

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**“ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE FRAUDE
ESPECÍFICO DESCRITO EN EL ARTÍCULO 231
FRACCIÓN VII DEL CÓDIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL”.**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO
DE LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

MANUEL HERNÁNDEZ PERALTA

ASESOR: LIC. JORGE DELFÍN SÁNCHEZ.

MÉXICO, CIUDAD UNIVERSITARIA 2005.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS;
SER OMNIPOTENTE, OMNIPRESENTE
Y LLENO DE AMOR, QUE ME PERMITE
ESTA EXPERIENCIA.

A MIS PADRES;
ESPERANZA PERALTA PEREZ Y
BENITO MANUEL HERNÁNDEZ DOMINGUEZ
POR SU AMOR, APOYO Y SUS SACRIFICIOS
SIN CONDICIÓN ALGUNA.

A MI ESPOSA;
GABRIELA M. ARZALUZ FONSECA
POR SER EL GRAN AMOR DE MI VIDA
Y POR DARME SU AMOR Y FUERZAS
PARA CUMPLIR LAS METAS.

A MI HIJA;
EMILI G. HERNÁNDEZ ARZALUZ.
POR SER UNA BENDICIÓN Y UN MOTIVO
PARA VIVIR Y SUPERARME.

A MIS HERMANOS;

CARMEN, ANDRÉS Y DALIA.

POR SU APOYO, CARIÑO FRATERNAL
Y COMPRENSIÓN.

A MIS AMIGOS;

LIC. LUIS ANGEL RAMÍREZ RUBIO

Y PAULA GUADALUPE MEDINA SÁNCHEZ.

POR SU AMISTAD SINCERA Y AUXILIARME
EN LOS MOMENTOS DÍFICILES.

AL DOCTOR:

GUSTAVO CASTRO Y GONZALEZ

POR SU AYUDA MÉDICA Y SABIOS CONSEJOS.

A LA FAMILIA:

CAMPOS FONSECA

POR SU APOYO Y TOLERANCIA.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	PÁG. 1
-------------------	--------

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

1. HISTORIA UNIVERSAL DEL DELITO DE FRAUDE.....	3
A) BABILONIA.....	3
B) INDIA.....	3
C) ROMA.....	3
D) ESPAÑA.....	10
E) FRANCIA.....	24
F) ITALIA.....	27
G) ALEMANIA.....	29
H) AUSTRIA.....	30
I) SUIZA.....	30
2. HISTORIA NACIONAL DEL DELITO DE FRAUDE.....	30
A) ÉPOCA PRECORTESIANA.....	30
B) ÉPOCA COLONIAL	31
C) ÉPOCA INDEPENDIENTE	34
a) CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1835.....	35
b) CÓDIGO PENAL DE 1871.....	37
c) CÓDIGO PENAL DE 1929.....	39
d) CÓDIGO PENAL DE 1931.....	41
e) CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL DE 1999.....	45
f) CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL DE 2002.....	48

3. HISTORIA NACIONAL DEL FRAUDE ESPECÍFICO.	
(ART. 231 FRACCIÓN VII DEL CÓDIGO PENAL DEL D. F.).....	52
A) CÓDIGO PENAL DE 1871.....	52
B) CÓDIGO PENAL DE 1929.....	53
C) CÓDIGO PENAL DE 1931.....	54
D) CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL DE 1999.....	56
E) CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL DE 2002.....	56

CAPÍTULO II

EL FRAUDE Y EL FRAUDE ESPECÍFICO

1. DEFINICIÓN DE FRAUDE.....	58
A) ETIMOLOGÍA.....	58
B) GRAMATICAL.....	58
C) DOCTRINAL.....	58
D) LEGAL.....	59
2. ELEMENTOS DEL TIPO GENÉRICO.....	60
A) SUJETOS.....	60
a) SUJETO ACTIVO.....	61
b) SUJETO PASIVO.....	62
B) OBJETOS.....	62
a) MATERIAL.....	63
b) JURÍDICO.....	70
C) CONDUCTA.....	73
D) RESULTADO.....	78

E) NEXO DE CAUSALIDAD.....	79
F) ELEMENTOS TÍPICOS NORMATIVOS.....	79
a) ILÍCITAMENTE.....	80
b) INDEBIDO.....	81
c) COSA.....	82
d) LUCRO.....	82
3.DIFERENCIA ENTRE FRAUDE CIVIL Y FRAUDE PENAL.....	82
4.CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE FRAUDE.....	96
A) EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.....	96
B) SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.....	97
C) POR EL RESULTADO.....	98
D) POR LA LESIÓN QUE CAUSAN.....	98
E) POR SU DURACIÓN.....	98
F) POR EL ELEMENTO INTERNO.....	99
G) POR SU ESTRUCTURA.....	99
H) POR EL NÚMERO DE ACTOS.....	100
I) POR EL NÚMERO DE SUJETOS.....	100
J) POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN.....	100
K) EN FUNCIÓN DE SU MATERIA.....	101
L) CLASIFICACIÓN LEGAL.....	101
5.DEFINICIÓN DE FRAUDE ESPECÍFICO.....	101
6.ELEMENTOS DEL FRAUDE ESPECÍFICO	
(ART. 231 FRACCIÓN VII DEL CÓDIGO PENAL DEL D. F.).....	104
A) EXPLOTAR.....	105
B) LAS PREOCUPACIONES, SUPERSTICIÓN O IGNORANCIA DE LAS PERSONAS.....	106

C) POR MEDIO DE SUPUESTA EVOCACIÓN DE ESPÍRITUS, ADIVINACIONES O CURACIONES.....	109
7. CLASIFICACIÓN DEL FRAUDE ESPECÍFICO EN ESTUDIO.....	111
A) EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.....	111
B) SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.....	112
C) POR EL RESULTADO.....	112
D) POR LA LESIÓN QUE CAUSAN.....	113
E) POR SU DURACIÓN.....	113
F) POR EL ELEMENTO INTERNO.....	113
G) POR SU ESTRUCTURA.....	114
H) POR EL NÚMERO DE ACTOS.....	114
I) POR EL NÚMERO DE SUJETOS.....	114
J) POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN.....	114
K) EN FUNCIÓN DE SU MATERIA.....	115
L) CLASIFICACIÓN LEGAL.....	115
8.EL SISTEMA ANALÍTICO DE ESTUDIO JURÍDICO ESENCIAL ⁹ DEL DELITO.....	115
9.ELEMENTOS POSITIVOS Y ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO Y DEL FRAUDE ESPECÍFICO EN CUESTIÓN.....	117
A) CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.....	118
a) CONDUCTA.....	121
b) AUSENCIA DE CONDUCTA.....	122
B) TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	122
a) TIPICIDAD.....	125
b) ATIPICIDAD.....	129

C) ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	130
a) ANTIJURIDICIDAD.....	131
b) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	140
D) IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.....	142
a) IMPUTABILIDAD.....	148
b) INIMPUTABILIDAD.....	149
E) CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.....	149
a) CULPABILIDAD.....	166
b) INCULPABILIDAD.....	167
F) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	167
a) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	170
b) AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	170
G) PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	171
a) PUNIBILIDAD.....	176
b) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	177
10.EL FRAUDE ESPECÍFICO EN LAS LEGISLACIONES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.....	178
11.JURISPRUDENCIA.....	183

CAPÍTULO III

LA PERSECUCIÓN DEL FRAUDE ESPECÍFICO

(ART. 231 FRACCIÓN VII DEL CÓDIGO PENAL DEL D. F.)

1. DE OFICIO, COMO UNA FORMA DE PERSEGUIR DELITOS.....	201
--	-----

A) EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU FACULTAD EXCLUSIVA DE INVESTIGAR Y PERSEGUIR LOS DELITOS.....	201
B) LA DENUNCIA.....	209
2. DE QUERRELLA, COMO OTRA FORMA DE PERSEGUIR DELITOS.....	212
A) LA VICTIMA Y SUS REPRESENTANTES LEGALES.....	221
B) EL PERDON DEL OFENDIDO.....	242
3. EL FRAUDE ESPECÍFICO EN CUESTIÓN COMO DELITO EXCLUSIVAMENTE DE OFICIO.....	245
4. REFORMA AL ARTÍCULO 246 EN SU PÁRRAFO TERCERO DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.....	250

CAPÍTULO IV

DIVERSOS ENFOQUES DEL PROBLEMA SOCIAL.

1. ENFOQUE RELIGIOSO.....	252
2. ENFOQUE CIENTÍFICO.....	258
A) LA FÍSICA.....	265
B) LA PSICOLOGÍA.....	267
C) LA MEDICINA.....	275
3. ENFOQUE LABORAL.....	281
4. ENFOQUE ECONÓMICO.....	282
5. ENFOQUE RESPECTO A LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN.	286
A) LA RADIO.....	288
B) LA TELEVISIÓN.....	289
C) LA PRENSA.....	290

D) INTERNET.....	292
CONCLUSIONES.....	296
PROPUESTA.....	304
BIBLIOGRAFÍA.....	305

INTRODUCCIÓN

El artículo 231 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal vigente contempla un fraude específico, éste delito consiste en explotar las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.

Lamentablemente este delito no se castiga en la actual realidad social provocando que las conductas delictivas mencionadas queden impunes en un número considerable, convirtiéndose así en un problema social muy serio.

Es por lo anterior que considero este tema de gran interés, para realizar la presente tesis profesional, en la que pondré mi mejor esfuerzo.

Como considero que la impunidad de este delito es causada principalmente por su forma de persecución, en el presente trabajo analizaré esta circunstancia entre otros aspectos. Dado que el delito en estudio es un fraude específico desarrollaré la investigación de la forma siguiente; en el capítulo uno, expondré primero la historia universal y los antecedentes legislativos nacionales del fraude genérico y posteriormente hablaré de la historia nacional del fraude específico en cuestión, con el objeto de tener una mejor comprensión de ésta figura jurídica. En el capítulo dos, haré primero un estudio del fraude genérico y después realizaré un amplio análisis jurídico del fraude específico en cuestión para lo cual emplearé el sistema analítico de estudio jurídico-esencial del delito, con la finalidad de conocer sus cualidades y deficiencias desde el punto de vista del Derecho Penal.

En el capítulo tres, estudiaré las formas en que se persiguen los delitos, y conociendo la forma en que se persigue el fraude específico en cuestión, así como también conociendo sus deficiencias propondré la posible solución jurídica. En el capítulo cuatro, analizaré el objeto de estudio desde diversos enfoques como lo son: el religioso, el científico, el laboral, y el económico, así como también estudiaré la influencia que ejercen los medios masivos de comunicación con el propósito de conocer mejor la problemática social que gira entorno al tema.

Posteriormente realizaré las conclusiones del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

1. HISTORIA UNIVERSAL DEL DELITO DE FRAUDE

El fraude es tan antiguo como la humanidad misma, surge tan pronto como un hombre poseyó un bien, otro lo codició y lo obtuvo mediante el engaño. Este hecho al ser observado en las primeras sociedades, motivo a las autoridades de éstas a crear normas con el fin, de que las relaciones de los integrantes de dichas comunidades se desarrollaran libres de engaños o maquinaciones que induzcan al error y así, proteger uno de los intereses más importantes como es el patrimonio.

A) BABILONIA

“El Código de Hammurabi, sancionó la venta del objeto robado y la alteración de pesas y medidas.”¹

B) INDIA

“Las Leyes de Manu, asimilaron al robo la venta de un objeto ajeno y castigaron al que vendía grano malo por bueno, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, etcétera.”²

C) ROMA

En el Derecho Romano, en relación con el fraude se contemplaron diversos crímenes como el *furtum*, el *falsum* y el *stellionatus*. “El *furtum* se presentaba cuando alguien obtenía un dinero haciéndose pasar por acreedor, simulando la cualidad de heredero, asumiendo el nombre del procurador verdadero o fingiendo

¹ ZAMORA-PIERCE, Jesús. El Fraude, 9ª. ed., Ed., Porrúa, México 2000, p.3.

² *idem*.

serlo, quien pedía dinero haciéndose pasar por pobre o quien en daño del vendedor entregaba al comprador un peso mayor del justo. El *falsum* fue aplicable a quien usaba el nombre ajeno, simulando determinada caridad personal para alcanzar provecho y quien vendía con diversos contratos a dos personas la misma cosa.”³ El *crimen de stellionatus* es el procedente más característico de lo que hoy se entiende por fraude. Para tener una mejor comprensión, expondré las dos figuras jurídicas que provocan su nacimiento; el *crimen falsi* y *la actio de dolo*.

“Por obra de Lucio Cornelio Sila (138 a. C.- 78 a. C.) aparece como crimen público la *Lex Cornelia de falsis (lex Cornelia testamentaria nummaria)* creando y regulando el crimen falso. Como su propio nombre lo indica, el ámbito de aplicación de la ley se ciñó, en un principio, a las falsificaciones en los testamentos y en la moneda. La labor de la jurisprudencia produjo al cabo de los años, la extensión de esta ley a otros hechos, tanto propiamente falsarios como fraudulentos, siempre que estos últimos atentaran contra intereses de la comunidad. Por ello en la *Ley Cornelia de falsis* y en sus sucesivas ampliaciones es difícil trazar un concepto único del delito de falsedad.

Los delitos comprendidos en esta ley se podrían agrupar en los siguientes apartados:

- 1) Delito de falsificación de testamentos y documentos.
- 2) Falsificación de metales preciosos y moneda.
- 3) Delitos procesales y delitos cometidos por abogados.
- 4) Falsificación del parentesco o de la condición de la persona.
- 5) Falsos pesos y medidas.”⁴

³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, D-H, 13ª. ed., Ed. Porrúa – UNAM, México 1999, p. 1469

⁴ VALLE MUÑOZ, José Manuel. *El Delito de Estafa* “Delimitación Jurídico-Penal con el Fraude Civil”, Ed. Bosch, España 1987, p.26

“La pena señalada por la ley Cornelia para los falsificadores de testamentos o de moneda y para los autores de los demás delitos a que la misma se aplicaba era la de destierro de Italia, pena que luego se cambió en la de deportación juntamente con la confiscación de bienes, cuando los reos fuesen personas del rango superior; en los casos leves se imponía la pena de relegación de por vida junto con la pérdida de la mitad del patrimonio, o bien penas consistentes en privación de algún derecho honorífico. Para los reos de condición inferior se hacía uso del trabajo forzoso, o también, en ciertas circunstancias, de la pena de muerte, que era la que se aplicaba ordinariamente a los esclavos.”⁵

La escasa represión de conductas fraudulentas, tanto en lo civil como en lo penal (donde, sólo algunos supuestos de engaños fraudulentos que dañaban intereses generales eran castigados) se vio atenuada con la creación pretoria de la **actio doli** (acción de dolo).

“En el Derecho Romano, el dolo no constituyó un concepto unitario. Antes bien, se distinguió 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 fraudulento. El dolo como voluntad antijurídica del agente se remota 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 al jurisconsulto Aquilio Galo, aproximadamente en el año 668 de Roma. Esta acción de carácter penal (*ex delicto*) que se interponía y solventaba en vía civil presentaba dos notas

⁵ MOMMSEN Teodoro, Derecho Penal Romano, Ed. Temis, Colombia 1999, p.423-424.

esenciales: En primer lugar, su carácter genérico. Es decir la ausencia de determinación de los hechos o conductas que daba a 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 de dolo presenta la nota inequívoca de subsidiariedad. Esto es, sólo procedía en el supuesto de ausencia de cualquier otro auxilio jurídico, tanto de los provenientes de delito como de los restantes.

De su carácter genérico deriva la dificultad de definir de manera estricta la conducta dolosa. Parece que originariamente el concepto de dolo (para los efectos de la *actio de dolo*) se identifica con el transmitido por Cicerón: el *aliud agere, 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 (Servius), e incluso cualquier conducta astuta e inmoral en daño o perjuicio de otro (Labeon).

En definitiva, parece correcto admitir un proceso de extensión del círculo de conductas merecedoras de la acción, que pasarían de constituir meros ardides 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.

Del carácter genérico de esta acción, derivó su accesoriedad, pues bastaba la existencia de una acción civil u honoraria para la inmediata exclusión de la acción de dolo. No parece aventurado afirmar el carácter penal de la *actio de dolo*.

Sanciona una responsabilidad nacida *ex delicto*, se podría afirmar que el dolo constituye en cierto modo una verdadera figura de delito, eso sí, con efectos exclusivamente en vía pretoria. Acción penal que se dirige principalmente a la indemnización del daño producido, pero que lleva aparejada la infamia. Lo cual comprueba su contenido penal, por lo menos en los primeros años de aplicación.”⁶

En la época del Imperio se llega a penar el fraude como crimen extraordinario, bajo el nombre de ***stellionatus***. Denominación que encuentra su origen, según Francesco Carrara, del stellión o salamandra. “animal de colores indefinibles, pues varían ante los rayos del sol sugirió a los romanos el nombre de *stellionatus*, como título de delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctúan entre la falsedad y el hurto, y aunque participen de las condiciones de uno y de otro delito, no son propiamente ni el uno ni el otro.”⁷

El *stellionatus* es un delito de tardía aparición probablemente en la época del emperador romano Antonino Pio. No es ninguna ley o disposición similar el origen del stellionato. Antes bien, esta nueva figura delictiva se debe a la labor de la doctrina y la jurisprudencia.

Respecto al origen del *stellionatus*, Mommsen nos comenta: “Ninguna ley dispuso que la acción privada por causa de fraude punible, es decir, por causa de bribonadas (*stellionatus*), fuese transplantada al derecho penal; la traslación se hizo naturalmente, en virtud de las mismas relaciones de correlación existentes entre el delito propio del derecho civil y el derecho penal, según hemos visto claramente que sucedió . Quienes verificaron el cambio fueron, pues, la doctrina y

⁶ VALLE MUÑIZ, José Manuel, Ob. cit., p.27-28

⁷ CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, “Parte Especial”, vol. IV, Tomo 6, Tr. J. Ortega Torres, Ed. Temis, Colombia 1991, p.412.

la practica de los tribunales. Como la acción privada de stalionato era auxiliar y subsidiaria en el procedimiento civil, la acción criminal era auxiliar y subsidiaria en el procedimiento acusatorio. Entre los diferentes casos que se perseguían a título de stalionato, merece mención el de obtener ganancias por el perjurio. La pena que se imponía no era fija, sino que quedaba en cada caso al arbitrio del tribunal; sin embargo, no podía ser superior a la de trabajo forzoso, también recaía la infamia sobre el condenado.”⁸

Por su parte Antón Oneca sobre el origen del *stellionatus* nos comenta: “Más tarde, por la tendencia del Derecho Romano imperial a hacer pública la acción en todo caso, surgió el crimen de *stellionatus*, reprimiendo *extra ordinem*. Fue por tanto una acción auxiliar y subsidiaria en el procedimiento acusatorio como la acción privada de dolo lo fue en el procedimiento civil”⁹

Con el *stellionatus* nos encontramos al igual que en la *actio de dolo*, con problemas de definición. Ulpiano decía *nec est opus Species enumerare*. Lo cierto es que en el crimen de stalionato se mantienen las notas de auxiliaridad y subsidiaridad que veíamos con anterioridad en la acción privada de dolo. “Así parece desprenderse del Digesto (L. 3, párr.1 D. 47, 20) cuando se dice: *Ubicumbe igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus objicimus*. En definitiva, nos encontramos con un concepto vago que admite tanto comportamientos fraudulentos mediante artificios engañosos, como otros sensiblemente dispares. De este modo, en vía de ejemplo se encuentra: empeñar, vender, permutar o dar *in solutum* una cosa ya obligada, haciéndola creer libre al acreedor, comprador o permutante; sustituir las mercancías después de haberlas vendido o hacerlas

⁸ MOMMSEN Teodoro, Ob. cit., p. 426.

⁹ ANTÓN ONECA, José, citado por Nueva Enciclopedia Jurídica, T. IX, Ed. Francisco Seix, España 1982, p.58

desaparecer antes de la tradición, lucrándose indebidamente con el precio; dar en prenda cosas ajenas; la *venditio fumi* o la ilusión de una influencia que no existe para prestar servicios. Pero también cambian conductas que tenían poco o nada en común con lo que hoy entendemos por estafa, como el recibir dinero por el falso juramento (perjurio).”¹⁰

“Las penas del *stellionatus* no estaban determinadas legalmente, sino que las establecía el juez a su arbitrio en cada proceso, llegando para los *honestiores* a la *remotio ad ordinem* o a la relegación temporal; para los *humiliores* hasta la condena *ad opus metalli*”¹¹

La gran mayoría de autores resaltan el parentesco con la acción de dolo y admiten que sus rasgos se asemejan más a la acción pretoria que al *crimen falsi*. Al respecto puedo mencionar a Manzini quien expuso: “Los antecedentes de la estafa han de reconocer más bien en esta *actio doli* del Derecho privado romano que en el crimen público de falsedad.”¹²

El dibujo de los mecanismos legales encargados de reprimir conductas fraudulentas es, pues, bastante confuso. Comportamientos consistentes en lucrarse indebidamente mediante el error producido a otro por engaño, podían encontrar cabida en el crimen de falso por un lado, y, sobre todo, en la *actio de dolo* y el crimen extraordinario de *stellionato* por otro. “Por si ello fuera poco, al final del imperio se otorga la posibilidad, a la mayor parte de los delitos privados, de elegir entre la *actio ex delicto civil* y la *acusatio extra ordinem penal*.”¹³

¹⁰ VALLE MUÑIZ, José Manuel. Ob. cit. p. 29- 30

¹¹ ANTÓN ONECA, José, citado por Nueva Enciclopedia Jurídica, Ob. cit., p.59.

¹² MANZINI, citado por Nueva Enciclopedia Jurídica, Ob. cit., p.59.

¹³ LISTZ F. VON, citado por VALLE MUÑIZ José Manuel, Ob. cit., p.30.

Por lo general, la doctrina reconoce la superposición normativa en la represión de los engaños fraudulentos. No obstante, ello no determina que siempre que proceda la acción pretoria estemos ante un caso de stellionato. Antes bien, como apunta Falchi, “en general se debe retener la subsistencia del stellionato siempre que con artificios se engañe a un tercero en provecho propio o de otro, aunque no sea admisible la acción de dolo.”¹⁴

D) ESPAÑA

Las convulsiones histórico-políticas de que es objeto la España de la Edad Media hacen imposible el asentamiento de una homogénea normativa penal, aun rudimentaria, en el territorio. En el Medioevo se producen y se agravan las confusiones que advertíamos en el Derecho Romano. La falta de claridad y delimitación entre las conductas falsarias y fraudulentas persiste en esta época.

Aún más, las penas aplicables a la gran parte de los supuestos fraudulentos, se identifican con las de otros delitos contra el patrimonio como el hurto y robo.

En el Fuero Juzgo que es la traducción al romance del *Liber iudiciorum* visigodo, no se encuentra ninguna definición de las defraudaciones y por ende de la estafa, denominación que se le da al delito de fraude en España. La tendencia de éste cuerpo jurídico fue asimilar las conductas fraudulentas a las falsarias, como lo podemos apreciar en las Leyes V, VII y VIII del título V denominado “Título de los que falsan los escritos” de su libro VII denominado “De los hurtos é de los engannos”. Las cuales expresaban lo siguiente:

¹⁴ FALCHI G., citado por VALLE MUÑIZ José Manuel, Ob. cit., p.30.

“Ley V. De los que encubren la manda del muerto, ó que la falsan. Todo omme que encubre la manda del muerto, ó faz alguna falsedat en ela toda la ganancia que deve aver daquel escripto, piérdala, é gánenla aquellos a quien fizieran, el enganno, é sea desfamado por falsario. E si nenguna cosa non deve ende ganar, ó muy poco, sea penado cuemo falsario.”¹⁵

“Ley VII. De los escriptos que son fechos, que dizen que eran fechos ante que lo fuessen. El enganno de algunos nos constrinne muchas vezes que fagamos nueva Ley, por que entendemos la maldad de muchos omnes, que fazen por engannar á otros. E por que son muchos omnes, que por grand voluntad de ganar de los otros omnes por una debda que deven, fazen escripto que ellos deven otras muchas debdas. E por ende establescemos en esta Ley, que todo omne que deve á otro alguna cosa, é aquel que la deve, faze escripto por enganno, que es tenuto dotras muchas debdas, é si por aventura aviniere que non faga ende escripto, mas por ortas palabras engañosas muestra que él es tenuto dotras muchas debdas; estos tales, que fazen este enganno, sean desfamados, é pechen la pena á aquellos que enganaron, qual manda la ley de los falsos. E otra tal pena deven aver aquellos que fazen escripto por enganno, que sus cosas empenaran ante á otri, por fazer perder aquellos que tiene en pennos de su debda. Onde el debdor que faze tal escripto, é aquel que por cuyo nombre lo faze, si es sabidor del enganno, àmbos deven recibir la pena y el danno que es de suso dicho, hy el escripto debe seer firme. Y el otro que fue fecho por enganno no vala nada.”¹⁶

“Ley VIII. De los escriptos que son fechos, que dizen que eran fechos después, é eran fechos ante. Non es tuerto que aquel que a la buena del muerto, que pague

¹⁵ Fuero Juzgo, cotejado por la Real Academia Española, Ed. Lex Nova, Madrid 1990 p. 130.

¹⁶ Fuero Juzgo, Ob. cit., p. 130.

la debda. E por que el omne que faze el enganno non deve aver nenguna escusacion: por ende establecemos por esta ley que todo omne que da á otri alguna cosa por escripto, é aquella cosa nunca fué en so poder, ó tal cosa que avie ante ampennada, á otri, e por algun enganno dióla é este lo que empennara ante á otri, ó lo que non era so, pues que esto pudiera ser provado si aquel que fizo este enganno es vivo, debe pagar la pena, é quanto prometiera en el escripto. E si después de su muerte pudiere seer provado el enganno, sos erederos lo deven todo pagar. E si aquello que prometio es más que toda su buena, los que tienen lo buena dexen la buena, por emienda, si non quisieren pagar aquello hy esto mismo mandamos guardar, que si aquel a quien fuera la cosa empennada primeramente sopiera el enganno, el qui lo fizo el enganno, y el que lo sopo, paguen egualmente la pena, é quanto fuera prometido, é reciban en sus cuerpos, hy en sus cosas el danno que dize la ley de suso de los falsos.”¹⁷

Y en la ley III del titulo VI denominado “Titol de los que falsan los metales” del mismo libro, la cual señalaba lo siguiente:

“Ley III De los que falsan el oro. Quien toma oro por lavrar, ó lo falsa, é lo ennade otro metal qualquiere, sea iustuciado cuemo ladrón.”¹⁸

Este es el sentido general del fuero juzgo, preeminencia de lo falsario sobre lo defraudatorio y asimilación a los hurtos y robos, buena parte de razón lleva Quintano Ripollés al destacar que “el influjo eclesiástico abona por la unificación de las formas comisivas, dada la unidad del precepto divino infringido.”¹⁹

¹⁷ Fuero Juzgo, Ob. cit., p.131.

