecuada al mandato por no saber que realiza lo prohibido; nos encontramos con un **imputable que no es culpable.**

En aquellas situaciones en que la acción no es obra del autor (de su persona), aquí la acción no es obra de el activo, sea porque en el momento del hecho careció totalmente de la voluntad de actuar de acuerdo con un conocimiento, sea porque físicamente y de un modo irresistible para él, se le ha forzado a hacer u omitir, por lo cual no se puede decir que sea él quien actuó u omitió, ejemplo: el que actúa violentando por **fuerza física irresistible.**

Existen acciones en las que el sujeto no puede ser considerado autor por no haber obrado; aquí la acción criminal no puede ser relacionada con el sujeto.

No siempre el derecho exige al autor o no le reprocha su elección de lo prohibido; esa ausencia de

Su efectividad radica en la realización de un proceso judicial en el cual se investigue la existencia y se juzgue si el hecho atribuido al autor constituye o no un delito.

Ese proceso sólo puede ser puesto en movimiento por la acción procesal, que es el acto por el cual se demanda al órgano jurisdiccional la realización de aquellas actividades.

La concreta punibilidad de ejercer la acción penal se convierte en otro presupuesto de imposición de la pena.

Ello está condicionado por diversos factores a la habilitación del ejercicio de la acción para determinados organismos o personas; a la posibilidad jurídica de que ese ejercicio produzca el efecto de impulsar obligatoriamente el proceso penal.

Para el desarrollo del proceso se requieren presupuestos procesales y las condiciones de procedibilidad.

Presupuestos procesales, son los requisitos que tiene que reunir una determinada persona, para ser autor de la acción típica o actor punible de ella.

Hay casos en que una persona puede ser el autor de una acción antijurídica y culpable adecuada al tipo,

reproche jurídico se da cuando el autor se ha enfrentado a la amenaza de sufrir un mal grave o inminente, procedente de una persona que lo coacciona o entraña como peligro originado en circunstancias de hecho en las que actúa, o en las consecuencias en que el mismo derecho pone a su cargo (obediencia debida).

No puede haber delito cuando el sujeto que sabe lo que hace y actúa de acuerdo con ese conocimiento, ataca un bien jurídico cuando está jurídicamente autorizado para hacerlo.

En estos casos la conducta queda protegida por las causas de justificación que aunque regulados por la Ley penal pertenecen a la Teoría General del Hecho Ilícito.

Cuando se presentan una de ellas no tiene que importarnos si el sujeto actuó o no culpablemente ya que nada prohibido hay que reprocharle, sin embargo, al exponer la Teoría Negativa del Delito, observamos que la dirección subjetiva del agente hacia lo permitido o autorizado adquiere vigencia desde un doble ángulo, de

pero por su calidad, el derecho detiene la posibilidad de que puede ser realmente perseguido por ella.

Es necesario recordar los impedimentos de reprochabilidad que únicamente determinen la acción hasta que se remueva al obstáculo que las constituye (necesidad de un juicio político, enjuiciamiento a ciertos Magistrados y Funcionarios, Presidentes; Gobernadores, Legisladores, Jueces, etc.), ya porque así lo establezca la Constitución o la Ley Orgánica de cualquiera de los tres poderes.

Condiciones de procedibilidad, son aquellas que independientemente deben mediar para que la acción procesal sea ejercida válidamente.

En este orden de ideas debemos ubicarnos para la aplicación de la pena en la clasificación de los delitos en un mismo agente (concurso ideal o real); o por su forma (dolosa, culposa o preterintencional); o por su clasificación (instantáneo, permanente y continuado); por su realización (acción u omisión) y también de tentativa o de participación.

las mismas justificaciones y en la Teoría del Error.

En consecuencia, cuando un sujeto incapaz actúa antijurídicamente y culpablemente de acuerdo con el tipo penal, no puede ser sancionado con la pena por no registrarse determinados requisitos para su imposición, **por ausencia de condiciones objetivas de o porque el derecho niega expresamente su procedencia** en el caso concreto (**excusas absolutorias**), o por que no es perseguible procesalmente dicho (impedimentos, falta o extinción de la acción procesal penal):

a) **Ausencia de la acción,** se presenta por haber faltado voluntad en el agente o porque la conducta realizada por él no produjo la modificación del mundo exterior, requerida por el tipo.

b) **Ausencia de acción por falta de voluntad** (estado de inconciencia absoluta o total), se dan cuando el movimiento se realiza sin voluntad de ninguna especie, o bien, como aquellos movimientos sin voluntad propia.

En los primeros tenemos a los movimientos reflejos, son suscitados por estímulos que el agente no puede dominar, ejemplo: dar un salto al escuchar una explosión y golpear a un transeúnte lastimándolo; y los segundos quedan ser fisiológicos, ejemplo: activar un detonante al respirar.

Las actitudes en estado de inconsciencia absoluta o total lo hace el activo sin capacidad de culpabilidad, todo depende del grado de inconsciencia.

e) **Fuerza física irresistible**, el agente se ve físicamente impedido por otro a realizar una actividad o impedido de llevarla a cabo sin que pueda oponerse a tal violencia o superar el impedimento, ejemplo: el trabajador vial que almorzando en la obra con sus compañeros, recibe un golpe en la mano, mientras partía una naranja con su cortaplumas, lesionando con esto a quien tiene a su lado, el guardavías quien se amarra impidiéndolo realizar los cambios que evitarán el desastre ferroviario. Aquí se le dan las **vis absoluta** y la **vis relativa o compulsiva**.

d) **Medios hipnóticos y administración de narcóticos**, empleando violencia, esta en dos formas, la fuerza física irresistible y la coacción que dan lugar a dos situaciones: la **vis absoluta** y la **vis compulsiva**.

El objetivo es de que el procedimiento hipnotice o la administración de narcóticos hayan llegado a anular totalmente la voluntad del paciente porque si así no fuese y sus repercusiones no fueren más allá de la perturbación de su conciencia, sólo podría contemplarse su acción a la luz de la inimputabilidad.

En tratándose de la ausencia de conducta en el caso de movimientos involuntarios, aquí el sujeto no actúa, quien actúa en todo caso es el que se vale del movimiento involuntario, provocando fuerza física irresistible y otro medio, y por ello, él es el autor directo (no mediato) como ocurriría en el caso de que hubiese provocado en el sujeto un estado de inimputabilidad o lo hubiera colocado en su situación de culpabilidad.

e) **Por ausencia de acción por**

	<p>parte de la modificación del mundo exterior requerida por el tipo.</p> <p>Falta de causalidad típica (lo relacionado a los medios morales), aquí se suscita la falta de causalidad típica, porque estar ausente por diversas razones: porque la conducta aunque causal ha sido inadecuada respecto del proceso causal típico.</p>
--	--

CUADRO SINÓPTICO DE IMPUTABILIDAD

		Capacidad de culpabilidad.
	Momento	Actio libera in causa. Actio libera in causa (VI) "Versais in re lícita"
Imputabilidad	Elementos	Intelectual. (Capacidad para comprender)
		Volitivo. (Capacidad para desear un resultado)
	Causas	Inmadurez. (Minoría de edad)
		Trastorno mental.
		Desarrollo Intelectual
		Miedo grave o temor. ¹³⁹

¹³⁹ MARTINEZ GARNELO JESUS. "*La Investigación Ministerial Previa*," 4ª edic, Porrúa, México, 1999, pp. 13 y sig.

CLASIFICACION DE LOS DELITOS

En función de su gravedad:

1. Bipartita. Delitos y faltas; son delitos los sancionados por la autoridad judicial, y las faltas son sancionadas por la autoridad administrativa.

2. Tripartita. Delitos, faltas y crímenes, esta clasificación no funciona en nuestro sistema penal.

Según la conducta del agente:

1. Acción. Son aquellos en que se requiere el movimiento del sujeto para cometer el ilícito, por ejemplo, para jalar el gatillo de la pistola, para clavar un puñal, entre otros.

2.- Omisión. Son aquellos que requieren la inactividad del sujeto, es decir que deje de hacer lo que está obligado.

a) Omisión simple. La simple inactividad origina la comisión del delito independientemente del resultado, se viola una ley preceptiva.

b) Comisión por omisión. Necesariamente como consecuencia debe haber un resultado, por ejemplo, el guardavías, no realiza el cambio de vías del tren, por tal razón chocan los trenes, entonces se castigará esa omisión, se viola una ley prohibitiva.

Por el resultado:

1. Delitos materiales. Mudamiento en el exterior, material y tangible
2. Delito inmaterial.- aquellos que se consuman con la realización de la conducta.

Por el daño que causan:

1. De lesión. Causa una disminución del bien jurídicamente tutelado, vgr., la muerte y el robo, entre otros.
2. De peligro. Sólo ponen en riesgo el bien jurídicamente tutelado, por ejemplo, las lesiones que no causan la muerte, sino que se recupera el afectado.

Por su forma de persecución.

1. De oficio. Son los delitos en los que no es necesaria la denuncia del agraviado, sino que cualquier persona la puede efectuar, y el Ministerio Público, tiene la obligación de perseguir el delito, por ejemplo el homicidio.
2. De querrela. También conocidos como de petición de parte ofendida; se piensa que es una reminiscencia de la “venganza privada”, en la que la gente se hacía justicia por su propia mano.¹⁴⁰

¹⁴⁰ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, “*Teoría del Delito*” Op. Cit. p. 291 y sig.

CAPITULO IV

FRAUDE

A lo largo de nuestro estudio hemos venido analizando, los elementos esenciales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, para poder entrar de lleno al tema que nos ocupa, en efecto, en el presente capítulo, relacionaremos los temas antes estudiados directamente con el delito de fraude, así tenemos:

Elementos del Delito

El delito de fraude se encuentra regulado en nuestro Código Penal en el numeral 230, mismo que establece:

Artículo 230.- Al que por medio del engaño o 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, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo;

III. Prisión de dos años seis meses a cinco años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y

IV. Prisión de cinco a once años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo.¹⁴¹

Cabe precisar que el artículo antes citado sólo refiere el fraude genérico (tema del presente estudio), sin embargo en el artículo 231 del mismo ordenamiento se señalan alguno de los fraudes específicos previstos por nuestra legislación, mismos que sólo se mencionaran ya que su análisis no se encuentra previsto dentro del presente trabajo, así tenemos que el artículo 231 establece:

Artículo 231.- Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:

I. Por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

II. Obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, como consecuencia directa e inmediata del otorgamiento o endoso a nombre propio o de otro, de un documento nominativo, a la orden o al portador, contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo;

¹⁴¹ CODIGO PENAL para el DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

III. Venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o inmueble, y reciba el precio de la primera, de la segunda enajenación o de ambas, o parte de él, o cualquier otro lucro, con perjuicio del primero o del segundo comprador;

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado comprobado;

V. En carácter de fabricante, comerciante, empresario, contratista o constructor de una obra, suministre o emplee en ésta materiales o realice construcciones de calidad o cantidad inferior a las estipuladas, si ha recibido el precio convenido o parte de él, o no realice las obras que amparen la cantidad pagada;

VI. Provoque deliberadamente cualquier acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros;

VII. Por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explote las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas;

VIII. Venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que estos últimos resulten insolutos;

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

X. Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los vigentes en el sistema financiero bancario;

XI. Como intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren al objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro.

Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino o ha dispuesto del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en cualquier institución facultada para ello dentro de los treinta días siguientes a su recepción en favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado dentro de ese término al vendedor o al deudor del gravamen real o devuelto al comprador o al acreedor del mismo gravamen.

El depósito se entregará por la institución de que se trate a su propietario o al comprador.

XII. Construya o venda edificios en condominio obteniendo dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, sin destinarlo al objeto de la operación concertada.

En este caso, es aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo de la fracción anterior.

Las Instituciones y Organismos Auxiliares de Crédito, las de Fianzas y las de Seguros, así como los Organismos Oficiales y Descentralizados autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción anterior.

XIII. Con el fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o por carecer éste de fondos suficientes para su pago de conformidad con la legislación aplicable. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución de crédito de que se trate;

XIV. Para obtener algún beneficio para sí o para un tercero, por cualquier medio accese, entre o se introduzca a los sistemas o programas de informática del sistema financiero e indebidamente realice operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores, independientemente de que los recursos no salgan de la Institución; o

XV. Por sí, o por interpósita persona, sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes o sin satisfacer los requisitos señalados en el permiso obtenido, fraccione o divida en lotes un terreno urbano o rústico, con o sin construcciones, propio o ajeno y transfiera o prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre alguno de esos lotes.

Del mismo tipo, (fraude genérico) se desprenden varios de sus elementos, en efecto Zamora Pierce señala que el tipo de fraude se encuentra compuesto de los siguientes elementos:

1.- Cualquier conducta engañosa

2.- Que produzcan en el engañado un estado subjetivo de error

3.- O bien, alternativamente, cualquier conducta de aprovechamiento del error en el que el paciente del delito se halla,

4.- Provocando así un acto de disposición patrimonial,

5.- Que permite al activo hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido,

6.- Una relación causal entre los elementos anteriores y, por último, una elementos subjetivo consistente en,

7.- El ánimo de lucro, o sea la intención de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja patrimonial.¹⁴²

Para Mariano Jiménez Huerta, los elementos constitutivos del delito de fraude son:

- a) una conducta falaz;
- b) un acto de disposición; y
- c) un daño y un lucro patrimonial

La conducta falaz, es el punto de partida del proceso ejecutivo en el delito de fraude. Dicha conducta está presidida por un elemento de naturaleza predominantemente psíquica, pues, en esencia, consiste en determinar a otro, mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de un error no rectificándolo oportunamente, la conducta falaz puede revestir una rica

¹⁴² ZAMORA PIERCE JESUS. Op. Cit., Pág. 23.

variedad de modalidades, clasificables, empero entre diversos grupos según su antijurídica intensidad fraudulenta. Antiguamente se consideraba que sólo integraban el delito en estudio aquellas conductas en que, para sumergir en error al sujeto pasivo se ponían en juego maquinaciones o artificios; posteriormente se admitió que el simple engaño, aunque no fuera acompañado de aquel aparato externo y corpóreo, bastaba para inducir el error; en la actualidad también se admiten en algunos códigos, como en el de México, que el aprovechamiento del error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo, es ya suficiente para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude. Estas diversas formas de exteriorización de la conducta típica están relacionadas con su densidad antijurídica y deben ser trascendentes en orden a la pena, por el equitativo y racional uso que el juzgador ha de hacer del arbitrio que la ley pone en sus manos.