¹⁸ Fuero Juzgo, Ob. cit., p.132.

¹⁹ QUINTANO RIPOLLÉS A., citado por VALLE MUÑIZ, José Manuel, Ob. cit., p.31.

La recepción del Derecho Romano no significó en la materia que nos ocupa, avances notables. En el período medieval de España he de resaltar como obras legislativas más importantes, el Fuero Real y Las Partidas, ambas dadas por Alfonso X. La dispersión legislativa reinante en los territorios del Rey sabio obligo a éste, en un intento de unificación, a promulgar el Fuero Real. En él, ciertamente encontramos análogas deficiencias a las examinadas en la legislación visigoda.

“Continua la preeminencia de lo falsario y las asimilaciones con los hurtos: *Quien oro ó plata tomare de otro, é lo falsare, mezclándole con otro peor, haya la pena que es puesta de los hurtos: é si no mezclare, y alguna cosa dello furtare, haya esta pena sobredicha* (Ley VIII, tit, XII. Lib. IV). Por otra parte, determinadas conductas defraudatorias, se regulan en parte no dedicada a materias penales. Así, la doble venta y la enajenación viciosa encuentran cabida en la ley IX, tit. XIX, lib. III: *Defendemos que ningún home no tema empeños cosa ajena, ni la suya non la empeñe en dos lugares, ni la cosa que tuviera empeñada, no la empeñe a otro por más, ni en otra gisa, sino como la él tuviere...* . En definitiva, bastan estas dos transcripciones para mostrar el rudimentario tratamiento de que son objeto, en el Fuero Real, los comportamientos fraudulentos.”²⁰

El segundo de los cuerpos jurídicos mencionados son Las Partidas, quizás en materia penal suponga el mayor adelanto de la época.

En la Partida VII, título XVI denominado “*De los engaños, malos e buenos: e de los Baratadores.*”, se encuentran doce leyes que contienen una serie de conductas asimilables a lo que fue el *stellionato* romano y una gran parte de

²⁰ VALLE MUÑIZ, José Manuel, Ob. cit., p.32.

supuestos de lo que mas tarde será el delito de fraude o estafa como se le denomina a este delito en España. En la introducción al título se menciona que engaño es un término general que incluye otros engaños que no tienen denominación. *“Engaño, es una palabra general, que cae sobre muchos yerros que los omes fazen, que non han nomes señalados.”*²¹

En la Ley I del título y partida mencionados se da una definición de lo que es el engaño y cuantas formas presenta

*“Ley I. Que cosa es Engaño, e quantas maneras son del. Dolus, en latín, tanto quiere dezir, en romance, como engaño: e engaño es enartamiento que fazen algunos omes los vnos a los otros, por palabras mentirosas, o en encubiertas, e coloradas, que dizen con intención de los engañar, e de los decebir. E a este engaño dicen en latín, dolos malus; que quiere tanto dezir, como mal engaño. E como quier que los engaños se fagan en muchas maneras, las principales dallas son dos. La primera es quando la fazen por palabras mentirosas, o arteras. Las segunda es, quando preguntan algun ome sobre alguna cosa, e el callase engañosamente, non queriendo responder; o si responde, dize palabras encubiertas de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño.”*²²

Por lo anterior se puede decir que se admite el engaño por omisión, y se diferencia la simulación de disimulación.

En la Ley II, se hace una distinción entre engaños buenos y malos.

²¹ RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. Pandectas Hispano-Mexicanas, T. III, 4ª. ed. ,Ed. IJ-UNAM, México 1991, p. 467

²² idem.

“Ley II. Que Departimiento y ha entre los engaños. Ca tales y ha que son buenos, e tales que malos: e buenos son aquellos que los omes fazen a buena fe, e a buena intención; assi como por prender los ladrones, o los robadores, e algunos otros, que fuesen malos, e dañosos al Rey, e a los otros de su señorío; o los que fuessen fechos contra los enemigos conocidos, o contra otros, que fuessen enemigos, que se trabajassen de buscar mal engañosamente algunos, e ellos por se guardar de su engaño, engañan a aquellos que los quieren engañar. E los engaños malos son todos los otros que son contrarios destos. Pero como quier que pueda ome engañar sus enemigos, con todo esso, no lo deue fazer en aquel tiempo que ha tregua, o seguridad, con ellos: por que la fe, e la verdad, que ome promete, deuela guardar enteramente a todo ome, de cualquier Ley que sea, maguer sea su enemigo.”²³

La definición dada en la Ley I no fue acotadora de los casos de engaño, ya que mas adelante, se enumeran a título de ejemplo varios supuestos ilustrativos, dejando la puerta abierta a la incriminación de conductas análogas, como se puede observar en las Leyes VII, VIII, IX, X y XI.

“Ley VII. De las maneras en que los omes se fazen Engaños los vnos a los otros. Por exemplo non podría ome contar en quantas maneras fazen los omes engaños los vnos a los otros: pero hablaremos de algunos dellos, segun mostraron los Sabios antiguos, porque los omes puedan tomar apercebimiento para guardarse, o los Judgadores sean sabidores para conocerlos e escarmentarlos. E deximos, que engaño fazé todo ome que vende, o empeña alguna cosa a sabiendas, por oro, o por plata, non lo seyendo; o otra cualquier cosa que fuesse de vna natura, e

²³ idem.

*fiziesse creer a quel que la diesse, que era de otra mejor. Otrosi dezimos, que engaño faria todo ome que mostrasse buen oro, o buena plata, o otra cosa cualquier, para vender, e desque se ouiesse auenido con el comprador sobre el precio della, la cambiasse asabiendas, dandole otra peor que aquella que avia mostrado, o vendido. Esse mesmo engaño faria, quien quier que mostrasse alguna cosa buena, queriendola empeñar a otro, si la cambiasse otrosi a sabiendas dando en lugar de aquella otra peor. Otrosi faria engaño, el que empeñasse aquella mesma cosa a otro, faziendo creer que aquella cosa non la auia empeñada: o si se callasse, e non aperciesse al postrimero, como la auía obligada al otro; si la cosa non valiesse tanto, que cumpliesse a ambos lo que dieron sobre ella; pero cumpliesse, non seria engaño.*²⁴

“Ley VIII. Del Engaño que fazen los Reuendedores mezclando con aquellas cosas que venden, otras peores que les semejan. Trabajanse algunos omes mercadores de ganar algo engañosamente. E esto es, como si algun ome que ha de vender grana, o ciuera, o lana, o otra cosa cualquier semejante, destas, que esta en algun saco, o espuerta, e después toma otra cosa semejante, e metela de suso, para fazer muestra de aquella cosa que vende, lo mejor, e de yuso de aquello mete otra cosa peor, de aquella natura, que lo que parece de suso que vende, faziendo creer al comprador, que tal cosa es lo que esta de yuso, como lo que parece de suso. Otrosi dezimos, que engaño fazen los que venden el vino, o el olio, o cera, o miel, o las otras cosas semejantes, quando mezclan en aquella cosa que venden , alguna otra que valia menos, faziendo creyente a los que las compran que es puro, limpio, e bueno. E a un fazen engaño los Orebzes lapidarios, que venden las sortijas que son de latón o de plata, doradas diziendo que son de oro: e otrosi

²⁴ RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N., Ob. cit. p. 469.

venden los dobles de cristal e las piedras contrahechas de vidrio, por piedras preciosas.”²⁵

“Ley IX. Del Engaño que fazen los baratadores, mostrando que han algo e non lo han. Baratadores e engañadores ay algunos omes de manera que quieren fazer muestra a los omes que an algo; e toman sacos, o bolsas, o arcas cerradas e llenas de arena, o de piedras, o de otra cosa semejante e ponen de suso, para fazer muestra, dineros de oro, o de plata, o de otra moneda; e encomiendanlos, o danlos en guarda en la sacristanía de alguna Iglesia, o en casa de algun ome bueno, faziendoles entender, que es tesoro aquello que les dan en condesijo: e con este engaño toman dineros prestados, e sacan otras malas baratas, e fazen manlieues, faziendo creer a los omes, que faran pago, de aquello que dieron assi a guardar: e aun quando non pueden engañar a los omes en esta manera, van a aquellos a quien dieron a guardar los sacos, o las bolsas sobredichas e demandangelas; e quando las reciben dellos, abrenlas e quexanse dellos, diziendo que la maldad, e el engaño, que ellos fazen, que lo fizieron aquellos a quien lo dieron en guarda, e afrentanlos por ello, e demandanles que gelo prechen.”²⁶

“Ley X. De los engaños que fazen los omes en los juegos, metiendo y dados falsos; o que bueluen pelea a sabiendas en las ferias, o en los mercados, por furtar algo. luegos engañosos fazen a las vegadas omes y ha con que engañan a los mozos, e a los omes necios de las Aldeas; assi como quando juegan a la correhuela con ellos o con dados falsos o en otra manera semejante destas e fazen a los omes engaño. E otros y ha, que traen serpientes, e echanlas a so ora

²⁵ idem.

²⁶ idem.

ante las gentes, en los mercados o en las ferias, e fazen espantar con ellas las mugeres, e los omes de manera, que les fazen desamparar sus mercadurias; e traen sus ladrones consigo, que entre tanto que estan catando los omes aquellas serpientes que fuerden las sus cosas. Otrosi otros y ha, que a sabiendas fazen semejanzas que pelean e sacan cuchillos unos contra otros; e arrebatanse los omes, e las mugeres de manera, que les fazen desamparar sus mercadurias; e los compañeros que andan con ellos que son de su fabla, sabidores de aquel engaño, furtan, e roban, muchas cosas a los omes que se aciertan en aquel lugar. E aun y ha otros, que toman el pan caliente reziente e metenlo todo entero en el mas bermejo vinagre que fallan, e de si ponenlo a secar es quando es bien seco, van a las Aldeas e fazen muestra a los omes , que son Religiosos, e Santos, e meten de aquel pan en el agua ante los necios, e tornace de las bermejura del vinagre bermeja e fazen creer con este engaño a los omes, que el agua que se torna vino con la virtud de ellos; e embeuesenlos de manera que les dan muchas cosas, e a las vegadas fiance en ellos cuydando que son Santos e buenos, e lleuanlos a sus casas ; e furtanles todo quanto les puedan furtar.’²⁷

“Ley XI. De otros Engaños que fazen los omes entre si, e los Personeros, e los Abogados. Enagenar queriendo vn ome a otro cosa suya, si otro alguno, queriendole estoruar, le mueue pleyto maliciosamente, sobre ella, por le embargar que la non pueda vender; faze engaño, e maldad, en embargar , al otro maliciosamente, que non faga de lo suyo lo que quisiere. Otrosi dezimos que faze engaño, el que embarga al otro, que non aya la cosa que con derecho puede auer. E esto seria, como si vn ome mouiesse pleyto a otro sobre alguna cosa en que ouiesse derecho, e que deuia ser suya; e vniessse otro tercero maliciosamente,

²⁷ RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N., Ob. cit. p.470

diziendo que la demandasse a el, ca el la tenia; porque entre tanto que ellos pleyteassen sobre aquella cosa que la ganasse el otro, que la tenia, por tiempo, a quien la comenzara a demandar primeramente. E en otra manera fazen engaño, e maldad los omes en los pleytos: e esto seria, como si algun ome ouiese fecho algun yerro, de que se temiesse que lo acusarian, e fablase con alguno engañosamente, que lo acusasse sobre el, de manera, que desque lo ouiesse acusado, aduxiesse tales testigos, que non se prouasse el yerro e que lo diessen por quito de la acusación; porque ouisse razon para defenderse, por tal engaño como este, si otro lo quisiesse acusar después sobre aquel yerro, diciendo contra el que non le deuia responder, por que ya fuera acusado sobre aquel yerro mesmo, e que non gelo pudiera prouar e fuera dado por quito. Otrosi faze el Abogado engaño muy grande o el Personero, o el Mandadero de otro, que en el pleyto que es encomenzado, anda engañosamente, ayudando a los aduersarios, e destorquando la parte a que deuia ayudar; e én tal engaño como este es buelta falsedad, que ha en si ramo de trayción.²⁸

Al igual que el stellionato, que por su carácter de crimen extraordinario no contenía pena cierta, los engaños en Las Partidas adolecen de idéntica indeterminación como se puede ver en la Ley XII.

“Ley XII. Que pena merecen los que fazen los Engaños. Porque los engaños, de que fablamos en las leyes deste titulo, no sos yguales nin los omes que los fazen, o los que los reciben, non son de vna manera, porende, non podemos poner pena cierta en los escarmientos, que deuen recibir los que los fazen. E porende mandamos que todo Judgador que ouiere a dar sentencia de pena de

²⁸ idem.

*escarmiento, sobre qualquier de los engaños sobredichos en las leyes de este Título, o de otros semejantes destos, que sea apercebido en catar qual ome es el que fizo el engaño e el que lo recibio; e otrosi, qual es el engaño e en que tiempo fue hecho: e todas estas cosas catadas, deue poner pena de escarmiento, o de pecho para la Camara del Rey, al engañador, qual entendiere que la meresce, según su aluedrio.*²⁹

Desde luego, también en las Partidas se castigan comportamientos defraudatorios a título de falsedad. Es decir, las leyes dedicadas a las conductas falsarias usurpan en algunos supuestos acciones merecedoras de ubicación entre los engaños. Como ejemplo se puede mencionar las leyes IV y VII del título VII denominado “De las Falsedades”, de la partida VII.

*“Ley IV De las falsedades que fazen los omes, falzando cartas, o sellos. Bulas falsas, faziendo algun ome, o mandándolos fazer, faze falsedad. E esso mesmo sería quando el Orifize, que labra oro, o plata, mezcla con ello maliciosamente alguno de los otros metales. Otrsi dezimos, que si el fizco, o el Especiero, que ha de fazer el xarope o el letuario, con azucar, en lugar del mete miel, non lo sabiendo aquel que gelo manda fazer, que faze falsedad; o si en lugar de alguna especia, o otra cosa buena ó cera buena, mete otra de otra natura peor, es mas rafez; faziedo entender a aquel que lo ha menester, que es fecho derechamente, e con aquellas cosas quel demostro, o quel prometiera que le pornia.”*³⁰

“Ley VII. Como fazen falsedades, los que tienen pesos, o medidas falsas: e que pena merecen porende. Medidas, o varas, o pesos falsos teniendo algún ome a

²⁹ idem.

³⁰ RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N., Ob. cit. p. 453.

sabiendas, con que vendiesse, o cómprese alguna cosa, faze falsedad.

Pero non es tan grande como las otras que diximos en las leyes ante desta. E porende mandamos, que el que las assí fiziere, peche el daño doblado que recibieron por tal razón como esta, aquellos que compraron del, o que le vendieron alguna cosa: e demas, que sea desterrado por tiempo cierto en alguna Isla, según albedrío de Rey. E que aquellas medidas, o pesos o varas, que tiene falsas, sean quebrantadas públicamente, ante las puertas de aquellos que vsauan comprar, e vender con ellas. Otrosi dezimos que faze falsedad, el que vende a sabiendas una cosa dos vezes a dos omes, e toma precio, por ella de ambos a dos; e deue el uendedor tornar el precio a aquel que la compro a postre del; e la cosa debe fincar con aquel que primero la compro del; es ser desterrado por tiempo cierto en alguna Isla, por la falsedad que fizo.”³¹

La indeterminación de las conductas engañosas con respecto a las falsarias, la falta de un concepto válido y, por ende, la inseguridad que produce el sistema de “tipificación ejemplificativa” perpetúa de algún modo el problema que presentan las conductas fraudulentas, como lo es la falta de una delimitación nítida con el fraude civil.

“Poco o nada se avanzó en la legislación posterior a los textos alfonsinos. Casi se podría sostener que en la Nueva y Novísima Recopilación se difuminan aún más los conceptos defraudatorios y falsos, amén de la ausencia del menor interés sistemático.”³²

Con la monarquía absoluta, el proceso de unificación real del Derecho Penal, no

³¹ ibidem, p.454.

³² QUINTANO RIPOLLÉS, A., citado por VALLE MUÑIZ José Manuel, Ob. cit., p.34.

exento de dificultades, no aporó, ciertamente, luz a la problemática del fraude. Antes bien, las conductas fraudulentas y las falsarias fueron objeto, al igual que la mayor parte de los delitos, de una severa represión.

El primer Código Penal Español de la época moderna es el de 1822, el cual dedica los Capítulos IV (Quiebras), V (Estafas y otros engaños) y VI (Abusos de confianza) del título Tercero de su parte segunda a regular las modalidades defraudatorias, contra el patrimonio. Al igual que su homónimo galo (Código Penal Francés de 1810), contiene una definición legal del delito de estafa (nombre que se le da al fraude en España) en el artículo 766.

El artículo 766 del Código Penal de España expresaba: “Cualquiera que con algún artificio, engaño o superchería, practica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiere sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras o le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero, ladrón, falsario o reo de otro delito especial.”³³

“Cabe destacar que de manera análoga al *stellionato* romano y a los engaños en Las Partidas se observa en la mentada conceptualización las características de generalidad y de subsidiaridad con respecto a otras figuras incriminadas. Estas negativas propiedades del delito de estafa desaparecerán definitivamente con la entrada en vigor del Código Penal de 1848, ya que éste código fue el verdadero patrón de referencia en la elaboración de todos los sucesivos textos punitivos de España, a este código se le debe la configuración de la estafa como delito autónomo y principal, de tal modo que su confluencia con otros delitos, lejos de

³³ ANTÓN ONECA, José , citado por Nueva Enciclopedia Jurídica, Ob. cit., p.59.

relegarlo a la accesoriedad, obligará a aplicar la solución concursal idónea. Éste cuerpo legal suprime el concepto general del delito de estafa presente en su antecesor y a cambio introdujo un catalogo interminable de modalidades típicas defraudatorias, cuya extensión es sólo comparable a su inutilidad. Buena prueba del fracaso del sistema casuístico es la introducción del tipo abierto del Art. 448, castigando al que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño no mencionado en los preceptos anteriores. Las dosis de inseguridad jurídica que tal regulación comporta son intolerables. Por si ello fuera poco, el Código de 1848 introdujo un sistema de punición para los delitos patrimoniales que fue motivo de crítica y rechazo por la misma doctrina española hasta su desaparición. Me refiero a la medición de la pena en base a la cuantía de lo defraudado.”³⁴ Estas y otras deficiencias son denunciadas magistralmente por Antón Oneca al declarar que “el Código de 1848 significó un notable retroceso al introducir el sistema exageradamente casuístico que todavía rigen en el actual, alterar el concepto general privándole además de su más lógica situación al comienzo de la serie, mecanizar la penalidad proporcionándola a la cuantía de la defraudación, y colocar en este lugar la apropiación indebida y el abuso de firma en blanco, que en el Código de 1822 estaban ordenados entre los abusos de confianza.”³⁵

La regulación positiva de las estafas se mantiene prácticamente inalterada en los sucesivos códigos penales de 1870, 1928, 1932, 1944, 1963 y 1973.

El legislador español, quien durante largos años mantuvo el sistema de enumerar en el Código Penal casos específicos de fraude, sin dar un concepto general del delito dio finalmente oídos a las críticas de la doctrina española, por Ley Orgánica

³⁴ VALLE MUÑIZ, José Manuel, Ob. cit., p. 36-37

³⁵ ANTÓN ONECA José , citado por Nueva Enciclopedia Jurídica, Ob. cit., p. 60.

8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de España, reformó el artículo 528 el cual quedó en la forma siguiente: “cometen estafas 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 tercero.”³⁶

Y en el Código Penal Español de 1995, la estafa esta descrita en el artículo 248. I el cual expresa: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.”³⁷

E) FRANCIA

Escroquiere, es la denominación que se le da al fraude en el Código Penal Francés, su esencia coincide en lo general con nuestra figura, ya que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien a error por medio de engaño o artificio para obtener un provecho injusto. En la creación de un concepto genérico del fraude tiene importancia la ley francesa de julio de 1791, que inspiró el artículo 405 al Código Penal francés napoleónico de 1810, conforme al cual, comete el delito de escroquiere: “Cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas cualidades, 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, recibos o descargos, y que, por cualquiera de estos medios, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro.”³⁸

³⁶ ZAMORA-PIERCE, Jesús. El Fraude, 9ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2000, p. 6

³⁷ CALDERON CEREZO, A., Derecho Penal, "Parte Especial", T. II, Ed. Boch, España 1999, p.811.

³⁸ ZAMORA PIERCE, Jesús, Ob. cit. p.5

Es cierto que el legislador francés abandono la imposible labor de enumerar uno por uno todos los engaños, para referirse, tan solo a tres medios genéricos: hacer uso de falsos nombres, hacer uso de falsas calidades o emplear maniobras fraudulentas, pero también es cierto que no logró la meta última, el concepto general que comprendiera todos los fraudes posibles.

El sistema del Código Penal Francés de 1810 fue ejemplificativo y en consecuencia, limitativo. Muchas conductas engañosas quedaron fuera de los límites del tipo. Por ello, Garraud lo criticó enérgicamente afirmando que "quienes siguen la actividad de los tribunales saben a que torturas es necesario someter el artículo 405 del Código Penal para hacer entrar ciertos fraudes, con frecuencia los más graves, los más peligrosos, aquellos, que es necesario castigar a cualquier costo, en disposiciones que son, precisamente, limitativas. Y agregaba, con razón, que la impunidad era el premio que el Código otorgaba al delincuente que imaginare y pusiere en practica un procedimiento para estafar diverso de los que la ley describía."³⁹ Además expresó en tono crítico que "es tan absurdo como pretender caracterizar legalmente las lesiones por la naturaleza del arma empleada."⁴⁰

La Corte de Casación de París, en fallo del 4 de abril de 1862 sancionó como solución del problema, la distinción entre artificio material y artificio verbal. Al declarar culpables a algunos de los acusados y no culpables a otros, estableció esa Corte, de modo señaladísimo, el principio de que "el fraude no debe consistir en simples palabras mentirosas (paroles mensongères), sino que para haber delito se requiere algo material, una especie de aparato escénico, de mise en scène, un

³⁹ GARRAUD, citado por ZAMORA PIERCE, Jesús, Ob. cit. p. 5.

⁴⁰ GARRAUD, citado por FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal, "Parte Especial", 11ª. ed., Ed. Abeledo-Perrot, Argentina 1987, p.485.

hecho externo, o la intervención de una tercera persona que dé crédito a las palabras."⁴¹

Cabe destacar que el razonamiento de este fallo es la esencia de la teoría francesa de la "mise en scène", la cual llegó a ser aceptada por el celebre jurista italiano Francesco Carrara, pues él expresó: "Aunque no acostumbro adular las doctrinas francesas, me parece que en este punto han acertado, porque la "mise en scène" no es una fórmula empírica ni se refiere a accidentes materiales desprovistos de sentido jurídico; todo lo contrario completa el elemento subjetivo, y el elemento objetivo del delito: el subjetivo porque muestra mayor astucia, mayor persistencia del deseo de hacer daño, un individuo más temible para la sociedad; y el objetivo, porque las apariencias externas prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa, hacen más excusable la crudulidad de la víctima y le agregan al hecho un daño mediato que no ocurre cuando se cree en las meras palabras del primero que se presente."⁴²

"Después la Corte de Casación Francesa, en el fallo del 10 de Agosto de 1867, volvió a resolver en base, a la teoría de la mise en scène en el asunto Baconnier. Posteriormente esta Corte en fallo del 7 de febrero de 1868 en el asunto Bouton decidió que no es tentativa de escroquiere la preparación de una nota exagerada de crédito, cuando todavía no ha sido presentada para el pago. Luego el 21 de febrero de 1868 en el asunto Dannion, la misma Corte de Casación decidió que un hecho semejante es tentativa de escroquiere cuando la nota exagerada ha sido presentada para el pago, pero con tal que bajo la nota de crédito haya un visto bueno de una tercera persona, capaz de inducir al deudor a engaño; sin esto,

⁴¹ CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, T. 6, vol. IV, Tr. José J. Ortega Torres, Ed. Temis, Colombia, 1991. p.427.

⁴² ibidem, p. 428.

como se trata de la simple presentación de una cuenta sujeta a discusiones, no se tendría los elementos de la tentativa punible. Los Tribunales Franceses encontraron fraude hasta en el contrabando, cuando el contrabandista emplea artificios especiales para engañar a los guardas; también en el hecho de un acreedor de dos sumas, que mientras el deudor quería pagarle una, le hizo recibo de la otra; y en el uso, bajo nombre falso, de un billete gratuito de ferrocarril; en los artificios empleados para eludir el pago del impuesto de consumo; en la excitación de esperanzas efímeras, como la ilusión de éxitos amorosos; y en los precios exagerados de un establecimiento comercial para terminar ventajosamente la venta; y en el abuso del magnetismo; en los contratos matrimoniales; en los casos de fraude en un concurso hípico y hasta en un proceso judicial.”⁴³

F) ITALIA

No parece tan aguda en Italia la tendencia germana de vestir de falsarias las conductas fraudulentas. Antes bien, se produciría un mayor acercamiento a lo patrimonial. Hecho que recogería Carmignani, y por supuesto el gran maestro Carrara que en la parte especial de su obra "Programa del Curso de Derecho Crimínal" ubica al fraude o "estelionato" (denominación que prefiere éste autor a cualquier otra para designar los engaños fraudulentos) en el Título IV y éste dentro del Capítulo VIII denominado del Hurto Impropio.

“El legislador Toscano de 1853 quiso apellidar fraude, abandonando también en éste punto el lenguaje clásico que por tantos siglos les había servido a la escuela y a la práctica italiana. El Código Penal Toscano de 1853 en sus artículos 404, 405 y 407, contempló algunos casos especiales de fraude, pero después en el artículo

⁴³ ibidem, p. 417, 418, 419, 427.

404 letra f, declaró de una forma genérica que incurría en esta trasgresión “todo el que, sorprendiendo la buena fe de otro con artificios, maquinaciones o ardides distintos de los contemplados especialmente, se procura una injusta ganancia en perjuicio ajeno.”