Por lo que corresponde al acto de disposición, Jiménez Huerta menciona del delito de estafa se individualiza y distingue de los demás delitos contra el patrimonio por el hecho de que el sujeto pasivo del engaño hace voluntaria entrega al estafador de la cosa objeto del delito.

El fraude es un delito de disminución de intereses patrimoniales. La disposición que hace el engañado presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado, y correlativamente, una antijurídica ventaja patrimonial para el estafador. Este daño o perjuicio patrimonial consiste, según Frank, en una disminución apreciable en dinero del conjunto los valores económicos correspondientes a una persona, cuya disminución puede encarnar en una merma de activo o en un aumento del pasivo.¹⁴³

De la anterior lista de elementos constitutivos del delito de fraude, podemos evidenciar todos aquellos mencionados por Zamora Pierce, quizá con otro orden y numeración, pero en esencia se encuentran los elementos esenciales del delito en dichas clasificaciones.

¹⁴³ MARIANO JIMENEZ HUERTA, Op. Cit. pág. 134-189.

Por su cuenta, Cándido Conde Pumpido establece en su obra que los elementos del delito de estafa se pueden desglosar de la siguiente manera:

1.- la utilización por el sujeto activo de un mecanismo de fraude, que se define como engaño bastante. Engaño que ha de entenderse en su acepción más propia de acción, o maquinación tendente a hacer creer a otro que es cierto lo que no es, y no en la reflexiva o pasiva de caer en un error, que es sólo el estado de ánimo producido por el engaño y que constituye el siguiente elemento que pasamos a citar.

2.- El elemento causal de ese engaño, que debe determinar un error en el sujeto pasivo derivado precisamente del mecanismo o artificio engañoso.

3.- Que a través de ese engaño se induzca al sujeto pasivo a realizar un acto de disposición. Elemento este que, como anticipamos, es el más cuestionable desde una óptica de estricta interpretación jurídica y que tal vez hubiera sido preferible no mencionar, dándolo como implícito, o definirlo como un desplazamiento o desequilibrio patrimonial.

4.- Que el acto dispositivo sea causa de un perjuicio ya para el que actúa movido por el error o ya para un tercero. Ello quiere decir que alguna cosa o valor ha de salir del patrimonio del perjudicado o no entrar en él, cuando sí debió haberlo hecho.

5.- El sujeto activo actúa con ánimo de lucro, elemento subjetivo que refuerza el injusto de la estafa y que anticipa el beneficio del autor o alguien con el relacionado, beneficio o lucro cuya efectividad, sin embargo, no exige el tipo para que el delito se perfeccione.¹⁴⁴

¹⁴⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO CANDIDO, "Estafas", 1ª edic., Tirand lo Blanch , Valencia, España, 1997, p. 26-27.

De lo señalado con antelación, y atendiendo principalmente al tipo penal establecido, y a que los autores antes señalados de cierta manera conjugan los mismos elementos, podemos concluir que el delito de fraude tiene los siguientes elementos:

1.- Engaño o aprovechamiento del error

2.- Obtención ilícita de una cosa o un lucro indebido, como consecuencia del engaño o aprovechamiento del error.

Lo anterior se ve corroborado por las tesis jurisprudenciales emitidas por nuestros más altos Tribunales:

Instancia: Primera Sala

Sexta Época

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: CXVIII, Segunda Parte

Tesis:

Página: 25

FRAUDE, ENGAÑO O ERROR COMO ELEMENTOS DEL DELITO DE.- Los elementos del fraude, según el artículo 386 del Código Penal, son los siguientes: a). Que se engañe a uno o se haga aprovechamiento del error en que éste se halle, y b). Que por ese medio se obtenga ilícitamente una cosa o se alcance un lucro indebido. Es indudable que al referirse la Ley Penal al elemento engaño o error, se refiere al de naturaleza penal, pues es sabido que existe una forma de error, de índole civil, que no da lugar al ejercicio de la acción penal, sino solamente a la rescisión del contrato, con resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Atento lo anterior, debe decirse que para que haya engaño o error de naturaleza penal, es necesario que exista en la mente del autor de aquél, una

dañada intención que tienda a la obtención ilícita de una cosa o el alcance de un lucro indebido.

Amparo directo 4675/62. Ricardo Romero Cuellar. 5 de abril de 1967. 5 votos.
Ponente: Manuel Rivera Silva.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: V Segunda Parte-2

Tesis:

Página: 578

FRAUDE. CONCEPTOS DE ENGAÑO Y ERROR COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO.

El fraude es un delito material por requerir un resultado de la misma índole (la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurren en ella, así como la obtención de un lucro o un beneficio indebido), con independencia de los medios comisivos, engaños o aprovechamiento del error, entendiéndose el primero como la actividad mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción, o sea una acción falaz positiva para lograr la obtención de la cosa o el logro de un beneficio indebido; en el aprovechamiento del error, no es necesario en todo caso, una actividad del sujeto activo, quien se aprovecha de la falsa concepción que una persona tiene sobre un hecho cualquiera para llegar al resultado antijurídico, y a diferencia del engaño que constituye el medio comisivo para provocar el error, en el aprovechamiento de éste que existe con anterioridad, el agente sólo se vale de esa situación para lograr el fin que de antemano se propuso, ya que en estas circunstancias el activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima, sino únicamente se abstiene de hacer saber al pasivo la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para su finalidad dolosa. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO

Amparo en revisión 234/89. Horacio Ruiz Samayoa. 5 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: Jorge Farrera Villalobos.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: 32 Segunda Parte

Página: 39

FRAUDE, ELEMENTOS NO CONSTITUTIVOS DEL.- Tratándose del delito de fraude no es óbice para tenerlo por comprobado que el ofendido no haya demostrado su capacidad económica para saber si en verdad tenía el dinero que diga le fue defraudado, ni tampoco la propiedad, preexistencia y falta posterior del aludido numerario, en atención a que tales circunstancias no son elementos de la materialidad del delito de fraude, sino únicamente lo relativo a la **comprobación del engaño a una persona o el aprovechamiento del error en que se halle, y que por este medio se obtenga ilícitamente una cosa o se alcance un lucro indebido.**

Amparo directo 536/71. Eduardo Alatorre Franco. 4 de agosto de 1971. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

A continuación explicaremos cada uno de los elementos antes mencionados, empezando para tal efecto con el engaño o aprovechamiento del error.

ENGAÑO O APROVECHAMIENTO DEL ERROR

Empezaremos con las definiciones de carácter genérico, así tenemos que el Diccionario Jurídico Mexicano define engaño de la siguiente manera:

Engaño.- "...El dolo consiste en toda clase de artificios o sugerencias tendentes a provocar el error en el autor del acto o en cualquiera de las partes en el intervienen, de manera tal que, de no haberse inducido a una de las partes en este falso conocimiento de la realidad, ésta no habría celebrado el acto o cuando menos habría otorgado su voluntad de otra manera diferente a aquella que fue emitida en condiciones de engaño tales..."¹⁴⁵

De lo antes señalado, se desprende el concepto de error, mismo que consiste en:

Error.- "I. En derecho penal, ausencia de conocimiento o conocimiento falso sobre los elementos requeridos por la definición legal del delito o sobre el carácter prohibido de la conducta en que éste consiste..."¹⁴⁶

Entendiendo por tal motivo, que el aprovechamiento del error es el mantener al sujeto pasivo en esa ausencia de conocimiento o conocimiento falso, es decir consiste en una acción de carácter pasivo.

De la misma forma, Cándido Conde señala que: "se entiende por engaño la falta de verdad en lo que se dice o hace, de modo que los demás se formen una representación incierta de lo que el sujeto realmente pretende. Se

¹⁴⁵ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS UNAM, "Diccionario Jurídico Mexicano", t. 2, 11ª. edic., Porrúa, México, 1998. pags. 1418.

¹⁴⁶ Ibidem. pag. 1529.

trata de un ocultamiento o disfraz de la realidad, bien simulando algo que no existe o que no se tiene la intención de que llegue existir, bien ocultando o disimulando algo que sí existe y cuyo conocimiento modificaría la actitud de la persona a quien el engaño se dirige.¹⁴⁷

Siguiendo la misma tesitura, Pavón Vasconcelos, en su obra delitos contra el patrimonio cita a Maggiore, y éste conceptualiza el engaño y el aprovechamiento del error de la siguiente manera: “por engaño, se debe entender, un artificio acompañada de maquinación dolosa, para inducir a error, de manera más fácil. Precisamente se diferencia del artificio es la característica de ser siempre positivo o sea, debe consistir en una acción.”¹⁴⁸

Zamora Pierce, define al engaño como la falta de verdad en lo que se dice o lo que se hace creer. Engañar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es dar a la mentira apariencia de verdad. Inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas. Engaño, pues, es sinónimo de ardid, enredo, trampa, treta, artimañas, mentira, maquinación, falacia, mendacidad, argucias con falsedad.¹⁴⁹

Sebastián Soler menciona, que para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante. Un es decir, define ardid como el astuto despliegue de medios engañosos.¹⁵⁰

Por último, Pavón Vasconcelos cita a González de la Vega quien estima que: “por engañar a una persona debe entenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo del infracción; el engaño (mutación o alteración de la verdad) supone la

¹⁴⁷ CONDE PUMPIDO FERREIRO CANDIDO, Op. Cit. p.45.

¹⁴⁸ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, “*Delitos Contra el Patrimonio*”. Op. Cit. p.262.

¹⁴⁹ ZAMORA PIERCE JESUS, Op. Cit. p.28.

¹⁵⁰ SOLER SEBASTIAN, Op. Cit. p.347-348.

realización de cierta actividad más o menos franca en el autor del delito; el engaño es una acción positiva.¹⁵¹

Tomas Vives Antón, en su obra, establece que el engaño es el primero y, sin duda, el más significativo de los elementos definitorios de la estafa. El engaño individualiza la estafa frente a las restantes figuras del delito de enriquecimiento ilícito, y ahí radica su importancia.

En el lenguaje común, la expresión engaño designa la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad.

Clases de engaños típicos:

a) engaño explícito y engaño implícito: desde luego se ha estimado que la estafa pueda realizarse a través de manifestaciones que no corresponden con la realidad (engaño explícito o semántico); pero también se ha aceptado la concurrencia de estafa en la conducta de quien se sitúa, en el seno de una relación contractual, sin expresar nada exactamente falso, pero ocultándose intención inicial de no actuar como la relación exige (esto es, como contratante) y defraudar, en definitiva, a otro (engaño implícito o pragmático)

b) engaño activo y engaño omisivo: dicha clasificación se refiere al que puede llevarse a cabo mediante simulación expresa, comportamiento concluyente, e incluso por omisión contraria al deber.

c) Engaño relevante e irrelevante: de las consideraciones anteriormente efectuadas, se sigue relevancia típica de los engaños que no

¹⁵¹ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "*Delitos Contra el Patrimonio*". Op. Cit. p.263.

producen error, aún en el caso de que refuercen el que ya existen el perjudicado.¹⁵²

Por otro lado Laura Damianovich de Cerrero, menciona que: “tanto el ardid como el engaño tienen la esencia de la mentira, pero son algo más que ésta. Suponen un esfuerzo persuasivo con orientación final hacia el error de su destinatario, quien forma la convicción por la fuerza del despliegue. Este puede componerse de argumentos, de actitudes, de pruebas artificialmente encaminadas a ese fin; en otras palabras, de cualquier manifestación de la conducta que trascienda la mera atestación falsa en que una mentira consiste”¹⁵³

De lo anterior, podemos deducir, que engañar es mantener en el error, mientras que error a su vez es la falsa apreciación de la realidad, por lo tanto el elemento fundamental del fraude es el engaño, ya sea como actividad o como inactividad u omisión, es decir, esta última, el aprovechamiento del error, pero este engaño o aprovechamiento del error, debe tener como objetivo la obtención ilícita de una cosa o un lucro indebido en beneficio del actor o a favor de un tercero.

El respecto tenemos la siguiente tesis aislada:

No. Registro: 226.311

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: V, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990

¹⁵² VIVES ANTON TOMAS, Op. Cit. p. 913-914.

¹⁵³ DAMIANOVICH DE CERRERO LAURA, “*Delitos Contra la propiedad*” 3ª edic., Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2000, p.198.

Tesis:

Página: 578

FRAUDE. CONCEPTOS DE ENGAÑO Y ERROR COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO.- El fraude es un delito material por requerir un resultado de la misma índole (la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurren en ella, así como la obtención de un lucro o un beneficio indebido), con independencia de los medios comisivos, engaños o aprovechamiento del error, entendiéndose el primero como la actividad mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción, o sea una acción falaz positiva para lograr la obtención de la cosa o el logro de un beneficio indebido; en el aprovechamiento del error, no es necesario en todo caso, una actividad del sujeto activo, quien se aprovecha de la falsa concepción que una persona tiene sobre un hecho cualquiera para llegar al resultado antijurídico, y a diferencia del engaño que constituye el medio comisivo para provocar el error, en el aprovechamiento de éste que existe con anterioridad, el agente sólo se vale de esa situación para lograr el fin que de antemano se propuso, ya que en estas circunstancias el activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima, sino únicamente se abstiene de hacer saber al pasivo la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para su finalidad dolosa.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 234/89. Horacio Ruiz Samayoa. 5 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: Jorge Farrera Villalobos.

ACTO DE DISPOSICIÓN.-

Según el Diccionario Jurídico Mexicano, la segunda característica del fraude, que es el acto disposición, se manifiesta dentro de la esencia del propio fraude, pues de suyo el agente pasivo hace voluntaria entrega al agente del delito o sujeto activo de la cosa objeto del mismo. Es decir, el engaño o aprovechamiento del error conduce al agente pasivo a efectuar un acto de disposición patrimonial en beneficio del agente activo, que puede recaer sobre dinero, muebles, inmuebles, servicios, derechos, entre otros.¹⁵⁴

Jiménez Huerta refiere en su obra que el delito de estafa se individualiza y distingue de los demás delitos contra el patrimonio por el hecho de que el sujeto pasivo del engaño hace voluntaria entrega al estafador de la cosa objeto del delito. El párrafo primero del artículo 386 (hoy 230) alude implícitamente a esta realidad con la frase "... se hace ilícitamente de alguna cosa..." y en el hoy desaparecido párrafo último del mismo artículo, de una manera explícita y que no dejaba margen a dudas, se expresaba: " cuando el sujeto pasivo del delito entrega la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener ese entrega se hayan empleado.

Si la consecuencia práctica que produce la conducta fraudulenta del sujeto activo es la disposición patrimonial que efectúa el sujeto pasivo del engaño, dicha conducta engañosa ha de proyectarse sobre un individuo con la capacidad psicológica suficiente para que las maquinaciones, artificios o engaños puedan mover su voluntad y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial debido a la impresión ilusoria que produjeron en su entendimiento o en su sentimiento.

¹⁵⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS UNAM, Op. Cit. p. 1734.

Asimismo, Jiménez Huerta, cita a Pedrazzi, quien define al acto disposición como el paso de un fenómeno interno de la psiquis del sujeto pasivo a un efecto externo, cual es el transferimiento patrimonial.¹⁵⁵

Por otro lado, Cándido Conde conceptualiza el engaño como el provocar a error, inducir al sujeto pasivo a realiza un acto de disposición, disposición que por el efecto de perjuicio para el disponente o un tercero a detener un contenido patrimonial, esto es, a de recaer sobre un elemento del patrimonio del sujeto pasivo o de un tercero, sobre el que aquél tenga posibilidad de disponer minorando económicamente dicho patrimonio (perjuicio) elemento que puede integrarse por bienes materiales, se han muebles o inmuebles, o inmateriales, como sesión de créditos o derechos, o por una prestación de hacer o de servicio, como hospedarse, manutención o transporte.

En definitiva nos encontramos ante lo que la doctrina alemana llama *Beziehungsdelikte* (delitos de relación), caracterizados porque requieren para su producción una específica contribución de la víctima, esto es, que aquella haga voluntariamente algo que perfecciona el tipo, contribuyendo con ese hacer a la causación del resultado. La existencia de una cooperación del sujeto pasivo para la perfección del delito de estafa es consecuencia del requisito del nexo causal entre el engaño y el acto de disposición. El acto de disposición se integra, pues, por una elemento interno, la voluntad el sujeto pasivo, que aparece viciada por el error causante de voluntad y otro externo, la transferencia de un valor patrimonial del área del dominio del sujeto activo a la del sujeto pasivo.¹⁵⁶

Por su cuenta, Tomas Vives Antón, establece que: "por acto de disposición hay que entender toda acción u omisión que implique un desplazamiento patrimonial. Ese desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate. Para

¹⁵⁵ MARIANO JIMENEZ HUERTA, Op. Cit. pág. 176- 188.

¹⁵⁶ CONDE PUMPIDO FERREIRO CANDIDO, Op. Cit. p.83-85.

que un determinado acto de disposición llegue a tener relevancia típica ha de ser inducida por el error causado mediante engaño bastante. Por lo tanto, el acto de disposición ha de realizarse por el engañado, pero, quien realiza el acto de disposición puede ni coincidir con el sujeto pasivo del delito.¹⁵⁷

Zamora Pierce, indica que el fraude es un delito de auto-lesión, en el cual el sujeto víctima del engaño coopera con el estafador, tomando voluntariamente, si bien es cierto que con la voluntad viciada por el error, las disposiciones patrimoniales que han de producir el perjuicio del pasivo, y el correspondiente lucro del activo. Por acto disposición entendemos cualquier conducta que transfiere, graba, extingue, o de cualquier manera afecta alguno de los derechos que integran el patrimonio de la víctima. El acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido, entonces, genéricamente, como aquel comportamiento activo u omisivo, del sujeto inducido a error y conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero.¹⁵⁸

Por tal motivo y tomando en cuenta las diversas definiciones antes citadas, podemos concluir que acto de disposición, es aquel acto realizado por el sujeto pasivo, como consecuencia del engaño, mediante el cual merma su patrimonio y hace entrega al sujeto activo del delito, es decir, entrega dicho patrimonio, ya sea una parte o un todo, al sujeto engañador.

DAÑO Y LUCRO PATRIMONIAL

El Diccionario Jurídico Mexicano señala que el tercer elemento o ingrediente del delito de fraude es el daño o lucro patrimonial, presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y se manifiesta mediante una

¹⁵⁷ VIVIS ANTON TOMAS, Op. Cit. p. 921-922.

¹⁵⁸ ZAMORA PIERCE JESUS, Op. Cit. p.113-115.

disminución apreciable en dinero del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona.¹⁵⁹

Para Jiménez Huerta el fraude es un delito de disminución de intereses patrimoniales. La disposición que hace el engañado presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y, correlativamente, una antijurídica ventaja patrimonial para el estafador. Este daño o perjuicio patrimonial consiste, según Frank, en la disminución apreciable en dinero del conjunto los valores económicos correspondientes a una persona, cuya disminución podrá encarnar en una merma del activo o bien un aumento del pasivo.

El daño patrimonial, esto es, el valor de lo defraudado, consiste, según Schöke, en la diferencia existente entre valor pecuniario total del patrimonio después de la estafa y el valor que tendría sin la intervención punible. Trátase pues, de un valor económico determinable objetivamente.¹⁶⁰

Para Sebastián Soler, la estafa es un delito para cuyo perfeccionamiento se requiere la efectiva producción de un daño. Este daño debe estar constituido o derivar directamente de la disposición patrimonial erróneamente tomada por el engañado, sea con respecto al propio patrimonio, sea en relación al de un tercero del cual puede disponer. El engañado actúa como instrumento del autor del ardid, es necesario por lo tanto, que la disposición tomada sea en sí misma, de carácter patrimonial. Sólo así podrá decirse que el perjuicio deriva del error.¹⁶¹

Por su cuenta, Conde Pumpido refiere que por lucro suele entenderse la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico, otros tienen un concepto más amplio del mismo, entendiéndolo que excede del simple acrecentamiento del activo patrimonial por

¹⁵⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS UNAM, Op. Cit. pag. 1734.

¹⁶⁰ MARIANO JIMENEZ HUERTA, Op. Cit. pág. 188-192.

¹⁶¹ SOLER SEBASTIAN, Op. Cit. p.370.

incorporación al mismo de una cosa, la liberación de cargas o condonaciones de valores del pasivo o la recepción de un servicio o de una obra. Por último señala que lucro ha de derivarse directamente del acto de disposición, esto es, ha de obtenerse a través de la cosa o servicio que el sujeto pasivo realice movido por el error causado por la conducta engañosa del agente.¹⁶²

Tomás Vives Antón establece que el perjuicio típico de la estafa consiste, pues, en la diferencia de valor entre lo que se atribuye a otro (generalmente, el autor del delito) en virtud del acto de disposición y lo que, eventualmente, se recibe de este como contraprestación: si la contraprestación que se recibe es de igual valor que la que se realiza no hay, pues, delito, aunque pueda haber un perjuicio indemnizable civilmente; y, si es de menor valor, pueda haber delito, pese a que, civilmente, no haya perjuicio alguno.

El ánimo de lucro, a diferencia de lo que ocurre en el robo y en el hurto, ha de ser definido aquí en términos muy amplios, como intención de obtener (para sí o para otro) un enriquecimiento patrimonial correlativo (aunque no necesariamente equivalente) al perjuicio típico ocasionado. Constituye el ánimo de lucro, así definido, un elemento subjetivo del tipo, e impide la incriminación imprudente.¹⁶³

Por otro lado, Zamora Pierce, establece que la disposición patrimonial efectuada por el engañado, deberá producir un perjuicio en su propio patrimonio o en el de un tercero, y, correlativamente, un provecho en el patrimonio del engañador o en el de otra persona. Éste perjuicio ha de ser una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo del delito. Estamos, por tanto, ante un delito de resultado. Y, dentro de esta categoría, entre los de resultado material, pues su perfección exige la efectiva lesión del bien jurídicamente tutelado, y no solamente la supuesta en peligro. La estafa exige un

¹⁶² CONDE PUMPIDO FERREIRO CANDIDO, Op. Cit. p.100.

¹⁶³ VIVES ANTON TOMAS, Op. Cit. p. 922- 923.

perjuicio patrimonial. El perjuicio patrimonial es, lógicamente, la disminución del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona, lo cual puede producirse tanto mediante una disminución del activo como mediante un aumento del pasivo. El perjuicio patrimonial de la disminución económica del patrimonio en conjunto.¹⁶⁴

De lo anteriormente citado y tomando en cuenta los diferentes criterios de reconocidos juristas, mismos, que además coinciden, podemos establecer que daño es la disminución del conjunto de valores económicos de una persona, es decir, consiste en una merma del patrimonio activo del sujeto pasivo del delito, o también puede hacerse consistir en el aumento del patrimonio pasivo de dicho sujeto, mientras que el lucro es la intención del sujeto activo del delito de obtener del sujeto pasivo ese daño o perjuicio. Existiendo por tal motivo una estrecha relación entre el daño o perjuicio causado y el ánimo de lucro del sujeto activo del delito.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Resulta fácil entender, que para que se tipifique el delito de fraude, debe existir necesariamente una relación directa entre el engaño, el acto de disposición y el lucro o cosa obtenida, es decir como consecuencia del engaño empleado o el aprovechamiento del error, se origina una disposición patrimonial y ésta a su vez se encuentra íntimamente relacionada con el lucro o cosa obtenida por el engañador (sujeto activo del delito) esto es lo que se denomina relación de causalidad.

Sin embargo, es necesario retomar el concepto de relación de causalidad en términos generales, de tal forma, para Celestino Porte Petit la relación causal consiste en el nexo entre un elemento del propio hecho (conducta)

¹⁶⁴ ZAMORA PIERCE JESUS, Op. Cit. p.149-150.

y la consecuencia de la misma (resultado material), que viene a ser igualmente un elemento del hecho.¹⁶⁵

Retomando el tema que nos ocupa, esto es el fraude genérico, es necesario mencionar que algunos autores agregan a la relación de causalidad el concepto de idoneidad del engaño, así tenemos que Sebastián Soler señala que la idoneidad del ardid es la relación que ha de remediar entre el ardid y el error.

Por otro lado para Tomas Vives Antón el engaño o el ardid son idóneos cuando en el caso concreto ha logrado éxito.¹⁶⁶

Por su cuenta, Zamora Pierce, señala que el engaño debe ser idóneo, debe ser adecuado, esto quiere decir, son sancionados como fraudulentos, únicamente, aquellos engaños que sean bastante para producir error en otro, sólo es engaño fraudulento el que crea un riesgo de lesión del patrimonio ajeno. Y, para determinar si el engaño presenta esas características, los autores se han valido, bien de un criterio objetivo, estudian al engaño y también de un criterio subjetivo, examinan a la víctima del engaño.¹⁶⁷

Roberto Reynoso cita al maestro Eusebio Gómez, quien al respecto refiere que la idoneidad del engaño es imprescindible para establecer el nexo de causalidad entre él y la prestación verificada, considerando no sólo la naturaleza misma del engaño, sino también, y muy particularmente, las condiciones personales del engañado.¹⁶⁸

De lo anterior, podemos deducir, que si bien es cierto, necesariamente debe existir un nexo causal entre el engaño, la disposición patrimonial y el daño o lucro, se debe acreditar que el engaño fue efectivamente

¹⁶⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Op. Cit. p.264.

¹⁶⁶ VIVES ANTON TOMAS, Op. Cit. p. 922- 923.

¹⁶⁷ ZAMORA PIERCE JESUS, Op. Cit. p.149-150.

¹⁶⁸ REYNOSO DAVILA ROBERTO, "Delitos Patrimoniales" Op. Cit. p.220.

aquel que trajo como consecuencia el desencadenamiento de los demás elementos, es decir, debe ser idóneo en otras palabras, se puede decir que el engaño debe ser el adecuado, para producir dichas consecuencias.

Por lo tanto no basta con estudiar sólo el engaño en particular, sino que se tendrá que estudiar las características de la víctima del delito, para estar en posibilidad de determinar esa idoneidad del engaño, porque quizá algo que causa error en un mesero, no causará el mismo error en un profesional o un abogado, por lo tanto no basta sólo el engaño, sino que este sea de tal forma que efectivamente sea como consecuencia de él, la disposición patrimonial del sujeto pasivo del delito. De tal forma que necesariamente debe existir una relación causal entre el sujeto activo del delito (defraudador), engaño y disposición patrimonial a cargo del sujeto pasivo del delito (defraudado).

CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE FRAUDE EN REFERENCIA A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO.-

El delito de fraude se clasifica de acuerdo a la conducta del agente en:

- **De acción:** El fraude es un delito de acción a virtud de que con la conducta del agente se produce un hecho, consistente en el engaño.
- **De comisión por omisión:** También se puede presentar mediante un no hacer, cuando éste produce un resultado material. Se podría presentar respecto al aprovechamiento del error.

El delito de fraude se clasifica de acuerdo al resultado en:

- **Material.-** El fraude es un delito de resultado material, porque con su acción (engaño) o su comisión por omisión (aprovechamiento del error), se produce un mutamiento en el mundo exterior, lesionando el bien jurídicamente tutelado por la norma penal, consistente en el daño patrimonial. Este resultado material se fundamenta en dos hipótesis: el hacerse ilícitamente de una cosa o la obtención de un lucro indebido.¹⁶⁹

En relación a esta misma clasificación Francisco Pavón Vasconcelos, aumenta a demás de los materiales, mencionados por López Betancourt, los siguientes:

- **Instantáneo.-** en virtud de que la disminución del bien jurídico revela la consumación instantánea del delito. En el momento en que el sujeto activo se hace de la cosa o alcanza un lucro indebido se considera el fraude como consumado.