Y los casos especiales de fraude a los que se hacen mención son los siguientes:

1° el emplear nombre falso o mandato falso, o excitar esperanzas o temores efímeros (Art. 404, letra a);

2° vender o pignorar una cosa ajena como si fuera propia o una cosa vil como si fuera preciosa (Art. 404, letra b);

3° vender a dos personas un mismo predio u ocultar hipotecas (Art. 404 letra c);

4° cobrar o ceder un crédito ya cobrado o cedido (Art. 404, letra d);

5° sustraerle una cosa propia al que la guarda, para exigirle después que la restituya o la pague (Art.404, letra e);

6° sustraer un objeto propio al secuestre judicial o al acreedor prendario (Art. 405, letra f);

7° abusar de las pasiones de un menor de edad para inducirlo a firmar una obligación.”⁴⁴

Posteriormente los Códigos Italianos de 1889 y 1930, denominaron al delito de fraude “**trufa**”, El Código Penal Italiano de 1930 en su artículo 640 expresaba: "comete truffa quien, con artificios o engaños, induciendo a alguno a error, procura para sí o para otro un provecho injusto con daño ajeno.”⁴⁵

Según Maggiore; “La etimología del nombre de estafa en italiano, **truffa**, es

⁴⁴ ibidem, p. 414, 418, 420

⁴⁵ ZAMORA PERCE, Jesús Ob. cit. p.6

incierta. Unos la hacen derivar del francés truffe, tartufo, o de truffle, que tiene el doble significado de trufa (hongo subterráneo comestible) y de burla; otros la hacen derivar del alemán treffen, golpear, coger, y por ende, jugar una mala pasada (en español existe también la palabra trufa en el sentido de engaño o patraña)."⁴⁶

No obstante, cualquiera que sea su origen, tal término es el que le da individualidad en el Derecho Italiano al delito de fraude.

G) ALEMANIA

En los territorios germanos se acudió al término "**Trug**" (más tarde "**Betrug**") para designar al engaño fraudulento o estafa. "Asentado sobre el presupuesto semántico de lo mendaz, pronto se fue identificando al *dolus* romano. Proceso que inevitablemente, como un cordón umbilical, llevaba aparejada la confusión con las conductas fraudulentas civiles."⁴⁷ La generalidad y la subsiedaridad, que como se vio, forman los atributos de la acción privada de dolo romana, no podían por menos que provocar tales consecuencias. La legislación alemana tampoco construyó un concepto genérico de fraude limitándose a recoger algunos supuestos específicos de fraudes y engaños.

Quedo para la segunda mitad del siglo XIX el lograr un concepto genérico del delito de fraude, el Código Penal Alemán de 1871, en su artículo 263, dispone que "comete el delito de fraude quien, con la intención de procurarse a sí mismo o aun tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando o no evitando, un error, bien por la simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos."⁴⁸

⁴⁶ MAGGIORE Guiseeppe, Derecho Penal, "Parte Especial", vol. V, Ed. Temis, Colombia 1989, p.122-123.

⁴⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, citado por VALLE MUÑIZ José Manuel, Ob, cit., p.35.

⁴⁸ ZAMORA PIERCE, Jesús, Ob. cit. p. 6

H) AUSTRIA

"Un fallo de La Corte Imperial de Viena , del 29 de noviembre de 1864, confirmado por La Corte Suprema de Justicia el 30 de diciembre del mismo año, vio los elementos del engaño punible en el solo hecho de haber comprado cosas al fiado, a sabiendas de que no se tenían medios para pagarlas; idéntica proposición había sido confirmada por esa misma Corte Suprema de Justicia, en fallo del 26 de mayo de 1863."⁴⁹

I) SUIZA

"En las Leyes de Vaud se castigaba como reo de fraude al propietario que aprovechándose del retracto de colindantes, obligara a su vecino a venderle un trozo de terreno, para después negociar con este, revendiéndoselo a otro."⁵⁰

"El Código Penal Suizo, en su artículo 146, establece que comete fraude, 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 disimuladoras 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."⁵¹

2. HISTORIA NACIONAL DEL DELITO DE FRAUDE.

A) ÉPOCA PRECORTESIANA.

Antes de la conquista, debido a la religiosidad y severa educación de los antiguos habitantes de México el crimen era un fenómeno poco común y el castigo, por tanto, muy severo. En este período existieron diversas culturas (Olmeca, Mixteca,

⁴⁹ CARRARA. Francesco, Ob. cit. p. 418.

⁵⁰ idem.

⁵¹ ZAMORA PIERCE, Jesús Ob. cit. p. 6

Zapoteca, Maya, Tolteca, Teotihuacana y Azteca) por lo que hubo una variada gama de costumbres jurídicas, por lo que no puede hablarse de una legislación uniforme que pudiese valer para todos los pobladores del México antiguo. Estas culturas tenían en común que a su juventud se le preparaba en tres aspectos fundamentales; la religión, la milicia y el arte.

En ésta época, el delito de fraude tiene un antecedente, entre los aztecas, "quienes castigaban la alteración en el mercado, de las medidas establecidas por los jueces con la pena de muerte sin dilación en el lugar de los hechos."⁵²

Algunos cronistas e historiadores que han indicado las costumbres observadas en los reinos de Acolhuacan, México y Tacuba, también han señalado algunos actos considerados como delictuosos y sus penas correspondientes. Entre éstos actos hay algunos que tienen cierta relación con el delito de fraude como lo son: "la falsificación de medidas que le correspondía la pena de muerte y la mentira que se consideraba como delito cuya pena era la pena capital."⁵³

B) ÉPOCA COLONIAL

El dominio español duró 300 años y pudo imponer sus leyes y demás instituciones, y sobre todo la religión cristiana, sólo mediante la fuerza. Por lo que, las leyes que tuvieron los antiguos mexicanos desaparecieron casi totalmente y fueron sustituidas por la legislación colonial. En tanto no habían sido expedidas especiales disposiciones para el imperio de ultramar valían en América las Leyes de Castilla, las que posteriormente sólo tuvieron validez como Derecho subsidiario. Entre las leyes de Castilla que rigieron en México, se mencionan: "Las

⁵² CARRANCA Y RIVAS, Raúl, citado por LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, Delitos en Particular, T. I., 5ª. Ed., Ed. Porrúa, México 1998, p. 310.

⁵³ MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial, 6a. ed., Ed. Porrúa, México 1992, p.p. 66-71

Siete Partidas” (1250-1265), “La Nueva” (1567) y “La Novísima Recopilación de Leyes” (1805), el “El Fuero Real” (1255), “El Ordenamiento de Alcalá” (1348) “Las Leyes de Toro” (1505), “Las Ordenanzas Reales de Castilla” (1414), y “Las Ordenanzas de Bilbao” (1737). Respecto al delito de fraude en “Las Siete Partidas” y en “El fuero Real” se puede hacer referencia a lo mencionado en el inciso D) de éste trabajo, el cual trata de la historia del fraude en España.

En el siglo XVII, el Real Consejo de las Indias, realizó trabajos para crear una codificación sistemática del derecho que se aplicaría en los nuevos territorios y así, en 1680 aparece la “Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias”. Con relación al fraude, esta obra jurídica, en el Libro VIII, Título XXI, denominado “De la Renunciación de Oficios” en la Ley XIV exigía la intervención de un Fiscal que certificara el valor de los oficios como una forma de prevenir el fraude en contra de la Real Hacienda.

“Ley xiiij. Que las informaciones de el valor de los oficios fe hagan con intervenció de los fificales. ORDENAMOS, Que las informaciones por donde ha de confitar del valor cierto de los oficios en nueftras audiencias, fe hagan con intervenció de nuestros fificales. Y mandamos, que fin certificación fuya, de que eftan fatisfechos de el precio, y verdadero valor, de forma, que mueftra Real hazienda no padezca fraude en la mitad, o tercio, que juftamente devemos haver, no fe admita, ni paffe ninguna renunciacion de oficio.”⁵⁴

También para evitar fraudes, en la Ley XV del mismo Libro y Título se ordenaba que las autoridades realizaran las averiguaciones necesarias para obtener el

⁵⁴ Recopilacion de las Leyes de los Reynos de las Indias 1681, T. 3, Ed. Porrúa, México 1987, p. 101

verdadero valor de los oficios y compra-ventas, y en bases a este valor se le pagara al Real Consejo de Indias la cuota correspondiente.

“Ley. XV Que fe prevenga quanto fea conveniente, para que en las ventas, y renunciaciones, y valor de los oficios no intervengan fraudes. PARA Que nintervengan fraudes, ni engaños en las ventas, y renunciaciones de oficios, fino mucha juftificacion, puntualidad, y verdad para porderlos fervir. Ordenamos a nueftros Virreyes, Prefidentes, Audiencias, y Governadores, que antes de paffarlas, ni dar los defpachos, hagan las averiguaciones, y diligencias neceffarias para faber, y entender el verdadero valor de ellos, y que fe cobre la cantidad con que juftamente nos deven fervir los renunciantes, conforme á las leyes deffe titulo.”⁵⁵

Y en la Ley XVII, mencionaba que la principal intención era evitar los fraudes por medio de las averiguaciones que debían hacer las autoridades.

“Ley xij. Que fi conftare de fraude, o mas valor de los oficios fe puedan tomar por cuenta de la Real hazienda. NUESTROS VIRREYES, Audiencias Governadores, y Miniftros de las Indias en la averiguación del valor de los oficios, que fe renunciaren, procedan con particular atención, y cuidado para conocer quando los teftigos deponen en favor de las partes, y contra el Real Fifco, y en tal cafo, fi les conftare, que los oficios tienen mas valor de que dicen en fus declaraciones, fe mueftren partes nueftros Fifcales, y pueden tomarlos por cuenta de nuftra Real hazienda, en los precios, que las partes quifieren, que fe taffen, por las averiguaciones, y los hagan vender en beneficio della, y á las perfonas cuyos eran

⁵⁵ idem

*les buelvan la mitad, ó los dos tercios, conforme á lo que conftare por las renunciaciones, que les pertenece, en virtud de las leyes, quede efto tratan, procurando, que los intereffados á quien tocaren, ó pudieren tocar los oficios, no fean moleftados indevidamente por pafsion, y afectos particulares, por que nueftro principal intento es folo evitar los fraudes, q en efto fuele haver, y que con igualdad fe adminiftre jufticia.*⁵⁶

Además durante la colonia también se cometieron fraudes en la recaudación de tributos. Fueron realizados por los Corregidores que cobraban el Medio Real de Fabrica después de su abolición, los Jueces españoles que siguieron cobrando derechos separados por litigio después del establecimiento del Medio Real de Ministros y los Gobernadores indígenas que exigían pagos para salarios extraoficiales, pues estas autoridades tenían lucro indebido, al aprovecharse del error en que se encontraban los indígenas ya que ellos pagaban todos estos tributos pensando que eran obligatorios por ley.

C) ÉPOCA INDEPENDINTE

Las injusticias y abusos que cometían los conquistadores españoles a la población indígena de la Nueva España y el monopolio del poder político de los peninsulares, condujeron a la lucha de Independencia en 1810. Después de varios enfrentamientos México logró obtener la independencia política de España y tuvo la necesidad de contar con legislación propia y nueva. Por lo que al inicio de su etapa independiente expidió leyes que se refirieron al Derecho Constitucional ya que la organización política y jurídica de un Estado se encuentra en una Constitución. Fue la Carta Magna de 1824, la primera que tuvo vigencia, la cual

⁵⁶ Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias 1681, Ob. cit., p. 102

estableció el sistema "Federal" en México, a ella le sucedieron las "Leyes Constitucionales" de 1836, las que desaparecieron el sistema federal de aquella e implantaron el sistema "Central" republicano que duro hasta el año de 1846, en que se volvió al sistema federal, que fue recogido luego en la Constitución de 1857 y finalmente en la carta Magna vigente de 1917. El primer Código Penal de México fue el del Estado de Veracruz de 1835 y en el orden federal, la historia de la legislación penal mexicana para el Distrito y Territorios Federales conoce tres Códigos: el de 1871, el de 1929 y el de 1931. Actualmente ya no rige un sólo Código Penal el Distrito Federal en materia común y la Federación en materia federal, ya que a consecuencia de reformas constitucionales en agosto de 1996, se produjeron en el año de 1999 dos códigos penales, uno denominado "Código Penal Federal", el cual rige actualmente la federación en materia Federal y otro Código llamado "Código Penal para el Distrito Federal", el cual rige al D. F. en materia común hasta el 12 de Noviembre del año 2002, pues el 13 de Noviembre de ese mismo mes y año entro en vigor el "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal".

a) CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1835.

Establecido el régimen político federal fueron surgiendo, aunque en forma lenta y originados por especiales circunstancias apremiantes de la época, tantos códigos penales como Estados integran la Federación. Corresponió al Estado de Veracruz promulgar en 1835 el primer Código Penal de México. Este código fue sancionado el 28 de abril de 1835, redactado por una Comisión que integraba Bernardo Couto, Manuel Fernández leal y José Julián Tornel y Antonio Maria Solorio.

En este código no se dio ningún concepto de fraude, pero en su Sección III “De las estafas, engaños y deudas fraudulentas” se ubicaba el artículo 717 el cual expresaba: “El que por medio de cualquier trampantojo, juego de manos o supercherías semejantes, sonsacaré de otro algún valor, sea en la especie que fuere, habiendo engaño pero no circunstancia alguna que constituyera hurto o algún, otro delito, sufrirá la pena de ocho días de prisión a seis meses de trabajos de policía, y una multa importante hasta el doble de lo que hubiera sonsacado, la cual se aplicara al engañado o engañados si fueren personas designables, y en caso contrario a los establecimientos públicos.”⁵⁷

En este artículo, se puede observar que el legislador utilizó algunos términos coloquiales, que consideró que fueron empleados con el propósito de facilitar la comprensión del mismo a la población del Estado de Veracruz de esa época.

A continuación daré la definición de algunos de esos vocablos:

Trampantojo: “Trampa o ilusión con que se engaña a uno haciéndole ver lo que no es.”⁵⁸

Juego de manos: “Agilidad de manos con que los prestigiadores engañan a los espectadores con varios géneros de entretenimientos.”⁵⁹

Superchería: “Engaño, simulación, fraude.”⁶⁰

Sonsacar: “sacar arteramente algo por debajo del sitio en que esta.”⁶¹

⁵⁷ INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, Leyes Penales Mexicanas, T.1, México 1979, p. 101

⁵⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, T. II, h-z, 21^a. ed., Ed. Espasa Calpe, España 1992, p. 2007

⁵⁹ Diccionario Enciclopédico Ilustrado océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991, s. p.

⁶⁰ ibidem.

⁶¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, T. II, h-z, 21^a. ed., Ed. Espasa Calpe, España 1992, p. 1904

Además, este artículo expresó la idea de que; él que por medio de supercherías, sonsacare de otro algún valor de la especie que fuere, habiendo engaño, sufrirá pena de prisión. La cual es parecida a la definición de fraude, contenida en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, el cual expresa: “ 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;”⁶²

También hay que destacar que al exigirse que debía haber engaño, pero no circunstancia alguna que constituyera hurto ó algún otro delito para la aplicación de la pena, se hizo una separación con el robo y otros delitos, avanzando así en la individualización del fraude. Por otra parte la pena consistía en ocho días de prisión a seis meses de trabajos de policía y una multa de hasta el doble de lo que se hubiere sonsacado, la cual se aplicaba al engañado si era persona designable o en caso contrario a los establecimientos públicos, pena diferente a la señalada en el delito de fraude local vigente que es de multa y prisión, que se aplican de acuerdo al monto de lo defraudado, y la multa no se asigna al sujeto pasivo de la conducta, ni a los establecimientos públicos, además de que ya no se contemplan los trabajos de policía. Respecto a los medios de comisión, señalados en el artículo 717 del Código de Veracruz de 1835, puedo decir que el autor los utilizo para ejemplificar el engaño, siguiendo así la costumbre de ilustrar el engaño en la redacción de conductas fraudulentas.

b) CÓDIGO PENAL DE 1871.

El primer momento histórico de la codificación penal federal se inicia con la

⁶² Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 58.

sanción del Código Penal de 1871, mejor conocido como el “Código Martínez de Castro”, que se expide bajo régimen del Gobierno del Lic. Benito Juárez después del triunfo del Partido Liberal contra la intervención francesa. Este ordenamiento de orientación clásica, influido someramente por un espíritu positivista, ya que en él se admiten algunas medidas preventivas y correccionales, tuvo una vigencia que se prolongo hasta 1929.

Este código en su libro Tercero, De los Delitos en Particular, reservaba el Título Primero a los “Delitos Contra la Propiedad”, y en él dedicaba el Capítulo V al “Fraude contra la Propiedad”. En su artículo 413 se daba por primera vez una definición genérica de fraude dicho artículo expresaba: “Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que este se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél.”⁶³

El merito de ser los autores de la primera definición genérica del fraude de la historia de las codificaciones occidentales, corresponde a un grupo de juristas mexicanos, los licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala, y Carlos María Saavedra, quienes se ocuparon de esta labor entre los años de 1861 y 1868. Al entrar en vigor el código, en 1871, comparte con el Código Penal Alemán del mismo año la gloria de ese logro. Definir genéricamente el fraude era en tal forma innovadora que, al parecer, el propio autor del Código no fue consiente de todas las consecuencias que de ello derivaban.

Sin embargo la definición genérica de fraude de este código presentaba el error de

⁶³ ZAMORA PIERCE, Jesús. El Fraude, 9ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2000, p. 11

exigir que el patrimonio dañado fuera el de la víctima del engaño o de quien se aprovechaban del error en que se hallaba, provocando impunidad en todos aquellos casos en que no coincidían el titular del patrimonio dañado con el sujeto pasivo de la conducta del delito.

No obstante de lograr una definición de fraude, el autor del Código de 1871, cayó en la tentación y en la costumbre de mencionar ejemplos de éste delito y enumerarlos, como se encuentran en el artículo 416 en sus siete fracciones y otros artículos del mismo capítulo.

Claramente inspirado por la Escroquerie francesa el autor del Código de 1871 dispuso en el artículo 414 lo siguiente: “El fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes en banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad.”⁶⁴ Respecto a este delito puedo decir que es un ejemplo más de fraude, solo que se le dio nombre propio, ya que el autor de éste código fue influenciado por el Derecho Penal Español del cual adoptó la denominación de Estafa, así como el Derecho Penal Francés, ya que en este se encontraba la figura delictiva de la Escroquerie.

c) CÓDIGO PENAL DE 1929.

En 1925 el Poder Ejecutivo de la Federación designó una Comisión, para que redactara un nuevo Código Penal para el Distrito y Territorios Federales a la que

⁶⁴ idem.

en 1926 se incorporo el Lic. José Almaraz Harris, posteriormente en 1929 se sancionó el Código Penal que produjo esta comisión, el cual se le llamo "Código "Almaraz". Esta obra inspirada por la Escuela Positivista, contenía 1228 artículos, un largo catalogo de atenuantes y agravantes e innovaciones, en teoría recomendables, pero irrealizables dentro del marco de la economía del México de entonces.

El Código Almaraz, en su artículo 1151 suprimió la denominación de fraude a nuestro delito en estudio y le llamo Estafa, ubicando esta figura delictiva en el titulo Vigésimo denominado; de los delitos contra la propiedad, Capitulo V llamado; De la Estafa.

Como se observa en este Código Penal, con respecto al Código de 1871, no solo se cambio la denominación del fraude, sino también su ubicación del titulo Primero al Titulo Vigésimo y además se modificó el nombre del capítulo que lo contenía, ya que se le denominaba "Fraude contra la propiedad".

Así, el artículo 1151 expresaba: "Hay Estafa:

I. Siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que este 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 cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se le entreguen por medio de maquinaciones engaños o artificios."⁶⁵

⁶⁵ ZAMORA-PIERCE Jesús, Ob. cit., p. 14

Como se podrá apreciar, éste artículo en su fracción primera recoge el concepto genérico de fraude contenido en el artículo 413 del Código Penal de 1871 y también de éste adopta en términos generales, el artículo 414, el cual definía la estafa y lo coloca en la fracción segunda. Por lo anterior puedo decir que el Código de 1929 recoge los conceptos de fraude y estafa, del Código Penal de 1871 y ambos los denominan Estafa, suprimiendo así el vocablo fraude. La fracción I del artículo 1151, siguió teniendo el mismo error que el artículo 413 del Código de 1871, consistente en que debido a los términos; “con perjuicio de aquel”, ocasionaba impunidad ya que en muchas ocasiones, el daño en el patrimonio no correspondía al del engañado o al que se encontraba en error y se aprovechaban de él.

d) CÓDIGO PENAL DE 1931.

En el Diario Oficial de la Federación del día 14 de Agosto de 1931, se publicó un nuevo código punitivo denominado “Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el cual se caracterizó por tener una orientación ecléctica y pragmática, basada en las doctrinas clásica y positiva. La Comisión que lo redactó fue integrada por Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido y Ángel Ceniceros entre otros juristas destacados. Comúnmente se le llama Código Penal de 1931. En el texto original de este código no se contenía ninguna definición genérica de fraude. El artículo 386 ubicado en el Capítulo III denominado “Fraude”, del Título Vigésimo segundo llamado “Delitos en contra de las personas en su patrimonio”, enuncia en trece fracciones una lista de conductas fraudulentas.

El artículo 386 fracción I expresaba: “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 este se halla, se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido;”⁶⁶

Como se puede observar ésta fracción primera, es la base de la redacción de la definición genérica de fraude que actualmente conocemos tanto en el tipo federal como en el tipo local.

Por otra parte, el artículo 388 del texto original de este código enunciaba: “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.”⁶⁷

Como se puede deducir de la lectura de los artículos 386 y 388, la pena que se aplicaba a las conductas fraudulentas estaba contemplada en estos dos artículos, pena que era menos severa que la del fraude local vigente, ya que éste contempla una pena máxima de 11 años de prisión y 800 días multa. Pero cabe decir que la pena que se contemplaba se asemejó un poco a la del tipo local vigente, ya que se aplicaba de acuerdo al valor de lo defraudado.

Posteriormente el artículo 386 fue reformado por decreto del 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de la Federación (D. O. F.) el 9 de marzo de 1946, y nuevamente por decreto del 26 de diciembre de 1981, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1981, en vigor al día

⁶⁶ ibidem, p. 17

⁶⁷ ibidem, p. 18

siguiente y corregido según FE DE ERRATAS en el D. O. F. de los días 13 y 15 de enero de 1982 y otra vez se reformó por decreto el 21 del diciembre de 1991, publicado en el D. O. F. el 30 de Diciembre de 1991, en vigor al día siguiente de su publicación.

El mencionado artículo 386 ya reformado expresaba: "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 castigara 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"⁶⁸

Cabe señalar que el artículo 388 fue derogado por decreto del 29 de diciembre de 1975, publicado en el D. O. F. el 30 del mismo mes, y restablecido por el artículo primero del decreto del 30 de diciembre de 1983, publicado en el D. O. F. el 13 de enero de 1984, en vigor a los 90 días de su publicación, el cual quedó con un contenido diferente y que no afectó en nada las disposiciones del artículo 386 que entraron en vigor el 31 de diciembre de 1991.

⁶⁸ ZAMORA PIERCE, Jesús, Ob. cit., p.19.

Como se puede observar, el artículo 386 reformado del Código Penal 1931 que se ha transcrito, es un artículo totalmente diferente al anterior, pues con relación con su antecesor contiene ya una definición genérica de fraude, deja de expresar las trece fracciones que tenía, y señala una pena distinta, la cual quedó contemplada en sus nuevas tres fracciones.

De la definición genérica de fraude contenida en el citado artículo 386, puedo decir que se continúa señalando que son dos las formas de cometerlo, ya sea engañando a alguien o aprovechándose del error en que otro se halla, ambas formas con el resultado de hacerse ilícitamente de alguna cosa ó de alcanzar un lucro indebido. Pero lo novedoso de esta definición es que ya no se exige que el daño patrimonial sea del engañado o de quien se aprovecharon del error en que se hallaba como se requiera en la definición de fraude del Código Penal de 1871 y en el concepto de estafa del Código Penal de 1929. Además en ésta definición se introduce la novedad de aplicar la pena de acuerdo al valor de lo defraudado, pero medido éste valor en salarios, que consideró que la definición se refiere al salario mínimo vigente al momento de cometer el delito.

Al 18 de Mayo de 1999, la redacción y contenido de éste artículo 386 era la misma, fecha en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reformaron diversas disposiciones en materia penal, siendo la reforma más importante la Federalización del Código Penal de 1931, ya que este decreto modificó su denominación de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal por la de "Código Penal Federal" y también reformó el artículo 1 el cual quedó de la forma

siguiente: "Artículo 1. Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal."⁶⁹

Este Decreto entro en vigor el 19 de Mayo de 1999 y en él se aclaraba que las menciones que se hicieran en otras disposiciones de carácter federal al Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal se entenderían referidas al Código Penal Federal.

Cabe señalar que el artículo 386 del Código Penal de 1931, al convertirse éste en el Código Penal Federal no sufrió cambio alguno en su redacción, misma que continua igual y vigente a la fecha.

El cambio que sufrió el Código Penal de 1931, se debió a que con las diversas reformas realizadas en el mes de agosto de 1996, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 73 y 122, se otorgaron facultades a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para legislar en materia civil y penal a partir del 1º de enero de 1999, por lo que el Congreso de la Unión, por medio del Decreto citado, reformó el código, que rigió a la entidad (D. F.) desde 1931, por lo que a partir del 19 de Mayo de 1999 sólo regirá en materia federal para los delitos de ese orden y desde luego también fue reformado el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el cual señala la competencia de los Jueces del Distrito en Materia Penal.

e) CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1999.

El día 22 de Agosto de 1996, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un

⁶⁹ Decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal, Diario Oficial de la Federación (Primera Sección), 18 de Mayo de 1999, p.2

Decreto que reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los artículos 73 y 122 fueron algunos de los reformados y como consecuencias de las reformas a éstos artículos se le otorgó a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, facultad para legislar en materia penal para el Distrito Federal. Esta facultad quedó expresada en el artículo 122 apartado C, Base primera, fracción IV, inciso h) de la Constitución Federal, sólo que dicha facultad la tendría a partir del 1º de Enero de 1999, pues así lo señalaba el artículo Décimo Primero transitorio del Decreto mencionado.

El 2 de Septiembre de 1999, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en base a su facultad de legislar en materia penal para el D. F., expidió un Decreto por medio del cual derogó, reformó y adicionó varias disposiciones del Código Penal de 1931. Este Decreto se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 17 de Septiembre de 1999 y en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999.