- **Material.-** por requerir un resultado de tal indole (la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurrente con ella, así como la obtención del lucro indebido), con independencia de los medios comisitos engaño o aprovechamiento del error.

- **Daño o lesión.-** en virtud de que el resultado en el fraude implica una efectiva disminución en el patrimonio, bien protegido por la norma penal, este delito es de daño o lesión, contrariamente a aquellos delitos en que la acción u omisión del sujeto sólo amenaza, con probabilidad de lesión, el bien tutelado.¹⁷⁰

¹⁶⁹ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "*Delitos en Particular*". Op. Cit. p.314.

¹⁷⁰ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "*Delitos Contra el Patrimonio*". Op. Cit. p.268-269.

ADECUACIÓN ATÍPICA.

Ahora bien, en el tercer capítulo, estudiamos la teoría general del delito, es decir los elementos que integran éste, así estudiamos la tipicidad y la atipicidad en términos generales, ahora, veremos dicha atipicidad en lo particular, es decir en atención al delito de fraude.

Sólo para recordar, mencionaremos que atipicidad es la falta de adecuación al tipo penal.

En principio, las únicas situaciones que pueden estimarse constitutivas de atipicidad en el delito de fraude son:

- a) Ausencia de los medios comisivos, y
- b) Ausencia del objeto jurídico.

En el primer caso, la ausencia del engaño o del aprovechamiento del error para obtener la cosa o el lucro, hace desaparecer el delito; el uso de tales medios comisivos, para hacerse de la cosa propia, cuando no se causa perjuicio a un tercero, tampoco integra el delito. En ambas situaciones habrá atipicidad del hecho por faltar la adecuación de éste al tipo legal.¹⁷¹

Zamora Pierce establece como casos de atipicidad o de ausencia de adecuación al tipo penal en el delito de fraude los siguientes:

- a) La falta de calidad en el objeto;
- b) La falta del medio exigido por la ley, y
- c) La falta de los elementos subjetivos del injusto.

¹⁷¹ Ibidem. p.279.

Dice al respecto: Habrá atipicidad por falta del medio exigido por la Ley cuando no estemos en presencia del engaño. El engaño no es relevante si es posterior al acto de disposición patrimonial, porque, en tal hipótesis, no puede ser su causa. Tampoco es relevante el engaño del que se hace objeto a un incapaz, y la atipicidad, en este caso, surge por falta del medio (engaño) exigida por la ley, y no por falta de calidad en el sujeto pasivo, porque, como arriba afirmamos, un incapaz puede ser defraudado por medio del engaño a su representante. Por último, estamos ante una atipicidad por falta de medio si el engañado, aunque existiendo, no está unido causalmente con el acto de disposición patrimonial; para fijar la existencia la relación causal el juez deberá hacer referencia específica al caso concreto, con especial atención a la víctima del delito y a su personalidad; El engaño nunca debe ser valorado en sí, pues siendo absolutamente inofensivo para un individuo puede ser determinante para otro, y ambos tienen derecho a idéntica protección de su patrimonio. Hay atipicidad por carencia de los elementos objetivos del injusto, cuando el delincuente actúa con fines diversos al ánimo de lucro.¹⁷²

Así las cosas, el maestro Zamora Pierce menciona tres casos en los que no se tipifica el delito, sin embargo, consideramos que la falta de calidad de objeto y la falta de elementos subjetivos del injusto, es decir, lucro se podrían conjuntar en un solo apartado, tal y como lo hace el maestro Vasconcelos.

ELEMENTOS DEL TIPO DE FRAUDE

OBJETO MATERIAL.

Para poder adentrarnos directamente al objeto material del delito de fraude, es preciso, en primer término, entender dicho concepto de forma genérica, para tal efecto, señalaremos algunos conceptos emitidos por nuestros más

¹⁷² ZAMORA PIERCE JESUS, Op. Cit. p.173-181.

importantes concedores del Derecho, realizado esto, retomaremos el tema que nos ocupa en el presente capítulo.

El objeto del delito según Carranca es la persona o cosa, o el bien o el interés jurídico, penalmente protegidos. Los tratadistas distinguen entre objeto material y objeto jurídico. Siendo el objeto material la persona o cosa sobre la que recae el delito. Los son cualquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas.¹⁷³

Por lo tanto, podemos concluir que el objeto material del delito de fraude lo constituye la cosa o el lucro del cual se hace ilícitamente el sujeto activo del delito.

Cosa, según el Diccionario Enciclopédico es una palabra indeterminada cuyo significado (materia, objetos, bienes, entre otros) se precisa por lo que la precede. De la misma manera se define al lucro como: "ganancia, provecho, beneficio que se ha dejado de obtener por cualquier causa imputable a otra persona."¹⁷⁴

De acuerdo con Francisco Pavón Vasconcelos, el objeto material del delito de fraude es la cosa que ilícitamente obtiene el delincuente, y esta puede ser mueble o inmueble; así como toda clase de derechos patrimoniales, pues así se refiere del texto del artículo 386 del Código penal (ahora artículo 230 del mismo), dado que la ley habla de hacerse ilícitamente de una cosa o bien obtener un lucro indebido.¹⁷⁵

¹⁷³ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL, Op. Cit., 270-271.

¹⁷⁴ GARCIA PELAYO Y GROSS RAMON, "Diccionario Enciclopédico Ilustrado". Larousse, México. 1997. p.210.

¹⁷⁵ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "Diccionario de Derecho Penal". 3º edic., Porrúa, México, 2003. p. 513.

Por su parte López Betancourt y Porte Petit establecen como problemática de los términos “cosa” y “lucro” el determinar si hacerse ilícitamente de una cosa queda subsumido en la obtención de un lucro, es decir, si la cosa implica necesariamente un lucro, resolviendo finalmente que sólo hay un resultado, la obtención de un lucro indebido. Si el que engaña o se aprovecha del error se hace ilícitamente de alguna cosa, está alcanzando un lucro indebido. Consiguientemente el término lucro es como se sostiene, de mayor amplitud, abarcando al que se hace ilícitamente de una cosa.¹⁷⁶

De igual forma para Zamora Pierce, la cosa queda dentro del lucro indebido, expresando al respecto: “debemos entender por cosa cualquier objeto material susceptible de apreciación, esa cosa debe tener un valor económico, debe ser estimable en dinero, pues el Código hace depender la punibilidad del valor de lo defraudado. Entendidos así los conceptos de lucro y de cosa, la segunda nos parece una especie del primero, como género, y en consecuencia su mención en el tipo resulta inútil y redundante. Toda cosa que obtenga el delincuente constituirá un lucro, es decir, una ganancia o provecho patrimonial. Luego entonces, nada perdería el tipo si elimináramos la mención de la cosa”¹⁷⁷

Rodrigo Quijada establece que el objeto material del delito de fraude es el bien o lucro que se obtiene del delito. Lucro, para el efecto, es un provecho, beneficio o ganancia estimable en dinero.¹⁷⁸

Con lo anterior podemos concluir que el objeto material del delito de fraude lo constituye el lucro obtenido por el sujeto activo del delito, toda vez que la cosa, al tener que ser apreciable en dinero, se convierte en la obtención un lucro, siendo una especie dentro del género.

¹⁷⁶ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO y PORTE PETIT MORENO LUIS, Op. Cit. pag. 47-49.

¹⁷⁷ ZAMORA PIERCE JESUS, Op. Cit. p.318.

¹⁷⁸ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, “*Diccionario de Derecho Penal*”. 3º edic., Porrúa, México, 2003. p. 513.

BIEN JURÍDICO TUTELADO.

El objeto jurídico es el bien o el interés jurídico, objeto de la acción incriminable. Por ejemplo la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad entre otros.¹⁷⁹

Ya directamente en el estudio del delito de fraude que nos ocupa, Laura Damianovich señala que el delito de estafa protege primordialmente la integridad del patrimonio y, secundariamente, la libertad plena en la disposición patrimonial y la contratación libre de maquinaciones ardidosas.¹⁸⁰

Para el maestro Jiménez Huerta, el bien tutelado por el delito de fraude es el patrimonio, y al respecto refiere: "La objetividad jurídica protegida en el delito de fraude es el patrimonio, en cuanto este bien jurídico se proyecta y refleja en las relaciones crematísticas existentes entre los individuos en su vida diaria en común. Existe en los miembros de la comunidad un interés jurídico en que las relaciones y artificios que pueden inducir a error y en los que los errores en que se pudieren hallarse determinadas personas no sean aprovechadas por otras con fines torticeros. Un interés individual de naturaleza patrimonial cuya trasgresión ofende los ideales y aspiraciones de la comunidad es. Pues el bien jurídico protegido en el delito de fraude"¹⁸¹

De igual forma para López Betancourt y Porte Petit Moreno, el bien jurídico tutelado en el delito de fraude es el patrimonio, sin embargo hacen la aclaración de que se trata del patrimonio y no de la propiedad, de tal manera que señalan: "Somos del parecer que el bien jurídicamente titulado por el delito de fraude es el patrimonio, separándonos en consecuencia de otros puntos de vista

¹⁷⁹ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL. Op. Cit., 270-271.

¹⁸⁰ DAMIANOVICH DE CERRERO LAURA, Op. Cit. p.48.

¹⁸¹ QUIJADA RODRIGO, "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado," 1ª. edic., Angel Editor, México, 2003. pág. 454.

sostenidos en la doctrina, como el que sustenta que es la propiedad el bien jurídico protegido.”¹⁸²

De lo antes citado, podemos entonces, señalar que existen diversas teorías, en relación al bien jurídico tutelado por el delito del fraude, teorías en las que predomina el patrimonio como bien jurídico, pero no está por demás, conocer aquellas en las que no se contempla al patrimonio como bien jurídico protegido, así de tal manera Conde Pumpido refiere en su obra lo siguiente: “Aunque la estafa aparezca en nuestro derecho positivo incluido en el Título II del Código como un delito contra el patrimonio, no es pacífico en la doctrina el criterio sobre cuales sean los intereses jurídicos que se pretenden tutelar con la incriminación de la estafa”¹⁸³

Haciendo un pequeño paréntesis, no debemos perder de vista que nos encontramos ante un caso de derecho comparado, situación que resulta necesaria aclarar, toda vez que en nuestro Código Penal el delito de fraude se encuentra incluido en el Título Décimo Quinto, de igual forma son delitos contra el patrimonio.

De la misma forma, Conde Pumpido, cita a Antolisei, quien deduce que en la estafa la modalidad de ataque al patrimonio consiste en lograr un acto o negocio jurídico viciado por el error que (el fin de la incriminación de la estafa no es solo la protección del patrimonio, sino también, la tutela de la libertad del consentimiento en los negocios patrimoniales), aunque mejor sería decir la recta formación de aquella libertad.

También cita a diferentes autores como Manzini y Mezger quienes prefieren poner el acento en la buena fe en el tráfico jurídico, de tal manera que, mencionan que lo que la ley tutela no es tanto la mutua confianza en las

¹⁸² LOPEZ BETANCOURT EDUARDO y PORTE PETIT MORENO LUIS, Op. Cit. pag. 50.

¹⁸³ CONDE PUMPIDO FERREIRO CANDIDO, Op. Cit. p.31.

relaciones patrimoniales entre individuos, cuando el principio de interés público de que debe proibirse el uso del engaño para inducir a otros a prestaciones no debidas, de modo que un mínimo de sinceridad en las relaciones patrimoniales debe ser impuesto por el Estado, porque tal principio representa un interés esencial en el normal desenvolvimiento de los negocios privados y en la convivencia civil.¹⁸⁴

Se ha dicho, y con razón que la estafa es el delito contra el patrimonio fundamental o por excelencia. Para ello se parte de la distinción conceptual entre los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio. Los primeros tutelan la propiedad strictu sensu, tipificando conductas que atentan a valores patrimoniales concretos o absolutos, privando al titular o propietario del ejercicio de todas las facultades inherentes al dominio, atribuyéndoselas a sí mismo el que se apropia de la cosa, esto es, el agente la toma o se posesiona de ella para detentarla *animus rei sibi habendi*, tipificaciones de las que son representativas el hurto y la apropiación indebida. Los delitos contra el patrimonio en su conjunto son aquellos que atentan el patrimonio considerado como valor económico y que es perjudicado por la acción delictiva, estimándose como prototipo de ellos la estafa, que es el delito patrimonial por antonomasia, hasta el punto de llegar a afirmarse, no sin exageración, que el concepto de patrimonio nace por y para la estafa y se desarrolla a partir de sus exigencias.

Existen diversos conceptos de patrimonio, de tal forma tenemos:

a) El concepto jurídico del patrimonio. Se encuentra integrado por el conjunto de derechos patrimoniales de una persona, esto es, aquellos valores económicos que son reconocidos como derechos subjetivos patrimoniales por el Derecho objetivo.

¹⁸⁴ *Ibidem.* p.31.

Este concepto ha sido sometido a fuertes críticas, tanto por lo impreciso del término derechos subjetivos patrimoniales, como porque resultaba, contradictoriamente, en exceso amplio y en exceso restringido.

b) El concepto económico del patrimonio. Se encuentra integrado por el conjunto de bienes o valores económicos evaluables pecuniariamente que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona, independientemente de que gocen o no del reconocimiento del Derecho.

Dicho concepto es objetado por su excesiva amplitud, pues obliga a aceptar como objeto de tutela penal también las cosas o valores poseídos ilícitamente por el titular del patrimonio.

c) El concepto mixto jurídico-económico del patrimonio. Según esta concepción, constituyen el patrimonio todas aquellas posiciones de poder sobre una cosa, valorable económicamente que pertenecen a una persona. Toma de la teoría jurídica la exigencia de que los bienes o valores sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación jurídica, lo que supone una restricción del carácter económico expansivo de la teoría estrictamente económica; y toma de esta última la exigencia de que el derecho subjetivo tenga un valor económico, lo que matiza la concepción estrictamente jurídica de la primera de las teorías expuestas.

d) La concepción personal del patrimonio.- Según esa doctrina cuando se establece la distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio en su conjunto, realmente, en vez de tenerse en cuenta que el hecho lesiona un elemento patrimonial concreto, esto es, una porción limitada del patrimonio, o al patrimonio en su totalidad o conjunto, lo que se está haciendo es utilizar dos conceptos distintos de patrimonio: se afirma que en los delitos contra la totalidad del patrimonio como la estafa se deben proteger totalmente objetos con valor monetario, pero en cambio en el hurto se admite que la conducta pueda

dirigirse contra bienes sin valor comercial o monetario, esto es, contra bienes que pueden tener solo o primordialmente un valor de afección.

Por lo que propone considerar que el patrimonio es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo del individuo en el ámbito objetivo. Esa unidad se constituye sobre la relación de soberanía de la persona sobre las cosas, reconocida no sólo por el ordenamiento jurídico, sino también por el consenso social como unidades independientes. Por ello el perjuicio patrimonial deviene de una reducción de la potencia económica del propietario, reducción que no tiene porqué valorarse exclusivamente en términos monetarios, sino que surge también de una disposición sobre los bienes económicos que no consigue, para el que la realiza, el fin que con ella pretendía.

Por lo tanto, el patrimonio de una persona se compone por:

- Las cosas de que es propietario.
- Todos los derechos reales, así como los derechos de obligación.
- La posesión, sobre la que existe consenso, aunque se discuta respecto a las cosas detentadas ilícitamente.
- Las expectativas, ya que, entendidas como la probabilidad de una ganancia futura lícita.

De lo anteriormente señalado, se llega a la conclusión de que el patrimonio es el bien jurídicamente tutelado por el fraude, toda vez que de acuerdo a las teorías señaladas, la propiedad forma parte del patrimonio, siendo éste más amplio y completo.

Sin embargo, también es importante resaltar, que algunos autores no sólo consideran al patrimonio como el bien jurídico tutelado por el tipo penal de fraude, sino que va más allá y señalan que el fraude también protege la buena fe con la que tienen que estar revestidas las relaciones jurídicas y contractuales, sin

embargo al señalar tal situación, estaríamos ante la presencia de un interés público, en mantener ante todo una relación jurídica basada en la sinceridad, lo cual no sólo protege el fraude, sino es uno de los principios generales del Derecho, el bienestar común.

VALOR DE LA COSA.

Antes de la entrada en vigor del Código Penal vigente para el Distrito Federal a la fecha, no se contemplaba el supuesto de que el valor del lucro indebido obtenido por el sujeto activo del delito no se pudiera determinar económicamente, situación que en la actualidad ha sido superada y ahora nuestro código establece:

Artículo 230.- Al que por medio del engaño o 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, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, **o no sea posible determinar su valor;**

185

Motivo por el cual en la actualidad no es necesario que la cosa o el lucro tenga un valor determinable en dinero.

¹⁸⁵ CODIGO PENAL para el DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

AJENIDAD DE LA COSA.

López Betancourt y Porte Petit, dentro de su obra, indican que la cosa de la cual se hace el sujeto activo del delito de fraude debe ser ajena, señalando para tal efecto lo siguiente:

“Un elemento típico de este delito aún cuando la Ley no lo exprese, es que la cosa de la cual se hace ilícitamente el sujeto activo debe ser ajena. Sobre el problema de la ajenidad de la cosa manifiesta Quintano Ripoliés, que “en cuanto a la antijuridicidad, lo injusto del acto defraudatorio, como el de robo o hurto, estriba fundamentalmente en versar sobre cosas o bienes ajenos, aunque tampoco figura la ajenidad entre los elementos típicos. De donde resulta que al probarse ser propia la cosa, e incluso creerse fundadamente que lo fuere, se elimina el injusto y justifica la acción”.¹⁸⁶

Sin embargo, consideramos que la ajenidad de la cosa se trató directamente en el apartado de atipicidad, toda vez que la cosa al no ser ajena, se encuentra dentro del supuesto de falta de objeto, y por lo tanto no se tipifica el delito.

SUJETO ACTIVO.

Seguiremos la misma tesitura, en primer término señalaremos conceptos generales, para poder adentrarnos directamente al delito de Fraude.

Carranca define al sujeto activo (ofensor o agente) como: el sujeto que comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario; el que participa, activo secundario.¹⁸⁷

¹⁸⁶ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO y PORTE PETIT MORENO LUIS, Op. Cit. pag. 51-52.

¹⁸⁷ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL, Op. Cit. pag, 263.

Colín Sánchez manifiesta que: "en la ejecución de conductas o hechos, delictuosos, interviene un sujeto físico, quien mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificados, da lugar a la relación jurídica material de Derecho Penal y, en su caso, a la relación jurídica procesal."

En la actualidad, el ser humano es el único autor o posible autor de conductas o hechos delictuosos; esto no siempre ha sido igual; antiguamente, entre los árabes y hebreos, los animales, los elementos naturales, los difuntos, etcétera, fueron considerados sujetos autores de delitos. El ser humano, era sólo instrumento de investigaciones y material probatorio; posteriormente, el contenido de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", y muchos otros factores más, fueron las bases de sustentación para que el hombre pasara a ser, en todos los regímenes democráticos, sujeto de derechos y obligaciones, carácter que destaca y se acentúa con mayor plenitud en el sistema de enjuiciamiento acusatorio, porque en el mismo, dentro de la relación jurídica procesal, es un sujeto principal en torno al cual, gira toda la actuación de los otros intervinientes.¹⁸⁸

Ahora bien, y adentrándonos un poco al tema, es decir, al delito de fraude, al respecto señala Pavón Vasconcelos que el sujeto activo es el que engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de alguna cosa o bien alcanzar un lucro indebido. Sin embargo, puede acontecer que quien se beneficia sea:

- a) el que engaña o se aprovecha del error, o
- b) intercelero.¹⁸⁹

¹⁸⁸ GUILLERMO SANCHEZ COLIN. Op. Cit., 195.

¹⁸⁹ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "Delitos Contra el Patrimonio". Op. Cit. p.273.

López Betancourt manifiesta que sujeto activo será cualquier persona que engañe o se aproveche del error en que se encuentra otro, para hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido.¹⁹⁰

López Betancourt y Porte Petit entienden por sujeto activo el que realiza la figura delictiva de fraude o participa en su realización.

Asimismo citan a Peña Cabrera quien considera que el sujeto activo “es cualquiera; que el agente del delito de estafa es el autor del engaño, astucia o artificio, mediante el cual induce en error al otro, a fin de obtener en perjuicio de éste un provecho patrimonial ilícito a su favor o para un tercero”.¹⁹¹

Por lo tanto, podemos concluir que el sujeto activo es aquel que induce a error, para obtener un lucro indebido (su conducta puede consistir en un hacer o un no hacer).

SUJETO PASIVO.

En la ejecución de los delitos, generalmente coinciden o concurren dos sujetos, uno activo y uno pasivo, el primero de ellos es el que realiza la conducta o hecho, mientras que el segundo es aquel sobre el cual recae dicha acción o hecho.

Es importante aclarar que sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito, mientras que el sujeto pasivo de éste puede ser una persona física, una persona moral o jurídica, el Estado e inclusive la colectividad, ya que no debemos perder de vista que de cierta manera todos los delitos afectan a la sociedad.

¹⁹⁰ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, “*Delitos en Particular*”. Op. Cit. p.317.

¹⁹¹ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO y PORTE PETIT MORENO LUIS, Op.Cit. . pag. 52.

Por otro lado, y en términos generales, Carranca define al sujeto pasivo del delito u ofendido como la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito; el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.¹⁹²

Por su cuenta, Jiménez de Asúa apunta que el sujeto pasivo del delito es todo poseedor de un bien o de un interés jurídicamente protegido. Por consiguiente los son: el hombre, la persona jurídica, el Estado, o la colectividad.¹⁹³

Acerca del sujeto pasivo del delito, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos establece que es aquel que resiente el daño patrimonial, aunque en ocasiones no se identifica con la que ha sido víctima del engaño o del aprovechamiento del error.¹⁹⁴

Al mismo tiempo, el maestro Eduardo López Betancourt define al sujeto pasivo del delito de fraude como cualquier persona, física o moral, quien sufre el daño patrimonial.¹⁹⁵

La doctrina clasifica al delito en orden al sujeto pasivo como delito "personal" e "impersonal". Es decir, cuando el tipo requiere la calidad en el sujeto pasivo es "personal" y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera es "impersonal".

Es sujeto pasivo en el ilícito de fraude toda persona física o moral que sufre un daño patrimonial a virtud del engaño o aprovechamiento del error, tratándose consiguientemente, de un delito "impersonal" por ser pasivo todo sujeto perjudicado. En concreto se dan dos hipótesis:

¹⁹² CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL, Op. Cit. Pag. 269.

¹⁹³ JIMENEZ DE ASUA LUIS, Op. Cit., 35.

¹⁹⁴ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "*Delitos Contra el Patrimonio*". Op. Cit. p.273.

¹⁹⁵ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "*Delitos en Particular*". Op. Cit. p.317.

a) El perjudicado es el engañado, y

b) El sujeto que sufre el engaño no es el perjudicado, sino es un tercero.

López Betancourt y Porte Petit, citan al maestro Peña Cabrera quien refiere al respecto "en igual forma puede ser el sujeto pasivo cualquiera; que el sujeto pasivo del delito de estafa vendría a ser el que sufre el perjuicio en su patrimonio, provocado por el error a que fue inducido, ocurriendo a veces, que la persona engañada no es la perjudicada sino el patrimonio de un tercero; en consecuencia éste será el sujeto pasivo del delito, y aquella sería el sujeto pasivo del error".¹⁹⁶

Al respecto, tenemos las siguientes jurisprudencias:

No. Registro: 186.009

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Septiembre de 2002

Tesis: VI.1o.P.196 P

Página: 1373

FRAUDE GENÉRICO. EL ERROR O ENGAÑO DE QUE SE VALE EL ACTIVO PARA OBTENER UN LUCRO, PUEDE RECAER EN UN SUJETO DIVERSO AL PASIVO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 402 del Código de Defensa Social, que describe los elementos del cuerpo del

¹⁹⁶ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO y PORTE PETIT MORENO LUIS, Op.Cit. pag. 52.

delito de fraude genérico, no exige como uno de ellos que el engaño o error del que se vale el activo para obtener un lucro indebido recaiga precisamente en el agraviado, pues éstos constituyen el medio comisivo para que el agente se haga ilícitamente de alguna cosa o numerario; por tanto, puede darse el caso de que las maniobras que el delincuente lleve a cabo las ejecute sobre una persona que no resienta la afectación en su patrimonio, convirtiéndose ésta en un medio que sirve al activo para alcanzar un lucro en perjuicio del ofendido.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 123/2002. 18 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Hasta este momento, el concepto ha sido muy claro, sujeto pasivo es aquel que sufre el daño o perjuicio en su patrimonio, es importante señalar que no necesariamente debe coincidir en una sola persona, es decir el engaño puede ser uno y el que sufre el daño puede ser otra persona.

En relación a las personas morales, cabe señalar que éstas no pueden sufrir un engaño, sino que se engaña a sus representantes y es ésta la que sufre el daño o perjuicio.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO.

Para Sebastián Soler, el aspecto subjetivo en la estafa lo constituye el dolo, al respecto señala: "la estafa es un delito doloso e intencionalmente dirigido hacia aquel a quien se persigue defraudar. El conocimiento del autor debe

abarcando la relación entre el ardido o el engaño y el error y entre éste y la disposición patrimonial perjudicial del mismo engañado o de un tercero”¹⁹⁷

Porte Petit y López Betancourt en relación al ánimo de lucro citan a Valle Muñiz, quien expresa, que “como es sabido, determinados delitos dolosos no agotan el contenido del injusto personal con la presencia del dolo, junto a éste, y de manera imprescindible para firmar la tipicidad, se añaden específicos elementos subjetivos del injusto (o del tipo)” agregando: “Pues bien, por imperativo del principio de legalidad, el autor no sólo debe conocer y querer la realización de un perjuicio patrimonial ajeno mediante el despliegue de una conducta engañosa, sino que es preciso que todo ello lo acometa con ánimo de lucro”.¹⁹⁸

En el delito de fraude se requiere el dolo directo, pero además la existencia de un elemento subjetivo del injusto, esto es, el ánimo de lucro, en efecto Zamora Pierce expresa, “pero no basta, en el fraude, la presencia del dolo genérico. El Derecho exige un fin determinado, una meta precisa, un dolo específico en la voluntad del estafador que es el ánimo de lucro”.¹⁹⁹

Pavón Vanconcelos manifiesta, “debe aclararse, sin embargo que la intención del sujeto debe estar orientada a realizar no sólo las maniobras engañosas o al aprovechamiento del error ajeno, lo que integraría únicamente el elemento objetivo del delito, sino además a obtener la entrega ilícita de la cosa o el lucro indebido, lo cual equivale a decir que el elemento subjetivo (dolo) constituye ese especial ánimo de lucro...”²⁰⁰

Por consiguiente, podemos concluir que el sujeto cuando se hace de una cosa por engaño o aprovechamiento del error debe ser con ánimo de lucro.

¹⁹⁷ SOLER SEBASTIAN, Op. Cit. p.496.

¹⁹⁸ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO y PORTE PETIT MORENO LUIS, Op.Cit. pag. 52.

¹⁹⁹ ZAMORA PIERCE JESUS, Op. Cit.

²⁰⁰ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, “*Delitos Contra el Patrimonio*”. Op. Cit. p.262.

De tal forma tenemos el siguiente criterio jurisprudencial:

No. Registro: 295.618

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXI

Tesis:

Página: 2416

FRAUDE, DELITO DE.- Uno de los elementos fundamentales del cuerpo del delito de fraude, es el engaño o actividad mentirosa desarrollada por el sujeto activo del delito, es decir, la dañada intención que tiende a inducir a otro a celebrar un contrato y la obtención ilícita de un lucro por parte del primero.

Amparo penal directo 4887/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 25 de septiembre de 1954. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

ANTI JURIDICIDAD.

En capítulos anteriores, señalamos y explicamos el concepto de antijuridicidad, es decir, contrario a derecho, por tal motivo, en el presente apartado, sólo indicaremos lo relativo al delito de fraude.