Como consecuencia de las reformas al Código Penal de 1931, decretadas por la Asamblea Legislativa del D. F., se obtuvo un nuevo Código Punitivo, denominado Código Penal para el Distrito Federal, el cual entró en vigor el 1º de Octubre de 1999, tal y como lo señalaba el artículo Único Transitorio del Decreto citado. Entre las reformas que se hicieron al Código Penal de 1931, destacaron las dos siguientes:

1. La modificación de su denominación, así lo indicaba el artículo primero del Decreto mencionado, el cual expresaba: "El Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal

vigente, promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Agosto de 1931 con sus reformas y adiciones publicadas hasta el 31 de diciembre de 1998, junto con las reformas a que se refiere este decreto, en el ámbito de aplicación del Fuero Común se denominará Código Penal para el Distrito Federal.”⁷⁰

2. La anulación de su competencia en toda la República en Materia de Fuero Federal, ya que al reformarse el artículo uno, este quedo de la forma siguiente: “Artículo 1. Este Código se aplicara en el Distrito Federal por los delitos de la competencia del fuero común cometidos en su territorio.”⁷¹

Refiriéndome al delito de Fraude el articulo 386 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, expresaba: “Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que este de halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigara con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres meses a tres años o de multa de cien a trescientos días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de quinientas veces el salario mínimo;

II. Con prisión de tres 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

III. Con prisión de cinco a doce años y multa de mil a tres mil días multa, si el valor de lo defraudado fuera mayor de cinco mil veces el salario mínimo.”⁷²

⁷⁰ Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la Republica en materia de fuero federal, Diario Oficial de la Federación (Primera Sección), 30 de Septiembre de 1999, p. 72.

⁷¹ idem.

⁷² Código Penal para el Distrito Federal, 3ª ed., Ed. ISEF, México 2001, p. 85.

En este artículo se puede observar, que el Código Penal del D. F. conservó la definición genérica de fraude contenida en el artículo 386 del Código Penal de 1931, y que no siguió contemplando la misma pena que se señalaba para éste delito, ya que indicaba una pena máxima de 12 años de prisión y 3000 días multa aunque sí continua aplicando la pena de acuerdo al valor de lo defraudado, medido este valor en salarios mínimos.

f) CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 2002.

Este nuevo Código Penal fue publicado en la Gaceta Oficial del distrito Federal el 16 de Julio del 2002 y entro en vigor ciento veinte días después. Consta de dos Libros, 32 Títulos, 147 Capítulos y 365 artículos. El Libro Primero se refiere a la Parte General y el Segundo, a los delitos en Particular.

La parte general del Nuevo Código Penal supera en orden y sistema al anterior, pues como se puede advertir del artículo 1, con el que se inicia , al 122, con el que concluye, se incluyeron epígrafes que permiten a cualquier persona una fácil consulta y un manejo más fluido del mismo, lo que resulta acorde con el viejo ideal de que la ley penal sea lo más diáfana posible. Se trata, pues, de un ordenamiento jurídico mejor sistematizado, más moderno y técnico que el anterior.

Entre las novedades que contiene este Nuevo Código Penal podemos mencionar las siguientes:

*En lugar de iniciar con el ámbito de aplicación, se comienza reconociendo expresamente el conjunto de principios rectores del Derecho penal, ahora directrices seguras en la dictaminación de la ley de la materia, lo que ofrece sin

duda, una mayor seguridad a los señalados de haber cometido un delito. Estos principios y garantías penales permiten, una mejor interpretación y entendimiento de las figuras que ahí se plantean. Entre estos principios destacan: el de legalidad, tipicidad, prohibición de responsabilidad objetiva, del bien jurídico, de culpabilidad, jurisdiccionalidad, territorialidad, ley más favorable, principio de acto, etc. Cabe destacar que estas directrices no solo se mencionan sino que se definen con claridad, lo cual no sucede con el Código Penal anterior.

*Alcanza mayor claridad y coherencia el numeral 25 (antes 14) pues además de eliminar expresiones que califican de antemano a la persona como “delincuente”, se expresa en sentido positivo tal como lo aconseja la adecuada técnica legislativa, agregando que el agente responderá en la medida de su culpabilidad, principio que, superando el de peligrosidad, ha venido estableciéndose en las nuevas legislaciones.

* Contiene una nueva redacción del Título Tercero del Libro Primero, toda vez que se hace una apropiada separación entre las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias jurídicas accesorias aplicables a las personas morales.

*Se advierte un notable avance legislativo al considerarse, en el catalogo de penas, el trabajo a favor de la víctima del delito. Asimismo, se eliminan “las medidas tutelares para menores”, las cuales carecían de positividad y se agrega, también, como medida de seguridad el tratamiento de deshabitación o desintoxicación.

* Contiene una nueva regulación de las sanciones pecuniarias que introducen las bases para la creación del Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, el que, conforme a los artículos 37 a 52 recibirá los importes de las multas y las sanciones económicas impuestas.

*En la Parte Especial, se observa una nueva organización de las figuras delictivas, siguiendo criterios axiológicos más definidos respecto de los bienes jurídicamente tutelados.

*Aparecen nuevos tipos penales como lo son:

- Procreación asistida,
- Inseminación artificial y manipulación genética
- Abandono, negación y practica indebida del servicio médico.
- Discriminación.

Con base a lo expuesto respecto a éste código, es posible afirmar que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, no adopta, en absoluto, alguna de las teorías o sistemas de análisis del delito (causalismo, finalismo o funcionalismo), aunque en definitiva, el pensamiento de todos aquellos que intervinieron en el proyecto pudo haber influido en la orientación que se le haya pretendido dar.

En éste Nuevo Código Penal el delito de Fraude esta contenido en el artículo 230, el cual expresa: “Al que por medio del engaño ó 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.

Cuando el delito se cometa en contra de dos o más personas, se impondrá además las dos terceras partes de las penas previstas en las fracciones anteriores.”⁷³

Como se puede observar, en este nuevo Código Penal, el concepto de fraude sufrió modificaciones, respecto a que actualmente se señala como medio de comisión el “engaño” y deja de considerarse como conducta como tradicionalmente se venía haciendo desde el Código Penal de 1871.

Ahora con la nueva definición legal del delito de fraude contenida en este Código Penal del Distrito Federal, se pueden dar las posibilidades de fraude siguientes:

- 1) Al que por medio del engaño, se haga ilícitamente de alguna cosa.

⁷³ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 58.

2) Al que por medio del engaño, obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

3) Al que aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa.

4) Al que aprovechando el error en que otro se halle, obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

Por otra parte se modifico el contenido de la pena la pena, y ésta se encuentra contenida ahora en cuatro fracciones y no en tres como se contemplaba en el Código Penal para el D. F. de 1999, aunque sí se sigue aplicando la pena de acuerdo a la cuantía de lo defraudado. Además ahora se cuenta con una agravante contenida en un último párrafo, la cual consiste en imponer al defraudador además de la pena correspondiente al caso concreto, dos terceras partes más, cuando el fraude sea cometido en contra de dos o más personas.

3. HISTORIA NACIONAL DEL FRAUDE ESPECÍFICO

(ARTÍCULO 231 FRACCIÓN VII DEL CÓDIGO PENAL PARA EL D. F.)

A) CÓDIGO PENAL DE 1871.

El fraude específico en estudio tiene un antecedente legal en este código, en el artículo 425, el cual expresaba: “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.”⁷⁴

Respecto al tipo local vigente, puedo mencionar las diferencias siguientes:

- 1) No era una fracción, como lo es actualmente, si no era todo un artículo.
- 2) Expresaba medios de comisión no señalados en el actual como son: prometer, descubrir tesoros y explicar presagios, por lo que contemplaba más hipótesis de este fraude específico.
- 3) Abría la posibilidad a otros medios de comisión similares a los mencionados, al expresar: “valiéndose de otros engaños semejantes”, por lo que era posible tipificar más conductas delictivas, circunstancia que no ocurre en el tipo vigente.
- 4) En el mismo artículo se enunciaba la pena, hecho que en el tipo actual vigente no sucede, ya que éste hace referencia a las penas señaladas en el artículo 230.
- 5) En la redacción, se contenía el término “pueblo”, vocablo que en el tipo local vigente ha sido sustituido por el de “las personas”.
- 6) El contenido de la pena era diferente, ya que señalaba un arresto mayor y multa de segunda clase, pena que en el tipo local vigente no se contempla, ya que éste aplica días de multa y prisión de acuerdo al valor de lo defraudado.

B) CÓDIGO PENAL DE 1929.

En el Código Almaraz, también hay antecedente legislativo del fraude específico

⁷⁴ ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. cit., p.13

en estudio, ya que en su artículo 1162 expresaba: “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.”⁷⁵

Este artículo suprimió los términos: “El que cometa un fraude”, que se encontraba en el artículo 425 del Código Penal de 1871, y también modificó la pena señalada en aquel, pues de un arresto mayor y multa de segunda clase se cambió a un arresto por más de seis meses y pago de una multa de quince a treinta días de utilidad.

Las diferencias entre el artículo 1162 del Código Penal de 1929 y el fraude específico vigente en estudio, son las mismas que se mencionaron entre éste y el artículo 425 del Código Penal de 1871, salvo el contenido de la pena, ya que el artículo 1162 señala la pena de un arresto por más de seis meses y el pago de una multa de quince a treinta días de utilidad y el tipo actual aplica la pena de prisión y días multa de acuerdo al monto de lo defraudado.

C) CÓDIGO PENAL DE 1931

En el texto original del Código de 1931 el artículo 387 expresaba: “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.”⁷⁶

⁷⁵ ibidem, p. 16

⁷⁶ ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. cit. p, 18.

Posteriormente el artículo 387 fue reformado por decreto de 31 de Diciembre de 1945, publicado en el D. O. F. de 9 de Marzo de 1946 en vigor tres días después, el cual quedó con 16 fracciones en las que se expresaron las conductas delictivas que la doctrina ha denominado fraudes específicos, y en el mismo artículo se indicó que se les aplicaría la misma pena del fraude genérico. Entre estos fraudes específicos se encontraba otro antecedente legal de el fraude específico en estudio, ya que el artículo 387 fracción XV expresaba: “Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

XV. Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”⁷⁷

Como se puede observar la redacción de esta fracción es muy similar a la del fraude específico en estudio, ya que la redacción del tipo vigente sustituye el vocablo “pueblo” por los términos “de las personas” y comienza expresando los medios de comisión y termina indicando la conducta y el resultado. Además también son similares respecto a la aplicación de la pena ya que el fraude específico en comentario vigente, también aplica las penas previstas para el fraude genérico, contenidas en el artículo 230 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, penas que se aplican de acuerdo al valor de lo defraudado. Aunque hay que señalar que son distintos los contenidos de las penas.

Hay que destacar que la redacción de la fracción XV del artículo 387 del Código Penal de 1931 que se publicó en el D. O. F. el 9 de marzo de 1946 y entró en vigor tres días después, no sufrió modificación alguna cuando el Código Penal de 1931 se convirtió en el Código Penal Federal por decreto publicado en el D. O. F. el 18 de Mayo de 1999.

⁷⁷ ibidem, p. 20

D) CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL DE 1999

El artículo 387 fracción XV del Código Penal para el Distrito Federal de 1999 expresaba: “Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán: XV. Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”⁷⁸

Como se puede apreciar, las reformas al Código Penal de 1931 realizadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 17 de Septiembre de 1999, no modificaron la redacción de este fraude específico, pero sí su pena, ya que el legislador local al modificar la pena del fraude genérico, cambió la pena señalada para los fraudes específicos, ya que a éstos delitos se les continuó aplicando la pena del fraude genérico y también se les continuó tipificando en el artículo 387.

E) CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEL 2002.

El fraude específico en estudio está contenido en el artículo 231 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal vigente el cual expresa: “ Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior a quien:

VII. Por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explote las preocupaciones, supersticiones o ignorancia de las personas”⁷⁹

Como se puede apreciar en este Nuevo Código Penal, sufrió cambios la redacción del fraude específico que se contemplaba en el Código Penal para el Distrito Federal de 1999, ya que actualmente se encuentra en otro numeral y en otra fracción, y por otra parte, en esta nueva redacción se sustituye la palabra “pueblo”,

⁷⁸ Código Penal para el Distrito Federal, 3ª. ed., Ed. ISEF, México 2001, p.86

⁷⁹ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.59

por los términos “de las personas” y se comienza anunciando los medios de comisión, y se termina expresando la conducta y el resultado.

Cabe señalar que se le continua aplicando la pena prevista para el fraude genérico, la cual se encuentra contenida en el artículo 230 en sus cuatro fracciones y en un último párrafo, fracciones que ahora son distintas, pero que se siguen aplicando de acuerdo al monto de la cuantía de lo defraudado. Y como en el último párrafo esta contenida una agravante, esta también se le puede aplicar al sujeto activo de éste fraude específico, la cual consiste en imponer dos terceras partes más de la pena correspondiente al caso concreto, cuando el fraude sea cometido en contra de dos o más personas.

CAPÍTULO II

EL FRAUDE Y EL FRAUDE ESPECÍFICO.

1. DEFINICIÓN DE FRAUDE

A) ETIMOLÓGICA

“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.”⁸⁰

B) GRAMATICAL.

“Es engaño o acción contraria a la verdad o rectitud.”⁸¹ “Engaño mediante el cual alguien perjudica a otro y se beneficia a sí mismo.”⁸²

C) DOCTRINAL.

Merkel define el fraude como “la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaño.”⁸³

Sebastián Soler considera al fraude como “una disposición patrimonial perjudicial tomada por un error determinado mediante ardidés tendientes a aobtener un beneficio indebido.”⁸⁴

Giuseppe Maggiore dice que el fraude “consiste en el hecho de quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno.”⁸⁵

⁸⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, D-H, 13ª. ed., Ed. Porrúa, México 1999, p.1469

⁸¹ *idem*.

⁸² Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991, s. p.

⁸³ MERKEL, citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco, Delitos contra el Patrimonio, “Comentarios de Derecho Penal”, 10ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001, p. 249.

⁸⁴ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. IV, 4ª. ed., Ed. TEA, Argentina 1992, p.332.

⁸⁵ MAGGIORE Giuseppe, Derecho Penal “Parte Especial”, v. V. , Ed. Themis, Colombia 1989, p.122

El Penalista Francesco Carrara prefiere denominar al fraude “ estelionato” en virtud a que considera que el fraude es una característica de varios delitos patrimoniales; y dice respecto al estelionato, que “ su carácter es precisamente configurar un despojo injusto de la propiedad ajena, que no es ni un verdadero hurto ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad, pero que participa del hurto, porque ataca injustamente la propiedad ajena; del abuso de confianza, porque se abusa de la buena fe de otros, y de la falsedad, porque a ella se llega mediante engaños y mentiras.”⁸⁶

El maestro Mariano Jiménez Huerta, respecto al fraude comenta: “lo que constituye, en verdad, la esencia del delito, es el engaño de que se vale el sujeto activo para hacerse en perjuicio de otro de un objeto de ajena pertenencia.”⁸⁷

Para el maestro Eduardo López Betancourt 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.”⁸⁸

D) LEGAL.

La definición legal o jurídica es la expresada por la ley, en este caso me refiero a la Ley Penal. Como el delito de fraude esta tipificado tanto en la Ley Penal Federal, como en la Ley Penal Local, a continuación expondré ambas definiciones.

En el Código Penal Federal la definición de fraude esta contenida en el artículo 386, el cual expresa: “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.”⁸⁹

⁸⁶ CARRARA Francisco, Ob. cit., p. 412-413.

⁸⁷ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, “La Tutela del Patrimonio” T. IV, 7ª. Ed., Ed. Porrúa, México 2003, p. 126.

⁸⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Delitos en Particular, Tomo I, 5ª. ed., Ed. Porrúa, México 1998, p.308

⁸⁹ Código Penal Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.104.

En el Código Penal para el Distrito Federal la definición de fraude esta contenida en el artículo 230 el cual expresa: “ 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.”⁹⁰

2. ELEMENTOS DEL TIPO GENÉRICO.

Como el fraude específico en estudio, esta contenido en el artículo 231 fracción VII, del Código Penal para el Distrito federal, en el presente trabajo de investigación me basaré en la definición de fraude genérico contenida en el artículo 230 del mismo código, por lo que a continuación expondré los elementos del tipo genérico.

A) SUJETOS

“En Derecho Penal, se habla constantemente de dos sujetos que son los protagonistas del mismo, estos son el sujeto activo y el sujeto pasivo.

El sujeto activo es la persona física que comete el delito, se llama también, delincuente o agente. Es conveniente afirmar, desde ahora, que el sujeto activo será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad (la minoría de edad, da lugar a la inimputabilidad, que se verá más adelante), nacionalidad y otras características. Cada tipo (descripción legal de un delito), señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo. Nunca una persona moral o jurídica, podrá ser sujeto activo de algún delito; cabe mencionar, que en ocasiones, aparentemente, es la institución la que comete un ilícito, pero siempre habrá sido una persona física la que ideó, actuó y, en todo caso, ejecuto el delito.

⁹⁰ Código Penal Para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.58

El Sujeto Pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Por lo general, se le denomina también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona moral puede ser sujeto pasivo de un delito. En principio, cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en que circunstancias.

También se puede establecer la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito.

*Sujeto Pasivo de la conducta: es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado.

*Sujeto Pasivo del delito: es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.”⁹¹

a) SUJETO ACTIVO.

En el delito de fraude puede serlo cualquier persona física imputable. Se puede decir que es :

1. **EI** que se hace ilícitamente de alguna cosa, por medio del engaño.
2. **EI** que obtiene un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, por medio del engaño.
3. **EI** que se aprovecha del error en que otro se halla, para hacerse de alguna cosa
4. **EI** que se aprovecha del error en que otro se halla, para obtener un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

⁹¹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., Derecho Penal, “Curso Primero y Segundo”, Ed. Harla, México 1994, p. 35-36.

b) SUJETO PASIVO

Puede ser cualquier persona física o moral, que sufra un daño en su patrimonio.

En ocasiones el sujeto pasivo no se identifica con el sujeto que ha sido víctima del engaño o del aprovechamiento del error, por lo que esta última persona se le considera sujeto pasivo de la conducta. Por otra parte se puede, afectar el patrimonio de una persona moral, lográndolo mediante el engaño a sus representantes legales (que son personas físicas) o aprovechándose del error en el cual ellos se encuentren.

B) OBJETOS.

“En Derecho Penal, se distinguen dos tipos de objetos: el material y el jurídico.

El objeto material es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido. Cuando se trata de una persona, ésta se identifica con el sujeto pasivo de modo que en una misma figura coincide el sujeto pasivo y el objeto material, por tanto, la persona puede ser física o jurídica. Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así según la disposición penal. Puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, agua, electricidad, etcétera.

El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley. El Derecho Penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos. Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido, cabe señalar que el Código penal clasifica los delitos en orden de acuerdo al objeto jurídico (bien jurídicamente tutelado).”⁹²

⁹² ibidem, p.37-38

a) OBJETO MATERIAL.

En el fraude, el objeto material será la “**cosa**” apropiada ilícitamente por el agente por medio de engaño o aprovechamiento del error o el “**lucro**” indebido obtenido también por el agente por medio de engaño o aprovechamiento del error.

Primero definiré el término cosa y después el término lucro. La palabra cosa tiene varios significados, a continuación se dan los siguientes:

Gramatical: “todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, material o artificial, real o abstracta.”⁹³

Jurídico: sinónimo de **bien**. “En el ámbito jurídico patrimonial, por bien se entiende, todo objeto susceptible de propiedad particular, es decir, lo que por su naturaleza y por no haber una disposición legal que se oponga en su caso, puede pertenecer a una persona en exclusiva, sea ésta de Derecho Privado o de Derecho Público; el Estado mismo inclusive”⁹⁴

No todas las cosas son susceptibles de apropiación particular; el sol, los planetas, el aire, el mar libre, el espacio aéreo en su zona libre, etcétera, son cosas con imposibilidad de pertenecer exclusivamente a alguien. Algunas de estas cosas son o pueden ser bienes desde el punto de vista económico, porque satisfacen una necesidad, pero no puede considerárseles, como bien en el sentido jurídico apuntado.

Planiol y Ripert enseñan: “Las cosas, son bienes en el sentido jurídico no cuando son útiles al hombre sino cuando son apropiadas. El mar, el aire atmosférico, el

⁹³ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991, s. p.

⁹⁴ DOMINGUEZ MARTINEZ Jorge Alfredo, Derecho Civil “Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez”, 4ª. ed., Ed. Porrúa, México 1994, p. 301.

sol, son cosas indispensables a la vida terrestre; sin embargo no son “bienes” puesto que no pueden ser objeto de una apropiación en provecho de un particular o de una nación... la palabra “ bienes” no designaba primitivamente más cosas, es decir objetos corporales, muebles o inmuebles. El progreso de la vida jurídica la hace salir de este sentido estrecho y primitivo teniendo hoy un alcance mucho más amplio y comprende todo lo que sea un elemento de fortuna o de riqueza susceptible de apropiación en provecho de un individuo o de una colectividad. Especialmente para los particulares los bienes así entendidos o son otra cosa que el activo de sus patrimonios. En ese sentido amplio, los bienes comprenden cosas de todas clases; casa, tierras, objetos muebles, créditos, rentas, oficios, derechos de autor, patentes de invención, etc..... La palabra “bienes” comprende por tanto además de las cosas materiales, cierto número de bienes incorporeales que son los derechos.”⁹⁵

Los bienes son regulados por la legislación civil. El Código Civil para el Distrito Federal reglamenta los bienes en su libro segundo denominado propiamente “DE LOS BIENES “. El título primero denominado “DISPOSICIONES PRELIMINARES” del libro segundo, se compone, sólo de tres artículos, que a continuación transcribo por considerarlos importantes.

“Artículo 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

⁹⁵ PLANIOL Y RIPERT, citados por DOMINGUEZ MARTINEZ Jorge Alfredo, Ob. cit., p.301.

Artículo 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo, exclusivamente y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.”⁹⁶

El Código Civil da una clasificación de los bienes en el título segundo, del libro en comento, a continuación transcribo los artículos de éste título que estimo relevantes.

“Artículo 750. Son bienes inmuebles:

- I. El suelo y las construcciones adheridas a él;
- II. Las plantas y árboles, mientras estuvieran unidas a la tierra , y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;
- III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido;
- IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo;
- V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente,
- VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca, directa o exclusivamente, a la industria o explotación de la misma;

⁹⁶ Código Civil para el Distrito Federal, Ed. SISTA, México 2005, p.91

- VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca;
- VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario;
- IX. Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquiera especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella;
- X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca mientras están destinadas a ese objeto;
- XI. Los diques y construcciones que , aun cuando sean flotantes, esten destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa;
- XII. Los derechos reales sobre inmuebles; y
- XIII. Las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.

Artículo 751.- Los bienes muebles, por su naturaleza, que se hayan considerado como inmuebles, conforme a lo dispuesto en varias fracciones del artículo anterior, recobrarán su calidad de muebles cuando el mismo dueño los separe del edificio, salvo el caso de que en el valor de éste se haya computado el de aquéllos, para construir algún derecho real a favor de un tercero.

Artículo 752. Los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 753. Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior.

Artículo 754. Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal.

Artículo 755. Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles.

Artículo 756. Las embarcaciones de todo género son bienes muebles.

Artículo 758. Los derechos de autor se consideran bienes muebles.

Artículo 759. En general, son bienes muebles todos los demás no considerados por ley como inmuebles.

Artículo 760. Cuando en una disposición de la ley o en los actos o contratos se use de las palabras bienes muebles se comprenderán bajo esa denominación los numerados en los artículos anteriores.

Artículo 763. Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Los no fungibles son los que no pueden ser substituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Artículo 772. Son bienes de propiedad de los particulares todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente, y de las que no puede aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley.”⁹⁷

Cabe señalar que en el delito de fraude, se hace mención al término **cosa**, el cual debe interpretarse en su sentido jurídico, además de que no se menciona el tipo de cosa (mueble o inmueble) que se necesita para la configuración del delito, por lo que considero que puede ser cualquier cosa de ambas categorías, ya que sí la ley no distingue nosotros como interpretes no debemos distinguir.

A continuación definiré el lucro que es el otro objeto material del delito de fraude.

Definición Gramatical: “(Del. latín *lucrum*.) Ganancia o provecho que se saca de una cosa.”⁹⁸

Definición jurídica: “Ganancia o utilidad obtenida en la celebración de ciertos actos jurídicos, que el ordenamiento legal califica de lícita o ilícita, según su exceso o proporción, para atribuirle determinadas consecuencias de derecho.

⁹⁷ *ibidem*, p. 91-93

⁹⁸ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991, s. p.

Los términos “lucro”, “especulación comercial” e “interés”, suelen utilizarse con frecuencia como sinónimos, por lo que conviene hacer su distinción.

El lucro es la ganancia obtenida, el resultado de una actividad, y la especulación es el propósito de ese resultado.

Por lo que hace al interés, jurídicamente tiene dos acepciones:

1) Ganancia o utilidad que se obtiene o se persigue en la celebración de contratos de mutuo o préstamos onerosos, en sentido estricto; y, en sentido amplio: toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito se reputará interés. En este caso se está en presencia de un interés lucrativo.

2) Interés moratorio, que es el pago de una suma impuesta como pena al deudor por la morosidad o tardanza en la satisfacción, de la deuda. En este supuesto el pago de intereses responde únicamente a la idea de que el deudor de una suma de dinero, por el hecho de no entregarla a su acreedor en el momento previsto, se beneficia de los productos de un capital que no le corresponde a él, sino al acreedor y por ello debe compensar a éste abonándole el fruto del dinero. El interés representa, por tanto, una pura compensación por falta de disponibilidad del capital, con independencia de la causa, por la cual se ha producido esa falta de disponibilidad; culpa, dolo, imposibilidad material, etc. ; también se conoce esta situación como “lucro cesante”.

La cuantía del interés lucrativo y moratorio puede ser convencional, legal o judicial, es convencional cuando lo pactan las partes y no tiene más límites que el que no

sea usurario; es legal, cuando las partes no lo convinieron previamente, y es judicial, cuando lo fija el juez, a petición del deudor, en virtud de que el pactó con su acreedor sea tan desproporcionado que haga creer que ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia de aquél.

En todo caso, la estimación de “interés excesivo” o “usurario” es realizada por la autoridad judicial, o administrativa.

De lo anterior se desprende, pues, que el concepto de lucro comprende al de especulación comercial y al de interés, lo que explica la confusión.

La intención o propósito de lucro es utilizado por el legislador para determinar como comerciales ciertos actos o ciertas empresas que persigan o tengan dicho fin. Así, serán actos civiles, regulados por el derecho común, los que no persigan fines de lucro; y actos comerciales, los que se realicen con la intención ó el propósito de obtener ganancias. La intención o el propósito de lucro, cuando no se desprende de la ley, es estimado por la autoridad judicial.”⁹⁹

b) OBJETO JURÍDICO

El objeto jurídico en el delito de fraude es el patrimonio. El patrimonio no es definido por el Derecho Penal, pero sí por el Derecho Civil. Para el derecho común el patrimonio, en términos generales, “es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica.”¹⁰⁰

⁹⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, I-O, 13ª. ed., Ed. Porrúa, México 1999, p.2059-2060

¹⁰⁰ DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 215.