En relación con lo antes señalado, López Betancourt señala que “al cometer el agente del delito de fraude está realizando una conducta antijurídica,

es decir, contraria a derecho. Para que esta antijuridicidad se presente, el agente no debe haber actuado bajo ninguna causa de justificación. Identificando con ésta la obediencia jerárquica, a pesar de encontrarse actualmente derogada. Sin embargo, este la menciona, toda vez que considera que en la actualidad se puede llegar a dar el supuesto, incluso proporciona el ejemplo de una secretaria que realiza un cheque siguiendo las instrucciones y órdenes de su superior, realizándolo para no perder su empleo aun sabiendo que el mismo carece de fondos.²⁰¹

Es sabido que una conducta se tiñe de antijuridicidad, cuando siendo típica, por haber conformidad al tipo, no existe a favor del sujeto una causa de licitud, una contranorma o norma permisiva.

PUNIBILIDAD.

La punibilidad para el delito de fraude se encuentra prevista en el artículo 230

Artículo 230.- Al que por medio del engaño o 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, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo;

²⁰¹ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "*Delitos en Particular*". Op. Cit. p.323.

III. Prisión de dos años seis meses a cinco años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y

IV. Prisión de cinco a once años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo.²⁰²

En el artículo anterior, se establece las penas que se imponen a aquellos sujetos activos del delito de fraude, éstas aumentan en relación al monto de lo defrauda, es decir a mayor monto, mayor pena.

Sin embargo es necesario que además del artículo antes señalado se prevea lo dispuesto por los siguientes preceptos:

Artículo 246.- Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consaguinidad (sic) hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo.

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:

²⁰² CODIGO PENAL para el DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

a) 220, cuando el monto del robo no exceda de cincuenta veces el salario, salvo que concorra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cuando de las calificativas a que se refiere el artículo 225.

b) 222, 227, 228, 229, **230**, 231, 232, 234 y 235.

c) 237, salvo que el delito se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y

d) 239 y 242.

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, **230**, 231, 232, 233, 234 y 235, cuando el monto de lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario mínimo o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.

Artículo 247.- Para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en este Título, así como para la determinación de la multa, se tomará en consideración el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al momento de la ejecución del delito.

Artículo 248.- No se impondrá sanción alguna por los delitos previsto en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, **230**, 232 y 234; cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delincuente, si este restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público

ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión.

En los mismos supuestos considerados en el párrafo anterior, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados.

A continuación, analizaremos lo establecido en el artículo 246 antes citado de la siguiente manera:

Por lo que corresponde al primer párrafo de dicho artículo, podemos entender que en dichos supuestos, el delito se persiga por querrela, toda vez que existe un lazo, en primer lugar de consanguinidad, e incluso de amor o amistad, lazo suficientemente fuerte para que el sujeto pasivo del delito no le interese realmente que el sujeto activo compurgue una condena o que incluso pudiera perder su libertad, razón por la cual existe el otorgamiento de perdón.

Por lo que corresponde al segundo párrafo de dicho artículo, consideramos que si el sujeto activo, quien es el que realmente tenía el ánimo de lucro, tiene el beneficio de obtener el otorgamiento del perdón, derivado de ese lazo ya sea de amistad o de consanguinidad, el mismo beneficio lo debe tener aquella persona que sólo participó, siguiendo de cierta manera la "suerte del principal."

Para no ahondar en temas que por el momento no son de nuestro estudio, sólo analizaremos aquellos párrafos e incisos relativos al delito de fraude, así tenemos que en el inciso b) de dicho artículo contempla que el delito de fraude, entre otros, se persigue por querrela, es decir, a solicitud de parte ofendida. Sin embargo en el último párrafo de dicho artículo se menciona:

Artículo 246.- ...

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, **230**, 231, 232, 233, 234 y 235, cuando el monto de lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario mínimo o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.

Cuestión que consideramos, carece de fundamento lógico jurídico, sin embargo es necesario mencionar que en los últimos años, el fraude se ha incrementado considerablemente, fraudes que se han cometido contra diversas personas afectando así a una colectividad, por ejemplo se han cometido diversos fraudes a diversas cajas de ahorro, en los cuales existen múltiples víctimas.

Situación por la cual nuestros legisladores, con el ánimo de proteger a esa colectividad, adicionaron dicho párrafo al artículo en comento.

Sin embargo, no debemos perder de vista, que dicha reforma exclusivamente tiene un fundamento social y no jurídico, porque si bien es cierto, el Derecho tiene como fin último el bien estar social, también lo es el hecho de que el Derecho Penal castiga las conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles, es decir el delito, y que no tiene sentido de que la misma conducta se persiga de diversa forma dependiendo del monto o de la cantidad de sujetos pasivos afectados, sin embargo ahondaremos mas sobre el tema más adelante.

CONSUMACIÓN.

Sebastián Soler señala que: "La estafa se consume en el momento en que se toma la disposición patrimonial perjudicial. La consumación del delito no puede hacerse depender de eventos ulteriores".

La tentativa desde el comienzo de ejecución debe tener los elementos subjetivos propios de la figura. El empleo inocente, de buena fe no constituye tentativa.²⁰³

De la misma forma Carlos Fontan Balestra expresa en relación a la consumación y a la tentativa que: "la estafa se consume en el momento de tener lugar el perjuicio patrimonial. Adelantar ese momento al tiempo de la realización del ardid, supone tener por actos de consumación los que sólo constituyen tentativa. Llevar la consumación al momento en que se obtiene un beneficio, es pretender la concurrencia de un elemento no requerido en el tipo, habida cuenta de que en el Derecho argentino la ventaja patrimonial es sólo un propósito que debe acompañar a la acción."²⁰⁴

Para Zamora Pierce el fraude se consume en el instante mismo en que el defraudador alcanza un lucro indebido. Luego entonces, todo fraude quedará en grado de tentativa hasta en tanto el activo no haya obtenido ese enriquecimiento patrimonial.²⁰⁵

Por otro lado López Betancourt refiere que el delito de fraude se consume en el momento en que el agente por medio del engaño o aprovechamiento del error, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

²⁰³ SOLER SEBASTIAN, Op. Cit. p.376.

²⁰⁴ FONTAN BALESTRA CARLOS, Op. Cit. pág. 497.

²⁰⁵ ZAMORA PIERCE JESUS, Op. Cit. p.207.

Sin embargo, el concepto anterior, no prevé la posibilidad de la tentativa en el delito de fraude, y como lo señala el maestro Zamora Pierce, hasta si se puede configurar a pesar de ser un delito de resultado material, existe la posibilidad de la tentativa, tal y como se desprende de los siguientes criterios jurisprudenciales, emitidos por nuestros más altos Tribunales:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Octava Época

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: XIV-Diciembre

Tesis: I. 3o. P. 133 P

Página: 383

FRAUDE EN GRADO DE TENTATIVA Y NO ROBO.- La diferencia esencial que hay entre los delitos robo y fraude, consiste básicamente en el procedimiento empleado por el sujeto activo para hacerse del patrimonio de la víctima, en la primera de las figuras delictivas el agente se apodera sin consentimiento del bien, empleando medios violentos o furtivos, mientras que en el fraude la víctima o sujeto pasivo, mediante engaños o aprovechamiento de su error, entrega voluntariamente el objeto, es decir, no resiste sino que coopera para que el delito se perfeccione, debido claro está, a la actitud engañosa que mediante una serie de recursos intelectuales o habilidades en la maniobra o conducta ilícita, hace o emplea el activo, por lo que en el caso concreto, si éste trató de obtener mercancía de una tienda de autoservicio, pretendiendo pagar un precio inferior al marcado en los productos, engañando a los representantes de la empresa, poniéndose de acuerdo con una de las cajeras, para que marcara en la caja registradora cantidades menores, sin conseguirlo, al ser sorprendidos en su maniobra por un supervisor, se tipificó el delito fraude en grado de tentativa y no robo. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 851/93. Mario Ricardo Cortés Granados. 11 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Ignacio Manuel Cal y Mayor García

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Octava Época
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: VII-Abril
Tesis:
Página: 183

FRAUDE, CASO EN QUE NO SE CONFIGURA EL GRADO DE TENTATIVA EN EL DELITO DE, AUN CUANDO SE DEVUELVA EL DINERO RECIBIDO A CUENTA DE LA VENTA DE UN BIEN AJENO.- No puede estimarse como fraude en grado de tentativa, el hecho de que el acusado hubiera recibido determinada cantidad de dinero, a cuenta de la venta de un terreno sin autorización del propietario aun cuando posteriormente haya devuelto al comprador el numerario aceptado por la enajenación, puesto que el ilícito de fraude se configuró, desde el instante en que se convino en la venta del inmueble bajo esas circunstancias y aceptó parte del dinero por tal pacto, dado que con ese actuar quedaron reunidos los elementos indispensables de este ilícito que son el engaño y el lucro indebido.
TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 218/89. Eulogia Ibarra Goche. 20 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Núñez Salas. Secretaria: María Esperanza Zamorano Higuera.

Instancia: Primera Sala

Sexta Epoca

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: XVII, Segunda Parte

Tesis:

Página: 194

FRAUDE TENTATIVA.- Está probado el fraude en grado de tentativa, si de las constancias de los autos del proceso aparecen elementos bastantes que permiten aseverar, sin lugar a duda alguna, que el acusado realizó actos tendientes a engañar a capitalistas extranjeros o a aprovecharse del error de los mismos, actos al través de los cuales pretendió hacerles creer que estaba autorizado por el Gobierno de México para propalar con ellos el negocio relativo a la explotación de petróleo en zonas amparadas por concesiones confirmatorias. y si bien es cierto que el ofendido supeditó el pago de las comisiones pactadas al otorgamiento del contrato por el Gobierno de México, también es verdad que tal circunstancia no excluye la existencia del segundo elemento del delito de fraude en grado de tentativa, consistente en que el reo persiguiera -con su actividad engañosa- hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido. La estipulación de referencia sólo demuestra que el ofendido, no obstante las múltiples seguridades que se le habían dado respecto a que el Gobierno mexicano celebraría el contrato con la compañía petrolera, tuvo alguna desconfianza y quiso proteger los intereses de los capitalistas norteamericanos que representaba. No cabe, por tanto, que el acusado esperara alcanzar un lucro lícito al través de un contrato que sabía que no podría tener realidad y para cuya consecución no efectuaba gestión alguna; y debe también descartarse, por absurda, la posibilidad de que el acusado estuviera engañando a los petroleros norteamericanos sin la pretensión de lograr un lucro, simplemente por divertirse o como pasatiempo. En consecuencia, es de estimarse que la actividad engañosa del inculpado sólo podía estar dirigida a la obtención de un lucro indebido, el cual podía lograr no sólo exigiendo anticipos de comisiones, sino también valiéndose de otras maniobras. Y si el abogado de los inversionistas

estadounidenses, por su desconfianza, tomó precauciones que a la postre vinieron a impedir ese indebido lucro, ello no destruye la tentativa de obtenerlo por parte de los acusados y tan sólo explica la falta de consumación del delito de fraude. Por otra parte, aunque en la sentencia de segunda instancia no se sostiene que los hechos ejecutados por el reo hubieran puesto en peligro al ofendido, según aquél lo asevera, es claro que el interés económico de los inversionistas estadounidenses sí estuvo en peligro, por cuanto a que el inculpado ejecutó actos directamente encaminados a engañarlos para lograr un ilícito lucro, el cual pudo haber conseguido de no haber tomado el ofendido las precauciones que a la postre vinieron a impedirlo. .

Amparo directo 2608/56. Pedro del Villar Arcaraz. 8 de noviembre de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

REFORMAS AL DELITO DE FRAUDE PARA QUE EN TODOS LOS CASOS SE PERSIGA DE OFICIO

Reformas del año 2002

En el mes de noviembre del año 2002, entró en vigor el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, quedando abrogado, por lo tanto, el código anterior, sin embargo y sólo como medio comparativo a continuación se señalara el artículo que previa el fraude, mismo que a la letra dice:

Código Penal Abrogado	Código Penal Vigente
Artículo 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o	Artículo 230.- Al que por medio del engaño o aprovechando el error en

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

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;

II. Con prisión de tres meses a tres años y multa de cien a trescientos días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de quinientas veces el salario mínimo;

III. Con prisión de tres años a cinco años y multa de trescientos a mil días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y

IV. Con prisión de cinco a doce años y multa de mil a tres mil días multa, si el valor de lo defraudado fuere mayor de cinco mil veces el salario mínimo.

Artículo 399 bis.- Los Delitos

que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, **o no sea posible determinar su valor;**

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo;

III. Prisión de dos años seis meses a cinco años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y

IV. Prisión de cinco a once años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo.

Artículo 246.- Los delitos previstos

<p>Previstos en este título se perseguirán por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por sí sólo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señala la ley.</p> <p>Se perseguirá por querrela los delitos previstos en los artículos 380 y 382 a 399, salvo el artículo 390 y los casos a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 395.</p>	<p>en este título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad (sic) hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.</p> <p>Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo.</p> <p>Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:</p> <p>a) 220, cuando el monto del robo no exceda de cincuenta veces el salario, salvo que concurra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cuando de las calificativas a que se refiere el artículo 225.</p> <p>b) 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234 y 235.</p> <p>c) 237, salvo que el delito se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y</p> <p>d) 239 y 242.</p>
--	--

	<p>Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234 y 235, cuando el monto de lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario mínimo o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.</p>
--	--

Con el anterior cuadro comparativo, quedaron claramente evidenciadas las principales modificaciones al tipo, la primera de ellas, como se comentó con antelación, la constituye el haber incluido en el tipo la hipótesis en la que no se pueda determinar económicamente el lucro, con la cual estamos totalmente de acuerdo.

La segunda de ellas, y siguiendo un fundamento únicamente social, fue el incluir el último párrafo del artículo 246, en el que se establece que el fraude se perseguirá de oficio, en dos hipótesis:

- El monto de lo defraudado exceda cinco mil veces el salario mínimo.
- Existan dos o mas ofendidos

Como también se refirió con antelación, dicha reforma atiende principalmente, al hecho de que en los últimos años se han venido dando diversas actividades fraudulentas en contra de la comunidad, es decir a grandes grupos de personas, de hechos los últimos y más renombrados fraudes colectivos son Publi XIII y CCASA, fraudes que no debemos olvidar, atentan contra el patrimonio de personas generalmente de bajos recursos.

REFORMAS AL DELITO DE FRAUDE PARA QUE EN TODOS LOS CASOS SE PERSIGA DE OFICIO.-

Los siguientes artículos refieren al delito de fraude, ya sea genérico ya sea específico:

Artículo 230. Al que por medio del engaño o 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, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo;

III. Prisión de dos años seis meses a cinco años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y

IV. Prisión de cinco a once años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo.

Artículo 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:

I. Por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

II. Obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, como consecuencia directa e inmediata del otorgamiento o endoso a nombre propio o de otro, de un documento nominativo, a la orden o al portador, contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo;

III. Venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o inmueble, y reciba el precio de la primera, de la segunda enajenación o de ambas, o parte de él, o cualquier otro lucro, con perjuicio del primero o del segundo comprador;

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado comprobado;

V. En carácter de fabricante, comerciante, empresario, contratista o constructor de una obra, suministre o emplee en ésta materiales o realice construcciones de calidad o cantidad inferior a las estipuladas, si ha recibido el precio convenido o parte de él, o no realice las obras que amparen la cantidad pagada;

VI. Provoque deliberadamente cualquier acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros;

VII. Por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explote las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas;

VIII. Venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que estos últimos resulten insolutos;

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

X. Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los vigentes en el sistema financiero bancario;

XI. Como intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren al objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro.

Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino o ha dispuesto del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en cualquier institución facultada para ello dentro de los treinta días siguientes a su recepción en favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado dentro de ese término al vendedor o al deudor del gravamen real o devuelto al comprador o al acreedor del mismo gravamen.

El depósito se entregará por la institución de que se trate a su propietario o al comprador.

XII. Construya o venda edificios en condominio obteniendo dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, sin destinarlo al objeto de la operación concertada.

En este caso, es aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo de la fracción anterior.

Las Instituciones y Organismos Auxiliares de Crédito, las de Fianzas y las de Seguros, así como los Organismos Oficiales y Descentralizados autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción anterior.

XIII. Con el fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o por carecer éste de fondos suficientes para su pago de conformidad con la legislación aplicable. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución de crédito de que se trate;

XIV. Para obtener algún beneficio para sí o para un tercero, por cualquier medio accese, entre o se introduzca a los sistemas o programas de informática del sistema financiero e indebidamente realice operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores, independientemente de que los recursos no salgan de la Institución; o

XV. Por sí, o por interpósita persona, sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes o sin satisfacer los requisitos señalados en el permiso obtenido, fraccione o divida en lotes un terreno urbano o rústico, con o sin construcciones, propio o ajeno y transfiera o prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre alguno de esos lotes.

Artículo 232. Las mismas sanciones del artículo 229 de este Código, se impondrán a quien, por los medios descritos en el primer párrafo de dicho artículo o mediante alguna de las conductas previstas en él, cause a otro un perjuicio patrimonial, aunque el agente no obtenga una cosa o un lucro para sí o para otro.

Artículo 233. Se equipara al delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años y de cuatrocientos a cuatro mil días multa, al que valiéndose del cargo que ocupe en el gobierno o en cualquiera agrupación de carácter sindical, social, o de sus relaciones con funcionarios o dirigentes de dichos organismos, obtenga dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o aumento de salario en los mismos.

Hasta este momento se han transcrito todos aquellos artículos que refieren al delito de fraude, sin embargo todos los delitos que se encuentran dentro del Título Décimo Quinto, delitos contra la propiedad, dentro de los que se encuentra el delito en estudio, cuentan con disposiciones comunes, así tenemos:

Artículo 246.- Los delitos previstos en este Título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo.

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:

a) 220, cuando el monto de lo robado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, salvo que concorra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cualquiera de las calificativas a que se refiere el artículo 225;

b) 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234 y 235;

c) 237, salvo que el delito que se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y

d) 239, 240 y 242;

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235 y 241, cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.²⁰⁶

Nuestra propuesta, consiste en reformar el artículo 246, artículo que en general trata a cerca de la forma de persecución de los delitos cometidos contra el patrimonio, y en lo particular del delito de fraude quedando de la siguiente forma:

Artículo 246.- Los delitos previstos en este Título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge,

²⁰⁶ CODIGO PENAL para el DISTRITO FEDERAL, Op. Cit.

parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo.

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:

a) 220, cuando el monto de lo robado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, salvo que concurra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cualquiera de las calificativas a que se refiere el artículo 225;

b) 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234 y 235;

c) 237, salvo que el delito que se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y

d) 239, 240 y 242;

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, 234, 235 y 241 , cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 230, 231, 232, 233.

PROPUESTA

Hasta el momento hemos venido señalando, que nuestro estudio critica directamente la forma de persecución del delito de fraude, consideramos que a mayor monto de lo defraudado corresponde una mayor pena, sin embargo no se entiende el sentido que en la actualidad tiene la persecución del delito de fraude, toda vez que el mismo se persigue por querrela si el monto de lo defraudado no excede de 5000 salarios mínimos o si sólo es una persona pasiva, si estas dos hipótesis cambian, es decir excede de cinco mil salarios mínimos o son dos o más sujetos pasivos el delito se persigue de oficio.

De dicha hipótesis sólo resulta evidente el sentido social de la norma, si bien es cierto el Estado debe proteger a la sociedad, también lo es que nuestros legisladores debieron haber tomando en cuenta no sólo el aspecto social, sino el jurídico, ya que dicha reforma carece de fundamento lógico jurídico, ya que lo que se castiga al imponer la pena, es la conducta delictuosa. Por lo tanto consideramos que el delito de fraude debe perseguirse en todos sus casos de oficio, por lo tanto se deberá reformar el artículo 246 para quedar de la siguiente manera:

Artículo 246.- Los delitos previstos en este Título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo.

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:

a) 220, cuando el monto de lo robado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, salvo que concurra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cualquiera de las calificativas a que se refiere el artículo 225;

b) 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234 y 235;

c) 237, salvo que el delito que se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y

d) 239, 240 y 242;

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, 234, 235 y 241, cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 230, 231, 232, 233.

Sin embargo lo anterior, consideramos, atiende a un criterio jurídico y no a un simple capricho, tal y como se explica a continuación:

El Estado, en una posición paternalista, lo que buscó con este tipo de reformas, fue proteger a las comunidades altamente desprotegidas, toda vez, que a últimas fecha se han defraudado a diversas comunidades y sociedades, generalmente de bajos recursos, tal y como lo son los diversos fraudes cometidos en contra de los ahorradores de cajas de ahorro, PUBLI XIII y CCASA, sin embargo dicha reforma no se realiza atendiendo al punto de vista jurídico, toda vez que si bien es cierto, el Derecho tiene como principio general el bien estar de la sociedad, el Derecho Penal castiga todas aquellas conductas, típicas, antijurídicas culpables y punibles, entonces cabe preguntarnos acaso la conducta que realiza una persona para defraudar a otra, no es la misma conducta que realiza una persona para defraudar a tres?; Acaso que no; lo que castiga el Derecho Penal es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible?

De los cuestionamientos realizados en el párrafo anterior, consideramos que a mayor monto de lo defraudado corresponde una mayor pena, lo que incluso resulta lógico, lo que no resulta lógico es que cambie la forma de persecución de una misma conducta dependiendo del monto o del número de personas ofendidas.

Los índices de delincuencia en nuestra ciudad cada día se elevan más, por lo que corresponde al fraude, no debemos perder de vista que necesita un grado de inteligencia cada vez mayor, que incluso en ocasiones se ve acompañado de la tecnología, motivo por el cual no podemos decir que estamos ante un sujeto activo que delinque porque no tiene otra forma de subsistir, al contrario, los defraudadores son tan inteligentes, que bien utilizada esa inteligencia podríamos apostar que llegarían a brillar en nuestra sociedad..

A continuación se muestran algunas de las estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI) y por la propia Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en relación al aumento o disminución del índice de delincuencia.

Presuntos delincuentes y delincuentes sentenciados del fuero común por principales delitos, 2003:

Delitos	Absolutos	Estructura %
Presuntos delincuentes	21 619	100.0
Robo	13 292	61.5
Lesiones	2 930	13.6
Daño en las cosas	1 398	6.5
Abuso sexual	683	3.2
Homicidio	613	2.8
Encubrimiento	504	2.3
Fraude	244	1.1
Despojo	189	0.9
Violencia intrafamiliar	188	0.9
Otros	1 578	7.3
Delincuentes sentenciados	17 173	100.0
Robo	11 569	67.4
Lesiones	1 708	9.9
Homicidio	630	3.7
Abuso sexual	471	2.7
Daño en las cosas	397	2.3
Encubrimiento	372	2.2
Falsedad ante autoridad o fedatario	206	1.2
Despojo	179	1.0
Privación ilegal de la libertad	168	1.0
Otros	1 473	8.6

NOTA: La información está referida a la entidad federativa de ocurrencia del delito.

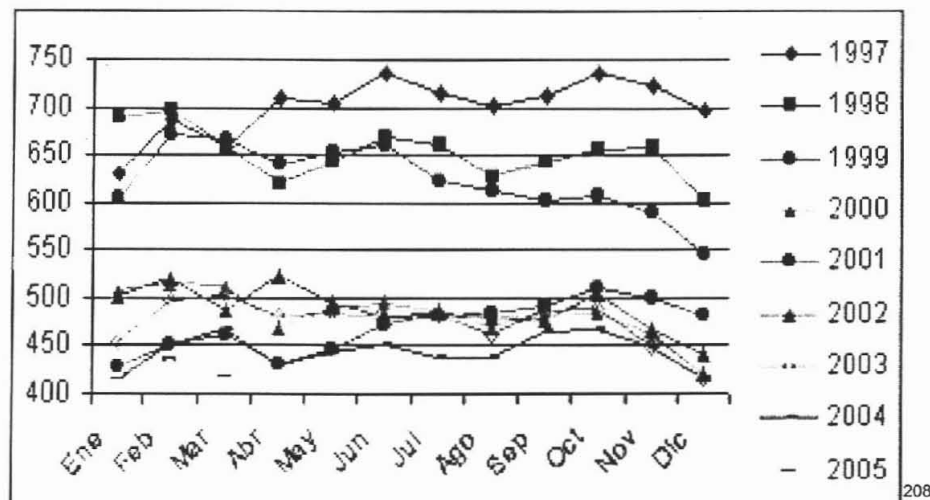
FUENTE: INEGI. Dirección General de Estadística.²⁰⁷

²⁰⁷ <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/español/rutinas/ept.asp?t=mvio31&e=09>

De la misma forma el licenciado Francisco Fonseca Notario, encargado de la Oficina de Información Público de la Dirección General de Política y Estadística Criminal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, mediante oficio número DGPEC/0317/06-06 (sic), remite las siguientes estadísticas en relación a las denuncias o querellas presentadas por el delito de fraude.

FRAUDE		
MES	2004	A MAYO DE 2005
ENERO	449	425
FEBRERO	498	418
MARZO	593	418
ABRIL	459	460
MAYO	513	470
JUNIO	565	
JULIO	596	
AGOSTO	562	
SEPTIEMBRE	522	
OCTUBRE	460	
NOVIEMBRE	426	
DICIEMBRE	456	

TOTAL DE DELITOS 1997-2005 (por mes)



208

Y en atención a lo anterior es que nuestros legisladores protegieron a los grupos altamente vulnerables de los que ya hemos venido hablando, sin embargo, no es suficiente con sólo proteger a estos grupos, sino que debe desaparecer la posibilidad de otorgar el perdón a un delincuente, que por el grado tan alto de inteligencia, se convierte en un delincuente peligroso en potencia.

El problema de la delincuencia, realmente radica entre muchas otras cosas en la educación, situación que no se ve para cuando pueda cambiar, pero por lo que corresponde al Derecho y en particular el Derecho Penal, los defraudadores en la actualidad, no deben contar con ningún beneficio a pesar de reparar el daño, situación que incluso a producido que diversos ofendidos por el delito de fraude sólo acudan a la Procuraduría General de Justicia para utilizarla como medio de cobranza y no realmente para castigar la conducta típica, antijurídica, culpable y punible de la que fue objeto.

²⁰⁸ [http://www.pgjdf.gob.mx/estadisticas/total de delitos.php](http://www.pgjdf.gob.mx/estadisticas/total%20de%20delitos.php).

No se debe permitir que nuestra Procuraduría se convierta sólo en un medio para cobrar, realmente se pretende castigar estas conductas, que por el grado de planeación e inteligencia que llevan implícitas se convierten en grandes peligros para los ciudadanos, y no sólo el recuperar total o parcialmente, sólo en contadas ocasiones, el monto del daño ocasionado a la víctima, estamos hartos de que se le haga del conocimiento a la Procuraduría de este tipo de delitos, y que en cuanto el ofendido recupera cierta parte de lo defraudado, no pretenda que el delincuente pague por su conducta delictuosa, convirtiéndose sólo en un número más ante la misma Procuraduría.

No debemos perder de vista que la función de la Procuraduría se encuentra sobrecargada, que cada día que pasa existen más y más quejas de que no se imparte justicia, en el caso en concreto, muchos de los ofendidos de delito de fraude, sólo pretender cobrar parte de lo defraudado, es decir, hacen trabajar a la Procuraduría, para obtener sólo "esa reparación, ya sea total o parcial" y otorgan el perdón, y obviamente al otorgar el perdón, la Procuraduría se ve imposibilitada de continuar con la investigación del delito para en su momento ejercitar acción penal, o en su caso cuando se ejercitó acción penal y se otorga el perdón en un Juzgado en materia Penal, no se puede imponer pena alguna, pero la Procuraduría y en sí el Estado, ya trabajaron y eso implica que invirtieron recursos económicos en un asunto que no podrá ser concluido, ya que sólo fue el medio por el cual el ofendido recupero parte de lo defraudado, es decir sólo actuó como cobrador, olvidándonos del fin último que es el impartir justicia y castigar las conductas típicas, antijurídicas, punibles y culpables.