De Ibarrola nos comenta; “Viene la palabra patrimonio – del latín patrimonium, bienes que el hijo tiene, heredados de su padre y abuelos. Definámoslo como el conjunto de los derechos y compromisos de una persona, apreciables en dinero. Si se deseara reducir el patrimonio a números, tendría que deducirse el pasivo del activo, y ello nos lo dice claramente la vieja máxima latina: Bona non intelliguntur nisi reducto aere alieno”¹⁰¹

“El patrimonio de una persona se integra por dos elementos; el primero es su activo; se compone por todo aquello de contenido económico que favorece a su titular, esto es, el conjunto de bienes y derechos pertenecientes a una persona. El otro elemento, el pasivo del patrimonio, está integrado por todo lo que de contenido económico que es a cargo del mismo titular, o sean, obligaciones cuyo conjunto componen su aspecto negativo.

Los bienes y derechos, activo del patrimonio y las obligaciones su pasivo, deben ser apreciables en dinero para que sean parte integrante de aquél. Deben tener un contenido económico; lo que carezca de ese contenido no corresponde al patrimonio del sujeto; se tratará ciertamente de derechos de la titularidad del sujeto, más no forman parte de su patrimonio.

El patrimonio constituye una universalidad jurídica. Es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, que constituyen una unidad abstracta; como tal, permanece intocada no obstante que sus elementos trátense de bienes, de derechos, de obligaciones, etc., cambien por otros, así unos salgan del patrimonio, otros más permanezcan. Sean los bienes y derechos o las deudas por

¹⁰¹ DE IBARROLA Antonio, Cosas y Sucesiones, 14ª. ed., Ed. Porrúa, México 2004, p. 41.

el contrario, en un momento dado unos y otros pueden cambiar, perderse, incrementarse en número a su contenido, pues sus ingredientes en particular pueden cambiar y dejar de serlo por las circunstancias más simples. Sin embargo, el patrimonio siempre será el mismo, sin alteración alguna.”¹⁰²

Cabe señalar que el patrimonio es también un atributo de la personalidad.

Francisco Pavón Vasconcelos respecto al objeto jurídico del delito de fraude comenta: “queda identificado plenamente con el bien jurídico tutelado por la norma prohibitiva y no es otro que el patrimonio.”¹⁰³

Silvio Ranieri opina que el objeto jurídico del delito de fraude mediante engaño, es “el interés del Estado por la defensa de los bienes patrimoniales contra los engaños efectuados con el fin de obtener un provecho injusto.”¹⁰⁴

El maestro Jiménez Huerta comenta: “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 diaria vida en común. Existe en los miembros de la comunidad un interés jurídico en que las relaciones económicas se desarrollen libres de engaños, maquinaciones y artificios que puedan inducir en error y en que los errores en que pudieran hallarse determinadas personas no sean aprovechados por otras con fines torticeros. Un interés individual de la naturaleza patrimonial cuya trasgresión ofende los ideales y aspiraciones de la comunidad, es pues, el bien jurídico protegido en el delito de fraude.”¹⁰⁵

¹⁰² DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 216-217.

¹⁰³ PAVON VASCONCELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio “Comentarios de Derecho Penal”, 10ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001, p. 275

¹⁰⁴ SILVIO RANIERI, citado por PAVON VASCONCELOS Francisco, Diccionario de Derecho Penal, “Analítico y Sistemático”, Ed. Porrúa, México 1997, p.513.

¹⁰⁵ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, “La Tutela del Patrimonio” T. IV, 7ª. ed., Ed. Porrúa, México 2003, p. 133.

C) CONDUCTA

De la redacción del artículo 230 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se deducen varias posibilidades de efectuarse el delito de fraude, dichas hipótesis son las siguientes:

- 1) Al que por medio del engaño se haga ilícitamente de alguna cosa.

- 2) Al que por medio del engaño, obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

- 3) Al que aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa.

- 4) Al que aprovechando el error en que otro se halle, obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

En la primera posibilidad la conducta esta expresada con los términos “se haga” expresión que representa al verbo “hacer” conjugado en subjuntivo presente. Sin embargo, como el fraude se efectúa cuando el sujeto activo por medio del engaño se “**apropia**” de alguna cosa que pertenece a la parte activa del patrimonio de la víctima, considero que la expresión “se haga” significa “se apropie”, por lo que se deduce que la conducta de esta primera posibilidad es “**apropiar**”, verbo que tiene los significados siguientes:

Gramatical: “Hacer propia de alguno cualquier cosa. Tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad”¹⁰⁶

¹⁰⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, T. I, a-g- 21ª. ed., Ed. Espasa-Calpe, España 1992, p. 174.

Jurídico: “Convertir en propia de uno una cosa. Adquirir cosas ajenas o de nadie por medio de un acto unilateral del adquirente. Tomar algo para sí y adueñarse de ello por lo general de propia autoridad.”¹⁰⁷

Hay que destacar que en ésta primera posibilidad de efectuarse el delito de fraude se necesita el engaño, ya que es el medio de comisión, exigido por el tipo.

El engaño se define gramaticalmente como: “falta de verdad, falsedad.”¹⁰⁸ Así, se deduce que el sujeto activo también tendrá que desplegar la conducta de engañar, para que se realice el medio de comisión.

Engañar es una acción que se define gramaticalmente como: “Dar a la mentira apariencia de verdad.”¹⁰⁹ “Inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas”¹¹⁰

Respecto a la acción de engañar González De la Vega nos comenta: “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 de la infracción; engaño mutación o alteración de la verdad- supone la realización de cierta actividad más o menos franca en el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva.”¹¹¹

Pavón Vasconcelos, comenta: “El engaño ha sido considerado por la doctrina como el típico medio para cometer fraude o estafa y constituye el elemento que distingue a éste delito de los otros de carácter patrimonial, caracterizándose por ser un artificio, un ardid o una trampa empleada para provocar en la víctima un

¹⁰⁷ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, T. I, A-I, Ed. Porrúa, México 2000, p.126

¹⁰⁸ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia, 1991.s. p

¹⁰⁹ idem.

¹¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, T. I, a-g- 21ª. ed., Ed. Espasa-Calpe, España 1992, p.554

¹¹¹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, citado por PAVON VASCONCELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio “Comentarios de Derecho Penal”, 10ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001, p. 263.

estado de error sobre las características de una cosa, un acontecimiento o un hecho que facilita al agente la obtención ilícita de una cosa o de un lucro indebido. Engañar a una persona es adoptar o emplear una actitud mentirosa para hacer incurrir a una persona en una creencia falsa.”¹¹²

Marco Antonio Díaz de León, señala que “El tipo no establece la magnitud del engaño que debe emplear el sujeto activo ni tampoco, señala ni mínimos ni máximos respecto del error inducido. Basta con que aquél sea suficiente para producir, en el caso y en la víctima una idea equivocada sobre la realidad con la cual se le conduce a una situación ilusoria que no concuerda con la verdad.”¹¹³

En la segunda posibilidad de realizarse el fraude genérico, la conducta es “**obtener**”, verbo que gramaticalmente significa: “Alcanzar, conseguir y lograr una cosa que se merece, solicita o pretenda. Tener, conservar y mantener.”¹¹⁴ o “Llegar a tener algo que se desea o que se merece. Pasar a tener algo como resultado de una acción u operación.”¹¹⁵

Considero que el significado jurídico que se le debe de dar a la palabra “obtener”, es la acepción jurídica de “adquirir”, por ser más congruente a mi juicio, con la naturaleza del delito de fraude, y además porque “obtener es sinónimo”¹¹⁶ de adquirir.

La acepción jurídica del verbo “adquirir” es: “hacer propio un derecho o cosa, que otro transmite a título lucrativo u honoroso o por prescripción”¹¹⁷ o “Obtener la propiedad de una cosa que pertenecía antes a otro. Lograr un derecho.”¹¹⁸

¹¹² PAVON VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de Derecho Penal, “Analítico y Sistemático”, Ed. Porrúa, México 1997, p.512

¹¹³ DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, Código Penal Federal, 2ª. ed., Ed. Porrúa, México 1997, p.641.

¹¹⁴ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia, 1991.s. p

¹¹⁵ Diccionario del Español Actual, v. II G-Z, Ed. Aguilar, España 1999. p. 3264.

¹¹⁶ Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Océano Uno, Ed. Océano, Colombia, 1991.s. p.

¹¹⁷ idem.

¹¹⁸ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. I, A-B, 21ª. ed., Ed. Heliastra, Argentina 1989, p.177.

Además cabe señalar y recordar que en esta segunda forma de realizarse el fraude, también se requiere forzosamente del engaño como medio de comisión, por lo que el sujeto activo deberá de obtener algún lucro indebido, engañando, pues así lo exige el tipo, destacando que dicho lucro debe ser en beneficio de él mismo o de un tercero

En la tercera hipótesis la conducta es “**aprovechar**” que gramaticalmente significa: “servir de provecho alguna cosa o emplear útilmente alguna cosa.”¹¹⁹

Marco Antonio Díaz de León acerca de esta acción comenta: “Los vocablos “... aprovechándose del error...” equivalen , como conducta del agente , a valerse , a emplear o utilizar la falsa concepción de la realidad que ya tiene subjetivamente el pasivo sobre algún hecho o acto , con los mismos fines ilícitos de hacerse de una cosa u obtener un lucro indebido, como resultado, implica mantener irreal creencia a la víctima, impidiéndole recapacitar sobre su equivocación de manera engañosa; aquí el agente disimula el error del pasivo, en cuanto a creer como verdadero algo que es falso aparentando dar por cierta la irreal creencia de éste sin rectificarla oportunamente para distinguir su conducta hacia la lesión del bien jurídico patrimonial tutelado .En el aprovechamiento del error, el agente no provoca el engaño de la víctima; tampoco existe un señalamiento específico en el tipo en sentido de que el silencio que guarde ante dicha equivocación el agente se le tenga que dar el carácter de ardid o engaño proveniente de un hecho anterior o simultaneo atribuible al activo por el cual el silencio implicara una comisión determinante del error de quien debió saber la verdad, pues, en éste aspecto el tipo en análisis se refiere al simple aprovechamiento de aquél que no causo con su acción el agente.”¹²⁰

¹¹⁹ Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Océano Uno, Ed. Océano, Colombia, 1991.s. p

¹²⁰ DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, Ob. cit., p. 641-642

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos respecto a la conducta de “aprovecharse del error” nos comenta: “Si el aprovechamiento del error, para hacerse ilícitamente de una cosa o para obtener un lucro indebido, admite una actitud negativa, un no hacer del sujeto con violación del deber jurídico de obrar, mediante el cual llegase al enriquecimiento indebido, como fin último derivado de la entrega voluntaria de la cosa, es clara la posibilidad de la comisión por omisión, como forma de conducta, en el delito en examen. Descartados los casos en los que el agente, con una actitud positiva y mediante actos adecuados, tiende a reforzar el estado de error preexistente en el pasivo, por darse en ellos la actividad constitutiva de una acción, pueden presentarse situaciones en las que la inactividad sea suficiente al efecto de la obtención del indebido lucro.”¹²¹

Por otro lado Jiménez Huerta hace notar que “la ley positiva bajo la frase “aprovecharse del error” en que se encuentre el pasivo, estructura expresamente un tipo de fraude con base en la infracción del deber jurídico que dicho artículo impone, de realizar la acción adecuada para remover el error en que se encuentra inmerso el sujeto pasivo. Y de ésta guisa, configura un delito de fraude por omisión comisiva. Esta forma de realizarse la conducta fraudulenta se manifiesta múltiples veces en el silencio que asume el sujeto activo y con el cual asiste al error en que la víctima ya se hallaba inmersa, pues aunque el silencio es un hecho de signo ambiguo, en determinadas circunstancias esta henchido de finalidad fraudulenta y dísvalor antijurídico. Bueno es, empero, advertir que el aprovechamiento del error puede también manifestarse en reticentes y anfibológicas palabras tendientes a asistir y confirmar la equivocación en que de antemano la víctima se hallaba. En el aprovechamiento del error, si bien el agente

¹²¹ PAVON VASCONCELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio “Comentarios de Derecho Penal”, 10ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001, p. 57.

no simula la realidad para sumergir en error a su víctima, disimula dicha realidad e impide con su actitud que la víctima salga del error en que por su mentalidad, distracción o torpeza se encontraba sumida”¹²²

En la cuarta forma de realizarse el delito de fraude la conducta es también “**aprovechar**” por lo que se hace mención a lo anteriormente expresado acerca de éste vocablo.

D) RESULTADO.

De las posibilidades de efectuarse el delito de fraude que se han expresado, el resultado de cada una de ellas es el siguiente:

De la primera hipótesis: Hacerse ilícitamente de alguna cosa el sujeto activo.

De la segunda posibilidad: Obtener un lucro indebido el sujeto activo o un tercero.

De la tercera hipótesis: Hacerse ilícitamente de alguna cosa el sujeto activo

Y de la cuarta posibilidad; Obtener un lucro indebido el sujeto activo o un tercero.

Como se puede observar en todas las formas de efectuarse el delito de fraude el resultado es **material**, traducido en **el daño o deterioro causado al patrimonio del sujeto pasivo**, consecuencia de la apropiación de la cosa o de la obtención del lucro indebido. Generalmente el resultado redundará en el perjuicio ocasionado en el patrimonio del sujeto pasivo y en contrapartida, se origina un beneficio económico para el sujeto activo o de un tercero.

¹²² JIMENEZ HUERTA, Mariano, Ob. cit.p.175-176.

E) NEXO DE CAUSALIDAD.

Es el resultado o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

Siendo el fraude un delito de resultado material la tipicidad del mismo requiere la prueba de que entre la conducta realizada y el resultado, producido, exista una relación tal que sea posible establecer que el resultado fue producido por la acción.

En el delito de fraude, el nexo de causalidad se demostrará cuando se compruebe que el daño patrimonial que sufre el sujeto pasivo es consecuencia directa de un acto de disposición patrimonial, realizado por él mismo o por un tercero, pero engañado por el sujeto activo o por error del cual se aprovecho el sujeto activo.

Marco Antonio Díaz de León comenta: “Resulta, pues, que dicho nexo de causalidad se da entre el acto de disposición por engaño o aprovechamiento del error y el perjuicio patrimonial que se origine. Así pues, el nexo causal se produce en dos aspectos en este delito, el primero entre la conducta fraudulenta del activo y el engaño y error de la víctima, así como que como producto de este engaño o error el pasivo realice un acto de disposición patrimonial que beneficie al agente por razón directa de su acción engañosa.”¹²³

F) ELEMENTOS TÍPICOS NORMATIVOS

Son los términos “ilícitamente” e “indebido”. Respecto a estos conceptos Pavón

¹²³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Ob. cit. p. 643.

Vasconcelos nos expresa: “ambos términos son completamente innecesarios, pues los dos califican de antijurídico el resultado, siendo que la antijuridicidad es esencia en todo delito, sin necesidad de que la ley lo declare expresamente en su texto.”¹²⁴

a) ILICITAMENTE.

El tipo de fraude expresa: “se haga ilícitamente de alguna cosa”, por lo que esta expresando la ilicitud en la conducta. La ilicitud es un elemento normativo de orden jurídico porque el concepto ilicitud es entendido a través del esquema del derecho. Constituye una actuación contraria a la normatividad que rigen las relaciones entre los miembros de la comunidad y por tal, censurable y sancionable.

La ilicitud es lo contrario a licitud, entendida ésta como la calidad de las conductas que cumplen con los deberes prescritos en las normas jurídicas. Puede ser sinónimo de la juridicidad.

“El profesor García Máynez (Introducción al estudio del Derecho), ha indicado que las conductas con la calidad de ilícito son: la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos; mientras que las conductas susceptibles de calificación de licitud son: la ejecución de los actos ordenados, la omisión de los actos, prohibidos y la ejecución u omisión de los actos potestativos.

Kelsen afirma que los actos de sanción son la reacción contra actos u omisiones determinados por el orden jurídico. Tradicionalmente se dice que un acto está

¹²⁴ PAVÓN VASCONSELOS Francisco, citado por ZAMORA-PIERCE Jesús, Ob. cit., p.164

sancionado porque es ilícito, mientras el profesor alemán sostiene lo contrario, es ilícito porque está sancionado. Afirma Kelsen el relativismo axiológico y en consecuencia, señala que lo que es bueno o malo, justo o injusto para un sistema moral, puede ser lo contrario para otro, la concepción tradicional de lo ilícito implica, al igual que, sus sinónimos (antijuridicidad o injusticia), lo que es contrario a derecho. Asegura que, esta posición es, equivocada pues la ilicitud es castigada según las normas que el propio, derecho establece, lo que significa que es castigada conforme a derecho. Concluye diciendo que, en realidad, la ilicitud es una de las condiciones de la sanción, por lo que la licitud es la conducta que no la provoca.”¹²⁵

Por otra parte la legislación civil también da su definición de ilicitud, pues el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal expresa:

“Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”¹²⁶

Cabe señalar que cuando se mencionan en éste artículo “las buenas costumbres”, se esta introduciendo un concepto equivoco que deja al arbitrio del juzgador interpretar, es decir, el tribunal puede determinar lo que es buena costumbre según la concepción que tenga en determinado momento.

b) INDEBIDO.

En el delito de fraude se expresa: “obtenga un lucro indebido”, el concepto indebido, constituye un elemento de carácter normativo, ya que es un término derivado de la teoría del derecho. El vocablo indebido califica al lucro,

¹²⁵ GARCÍA MAYNEZ , Eduardo y KELSEN citados por INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, I-O, Ob. cit., p. 2039-2040.

¹²⁶ Código Civil para el Distrito federal, Ed. SISTA, México 2005, p.149.

precisamente en la forma de obtención, o sea sin tener un derecho establecido, amparado por el orden jurídico.

El concepto “indebido” gramaticalmente significa: “Que no es obligatorio ni exigible.”¹²⁷

Jurídicamente es: “Que no es exigible ni obligatorio. Injusto, ilícito y falta de equidad.”¹²⁸

c) COSA.

El concepto cosa, es también un elemento normativo, ya que en el delito de fraude se le da el sentido jurídico. El concepto cosa será sinónimo del término jurídico **bien**, el cual ya he explicado.

d) LUCRO

El término lucro, es también un elemento normativo, ya que en el tipo de fraude se le da la acepción jurídica. La definición jurídica de lucro es la que ya he expuesto.

3. DIFERENCIA ENTRE FRAUDE CIVIL Y FRAUDE PENAL.

La cuestión acerca de que sí existen diferencias entre el fraude civil y el fraude penal ha provocado varias discusiones en la doctrina jurídica penal, las cuales puedo resumirlas en los criterios siguientes:

- a) El de aquellos que estiman que existen diferencias esenciales entre el fraude civil y el fraude penal, y
- b) El de los que opinan que no existe entre ambos una diferencia esencial.

¹²⁷ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991, s. p.

¹²⁸ PALOMAR DE MIGUEL Juan, Ob. cit., 85.

La posición doctrinal que propugnó diferencias esenciales entre el fraude civil y el penal, fue sostenida principalmente por autores de fines del siglo pasado y de principios del presente, quienes acudieron a criterios muy diversos. Dentro de ésta postura puedo mencionar a los autores siguientes:

Carmignani, que creó una teoría diferenciadora para la cual “la distinción entre el fraude penal y el fraude civil se hallaba en una impostura grande y evidente (la magna et evidens calliditas, de Ulpiano, fr. 7 D. 4,3), apta para eludir la perspicacia de las personas más sagaces.”¹²⁹ Teoría que como lo hizo notar Impallomeni, esta en contradicción con los principios generales del Derecho Penal, pues según este “Cuando menor sea la defensa individual, tanto más enérgica será la protección de las leyes penales; y por consiguiente se debe acriminar con mayor rigor el fraude que induce a engaño a la persona menos sagaz, por sencillez e inexperiencia.”¹³⁰

Carrara, quien influenciado por la corriente francesa, estimaba que “el fraude no debía de consistir únicamente en “Simples palabras mentirosas” sino que requería además un hecho exterior que hiciera posible integrar el engaño, expresó que la mise en scène completaba los elementos, tanto subjetivo como material del delito.”¹³¹

Impallomeni, quien criticó con gran agudeza todas estas teorías y descubrió en ellas el defecto común de subordinar la existencia del delito a la conducta de la persona agraviada en vez de deducirla de la naturaleza íntima del acto con el que el derecho es violado, propuso la distinción siguiente: “hay fraude criminal, sí el error de la víctima recae sobre la existencia o la identidad de un objeto, y hay

¹²⁹ CARMIGNANI, citado por MAGGIORE Giuseppe, Derecho Penal, “Parte Especial”, vol. V, Ed. Temis, Colombia 1989, p.123.

¹³⁰ IMPALLOMENI, citado por MAGGIORE Giuseppe, Ob. cit., p.123.

¹³¹ CARRARA Francesco citado por PAVÓN VASCONSELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio “Comentarios de Derecho Penal”, 10ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001, p 250

fraude puramente civil cuando recae sobre las cualidades accesorias de un objeto; pero después se retractó y confesó honradamente que no existe ninguna diferencia entre fraude civil y fraude penal, y que la acción penal es proponible aun cuando la acción civil también lo sea.”¹³²

“Chauvau Y Hellie , declararán la diferencia entre fraude civil y el penal en función del propósito y del ánimo del agente pues mientras en el dolo civil, éste se propone obtener un lucro (simulación en los contratos, exageración del precio o de la calidad de la cosa vendida, etc.), en el dolo, penal el empleo de las maniobras fraudulentas y de los elementos consignados en las ley, obedecen a animo de causar un daño.”¹³³

Para Mittermayer el fraude o estafa “ha menester de una coacción psicológica en las facultades de la víctima, un hombre prudente, a través de artificios con potencia o aptitud adecuada para engañar, o mediante falacias que induzcan a error.”¹³⁴

“Para Unger, la diferencia radica en la naturaleza del derecho violado: si con la acción se lesiona un derecho subjetivo, surge un ilícito civil, si se viola un derecho objetivo, se origina un ilícito penal.”¹³⁵

“Tales actitudes doctrinales fueron combatidas y superadas: no es exacto que en el dolo penal exista el ánimo de causar un daño, pues aún admitiendo la concurrencia de esa actitud subjetiva ¿Cómo es posible concebir un fraude penal sin ánimo de lucrar? En cuanto al criterio de Mittermayer, cabe razonar que si los

¹³² IMPALLOMENI, citado por MAGGIORE Giuseppe, Ob. cit., p.123-124.

¹³³ CHAUVAU Y HELLIE citado por PAVÓN VASCONSELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio, Ob. cit., p.251.

¹³⁴ MITTERMAYER , citado por PAVÓN VASCONSELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio Ob. cit., p.251

¹³⁵ UNGER, citado por PAVÓN VASCONSELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio Ob. cit., p.251.

artificios y las falacias ya para engañar o para inducir a error, se utilizan con relación a un hombre prudente, ¿Acaso las normas penales, sólo han sido dictadas para proteger a los hombres prudentes? ¿Y Los incautos e imprudentes, no merecen acaso la protección penal? Respecto a que en el ilícito civil se lesiona un derecho subjetivo y en el penal uno objetivo, cabría aducir, como se ha hecho en el pasado, que a todo derecho subjetivo corresponde uno de carácter objetivo, siendo imposible vulnerar aquél sin lesionar éste. De igual manera, es admisible la posición doctrinal que ve la diferencia es el interés violado que estima público y social en el dolo penal y meramente individual en el dolo civil, pues en ambos casos se lesiona un interés general.”¹³⁶

Dentro del criterio de los que opinan que no existe diferencia entre fraude civil y fraude penal, puedo citar los autores siguientes:

Maggiore quien expreso: “Debemos concluir que entre fraude civil y fraude penal-- como en general entre ilícito penal e ilícito civil—no hay ninguna diferencia cualitativa, solo existe una diferencia cuantitativa, en el sentido de que la ley penal solo interviene para reprimir el fraude cuando este se presenta con aquella intensidad especial que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos. Cuando existe este elemento, establecido por la ley positiva para acriminar el fraude este delito se convierte en estafa. Pero en esta transferencia---- que hace que el derecho caiga bajo sanciones penales, más bien que civiles ---, el fraude no cambia de naturaleza.”¹³⁷

Sebastián Soler, con referencia a las supuestas diferencias entre el fraude civil y

¹³⁶ PAVÓN VASCONSELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio, Ob. cit., p. 251-252.

¹³⁷ MAGGIORE Giuseppe, Derecho Penal, “Parte Especial”, vol. V, Ed. Temis, Colombia 1989, p.124

fraude penal, estima que “la diferenciación no puede buscarse sobre las bases de suponer una gradación insensible que pasa del fraude civil al fraude criminal. Por otra parte esa supuesta gradación resulta inexacta, pues la primera condición exigida por la ley civil para reconocer eficacia al dolo (fraude) es la de que haya sido grave, C. C. 932,1º, y por otra, parte, el concepto de dolo civil, en este sentido, también se define como aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación C. C. 931.”¹³⁸

El Penalista Mexicano Mariano Jiménez Huerta se adhiere al segundo criterio, habida cuenta, no sólo de la patente quiebra de las distinciones propuestas y al fracaso de los esfuerzos hechos para diferenciar el fraude civil y el fraude penal, sino fundamentalmente por la imposibilidad, ontológica de establecer “provincias del amplio territorio de lo ilícito”. Acudiendo a los textos legales, hace notar la mayor exigencia de la ley civil, en el fraude contractual, en comparación con los requisitos necesarios para configurar el fraude genérico simple en la ley penal. “Pues en tanto para este último basta el simple engaño, se necesita en aquel, alternativamente con la sugestión engañosa, el artificio; y mientras en el primero se requiere el mantenimiento en un error, esto es, una actividad agresiva, en el segundo es suficiente el simple engaño, aprovechamiento del error, o séase, una inactividad astuta. El delito de fraude constituye contemporáneamente un fraude civil. Y cuando en un hecho concurren los elementos propios de dicho delito, ningún interés ni valor tienen las diversas teorías, plenas de doctrinarismo escolástico, elaboradas para dividir, metafísica y artificiosamente en regiones diversas el ámbito de lo ilícito.”¹³⁹

¹³⁸ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. IV, Ed. TEA. Argentina 1992, p.340

¹³⁹ JIMENEZ HUERTA Mariano, Ob cit., p.158.

Considero que la clave para resolver la cuestión acerca de que si existe o no diferencia entre el fraude civil y el fraude penal, se encuentra en el concepto de “dolo” por lo que a continuación lo definiré.