Todos los ciudadanos tienen la obligación de denunciar los hechos delictuosos de los que tienen conocimiento, en el caso de delitos que se persiguen por querrela, sólo podrán querrellarse los interesados o las víctimas u ofendidos del delito, en el fraude, actualmente sólo pueden querrellarse las víctimas u ofendidos

del delito, o en su caso, si excede de cinco mil veces el salario mínimo, de lo defraudado o son más de dos los defraudados podrá denunciar cualquier persona.

Nuestra propuesta, por lo tanto, consiste, como se ha mencionado, en que toda hipótesis que se encuadre como delito de fraude, ya sea genérico o específico se persiga de oficio, para evitar que la procuraduría actúe como cobrador, y para castigar a los defraudadores, que al tener un alto grado de inteligencia se convierten en un serio peligro para la sociedad, sin que exista la posibilidad de que se les otorgue el perdón y una vez juzgados paguen la pena correspondiente, así poder disminuir el alto índice de defraudaciones.

Al perseguirse de oficio el delito de fraude, podremos contribuir de cierta forma al fin último del Estado, esto es, el bien común, toda vez que llevarse a cabo dicha propuesta, todos los asuntos de fraude serían necesariamente concluidos, por lo que se llegaría a castigar a aquella persona que se encuentre culpable del delito de fraude, sin posibilidad de que es mismo se encuentre en libertad sin pagar su condena, por el simple hecho de haber reparado el daño. Con lo cual contribuiríamos en un cierto grado a lograr el bien común y sin olvidar la impartición de justicia por lo menos en el delito de fraude gozaría de eficacia y eficiencia.

En otras palabras, de llevarse a cabo nuestra propuesta, toda persona que se encuentre culpable del delito de fraude, deberá cubrir su condena dentro de la cual, claro esta, se encuentra el reparar el daño patrimonial causado a la ofendida, entre otras como la multa impuesta a favor del Estado, sin posibilidad de que se le otorgue el perdón y se extinga la acción, de tal forma el Estado castigará al culpable, reparará el daño causado a la víctima u ofendido y tendrá menos delincuentes dentro de su sociedad, y de esta forma los recursos tanto económicos como humanos invertidos en la impartición de justicia se encontrarán plenamente acreditados ya que se dejará de actuar como un simple cobrador.

CONCLUSIONES

Primera.- Se entiende como fraude genérico al que por medio del engaño o 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.

Segunda.- En el delito de fraude desaparece toda idea de violencia, misma que se ve substituida por recursos intelectuales del sujeto activo, lo cual lleva a considerar al fraude como un delito menos grave, toda vez que no atenta contra la seguridad física de la personas, sin embargo a pesar de la ausencia de peligro de la víctima, representa mayor riesgo para el patrimonio de ésta, dado que la habilidad del sujeto activo dificulta la previsión del delito.

Tercera.- El hombre empezó a poseer bienes desde el momento en que se convirtió en sedentario, con lo cual, se crea como consecuencia un interés en los bienes que poseen los hombres entre sí, así tenemos que en diversas épocas de éste, han existido y seguirán existiendo medios ilícitos por los cuales unos se hacen de los bienes de otros.

Cuarta.- Los Aztecas tenían una organización judicial en la que sus autoridades supremas conocían de los asuntos más graves y estos aplicaban la pena de muerte, previo a un proceso oral, admitiendo pruebas tales como la confesional, documental y testimonial cuando el litigio era relativo a algunas

tierras, conocían la distinción entre los delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, indulto y amnistía entre otras figuras jurídicas de importancia". Los Aztecas castigaba severamente la alteración en el mercado de las medidas establecidas, imponiendo pena capital sin dilación alguna y ejecutando en ese mismo lugar a quien violaba esta disposición

Quinta.- En el Código Penal de 1871 aparece por primera vez el concepto de Fraude Genérico.

Sexta.- En el Código Penal de 1929, se anula la denominación de fraude, substituyéndola por la de estafa, sin embargo el concepto no cambió.

Séptima.- El Código Penal de 1931 cambió totalmente la estructura de la tipificación del delito de fraude. El concepto de fraude genérico, no fue sino la primera fracción del artículo 386, y como consecuencia directa desapareció la distinción de fraude genérico y fraude específico, mismo que quedó abrogado.

Octava.- El Código de Hammurabi, así como las leyes de Manú, fueron las primeras codificaciones que contemplaban y castigaban las diversas hipótesis del delito de fraude.

Novena.- En todos los Países a lo largo del mundo, se ha estudiado y legislado el delito de Fraude.

Décima.- Los requisitos de procedibilidad contemplados por nuestra legislación son: la denuncia, la querrela, la excitativa y la autorización, siendo éstos los elementos previos e indispensables para dar inicio a un procedimiento y posteriormente a un proceso.

Décima Primera.- La denuncia es poner en conocimiento de la autoridad competente, los hechos respecto a la comisión de algún ilícito. Ésta puede ser presentada por cualquier persona interesada, mientras que la querrela sólo puede ser presentada por la víctima o el ofendido del delito.

Décimo Segunda.- Al igual que la presentación de la querrela, el otorgamiento del perdón sólo puede realizarse por la víctima u ofendido del delito, y en su caso por el representante legal con poder suficiente, sólo en tratándose de personas morales.

Décimo Tercera.- La teoría del delito, es la parte de la ciencia 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, por lo tanto los siguientes elementos son esenciales en el desarrollo de la teoría del delito.

Cuadro sinóptico de la teoría del Delito:

Aspectos positivos	Aspectos Negativos
Conducta	Ausencia de Conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de Justificación
Imputabilidad	Causas de Inimputabilidad
Culpabilidad	Inculpabilidad
Punibilidad	Excusas Absolutorias

Décimo Cuarta.- Del tipo penal de Fraude se desprenden los siguientes elementos:

- Cualquier conducta engañosa
- Que produzcan en el engañado un estado subjetivo de error

- O bien, alternativamente, cualquier conducta de aprovechamiento del error en el que el paciente del delito se halla,
 - Provocando así un acto de disposición patrimonial,
 - Que permite al activo hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido,
 - Una relación causal entre los elementos anteriores y, por último, una elementos subjetivo consistente en,
 - El ánimo de lucro, o sea la intención de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja patrimonial

Décimo Quinta.- El Objeto material del delito de fraude lo constituye la cosa o el lucro del cual se hace ilícitamente el sujeto activo del delito.

Décima Sexta.- El bien jurídico tutelado del delito de fraude lo constituye el patrimonio.

Décima Séptima.- En el delito de fraude se requiere el dolo directo, pero además la existencia de un elemento subjetivo del injusto, esto es, el ánimo de lucro.

Décimo octava.- El índice de realización del delito de fraude ha ido en aumento, por tal motivo es necesaria una reforma al artículo 246 del Código Penal para el Distrito Federal, para quedar de la siguiente forma:

Artículo 246.- Los delitos previstos en este Título se perseguirán por querrela, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos a que se refiere este párrafo.

Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos:

a) 220, cuando el monto de lo robado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, salvo que concurra alguna de las agravantes a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 223 o las previstas en el artículo 224, o cualquiera de las calificativas a que se refiere el artículo 225;

b) 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234 y 235;

c) 237, salvo que el delito que se cometa en alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 238; y

d) 239, 240 y 242;

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 227, 228, 229, 234, 235 y 241, cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario, o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.

Se perseguirán de oficio los delitos a que se refieren los artículos 230, 231, 232, 233.

BIBLIOGRAFIA

ANTON ONECA JOSE, "*Derecho Penal*" 2ª edic., Akal S.A, España, 1986.

BACIGALUPO ENRIQUE, "*Manual de Derecho Penal parte General*" 1ª edic, 2ª reimpresión, Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.

BARRAGAN SALVATIERRA CARLOS. "*Derecho Procesal Penal*". 1ª edic., Mc Graw Hill, México, 2001.

CARDENAS URIBE FILIBERTO, "*Código de Hammurabi*". 1ª reimpresión, Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1992.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL y CARRANCA Y RIVAS RAUL. "*Derecho Penal Mexicano, parte general*". 19ª edic, Porrúa, México, 1997.

CARRARA FRANCISCO, "*Programa de Derecho Criminal*", Volumen I, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1991.

CASTELLANOS TENA FERNANDO, "*Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte general*". 19ª edic., Porrúa, México, 1984.

CLAUS ROXIN. Traducción de GABRIELA CORDOVA y DANIEL PASTOR. **"Derecho Procesal Penal"**. 1ª edic. 2ª reimposición, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2003.

CLAUX ROXIN, **"Derecho Penal parte General"**. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vecente Remesal, 2ª edic., Civitas S.A, España, 1997.

COLIN SANCHEZ GUILLERMO. **"Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"**. 14ª edic., Porrúa, México, 1993.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO CANDIDO, **"Estafas"** 1ª edic., Tirand lo Blanch , Valencia, España, 1997.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. **"Derecho Penal"**, parte general, Edit. Bush, Barcelona, 1981.

DAMIANOVICH DE CERRERO LAURA, **"Delitos Contra la Propiedad"** 3ª edic., Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2000.

DAZA GOMEZ CARLOS, **"Teoría General del Delito"** 2ª edic., Cardenas Editor Distribuidor, México, 1998.

DE PINA VARA, RAFAEL, **"Diccionario de Derecho"**, Edit. Porrúa, México, 1970.

DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO, **"Diccionario de Derecho Procesal Penal"**, t. I, 4ª edic., Porrúa, México, 2000.

FONTAN BALESTRA CARLOS. **"Derecho Penal Parte Especial"**, 13ª edic, 1ª reimposición, Abeledo Perrot, Buenos aires, Argentina, 1992.

FRANCO GUZMÁN RICARDO, **"La subjetividad en la ilicitud"**. 1º edic, José M. Cajica Jr. S.A., México, 1959.

GARCIA PELAYO Y GROSS RAMON, "Diccionario Enciclopédico Ilustrado". Larousse, México. 1997.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, "Derecho Penal Mexicano, Los Delitos", 32ª edic., Porrúa, México, 2000.

HERNANDEZ PRIEGO JULIO ANTONIO. "Programa de Derecho Procesal Penal". 4ª edic., Porrúa, México, 1999.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS UNAM, "Diccionario Jurídico Mexicano", t. 2, 11ª. edic., Porrúa, México, 1998.

JIMENEZ DE ASUA LUIS, "Teoría del Delito" Iure Editores, México, 2004.

JIMENEZ HUERTA MARIANO, "Derecho Penal Mexicano", t. II., 6ª. edic., Porrúa, México, 2000.

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "Teoría del Delito" 11ª edic., Porrúa, México, 2003.

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "Delitos en particular", T. 1, 10ª edic., Porrúa., México, 2004.

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO y. PORTE PETIT MORENO LUIS O, "El delito de fraude reflexiones", 5ª edic., Porrúa., México, 2001.

MARQUEZ PIÑERO RAFAEL, "Derecho Penal parte general" 2ª edic., Trillas, México, 1991.

MARTINEZ GARNELO JESUS. "La Investigación Ministerial Previa" 4ª edic, Porrúa, México, 1999.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO. "Teoría General del Delito", 2ª edic, 2ª reimpresión, Themis S. A, Bogotá, Colombia, 2004.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO Y GARCÍA ARAN MERCEDES. "Derecho Penal Parte General". 3ª edic, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1998.

MURGUIA SERRANO ALMA LORENA, "Derecho Romano II" 1ª edic. Iure Editores, México, 2003.

ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO, GOMEZ CARLOS, "Teoría del Delito Sistemas Causalistas y Finalista" 2ª edic., Porrúa, México, 1995.

OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO. "La Averiguación Previa". 13ª edic., Porrúa, México, 2002.

OVALLE FAVELA JOSE. "Teoría General del Proceso", 3ª edic, Harla, México, 1996.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "Delitos Contra el Patrimonio", 10ª edic., Porrúa, México, 2001.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "Diccionario de Derecho Penal" 3º edic., Porrúa, México, 2003.

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", 19ª edic, Porrúa, México, 2001.

QUIJADA RODRIGO, "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado", 1ª. edic., Angel Editor, México, 2003.

REYNOSO DAVILA ROBERTO, "Delitos Patrimoniales" 2ª edic. Porrúa, México, 2001.

REYNOSO DAVILA ROBERTO, "Teoría General del Delito" 5ª edic., Porrúa, México, 2003.

RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, "Penología", 2º edic. Porrúa, México, 2000.

SOLER SEBASTIAN. "Derecho Penal Argentino". T.IV, 10ª reimpresión, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1992.

TENA RAMIREZ FELIPE, "Leyes fundamentales de México 1808-1995". 19ª edic., Porrúa, México, 1995.

VALLE MUÑIZ JOSE MANUEL, "El Delito de Estafa." 1ª edic. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1987.

VELA TREVIÑO, SERGIO. "Culpabilidad e inculpabilidad, teoría del delito", Edit. Trillas, México, 1990.

VIVES ANTON TOMAS, J. BOIX REIG, "Derecho Penal Parte Especial", 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

ZAFFARONI EUGENIO RAUL, "Manual de Derecho Penal, Parte General" 6ª edic. 3ª reimpresión Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos aires, Argentina, 2003.

ZAMORA PIERCE JESUS, "El fraude", 9ª edic., Porrúa, México, 2000.

LEGISLACION

Código Penal para el Distrito Federal, Isef, México, 2005

Código Penal para el Distrito Federal, Isef, México, 2000

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Isef, México, 2005.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Isef, México, 2000

Código Federal de Procedimientos Penales, Isef, México, 2005.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Isef, México, 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Compilación de Leyes, México, 2004

Suprema Corte de Justicia de la Nación, IUS 2004 México, 2004.

PAGINAS DE INTERNET CONSULTADAS

<http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>

<http://icarito.latercera.cl/icarito/2001/822/pag4.htm>

<http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm>

<http://www.encyclopediacatolica.com/l/leyesmanu.htm>

[http:// www.filosofia.org](http://www.filosofia.org)

<http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/español/rutinas/ept.asp?t=mvio31&e=09>

[http://www. pgjdf.gob.mx/estadisticas/total de delitos.php.](http://www.pgjdf.gob.mx/estadisticas/total%20de%20delitos.php)

<http://www.vanheesstonetworks.com/portalespiritual/hindu/manu/9.htm>