“Genéricamente la palabra dolo, connota la deliberada intención de causar injustamente un mal a alguien; es decir, la acción encaminada a lograr ese fin ha de ser violatoria del deber jurídico de ajustar nuestra conducta a las normas de rectitud y la buena fe que informan la virtud secular de la justicia. En este sentido amplio la denominación del vocablo comprende el concepto de dolo en su sentido a la vez civil y penal. La unidad originaria del concepto pone en claro que el dolo considerado en su doble aspecto civil y penal participa del carácter de la intención y del fin que pretende alcanzar el agente: lesionar el derecho de otra persona.”¹⁴⁰

Por lo que se refiere al aspecto civil del dolo, se distingue por una parte, el dolo como vicio de la voluntad y, por la otra, como elemento de la responsabilidad civil.

En la primera acepción, es decir entendido el dolo como un factor que interviene en el momento de la formación de la voluntad, para impedir que se forme conscientemente en el declarante, el dolo consiste en toda clase de artificios o sugerencias tendientes a provocar el error en el autor del acto o en cualquiera de las partes que en él intervienen, de manera tal que de no haberse inducido a una de las partes en ese falso conocimiento de la realidad, ésta no habría celebrado el acto o cuando menos habría otorgado su voluntad de otra manera diferente a aquélla que fue emitida en condiciones de engaño tales.

¹⁴⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, D-H, Ob. cit., p.1204.

El artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: “Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”¹⁴¹

El dolo así concebido tiene las siguientes características:

a) se presenta en el momento de la celebración del contrato (dolo in contrahecho);

b) las maniobras o sugestiones empleadas tienen a sorprender la voluntad de uno de los contratantes creando en él un error, y

c) el error así inducido debe recaer sobre el motivo que determina al autor del acto a declarar su voluntad para celebrarlo; es decir, el error provocado, por medio de dolo ha de ser de tal naturaleza que la parte que ha, sido víctima de las maniobras dolosas otorga su voluntad por causa del falso conocimiento de la realidad al que ha sido inducido insidiosamente para celebrar el acto (dolo causam dans). No se entiende que las sugestiones o artificios empleados para inducir al error a unas de las partes configuren un vicio de la voluntad cuando no son determinantes de la voluntad del contratante.

Del texto del artículo 1815 del Código Civil transcrito, se desprende razonablemente que el dolo puede, provenir de cualquier persona, sea contratante o tercero. La mala fe en cambio, debe provenir sólo de uno de los contratantes. Lo anterior se funda en lo dispuesto por el artículo 1816, según el cual: “El dolo o la mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.”¹⁴²

¹⁴¹ Código Civil para el Distrito Federal, Ed. SISTA, México 2005, p.148.

¹⁴² idem.

Se debe apuntar por otra parte, que el dolo en sus diversas manifestaciones, especialmente en función de su intensidad y trascendencia, admite ser objeto de una serie de clasificaciones de las cuales se desprende considerar en primer término, el llamado dolo principal en oposición al dolo calificado como incidental y en segundo lugar al dolo bueno frente al dolo malo.

Rojina Villegas apunta “se admite en el Código Civil una clasificación del dolo, distinguiendo lo que la doctrina ha llamado dolo principal y dolo incidental. El dolo principal o determinante es el que motiva la nulidad del acto, porque engendra un error que es a su vez la causa única por la cual se celebró. El dolo incidental origina un error de importancia secundaria, que, a pesar de conocerse se hubiera celebrado la operación. El dolo incidental, por consiguiente, no nulifica el acto jurídico. También se hace una clasificación en la doctrina de dolo bueno y dolo malo. El dolo bueno es aquél que emplean los comerciantes para ponderar las cualidades de la mercancía, para provocar un interés excesivo en el cliente, exagerando en ocasiones esas cualidades, o afirmando circunstancias determinadas respecto a las ventajas de la operación, etc. Se ha considerado que ésta es una actitud lícita en el comercio, que puede inducir a contratar, pero que es un dolo bueno, porque no hay la dañada intención de provocar un error determinante de la voluntad.”¹⁴³

La aceptación legal del dolo bueno está en el artículo 1821 del Código Civil, que expresa lo siguiente: “Las consideraciones generales que los contratantes expusieron sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza

¹⁴³ ROJINA VILLEGAS Rafael, citado por DOMÍNGUEZ MARTÍNES Jorge Alfredo, Ob. cit., p. 581

alguna de las partes, no serán tomados en cuenta al calificar el dolo o la violencia.”¹⁴⁴

El dolo debe distinguirse de la mala fe. En esta, última el contratante que de ella se vale no es quien ha provocado el error en la otra parte, se beneficia de esa situación en que ya se encuentra quien con él contrata y se limita a disimular el conocimiento de ese error. El dolo y la mala fe se distinguen también en que al paso que el primero requiere una conducta en quien emplea el dolo, la mala fe consiste en una conducta puramente omisiva, de simple disimulación. La mala fe consiste en el fingimiento de una supuesta ignorancia del error en que se encuentra el otro contratante y la insidia o deslealtad consiste en que debiendo advertir de ello, a quien, tiene un conocimiento no ajustado a la realidad, no le avisa de su error y manteniéndolo en él celebre el contrato. Al contratar procede de mala fe, no incurre ciertamente en engaño, pero se conduce con perfidia.

Debe advertirse que tanto el dolo como la mala fe producen el mismo efecto: nulifican el contrato y en términos muy amplios podría decirse que tanto importa designar a este vicio de la voluntad con uno u otro vocablo. Empero la tradicional distinción entre dolo y mala fe se justifica primeramente, desde el punto de vista de la técnica legislativa para señalar con toda precisión que es de la misma manera reprobable para el derecho, una conducta positiva o negativa, en tanto que ambas impiden que la voluntad, elemento esencial del acto jurídico, se forme en el contratante en manera plenamente consciente de la realidad.

Por otra parte, es necesario establecer una distinción habida cuenta de que la

¹⁴⁴ Código Civil para el Distrito Federal, Ed. SISTA, México 2005, p.148.

mala fe vicia la voluntad cuando proviene precisamente de una de las partes en tanto que si un tercero emplea maniobras dolosas para inducir a error a uno de los contratantes y el otro es sabedor de esas manipulaciones, el contrato puede ser anulado por la víctima del dolo, si como ya se dijo el error que de tales maniobras se ha producido, recae sobre la causa determinante del acto. En este caso el vicio de la voluntad esta constituido por una concurrencia o simultaneidad de conductas reprobables una de ellas activa (por comisión) configurada por las maniobras o sugerencias que realiza un tercero (dolo propiamente dicho); la otra conducta concurrente (por omisión) que se manifiesta en la disimulación del error (mala fe) provocada en el otro contratante como resultado de aquellas maniobras maliciosas del tercero.

Cabe señalar que cualquier consideración a propósito del dolo o de la mala fe es en todo caso en función del “error”, bien sea buscado mediante el dolo o bien ocultado de mala fe.

Respecto a la definición de **error** me adhiero a la expuesta por Trabucchi, quien expresa: “Es una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto.”¹⁴⁵ Ósea lo que el sujeto concibe como realidad y lo mueve a la celebración de un acto o de un negocio jurídico en términos congruentes con esa concepción, resulta no ser la realidad misma.

La segunda acepción del aspecto civil del concepto de dolo, es como elemento de la responsabilidad civil. Como vicio de la voluntad el dolo actúa en el momento de la celebración del contrato, en tanto que como elemento de la responsabilidad

¹⁴⁵ TRABUCCHI, citado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Ob. cit., p.580.

civil, surge en la etapa de ejecución de la obligación contraída voluntariamente o derivada directamente del ordenamiento jurídico.

“Si como vicio de la voluntad el dolo se exterioriza por medio de engañosos artificios o maquinaciones o por una conducta omisiva para generar el error o mantener en él a la víctima, el dolo como elemento de la responsabilidad civil no requiere de una conducta insidiosa ni tiende a producir error alguno, basta que el agente, de una manera intencional cause sin derecho un daño a otro, ya en su persona, ya en sus bienes.

El dolo y la culpa son elementos de la responsabilidad civil subjetiva mientras el daño causado por dolo es intencional la lesión proveniente de culpa se origina en la falta de atención o de cuidado en la persona que lo ha causado. El autor del daño ha actuado ilícitamente y por esa razón surge a su cargo la responsabilidad civil de reparar el daño así originado. Se destaca nuevamente aquí otro de los caracteres distintivos del dolo como elemento de la responsabilidad civil, a saber; el dolo o intención de dañar (y en su caso la culpa o negligencia) constituyen por si mismos el substratum del hecho ilícito que ha de ser además dañoso para otra persona. En otras palabras, el que por dolo o culpa cause un daño a otro, compromete su responsabilidad frente a la víctima.”¹⁴⁶

El artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal se refiere a la responsabilidad subjetiva (por dolo o por culpa) cuando dispone: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”¹⁴⁷

¹⁴⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, D-H, 13ª. ed., Ed. Porrúa – UNAM, México 1999, p. 1205-1206

¹⁴⁷ Código Civil para el Distrito Federal, Ed. SISTA , México 2005 Ob. cit., p.153

Desde el punto de vista de la Teoría Causalista del delito, el aspecto penal del concepto de dolo es el siguiente: “El dolo es un grado de la culpabilidad consistente en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso. Los elementos del dolo son dos: el ético, que consiste en saber que se infringe la norma y el volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica. Hay clases de dolo que fundamentalmente son: directo, indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado.”¹⁴⁸

Una vez expuesto el concepto de dolo, respecto a la cuestión, acerca de que si existe o no diferencia entre el fraude civil y el fraude penal, opino lo siguiente:

a) **El fraude civil no existe**, lo que existe es el dolo civil, que tiene dos acepciones, la primera como un vicio del consentimiento que causa la invalidez de un contrato, y la segunda como elemento de la responsabilidad civil.

b) El dolo civil es diferente al fraude penal, ya que éste último es un delito patrimonial, tipificado tanto en el Código Penal Federal como en el Código Penal para el Distrito Federal y otros Códigos de los Estados de la República Mexicana.

c) El fraude penal es diferente al dolo penal, ya que éste último es un grado de la culpabilidad, consistente en causar intencionalmente un resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho (según la Teoría Causalista del delito).

¹⁴⁸ AMUCHATEGUI REQUENA Irma G., Derecho Penal, Ed. Harla, México 1994, p.83.

Por lo anterior considero que **sí hay diferencias** entre los conceptos de: fraude civil, fraude penal y dolo , y también concluyo que una misma conducta es susceptible de constituir tanto dolo civil como fraude penal.

Aun cuando pudiere pensarse que toda violación de contrato es factible penalizarla, se debe guiar no por los acontecimientos futuros relativos al incumplimiento, sino en retrospectiva, escudriñar el origen de la contratación, analizando las circunstancias y caracterizaciones llevadas a cabo, para de esta forma, explicitar, acreditar y precisar a plenitud, la presencia desde ese momento, de una conducta engañosa con la preconcebida idea por parte del activo, bajo la pretensión causal inequívoca, de lograr la entrega de las cosas, generando el enriquecimiento ilegítimo o la obtención de un lucro indebido en perjuicio del pasivo es decir, se debe repasar los acontecimientos iniciales y no la conducta desarrollada con posterioridad, pues esta, sólo dará margen a un incumplimiento civil. Nunca se debe olvidar que el propio contrato puede ser un ardid o artilugio, para engañar y deben verse con suma atingencia todas las peculiaridades predominantes al surgir la convención entre las partes, independientemente de las actuaciones futuras sobre cumplimiento de la misma.

Sabiamente se ha emitido la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

“DOLO PENAL Y DOLO CIVIL. SUS DIFERENCIAS. En los procesos penales que se caracterizan por tener, como origen un contrato cuyo, cumplimiento no realiza una de las partes, la línea divisoria entre la esfera penal y la civil presenta una sutileza tal, que puede dar lugar a la confusión de dichos ámbitos. La delimitación existe, sin embargo y una conducta con naturaleza aparentemente civil puede

tener por el contrario, carácter penal. Para considerar que el contratante que no cumplió el contrato ha incurrido en una infracción de carácter penal, es preciso acreditar que dicha persona, desde que celebró el contrato había decidido dolosamente no cumplirlo, tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil fue engendrada por el dolo penal de una de las partes. La prueba de ese dolo original sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que debidamente analizados en relación con el contrato de referencia, engendren en el juzgador la convicción plena de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir. Si los elementos de prueba sometidos a la consideración del juez no poseen esa fuerza retroactiva, en cuanto que mediante ellos pueda establecerse la existencia de un engaño en el pretérito es decir, en la época en que se celebró el contrato, el juez no puede atribuir al simple incumplimiento, carácter penal. Pero si por el contrario, aquellos elementos permiten establecer que el contratante, mediante el engaño o aprovechamiento del error produjo en la otra parte la falsa creencia de que cumpliría con lo convenido, debe considerarse su conducta como penal. En tales casos, el incumplimiento no es otra cosa que la consumación de la conducta delictiva. Así pues, no todo incumplimiento de contrato constituye una mera conducta civil. Adoptar criterio distinto conduciría a la consideración de que basta que dos personas celebren una operación regulada en principio por el Derecho Privado para que su conducta, no obstante la falacia y mala fe de que esté viciada no puede ser regulada por el Derecho Penal. Dicha postura desvirtuaría el derecho Civil convirtiéndolo aberrantemente en un escudo para todos aquellos que con el pretexto de celebrar convenios civiles tratan de obtener en forma ilegítima y en perjuicio de otra persona algún lucro indebido, y que al amparo del Derecho Privado escaparían,

con el consecuente perjuicio para la sociedad, y a la represión del Derecho Penal encargado de defenderla. (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación , Amparo Directo 6288/84.”¹⁴⁹

Respecto al delito de fraude (estafa en España) y los contratos civiles el Tribunal Supremo Español a manifestado: “En los llamados contratos civiles criminalizados, es el contrato mismo el instrumento del engaño y no precisa de ningún otro artificio satélite o coadyuvante al contrato mismo; el criminal se vale, precisamente, de la confianza y buena fe que rigen el cumplimiento de la inmersa mayoría de los contratos, sin las que el tráfico jurídico se haría imposible; confía en que la persona con quien contrata, si aparentemente puede tener solvencia para cumplir su obligación, lo hará. Cuando esto no ocurre puede ser porque el deudor, por causas a él no imputables, ha devenido insolvente, aunque su intención fue siempre cumplir (incumplimiento civil); pero. Otras veces existe un dolo antecedente, inicial, o un contrahendo para conseguir el desplazamiento patrimonial a su favor, pero con la idea preconcebida de que no cumplirá la contraprestación obligada, por quererlo así o por saber que no podrá (incumplimiento criminal).”¹⁵⁰

4. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE FRAUDE

La siguiente clasificación, será del fraude genérico, tipificado en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal.

A) EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.

Si bien el fraude es un delito, por ser una conducta descrita y sancionada por una

¹⁴⁹ Jurisprudencia citada por GONZALEZ QUINTANILLA José Arturo, Derecho Penal Mexicano, "Parte General y Parte Especial", 4ª. ed., Ed. Porrúa, México 1997, p.842-843

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Español, citada por GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, Ob. cit., p. 843.

ley penal, la doctrina jurídico-penal, también lo considera como un **delito**, pues es una conducta contraria a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad.

B) SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.

De Acción: el fraude será un delito de acción, cuando la conducta, consista en “hacerse” ilícitamente de alguna cosa por medio del engaño, o bien en “obtener” un lucro indebido en beneficio propio de un tercero, por medio del engaño, ya que en ambas hipótesis el sujeto activo incurre en una actividad, en un hacer o sea en un comportamiento positivo. Además puedo decir que el engaño, como medio de comisión se efectúa, realizando la conducta de engañar que constituye también una acción.

De Comisión por Omisión: cuando la conducta consista en “**aprovechar el error en que otro se halle**”, ya que el sujeto activo realiza un “no hacer”, una inactividad, que consiste en no sacar del error a la víctima, conducta que tiene como resultado un daño al patrimonio del sujeto pasivo. Por ejemplo: El patrón de una fabrica le pide a su mensajero que se traslade a su domicilio a recoger algunos documentos y dinero que olvidó, para lo cual le da un portafolios negro para realizar el encargo, el mensajero se dirige a cumplir con la tarea encomendada, pero antes de llegar al domicilio mencionado, un vendedor de casa por casa, que lleva consigo sus catálogos de zapatos en un portafolios negro, llega a la casa del patrón y toca el timbre para ofrecer sus productos. La empleada doméstica, un poco inocente, que no conoce al mensajero, advertida de que está por llegar alguien con un portafolios negro por los documentos y el dinero de su

patrón, abre la puerta y observa a un sujeto con un portafolios de color negro y sin dejar hablar al vendedor, le dice que espere un momento mientras va por los documentos y el dinero para entregárselo, él vendedor al darse cuenta del error de la sirvienta, en breves instantes decide aprovechar el error, y guarda silencio por lo que no saca del error a la empleada domestica, posteriormente cuando la sirvienta le entrega el dinero y los documentos el vendedor los toma, los mete a su portafolios, se despide y se aleja velozmente. Sobre la comisión por omisión en el fraude hago mención a lo expuesto sobre la conducta de “aprovechar” la cual ya he explicado.

C) POR EL RESULTADO.

Material. El fraude es delito de resultado material, porque con su acción o su comisión por omisión, se produce un cambio en el mundo exterior, lesionando el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en el daño patrimonial del sujeto pasivo. Este resultado material se fundamenta en dos hipótesis: 1) que el sujeto activo se haga ilícitamente de alguna cosa y 2) que el sujeto activo obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

D) POR LA LESIÓN QUE CAUSAN.

De Daño o Lesión, ya que el fraude provoca un daño directo y efectivo al bien jurídicamente tutelado, en este caso provoca la disminución del patrimonio del sujeto pasivo.

E) POR SU DURACIÓN.

Instantáneo, ya que se consuma cuando el agente se hace ilícitamente de alguna

cosa u obtiene un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, o sea la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal.

Continuado, El Fraude genérico también puede ser un delito continuado, que es cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal. Ya que puede presentarse el caso en que el sujeto activo por medio del engaño a una misma persona o aprovechando el error en que esta se encuentra se haga en varias ocasiones de alguna cosa ilícitamente u obtenga en repetidas ocasiones un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, pero todas estas ocasiones, como consecuencia de un mismo engaño u aprovechamiento de un mismo error en el que se encuentra la víctima

F) POR EL ELEMENTO INTERNO

Doloso intencional: El delito de fraude sólo puede presentarse en forma dolosa, mediante el dolo directo. El fraude requiere de una actividad tendiente a inducir a la víctima a error, o bien de una omisión de no sacar a esta del error en que se encuentra, obteniendo así la entrega de la cosa o de un lucro, ambos resultados ilícitos, a los cuales se llega en forma voluntaria y con pleno conocimiento de su carácter antijurídico. Por eso se sostiene que, por su naturaleza, el fraude es un delito doloso.

G) POR SU ESTRUCTURA.

Simple, es un delito simple, ya que sólo causa una lesión jurídica.

H) POR EL NÚMERO DE ACTOS.

El fraude es unisubsistente, porque se forma por un solo acto, ya que cualquier conducta de las que lo pueden constituir no requiere de su repetición, basta que dicha conducta se realice una sola vez para colmar el tipo.

I) POR EL NUMERO DE SUJETOS.

Es unisubjetivo: ya que para su integración requiere un solo sujeto activo, aunque admite la posibilidad de varios autores o partícipes que concurren en su comisión.

J) POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN.

De Querella: El fraude es un delito que se persigue por querella, ya que así lo establece el artículo 246 inciso b) del Código penal para el distrito Federal. También será perseguido por querella cuando sea sometido 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 querella para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos que se han mencionado, así lo señala el artículo 246 primer párrafo también del Código Penal para el Distrito Federal.

De Oficio: El Fraude se persigue de oficio cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario mínimo o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos. Así lo determina también el artículo 246, en su último párrafo.

K) EN FUNCIÓN DE SU MATERIA.

El delito de fraude objeto de la presente clasificación pertenece a la materia **Común**, pues se encuentra tipificado en el Código Penal para el Distrito Federal, que es una ley local, por ser emanada de una legislatura local en éste caso la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. Cabe señalar que también existe el fraude en materia federal, ya que se encuentra descrito en el Código Penal Federal, el cual se aplicará si la Federación se ve afectada y en los casos determinados por el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

L) CLASIFICACIÓN LEGAL.

El delito de fraude se encuentra tipificado en el artículo 230, que esta dentro del capítulo III denominado "Fraude", del Título Décimo Quinto denominado "Delitos contra el Patrimonio", el cual se encuentra ubicado en el libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal.

5. DEFINICIÓN DE FRAUDE ESPECÍFICO.

Dado que en la actualidad no hay una definición de fraude específico propongo la siguiente: "Los fraudes específicos son delitos patrimoniales, denominados así por la doctrina jurídico-penal por estar previstos en una Ley Penal Sustantiva, dentro del capítulo dedicado al delito de fraude, pero tipificados en un artículo distinto al que contiene la definición genérica de éste delito, implican por lo general conductas fraudulentas concretas y también conductas dañinas al patrimonio carentes de los elementos esenciales del fraude genérico, aplicándoseles a todas estas conductas la misma pena prevista para el fraude genérico, la cual es de

acuerdo al monto de lo defraudado y a su vez sirven como parámetros ilustradores para el juzgador, sobre lo que puede sancionarse como fraude.”

Los fraudes específicos obedecen a razones histórico-legislativas, porque por mucho tiempo no se contó con una definición genérica del delito de fraude, lo que provocaba que los legisladores de varios países, crearan ejemplos de lo que debía castigarse como fraude, o sea se seguía un sistema “casuístico”.

En 1871, México y Alemania fueron los primeros países, en la historia de las codificaciones occidentales, en tener una definición genérica del delito de fraude no obstante este gran logro, el legislador mexicano, continuo con la costumbre de tipificar ejemplos del delito de fraude, a los que comúnmente se les denomina fraudes específicos.

Actualmente en materia federal, el Código Penal Federal contempla fraudes específicos en el artículo 387 el cual se encuentra ubicado dentro del Capítulo III denominado “Fraude”, del Título Vigésimo Segundo denominado “Delitos contra las Personas en su Patrimonio.”

Los fraudes específicos también son contemplados por los Códigos Punitivos de algunos Estados de la Federación, los cuales mencionaré más adelante.

En materia local, el Código Penal para el Distrito Federal, contempla fraudes específicos, en el artículo 231 el cual se encuentra dentro del Capítulo III denominado “Fraude”, del Título Décimo Quinto denominado “Delitos contra el

patrimonio”. El fraude específico en estudio y que a continuación se analizará, pertenece a la materia local, ya que esta contenido en el Código Penal para el Distrito Federal.

Mariano Jiménez Huerta denomina “fraudes espurios” a los fraudes específicos en los que “están ausentes los elementos propios del delito de fraude.”¹⁵¹

Jesús Zamora Pierce clasifica a los fraudes específicos en:

“a) Fraudes Especiales; son los fraudes específicos que son meros ejemplos de la conducta sancionada como fraude genérico.

b) Delitos Autónomos: a los fraudes específicos cuyos elementos no coinciden con los elementos del fraude genérico.”¹⁵²

Respecto a los fraudes específicos Marco Antonio Díaz De León nos comenta: “Éstos se refieren a diversas situaciones típicas en las que de alguna manera, con algunas excepciones, contienen los elementos del fraude genérico en cuanto a que normalmente imponen el engaño o se aprovechan del error de las víctimas, los cuales en todo caso, corresponden a hechos sacados de fuente real, de problemáticas ciertas de la evolucionante economía y que por tanto, tienden a garantizar y dar confianza a quienes intervienen en las múltiples relaciones comerciales de la vida de los negocios, mismas son ineludibles en las múltiples y cotidianas actividades, tanto de las personas físicas como de las morales. Si bien algunas de estas fracciones pudieran considerarse que se apartan de determinados componentes integradores del tipo de fraude genérico, al grado que

¹⁵¹ JIMENEZ HUERTA Mariano, Ob. cit., p.193.

¹⁵² ZAMORA-PIERCE Jesús, Ob. cit., p. 222.

podieran ser tipos autónomos e independientes de este, lo cierto es que en la positividad el legislador a considerado tutelar en tal forma los bienes jurídicamente contemplados en la especificidad de aquellos mediante las penas del fraude , por así dictarlo la necesidad social y los fines de política criminal del Estado. Este es el sentido que asimismo han presentado en diversas tesis jurisprudenciales nuestros altos tribunales de la federación, considerando a los fraudes específicos como especie del fraude genérico.”¹⁵³

6. ELEMENTOS DEL FRAUDE ESPECÍFICO (ARTÍCULO 231 FRACCIÓN VII DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL)

Los elementos del fraude específico en estudio son los siguientes:

Sujeto activo: cualquier persona física imputable

Sujeto pasivo: cualquier persona física con determinadas características psicológicas, las cuales son: preocupación, superstición o ignorancia

Objeto material : la cosa apropiada por el agente o el lucro obtenido por el sujeto activo.

Objeto Jurídico: el patrimonio

Conducta: explotar

Medios de comisión: evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones

¹⁵³ DIAZ DE LEÓN Marco Antonio, Código Penal para el Distrito Federal, Comentado, 2ª. ed. Ed. Porrúa, México 2002, p.1110-1111.

Resultado: una disminución en el activo del patrimonio del sujeto pasivo, o sea un daño en el patrimonio de la víctima.

Nexo de causalidad: el daño en el patrimonio del sujeto pasivo debe de ser efecto de la explotación que hace el sujeto activo, por medio de los medios de comisión

Elementos objetivos: puedo señalar la conducta, la cual es “explotar” , la “cosa” que se apropia el sujeto activo y el “lucro” que obtiene el agente.

Elementos subjetivos. La circunstancias psicológicas que debe tener el sujeto pasivo para poderlo ser, las cuales son: preocupación, superstición o ignorancia

Elementos normativos: El término “personas” y el termino “explotar” , ya que éstos conceptos tienen una connotación jurídica.

A continuación expondré algunos elementos del fraude específico en estudio, que considero importantes

A) EXPLOTAR.

Explotar es la acción o conducta típica del fraude específico en estudio este verbo gramaticalmente significa: “Aplicar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las condiciones o sentimientos de una persona, o un suceso o circunstancia cualquiera.”¹⁵⁴ o “Abusar de las personas o cosas para obtener ventajas o rendimientos excesivos o ilegales.”¹⁵⁵

¹⁵⁴ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991, s. p

¹⁵⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ob. cit., p.642.

La acepción jurídica es. “Aplicar en provecho propio, casi siempre en forma abusiva, las cualidades o sentimientos de alguien, o un hecho o circunstancia cualquiera. Sacar provecho de una industria o negocio.”¹⁵⁶

B) LAS PREOCUPACIONES, SUPERSTICIÓN O IGNORANCIA DE LAS PERSONAS.

Estas características, son las que posee el sujeto pasivo y que el sujeto activo, aprovecha abusivamente para llevar a cabo su propósito, el cual es obtener un lucro, el cual es más fácil de conseguir, pues estas circunstancias de carácter psicológico, disminuyen las capacidades de defensa que podría tener el sujeto pasivo pues ofuscan y disminuyen la razón y la objetividad, o simplemente no se cuentan con los conocimientos para poder hacer frente al engaño. A continuación definiré cada una de estas circunstancias psicológicas del sujeto pasivo, así como también daré el concepto de persona, ya que son las personas, las afectadas por este delito y tener claro quienes son estas desde el punto de vista jurídico.

LAS PREOCUPACIONES:

La palabra preocupación gramaticalmente significa :

“*Ofuscación del entendimiento causada por pasión, por error de los sentidos, por educación, o por el ejemplo de aquellos con quienes tratamos.

*Cuidado, desvelo, previsión de alguna contingencia azarosa o adversa.

*Acción, efecto de preocupar o preocuparse.

A su vez preocupar significa:

*Poner el animo en cuidado, embargarlo, mantenerlo fijo en un problema, un asunto o una contingencia.

¹⁵⁶ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Ob. cit., p.661.

*Estar prevenido o encaprichado a favor o en contra de una persona, opinión u otra cosa.

*Producir intranquilidad, temor, angustia o inquietud algo que ha ocurrido o va ocurrir.”¹⁵⁷

SUPERSTICIÓN

La palabra superstición gramaticalmente significa: “creencia extraña a la fe religiosa y contraria a la razón o excesiva fe o valoración respecto de una cosa.”¹⁵⁸

IGNORANCIA

El concepto gramatical de ignorancia es:” falta de instrucción o de conocimientos sobre algo.”¹⁵⁹

PERSONA

Castán Tobeñas expresa: “La palabra persona tiene su origen en las lenguas clásicas. El sustantivo latino persona, ae , se derivó del verbo persono (de per y sono, as are), que significaba con dicho sustantivo la máscara o careta que usaban los actores, y que servía al mismo tiempo para caracterizarse y para ahuecar y lanzar la voz; Por una serie de transposiciones se aplicó la palabra persona al actor, y luego a los actores de la vida social y jurídica; es decir, a los hombres considerados como sujetos de derecho.”¹⁶⁰

“La acepción común del vocablo persona no coincide con su significado jurídico. La primera la hace coincidir con el ser humano, persona significa individuo de la especie humana; jurídicamente en cambio, los seres humanos son sólo una de las

¹⁵⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ob. cit., p.1099.

¹⁵⁸ ibidem., p.1272.

¹⁵⁹ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991, s. p.

¹⁶⁰ CASTÁN TOBEÑAS, citado por DOMÍNGUEZ MARTINEZ Jorge Alfredo, Ob. cit., p.131.

dos especies de personas creadas por el Derecho; a su lado están las personas morales, si bien en su estructura orgánica participan seres humanos, no son tales en sí mismos; se trata de entes resultados de una creación estrictamente jurídica, carente de toda objetividad física.

Jurídicamente, persona significa: todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y las segundas como entes. Ambos son sujetos de derechos y obligaciones.

Hoy la palabra persona puede revestir diversos sentidos: vulgar, filosófico y jurídico, los cuales a continuación se definirán.

a) Sentido vulgar: En su acepción vulgar, el término persona es sinónimo de hombre. Pero esta acepción no sirve para el derecho sin algunas reservas, tanto porque la historia nos demuestra que durante muchos siglos ha habido clases de hombres que no tenían la consideración de personas, cuanto porque en el mismo Derecho moderno, aunque todos los hombres son personas, no todas las personas son hombres.

b) Sentido filosófico: Para los antiguos metafísicos, persona era, según la clásica e insuperable definición de Severino Boccio “una sustancia individual de naturaleza racional (*nature rationalis individua substantia*), o bien el supuesto dotado de entendimiento, concepto equivalente al anterior, pues en el orden ontológico el término supuesto indica sustancia o ser que subsiste por sí, y las sustancias se hacen individuales por la subsistencia. Entre los filósofos modernos es general ver

en la conciencia la característica de la personalidad. En lo que éstos discrepan es en el modo de entender la conciencia. Para FICHTE, la conciencia, es la reflexión: para SERGI, FOULLEE y SPENCER, el pensamiento. Para otros es la voluntad o determinación autónoma del yo. No hay, sin embargo, contradicción entre estas ideas. En realidad, como advierte GINER todo acto intelectual (sentir, pensar, querer) es un acto de conciencia, porque en todas estas clases de actos experimenta el ser una especie de duplicación interior o penetración íntima de sí mismo.

c) Sentido jurídico: En el lenguaje jurídico se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.¹⁶¹

Considero que en el fraude específico en estudio el sujeto pasivo solo lo puede ser una persona física, por ser ésta la única capaz de tener preocupaciones, supersticiones o ignorancia, que son elementos subjetivos exigidos por el tipo.

C) POR MEDIO DE SUPUESTA EVOCACIÓN DE ESPÍRITUS, ADIVINACIONES O CURACIONES.

El fraude específico en estudio señala expresamente como medios de comisión los siguientes:

- Evocación de espíritus
- Adivinaciones
- Curaciones.

¹⁶¹ DOMINGUEZ MARTINEZ Jorge Alfredo, Ob. cit., p.131-132.

A continuación analizaré cada medio de comisión.

* Evocación de espíritus.

Evocar significa: “llamar a los espíritus y a los muertos suponiéndolos capaces de acudir a los conjuros e invocaciones.”¹⁶²

Espíritu significa: “ser inmaterial y dotado de razón. Alma racional.”¹⁶³

Considero que los términos, “evocación de espíritus” que emplea el tipo de fraude específico en estudio también hace mención a las “sesiones espiritistas”, ya que estas practicas han sido siempre utilizadas para defraudar a los creyentes, supersticiosos, personas ignorantes, donde el defraudador es el “médium” y los cómplices son las personas que los auxilian.

La evocación de espíritus es una practica que también es realizada por el espiritismo, el cual es una creencia que afirma la posibilidad de comunicarse con los espíritus de los muertos, para lo cual se llevan a cabo “sesiones espiritistas” por adeptos a esta creencia, en las que interviene de forma necesaria y destacada, una persona denominada “médium”, la cual es la encargada de evocar a los espíritus y de establecer comunicación con ellos, por medio de algunos de los métodos de comunicación creados o inventados por el mismo espiritismo, como lo son; la tiptología, comunicación por movimiento tipo ouija, psicografía o escritura automática, pneumatografía, psicofonías. Según el espiritismo el objetivo de realizar una comunicación con algún espíritu es aprender a evolucionar. Algunas personas recurren a esta practica espiritista con diversos propósitos,

¹⁶² Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia, 1991

¹⁶³ ibidem.

algunos de ellos es mitigar el dolor sufrido por la pérdida de un ser querido, o para obtener conocimientos y ser guiados hacia una mejor comprensión de la vida espiritual.¹⁶⁴

Por otra parte al expresarse en el tipo en cuestión “supuesta evocación de espíritus”, se deduce que el mismo tipo penal califica a esta práctica como algo fingido o simulado, ya que esto significa la palabra “supuesta”.

* ADIVINACIONES.

Adivinación significa: “Predecir el futuro o descubrir las cosas ocultas, por medio de agüeros o sortilegios. Descubrir por conjeturas alguna cosa oculta o ignorada. Tratándose de un enigma, acertar lo que quiere decir.”¹⁶⁵

* CURACIONES

Curación significa: “Acción y efecto de curar o curarse. Conjunto de procedimientos para tratar una enfermedad o afección.”¹⁶⁶

A su vez curar significa: “Aplicar al enfermo los remedios correspondientes a su enfermedad. Restituir a uno la salud que había perdido. Disponer o costear todo lo necesario para la curación de un enfermo. Sanar las dolencias o pasiones del alma. Remediar un mal. Recobrar el enfermo la salud.”¹⁶⁷

7. CLASIFICACIÓN DEL FRAUDE ESPECIFICO EN ESTUDIO.

A) EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.

El fraude específico en estudio, es un delito por ser una conducta prevista y

¹⁶⁴ Cfr. MORALES A. Juan Pablo, Espiritismo, Ed. Grupo Editorial Tomo, México 2002.

¹⁶⁵ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia, 1991

¹⁶⁶ PALOMAR DE MIGUEL Juan, Diccionario para Juristas, Ob. cit., p. 429.

¹⁶⁷ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991.

sancionada por una ley penal, y la doctrina jurídico-penal, también lo considera como **delito**, pues es una conducta contraria a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad.

Cabe señalar que éste fraude específico puede ser un **delito grave**, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo, ya que en éste caso se le aplica la pena de prisión señalada en la fracción IV del artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, dicha pena es de cinco a once años de prisión, dando como término medio aritmético ocho años de prisión, razón por la cual, es en éste supuesto un delito grave, ya que así lo señala el párrafo quinto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, y por lo tanto en éste caso no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B) SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.

DE ACCIÓN : ya que el agente incurre en una actividad, ósea, la conducta típica consiste en un comportamiento positivo, en este caso la conducta consiste en explotar, que significa; abusar de las personas o cosas, para obtener ventajas o rendimientos excesivos e ilegales.

C) POR EL RESULTADO.

Es material, ya que requiere de un cambio en el mundo exterior, lo cual ocurre al disminuir el activo del patrimonio del defraudado.

D) POR LA LESIÓN QUE CAUSAN.

Es de Daño o Lesión, ya que se afecta efectivamente el bien jurídicamente tutelado, que en este caso es el patrimonio, ya que se disminuye la parte activa del patrimonio.

E) POR SU DURACIÓN.

El fraude específico en estudio puede ser:

INSTANTÁNEO: ya que la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos. Por ejemplo: cuando una persona se dice adivina cobra a una persona por decirle supuestamente el futuro, el fraude específico se consume y se agota en el momento en que recibe el dinero, la supuesta adivinadora.

CONTINUADO: que es cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal. Por ejemplo: cuando un charlatán que dice tener poderes para curar con el propósito de obtener dinero de una señora acaudalada pero muy preocupada por su enfermedad grave, la convence a someterse a varias sesiones, para realizarle unas supuestas curaciones, cobrando y recibiendo en cada una de esas sesiones una cantidad considerable cometiéndose así en cada sesión el fraude específico en estudio.

F) POR EL ELEMENTO INTERNO.

Es doloso: Ya que el sujeto activo comete con la intención de realizarlo, pues el defraudador tiene que tener necesariamente la intención de explotar a alguien, por medio de una supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.

G) POR SU ESTRUCTURA.

Es simple: ya que solo consta de una lesión jurídica.

H) POR EL NUMERO DE ACTOS.

Es unisubsistente: porque se forma por un solo acto, ósea se requiere que la acción típica se realice una sola vez para colmar el tipo.

I) POR EL NUMERO DE SUJETOS.

Es unisubjetivo: ya que para su integración requiere un solo sujeto activo, aunque admite la posibilidad de varios autores o partícipes que concurran en su comisión.

J) POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN

De querella: ya que se persigue a petición de parte, ósea, por medio de querella del pasivo o de sus legítimos representantes, así lo determina el artículo 246 inciso b) del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

También será perseguido por querella cuando sea cometido 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 querella para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del delito, con los sujetos que se han mencionado, así lo señala el mismo artículo 246 en su primer párrafo , también del Nuevo Código Penal del Distrito Federal.

De oficio: también podrá perseguirse de oficio cuando el monto del lucro o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario mínimo o cuando se cometa en perjuicio de dos o mas ofendidos, así lo señala el último párrafo del artículo 246 del Código Penal para el Distrito Federal.

K) EN FUNCIÓN DE SU MATERIA.

Es común: o Local, pues el fraude específico en estudio esta contenido en el Código Penal para el Distrito Federal, el cual ha sido emanado de la Asamblea Legislativa del D. F. que es una legislatura local.

L) CLASIFICACIÓN LEGAL.

Se encuentra tipificado en la fracción VII del artículo 231, que esta dentro del Capítulo III denominado “Fraude”, del Título Décimo Quinto denominado “Delitos contra el patrimonio el cual se encuentra ubicado en el Libro Segundo del Nuevo Código penal para el Distrito Federal.

8. EL SISTEMA ANALÍTICO DE ESTUDIO JURÍCO ESENCIAL DEL DELITO.

Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico esencial del delito; el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse ni para su estudio por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Asienta Antolisei que “para los afiliados a esta doctrina el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable.”¹⁶⁸ En cambio los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el

¹⁶⁸ ANTOLISEI, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 34^a. ed., Porrúa, México 1994, p.129

conocimiento cabal de sus partes, ello no implica por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad. Ya Francisco Carrara hablaba “del ilícito penal como una disonancia armónica”¹⁶⁹, por ende al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad.

“En cuanto a los elementos integradores del delito no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras unos especialistas señalan un número otros lo configuran con más elementos, surgen así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, exatómicas, heptatómicas, etc..”¹⁷⁰

Para ilustrar lo anterior a continuación, expondré algunas definiciones de carácter sustancial del delito.

Cuello Calón define al delito como: “la acción humana antijurídica típica, culpable y punible.”¹⁷¹

Para Mezger el hecho punible es: “una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena.”¹⁷²

Por su parte Jiménez De Asúa textualmente dice: “vemos el delito como acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o en ciertos casos con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.”¹⁷³

Para el profesor Castellanos Tena los elementos esenciales del delito son:

¹⁶⁹ CARRARA Francisco, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p.129

¹⁷⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p.129.

¹⁷¹ CUELLO CALÓN Eugenio, Derecho Penal, T.I. vol. I, 18ª. ed., Ed. Bosch;, España 1980, p.300

¹⁷² MEZGER Edmundo, Derecho Penal, “Parte General” T. I, Ed. Valletta Ediciones, Argentina 2004, p.54.

¹⁷³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Teoría del Delito, v. 2, Ed. Juridica Universitaria, México 2002, p.30.

“conducta, típica, antijurídica o antijurídica y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario.”¹⁷⁴

Cabe señalar que en el presente trabajo realizaré el estudio jurídico-esencial del delito, basándome en el sistema atomizador o analítico y en la Teoría Causalista del delito

9. ELEMENTOS POSITIVOS Y ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO Y DEL FRAUDE ESPECÍFICO EN CUESTIÓN.

Son diversos los criterios y corrientes respecto al número de elementos que conforman el delito, en el presente trabajo analizaré siete, para tener una perspectiva mejor para su comprensión.

Los elementos positivos del delito son las partes que lo integran, a cada uno de los cuales le corresponde uno negativo que llega a ser la negación de aquél; significa que anula o deja sin existencia al positivo, y por tanto al delito.

Realizaré el estudio de los elementos del delito, analizando primero el elemento positivo e inmediatamente después el aspecto negativo que le corresponde en el orden siguiente:

- A) Conducta y Ausencia de conducta.
- B) Típica y Atípica.
- C) Antijurídica y Causas de justificación,
- D) Imputabilidad e Inimputabilidad.
- E) Culpabilidad e Inculpabilidad.

¹⁷⁴ CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.130

F) Condiciones objetivas de punibilidad y Ausencia de condiciones

Objetivas de punibilidad.

G) Punibilidad y Excusas absolutorias.

“Cabe destacar que desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos los factores del delito. Por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad, etc., sino al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. Más en un plano estrictamente lógico, procede observar inicialmente si hay conducta, luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después de constatar si dicha conducta típica esta o no protegida por una justificante, y en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad; enseguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad.”¹⁷⁵

A) CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir, algunos estudiosos le llaman acción, hecho, acto o actividad.

“La conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito.”¹⁷⁶

La conducta solo la puede realizar el ser humano pues es el único ser capaz de voluntariedad, por lo que se descartan todas las creencias respecto a si los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

¹⁷⁵ ibidem., p.132.

¹⁷⁶ ibidem.,p.149.

Ante el Derecho Penal la conducta puede manifestarse de dos formas ; acción y omisión.

“La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos; animales, mecanismos incluso mediante personas.

Los elementos de la acción son:

- a) Voluntad: Es el querer cometer el delito, por parte del sujeto activo, es propiamente la intención.
- b) Actividad: consiste en el “hacer” o actuar , es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.
- c) Resultado: Es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y prevista en la ley penal.
- d) Nexos de causalidad. Es el ligamen que une la causa (conducta) con el efecto (resultado), sin el cual este último no puede atribuirse a la causa. Además el nexo causal debe ser material, ya que si es moral, espiritual o psicológico, será irrelevante para el Derecho Penal.

La omisión, consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, “no hacer” o “dejar de hacer”. Constituye la forma negativa del comportamiento. La omisión puede ser:

*Omisión simple: también conocida como omisión propia consiste en no hacer lo que se debe hacer ya sea voluntaria o involuntariamente, con lo cual se produce

un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva.

*Comisión por omisión: también llamada comisión impropia, es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva. Los elementos de la omisión también son; la voluntad, la actividad, y el resultado y el nexo causal, pero en los delitos de simple omisión no cabe hablar de nexo causal, pues no se produce ningún resultado. En la comisión por omisión, en la cual se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y comprobar el nexo causal.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo de la conducta. Esto quiere decir que la conducta no existe y por tanto de lugar a la existencia del delito. Habrá ausencia de conducta en los casos siguientes:

- Vis absoluta: consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva. Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el jurídico, puede ser responsable quien es “usado” como medio para cometer un delito.
- Vis mayor: es la fuerza exterior que proviene de la naturaleza, cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor, no existe voluntad por parte del sujeto “agente”, ni conducta propiamente dicho; de ahí que la ley penal no lo considere responsable.

- Actos reflejos: son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por trasmisión nerviosa a un centro y de este a un nervio periférico. Como el sujeto esta impedido para controlarlos se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria.
- Sueño y Sonambulismo: dado el estado de inconciencia temporal en el que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta cuando se realice una conducta típica.
- Hipnosis: esta forma de inconciencia temporal también se considera en un modo de incurrir en ausencia de conducta, si en estado hipnótico se cometiere un delito.¹⁷⁷

La ausencia de conducta esta contenida en el Código Penal para el Distrito Federal el cual expresa: “ artículo 29 .- (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: I. (ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin la intervención de la voluntad del agente;”¹⁷⁸

a) CONDUCTA

En el fraude específico en estudio, la conducta típica consiste en **explotar** a las personas. Explotar tiene las acepciones siguientes:

Gramatical: “Abusar de las personas o cosas, para obtener ventajas o rendimientos excesivos o ilegales.”¹⁷⁹

¹⁷⁷ AMUCHATEGUI REQUENA Irma G., Derecho Penal, “Cursos primero y Segundo”, Ed. Harla, México 1994, p.49-53.

¹⁷⁸ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.6

¹⁷⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ob. cit., p. 642

Jurídica: “Aplicar en provecho propio, casi siempre en forma abusiva, las cualidades o sentimientos de una persona, o un suceso o circunstancia cualquiera. Sacar provecho de una industria o negocio”¹⁸⁰

De las definiciones mencionadas, se puede deducir que la forma de la conducta es de acción, ya que implica que el agente lleve a cabo un hacer.

b) AUSENCIA DE CONDUCTA.

En el fraude específico en estudio al no poderse presentar los casos de: vis absoluta, vis mayor, actos reflejos, sueño, sonambulismo o hipnosis, considero que no se presenta la ausencia de conducta.

B) TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

El tipo es la descripción legal de un delito, o bien la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva. Suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquiera otra idea similar. La Ley Penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente los tipos, los cuales toman “vida real” cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos. De no existir el tipo aun cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito, por que no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar, más bien se estará en presencia de conductas antisociales, pero no de delitos.

“La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo ó sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.”¹⁸¹

¹⁸⁰ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, Ob. cit., p.661.

¹⁸¹ AMUCHATEGUI REQUENA Irma G., Ob. cit., p.56

El tipo es un antecedente necesario del delito y la tipicidad es un elemento constitutivo del delito, el tipo es abstracto y la tipicidad concreta. La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad. Dichos principios son:

- 1) “Nullum crimen sine lege” que significa: “No hay delito sin ley”
- 2) “Nullum crimen sine tipo” que significa: “No hay delito sin tipo”
- 3) “Nulla poena sine tipo” que significa: “No hay pena sin tipo”
- 4) “Nulla poena sine crimen” que significa: “No hay pena sin delito”
- 5) “Nulla poena sine lege” que significa: “No hay pena sin ley”.

En el tercer párrafo del artículo 14 de la Carta Magna se ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista una norma o tipo. “En los juicios de orden criminal queda prohibida imponer por simple analogía o mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.”¹⁸²

Además en el Código Penal para el Distrito Federal se señala:

“Art. 1. (Principio de legalidad) . A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentran igualmente establecidas en ésta.

Artículo 2. (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva,

¹⁸² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10ª. ed , Ed. ISEF, México, 2005, p.9

analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad sino se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva , analógica o por mayoría de razón, de la ley penal y en perjuicio de persona alguna.

La ley penal solo tendrá efecto retroactivo si favorece al inculpado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable.”¹⁸³

Los tipos penales también son objeto de clasificación, la utilidad de clasificar a los tipos es que facilita detectar sus rasgos característicos, para diferenciar un delito de otro, incluso resolver problemas prácticos. Existen diversos criterios de clasificación, algunos de ellos son los siguientes: por la conducta, por el daño, por el resultado, por la intencionalidad, por su estructura, por el número de sujeto, por el número de actos, por su duración, por su perseguibilidad, por la materia, por el bien jurídicamente protegido, por su ordenación metódica, por su composición, por su autonomía o dependencia, por su formulación, por la descripción de sus elementos, entre otros.

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la no adecuación de la conducta al tipo penal por lo cual da lugar a la no existencia del delito.

En el Código Penal para el Distrito Federal esta contemplada la atipicidad, él cual expresa: “Art. 29.- (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate.”¹⁸⁴

¹⁸³ Código Penal Para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México, 2005, p.1

¹⁸⁴ ibidem., p.6

La atipicidad puede presentarse por varias causas, como pueden ser las siguientes:

- La conducta del agente no es la señalada en el tipo y por lo tanto no se adecua a él.
- Que los medios de ejecución no sean los requeridos por el tipo ; o bien estos sean diferentes a los señalados.
- Que el objeto material no sea el descrito en el tipo.
- Por faltar peculiaridades y circunstancias especiales, ya sea en el sujeto activo o en el sujeto pasivo.
- Por faltar circunstancias de lugar y tiempo exigidas por el tipo.

La ausencia de tipo, no es lo mismo que la atipicidad. La ausencia de tipo significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta típica determinada.

a) TIPICIDAD.

El tipo de fraude específico en estudio se encuentra en el artículo 231 fracción VII del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, dicho artículo expresa:

“ Art. 231.- Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien VII. Por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explote las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas.”¹⁸⁵

Por su composición es un tipo anormal, pues contiene elementos objetivos, subjetivos y normativos.

¹⁸⁵ ibidem, p.59.

Los elementos objetivos son aquellos que pueden apreciarse por los sentidos, en este caso un elemento objetivo es la conducta , la cual consiste en explotar a las personas, y aunque el tipo no lo exprese textualmente también son elementos objetivos las cosas o lucros, objeto de la explotación económica que hace el sujeto activo del patrimonio del sujeto pasivo.

Los elementos subjetivos son aquellos elementos que se refieren a la intención del sujeto activo o al conocimiento de una circunstancia determinada o algo de índole subjetivo, ya sea de el sujeto activo o en el sujeto pasivo , en éste caso las preocupaciones, la superstición o la ignorancia de las personas (sujeto pasivo).

Los elementos normativos son aquellos conceptos expresados por el tipo que son definidos por el orden jurídico, ósea son entendidos a través del esquema del Derecho, también estos elementos hacen referencia a lo antijurídico y generalmente están vinculados a la conducta y medios de ejecución. En este caso es elemento normativo, el término “personas”, ya que este concepto tiene un significado jurídico. También es elemento normativo el término “explotar”, ya que éste también tiene un significado jurídico.

Respecto al término “explotar” Díaz De León nos expresa: “El elemento normativo (“..explotar..”) alude, específicamente, a la utilización que se hace de la víctima para sacar de ella el lucro y provecho derivado del engaño sobre la supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”¹⁸⁶

Por su ordenación metodológica el tipo es especial, ya que se deriva de un

¹⁸⁶ DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, Código Penal para el Distrito Federal, Comentado, Ob. cit., p. 1120

tipo básico o fundamental que en este caso es el fraude genérico, aunque hay que señalar que en este caso el tipo de fraude específico no es agravado ni atenuado ya que se le aplica la misma pena que la prevista para el fraude genérico. Destacando que el tipo genérico cuenta con una agravante la cual consiste en aplicar además de la pena correspondiente al caso concreto, dos terceras partes más de ésta cuando el fraude sea cometido en contra de dos o más personas. Por lo que esta agravante también se le puede aplicar al fraude específico en estudio.

Por su formulación el tipo es casuístico ya que el fraude específico en cuestión plantea diversas hipótesis o posibilidades para integrarse el delito, a su vez es **alternativo** ya que basta que ocurra una de las alternativas que el mismo tipo plantea.

Por su autonomía puedo decir que el tipo que contempla al fraude específico en estudio es un tipo **dependiente** ya que depende de otro tipo, en este caso depende del tipo de fraude genérico ya que en éste está contenido la pena que se ha de aplicar al sujeto activo, por su realización.

Cuando en la vida real se presentan todos y cada uno de los elementos del tipo de fraude específico en estudio se presentará la tipicidad ya que esta es la adecuación de la conducta a la hipótesis legal.

Convendría perfeccionar el tipo del fraude específico en estudio, para mejorar su comprensión y así poder cuadrar mejor sus elementos configurativos con las conductas dañosas que realizan los defraudadores (“adivinos”, “curanderos”,

“mediums”, “maestros”, “psíquicos”, “madam’s” etc..) verdaderos explotadores del patrimonio de las personas que poseen ciertas circunstancias personales que las hacen presa fácil de estos delincuentes que además de dañar el patrimonio juegan con las emociones, sentimientos y esperanzas de sus víctimas, conductas que en la realidad social actual se están cometiendo. Además para destacar en el propio tipo que los medios de comisión que emplea el defraudador constituyen un “engaño”, ya que no cuentan con validez científica o técnica. Por lo que propongo que la fracción VII del artículo 231 del Código Penal del Distrito Federal, quede de la forma siguiente: “VII. Para obtener un lucro indebido o para apropiarse de alguna cosa ilícitamente explote las preocupaciones, las supersticiones o la ignorancia de las personas por medio de supuesta evocación de espíritus, supuestas adivinaciones o supuestas curaciones u otros procedimientos carentes de validez científica o técnica”

Propongo calificar de “supuestas” a las adivinaciones, para destacar que constituyen un engaño, una mentira, las cuales son utilizadas por el defraudador como medios de comisión para explotar económicamente a la víctima, ya que actualmente no se cuenta con pruebas científicas que sustenten la efectividad de estas practicas

Cabe señalar que de la descripción del fraude específico en estudio vigente en el Distrito Federal, respecto a las “curaciones”, interpreto que; sí un defraudador realiza una curación de alguna alteración en la salud de una víctima, explotando las preocupaciones, supersticiones o la ignorancia de aquella, se le castiga por aprovechar y abusar de las circunstancias personales que posee la propia víctima

y obtener una ganancia excesiva, un lucro desproporcionado por hacerlo, lo que constituye una explotación económica, un daño en el patrimonio de la víctima, aunque no la haya engañado respecto a que la iba a curar. Respecto al término “curaciones”, propongo calificarlas también de “supuestas”, para que el tipo tenga mayor coherencia, ya que si el fraude específico en estudio es una conducta delictiva por dañar el patrimonio por medio del engaño, y que éste lo constituye los medios de comisión, deduzco que las curaciones también deben de ser falsas o sea deben ser “supuestas”, así al obtener el sujeto activo un lucro indebido , una ganancia ilícita realizando unas falsas curaciones a la víctima, estaría dañando su patrimonio, hecho que aunado a la explotación de las circunstancias personales de la propia víctima como son sus preocupaciones, supersticiones o su ignorancia, son causas, por las que el defraudador debe de ser castigado.

b) ATIPICIDAD.

Considero que se presentará la atipicidad cuando:

*El sujeto activo no realice la conducta, que consiste en explotar al sujeto pasivo.

*El sujeto activo no explote al sujeto pasivo (persona física) utilizando los medios de comisión estrictamente señalados en el tipo, que en este caso son: supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.

*El sujeto activo no explote las condiciones psíquicas del sujeto pasivo, que expresamente menciona el tipo las cuales son: preocupaciones, supersticiones o ignorancia.

C) ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar una idea positiva sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho.

Según Cuello Calón la antijuridicidad “presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo.”¹⁸⁷

Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica “tipicidad”, se requieren en cada caso verificar si el hecho examinado además de cumplir con ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad como organismo unitario. El profesor argentino textualmente dice: “Nadie ha explicada con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una disonancia armónica, pues en la frase se expresa en el modo más preciso la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora.”¹⁸⁸

Se debe de tener presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa pero no en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado.

¹⁸⁷ CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Ob. cit., p.362.

¹⁸⁸ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Ob. cit. , p. 392

Celestino Porte Petit expresa: “Una conducta o un hecho son antijurídicos cuando siendo típicos no están protegidos por alguna causa de justificación.”¹⁸⁹

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación de un valor o bien protegido al que se contrae el tipo penal respectivo.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad; “El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley), y materialmente antijurídica en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.”¹⁹⁰

Según Cuello Calón; “La antijuridicidad presenta un doble aspecto, un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma, y otro material integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos. Ambos aspectos suelen coincidir. Los hechos que las normas penales prohíben o mandan ejecutar son generalmente nocivos o peligrosos socialmente, pero aun cuando no lo fueran siempre serían antijurídicos por contravenir lo mandado por la norma. Los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material) no previstos por la norma sólo serán antijurídicos cuando una ley los sancione,. La antijuridicidad material sin antijuridicidad formal no tienen trascendencia penal.”¹⁹¹

Para Villalobos, la antijuridicidad es “oposición al derecho; y como el Derecho Puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, o bien de fondo, de contenido material, también de la antijuridicidad se puede afirmar que es formal,

¹⁸⁹ PORTE PETIT, CANDAUDAP Celestino, Programa de Derecho Penal, “Parte General “, 3a. ed., Ed. Trillas, México 1990, p.285

¹⁹⁰ FRANZ VON LISZT, citado por Castellanos Tena Fernando, Ob. cit., p.180.

¹⁹¹ CUELLO CALON Eugenio, Derecho Penal, T. I. Ob. cit., p.365.

por cuanto se opone a la ley del Estado y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley, La infracción de las leyes significan una antijuridicidad formal, por la violación del precepto positivo derivado de los órganos del estado, y una antijuridicidad material por el quebrantamiento de las normas que la ley interpreta, o de los intereses sociales que una u otra (norma y ley) reconocen y, por eso también resulta excesivo afirmar que los delitos violan las normas no las leyes.”¹⁹²

Siguiendo el plan que he trazado, consistente en señalar los factores positivos y negativos del delito, se debe de examinar la ausencia de antijuridicidad, ya que puede ocurrir que la conducta típica este en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación.

Las Causas de Justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica, representan un aspecto negativo del delito, en presencia de algunas de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito a saber; la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada a pesar de su apariencia resulta conforma a Derecho. A las causas de justificación también se les llama; justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud entre otras denominaciones.

A las causas de justificación generalmente se les agrupa al lado de otras que anulan el delito, o mejor dicho impositivas de su configuración. A las causas que anulan el delito suelen catalogárseles bajo la denominación; causas excluyentes de responsabilidad, causas de incriminación, entre otros nombres.

¹⁹² VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, “Parte General”, 5ª. ed., Ed. Porrúa, México 1990, p.258-259.

El Código Penal para el Distrito Federal para denominar a las causas que anulan el delito usa la expresión “Causas de Exclusión del Delito”, las cuales están expresadas en su artículo 29.

Las justificantes no deben de ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. “Las causas de justificación dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva personal e intransitiva. Los efectos de las primeras –añade Núñez-, son *erga omnes* respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.”¹⁹³

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas se refieren al hecho y no al sujeto, atañen a la realización externa, otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran el aspecto personal del actor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas aprovechan a todos los copartícipes, las otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho.

Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, si puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil, en cambio tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues como dice Cuello Calón, “de quien

¹⁹³ SOLER Sebastián y NÚÑEZ, citados por CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit. , p. 184

obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos”¹⁹⁴, sin embargo Carrancá y Trujillo anota una excepción, la cual se encuentra señalada en el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual expresa: “Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercito a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.”¹⁹⁵

Cabe señalar que a las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley se les llama “supralegales”, no es acertada esta denominación, porque solo pueden operar si se desprenden dogmáticamente, es decir, del ordenamiento positivo, más la doctrina designa así a las causas impositivas de la aparición algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica. Aludir a supralegalidad produce una impresión de algo por encima de las disposiciones positivas, cuando en realidad esas eximentes derivan de la propia ley. La enunciación expresa de las causas excluyentes de responsabilidad en las leyes no tiene carácter limitativo, y antes bien es puramente enunciativa,. Todas aquellas causas que impidan la aparición de algunos de los elementos del delito evitarán su configuración. Sólo tratándose de las causas de justificación no puede hablarse de causas supralegales.

Respecto a las mencionadas causas supralegales Ignacio Villalobos expresa: “Se puede decir que mencionadas o no en la ley las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos, la excluyente de antijuridicidad en cambio, solo se integra por la declaración o el

¹⁹⁴ CUELLO CALÓN, citado por CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.185.

¹⁹⁵ Código Civil para el Distrito Federal, Ed. SISTA, México, 2005, p. 170

reconocimiento hecho por legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuridicidad formal a la que da vida también una declaración legal.”¹⁹⁶

Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, solo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Por ello para Edmundo Mezger la exclusión de antijuridicidad se funda; “a) en la ausencia de interés y b) en función del interés preponderante.”¹⁹⁷

Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no solo intereses individuales sino también quebranta la armonía colectiva, pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces sí cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y por ende, resulta idóneo para excluir la antijuridicidad lo mismo ocurre cuando el derecho refuta ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el consentimiento, esta ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

Debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como: “falta de consentimiento” (del titular), “contra la voluntad”, “sin permiso”, etcétera. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante,

¹⁹⁶ VILLALOBOS Ignacio, citado por CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.186.

¹⁹⁷ MEZGER Edmundo, citado por CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.187.

sino una atipicidad. Solamente, cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación.

Respecto a la ausencia de interés, el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 29, fracción III expresa: "(Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible,
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien este legitimado para consentir tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no media algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o quien este legitimado para consentir, estos hubiesen otorgado el consentimiento."¹⁹⁸

Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto, para excluir la antijuridicidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo. Villalobos cita dos ejemplos al respecto: "el del enfermo llevado al hospital, cuando se halla privado de sus facultades de juicio y de consentimiento, sin posibilidad de

¹⁹⁸ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México, 2005, p.6

que sus familiares o allegados le sustituyan en tales funciones y a pesar de ello se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la validez de un consentimiento presunto atribuido al propio enfermo. Y el caso que puede presentarse en la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de antijuricidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa.”¹⁹⁹

Cuando existan dos intereses incompatibles, el derecho ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifica la defensa legítima, el estado de necesidad , el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

Cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante emerge, la ilicitud, pues mientras las causas de justificación excluyen la antijuricidad del comportamiento, el exceso queda situado dentro del ámbito de la delictuosidad.

El Código Penal del Distrito Federal respecto al exceso en la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho expresa en su artículo 29 fracción IX, tercer párrafo lo siguiente: “Si en los casos de las fracciones IV, V; y VI de este artículo el sujeto se excediere se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.”²⁰⁰ Y el artículo 83 a que se hace mención, en su tercer párrafo señala: “Al que incurra en un exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 29 de éste Código, se le impondrá la cuarta parte

¹⁹⁹ VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, ob. cit., p.352-353

²⁰⁰ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México, 2005, p.8.

de las penas o medidas de seguridad correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso no exista otra causa de exclusión del delito.”²⁰¹

El Código Penal para el Distrito Federal contempla en el artículo 29 las causas de justificación siguientes:

- Consentimiento del titular (fracción III).
- Legítima defensa (fracción IV).
- Estado de necesidad (fracción V).
- Cumplimiento de un deber (fracción VI).
- Ejercicio de un derecho (fracción VI).

Consentimiento del titular: El delito se excluye cuando “Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible.
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien este legitimado para consentir tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien;, y
- c) Que el consentimiento sea expreso y tácito y no medie ningún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del

²⁰¹ ibidem, p.22.

bien o a quien este legitimado para consentir estos hubiesen otorgado el consentimiento.”²⁰²

Legítima defensa: El delito se excluye cuando “se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada 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 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 intruso en el momento de sorprenderlo en alguno de los lugares citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.”²⁰³

Estado de necesidad: El delito se excluye cuando “ 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.”²⁰⁴

²⁰² ibidem., p.6

²⁰³ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México, 2005, p.6-7

²⁰⁴ ibidem, p.7

Cumplimiento de un deber y Ejercicio de un derecho: El delito se excluye cuando la “acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.”²⁰⁵

a) ANTIJURIDICIDAD.

En el fraude específico en estudio, la antijuridicidad formal, esta contenida en el término “explotar”, ya que este verbo expresa una conducta contraria a Derecho, consistente en abusar de las personas para obtener ventajas excesivas, en caso concreto se refiere a abusar de las personas para obtener bienes y/o derechos en forma excesiva conducta que viola el derecho ya que uno de los fines de este es proteger el patrimonio de las personas.

De realizarse el fraude específico en estudio, se afectaría el patrimonio, que es uno de los intereses más importantes de la sociedad, presentándose así la antijuridicidad material, pues esta es el daño a los intereses colectivos. El patrimonio es un interés colectivo porque a todos los miembros de una sociedad les interesa que su patrimonio sea respetado, ya que su subsistencia esta basado en buena parte en él, y también porque sino se hace respetar el patrimonio individual, la sociedad no avanzaría económicamente y por lo tanto carecería de desarrollo en varios aspectos, como lo son salud, educación, servicios públicos etcétera.

b) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

*Consentimiento del titular: como causa de justificación en el fraude específico en

²⁰⁵ idem

estudio no se presenta, ya que si se da el caso de que una persona (sujeto pasivo) exprese que ella, esta de acuerdo en pagar por los servicios del activo, éste consentimiento no sería valido desde el punto de vista jurídico, ya que para que tenga validez jurídica la causa de justificación en comento se necesita entre otros requisitos, que no medie ningún vicio del consentimiento, ya que así lo señala el articulo 29 fracción III, inciso c) del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, circunstancia que no se cumple, ya que el sujeto pasivo estará otorgando su consentimiento, basado en la superstición, ignorancia o preocupaciones, circunstancias que considero que constituyen un “error” el cual es un vicio del consentimiento.

* Legítima defensa: no se presenta.

*Estado de necesidad: considero que sí se puede presentar, esta causa de justificación ya que puede presentarse el caso de una persona enferma y desempleada que ha buscado trabajo o que le presten dinero, para poder subsistir (comer y comprar sus medicamentos) y ante la negativa de ambos casos decide obtener dinero efectuando un fraude, así que va a la calle y caminando sobre ésta, le propone a varias personas adivinarle su futuro a cambio de una cantidad de dinero (\$50 pesos), a lo que excede una persona cometiendo así la conducta descrita en estudio, ya que el supuesto “adivino” explotó la superstición, la ignorancia o la preocupación de aquella persona, por medio de una adivinación pero no existirá el delito por anularse la antijuridicidad, ya que el defraudador actuó en base a una causa de justificación como lo es el estado de necesidad, de salvaguardar un bien jurídico propio (integridad física),de un peligro real, actual o

inminente (lesión), no ocasionado dolosamente por él mismo y el peligro no pudo evitarse en ése momento por otros medios y además el sujeto no tenía el deber jurídico de afrontarlo.

*Cumplimiento de un deber: no se presenta.

*Ejercicio de un derecho: considero que no se presenta.

D) IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal la imputabilidad implica salud mental, actitud psíquica de actuar en el ámbito penal precisamente al cometer el delito. Por otra parte el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable, así no puede haber culpabilidad si previamente no es imputable.

Algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Una tercera posición sostiene que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.

Para ser culpable un sujeto precisa que antes sea imputable, si en la culpabilidad, como se verá más adelante intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener la capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce, luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

Para Max Ernesto Mayer 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.”²⁰⁶

Para Carrancá y Trujillo será imputable “todo aquel que posee, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.”²⁰⁷

Fernando Castellanos Tena expresa: “la imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. Nosotros preferimos entenderla como presupuesto o soporte del elemento culpabilidad, porque al llegar a ésta, es decir, al analizarse el aspecto subjetivo del delito es cuando se debe de determinar si el sujeto que ejecuto el hecho era capaz de realizarlo con conciencia y voluntad, correspondiendo indagar si poseía las facultades de juicio y de decisión.”²⁰⁸

La imputabilidad debe de existir en el momento de ejecución del hecho pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A éstas acciones se les llama “liberae in causa” (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí sin duda alguna

²⁰⁶ MAX ERNESTO MAYER, citado por CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.218.

²⁰⁷ CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl, Derecho Penal Mexicano, “Parte General”, 20ª. ed., Ed. Porrúa, México 1999, p. 431.

²⁰⁸ CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.218

existe la imputabilidad entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal.

Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad, en la acción o acto precedente, ó sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad, por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

En el Código Penal para el Distrito Federal expresamente se establece la responsabilidad penal tratándose de las acciones, libres en su causa, ya que el precepto relativo a la inimputabilidad (artículo 29 fracción VII) expresa lo siguiente: “a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para que en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.”²⁰⁹

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del Derecho Penal.

Las causas de inimputabilidad son, pues todas aquellas capaces de anular o neutralizar ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de actitud psicológica para la delictuosidad.

²⁰⁹ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª, ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 7.

Cabe señalar que como en otros casos, tratándose de la inimputabilidad son admisibles, tanto las excluyentes legales como las llamadas supralegales.

En el Código Penal para el Distrito Federal la inimputabilidad esta contenida en el artículo siguiente: “Art. 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

VII. (Inimputabilidad y acciones libres en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental 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.”²¹⁰

Del precepto anterior, puede decirse que las causas de inimputabilidad que contempla el Código Penal para el Distrito Federal son: trastorno mental y desarrollo mental retardado.

“**Trastorno mental:** esta causa incluye cualquier alteración o mal funcionamiento, de las facultades psíquicas siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Solo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

²¹⁰ idem.

Desarrollo intelectual retardado: esta causa es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad solo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer.”²¹¹

Cabe destacar que el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, consagra la llamada imputabilidad disminuida, al expresar: “Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre, considerablemente disminuida se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de éste Código.”²¹²

Por su parte el artículo 65 dispone: “(Tratamiento para imputables disminuidos) Si la capacidad del autor solo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental al juicio del juzgador se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes o bien ambas tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme aun certificado medico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia.”²¹³

Hay que notar que en la inimputabilidad disminuida la ley no excluye el delito únicamente reduce la pena en su caso la medida de seguridad o ambas.

Al consignar la ley entre las excluyentes del delito las causas de inimputabilidad, es de concluirse que los protegidos por estas eximentes deben quedar al margen

²¹¹ AMUCHATEGUI REQUENA I. G., Ob. cit., p.79.

²¹² Código Penal para el Distrito Federal, 13ª, ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 7

²¹³ ibidem., p. 17.

de toda consecuencia represiva o asegurativa, por haber realizado el hecho penalmente tipificado sin capacidad de juicio y decisión. Las causas de inimputabilidad impiden el surgimiento del delito, sin embargo “para fines de defensa social la ley penal rompe aquí sus propios postulados básicos y admite la aparición de consecuencias formalmente penales (por la ley que las regula, la autoridad que las impone y los órganos que las ejecutan.) aun cuando hay en la hipótesis un aspecto negativo del delito, un no delito, por inimputabilidad, y sea el agente un sujeto incapaz de Derecho Penal. Se advierte, que el Estado adopte determinadas medidas que no son propiamente penas, para la atención de tales sujetos y sobre todo, para la debida protección de la comunidad.”²¹⁴

En el Código Penal para el D. F., en el capítulo XI denominado “ Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos”, se regulan dichas medidas de seguridad.

Comúnmente se afirma que en el ámbito penal los menores de 18 años son inimputables y por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos del Derecho Penal no se le configuran los delitos respectivos, sin embargo, desde el punto de vista lógico y doctrinario, nada se opone a que una persona de 17 años, por ejemplo, posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna que altere sus facultades, en éste caso al existir la salud y el desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente capaz.

El profesor Sergio García Ramírez afirma: “al menor se le excluye del horizonte penal porque es inimputable, por lo tanto lo adecuado es designarle inimputable, *juris et de jure*, sin entrar a régimen alguno sobre las medidas que convienen a su tratamiento.”²¹⁵

²¹⁴ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, citado por CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p. 228

²¹⁵ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, citado por CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.231.

El artículo 6º de la Ley para el Tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, fija como límite los 18 años, por considerar a los menores de esa edad una materia dúctil, susceptible de corrección. Al respecto el citado artículo en su primer párrafo expresa: “El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales señaladas en el artículo 1º. de esta Ley. Los menores de 11 años, serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán, en este aspecto, como auxiliares del Consejo.”²¹⁶

Con base a la efectiva capacidad de entender y de querer, en virtud de ese mínimo de salud y desarrollo de la mente, no siempre será inimputable el menor de 18 años. Hay códigos como el de Michoacán donde la edad límite es de 16 años. Resultaría absurdo admitir que un mismo sujeto (por ejemplo de 17 años), sea psicológicamente capaz al trasladarse a Michoacán e incapaz al permanecer en el D. F. , más situados en el ángulo jurídico, se debe de considerar a la inimputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del Derecho Represivo. Desde este punto de vista evidentemente los menores de 18 años según nuestra ley Penal (Código Penal del D. F.) son inimputables y en algunos Estados del país puede ser que no, sí éstos fijan otro límite de edad.

a) IMPUTABILIDAD.

De la descripción del fraude específico en estudio se deduce que el sujeto activo

²¹⁶ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 2

es en éste caso el “explotador”, debe ser un sujeto imputable, ya que al querer obtener un lucro por medio de engaño, consistente en una supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explotando así las preocupaciones, la superstición o la ignorancia de las personas (sujeto pasivo) , se infiere que dicho sujeto no padece ningún trastorno mental ni desarrollo intelectual retardado y que por el contrario goza de las facultades psíquicas de querer y entender, facultades que el Derecho penal exige para que una persona sea un sujeto imputable.

El “explotador”, al momento de ejecutar su conducta entiende que es antijurídica y a pesar de esta circunstancia acepta y decide continuarla hasta obtener un lucro, explotando así al sujeto pasivo.

Cabe señalar, que además de tener las facultades mentales de querer y entender el sujeto activo (defraudador) debe de contar con un mínimo de 18 años de edad para ser imputable ya que el Código Penal para el D. F. así lo exige en su artículo 12.

b) INIMPUTABILIDAD.

Considero que en el fraude específico en estudio no es posible que se lleve a cabo por una persona inimputable, ya que su realización exige que el sujeto activo cuente con sus facultades de entender y de querer. Cabe destacar que si la conducta típica la realizará una persona menor de edad, no existiría delito ya que se presentaría la inimputabilidad.

E) CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

La imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la

capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal, definiré a continuación a la culpabilidad.

Para Villalobos la culpabilidad genéricamente “consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indulgencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa.”²¹⁷

Para Sergio Vela Treviño la culpabilidad es “elemento subjetivo del delito y eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta.”²¹⁸

Fernando Castellanos Tena considera a la culpabilidad como “el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.”²¹⁹

Según Cuello Calón se considera culpable “la conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existenciales entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. Hay pues en la culpabilidad, a más de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste, motivo por su comportamiento contrario a la ley, pues, al ejecutar un hecho que ésta prohíbe ha quebrantado su deber de obedecerla y se reprocha al agente su conducta, porque no ha obrado conforme a su deber.”²²⁰

Son dos las principales doctrinas que ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad; el psicologismo y el normativismo.

²¹⁷ VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Ob. cit., p.281-282.

²¹⁸ VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, “Teoría del delito”, Ed. Trillas, México 1985, p.337

²¹⁹ CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.234

²²⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio, Ob. cit., p.423.

Según la teoría psicologista, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad ya supuesta, la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso.

Sobre la Teoría Psicologista Porte Petit nos expresa: “la culpabilidad con base psicológica consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y su conducta o el resultado material, según se trate de un delito de mera conducta o de resultado material. En el primer caso, hay un solo nexo psicológico; en el segundo dos, pues además del nexo psicológico entre el sujeto y su conducta, se requiere que exista el del sujeto con el resultado material; por tanto para la teoría psicológica, la culpabilidad se origina en cuanto existe ese nexo psicológico quedando únicamente por determinar si éste es referible (como sostienen algunos) al dolo y a la culpa, o bien (como piensan otros), al dolo únicamente. Si el psicologismo consiste en un nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado, no puede fundamentar sino el dolo directo y el eventual y tal vez la culpa con representación, consiente o con previsión, pues aun cuando no se quiere el resultado se acepta en caso de que se produzca, se preve con la esperanza de que no se realizará, pero de ninguna manera puede admitirse en el psicologismo la culpa sin representación, inconsciente o sin previsión, porque en ésta ni siquiera se previo el resultado previsible.”²²¹

Para la teoría normativista la culpabilidad lo constituye, “un juicio de reproche, una

²²¹ PORTE PETIT, CANDAUDAP, Celestino, Ob. cit., p.590-591.

conducta es culpable si a un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada, la esencia del normativismo consiste en fundamentar a la culpabilidad, ósea al juicio de reproche en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así la culpabilidad, no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo a la exigibilidad normativa por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad, ese juicio surge de la ponderación de dos términos; por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado, por la otra un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho, es decir, el deber ser jurídico.”²²²

“Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver solo en la psiquis del autor, es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico. La culpabilidad pues considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.”²²³

Fernando Castellanos Tena nos expresa “La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las preocupaciones indispensables

²²² CASTELLANOS TENA Fernando, Ob, cit., p.236.

²²³ FERNÁNDEZ DOBLADO, Luis, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p.236.

exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado”²²⁴

El Código Penal para del Distrito Federal vigente enuncia dos grados o tipos de culpabilidad los cuales son: el dolo y la culpa.

“Art. 18.- (Dolo y Culpa). 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 el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría en virtud de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.”²²⁵

Para la Teoría Causalista el dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. Los elementos del dolo son dos; el ético, que consiste en saber que se infringe la norma y el elemento volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

Fundamentalmente el dolo puede ser:

²²⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p.237-238.

²²⁵ Código Penal Para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México, 2005,p.4.

“Directo: El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico, por ejemplo; desea violar y lo hace.

Indirecto o eventual: El sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que surjan otros diferentes, por ejemplo; alguien quiere lesionar a un comensal determinado para lo cual coloca una sustancia venenosa en la sal de mesa, al saber que podrán salir lesionados otro sujetos.

Genérico: Es la intención de causar un daño o afectación ó sea, la voluntad conscientemente encaminada a producir un delito.

Específico: Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba.

Indeterminado: Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado, por ejemplo; colocar una bomba para protestar por una situación de índole político; el sujeto sabe que causará uno o más daños pero no tiene intención de infringir alguno en especial.

Cabe insistir en que el dolo es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico.”²²⁶

Según Cuello Calon la culpa existe “cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida, se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.”²²⁷

²²⁶ AMUCHATEGUI REQUENA IRMA G., Derecho Penal, “Cursos Primero y Segundo”, Ed. Harla, México 1994, p.83.

²²⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio, Ob. cit., p.466

“La culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona por falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable.

Los elementos de la culpa son:

- a) Conducta (acción u omisión).
- b) Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes
- c) Resultado previsible y evitable.
- d) Típificación del resultado y
- e) Nexo o relación de causalidad.

La culpa presenta las clases siguientes:

Conciente: También llamada con previsión o representación, existe cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.

Inconsciente: Conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico; así realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser:

- a) lata: En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño
- b) leve: Existe menor posibilidad que en la anterior.
- c) Levísima: La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores.”²²⁸

²²⁸ AMUCHATEGUI REQUENA Irma G., Ob. cit., p.84

Cabe señalar que el artículo 19 del Código Penal para el D. F., contempla la figura jurídica, denominada “Principio de numerus clausus”, que consiste en que los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

Los artículos 76 y 77 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal , dan las reglas para la punibilidad de los delitos culposos, así como también la enunciación expresa de los delitos que pueden ser culposos.

Se cuestiona por qué si en los delitos culposos (imprudenciales) el agente no tiene intención de causar un daño o afectación a un bien jurídico, existe una pena. La respuesta es que el sujeto deja de tener la cautela o precauciones exigidas para evitar una consecuencia dañosa a otros. Con ello, se sanciona al responsable del delito, aunque no haya intención delictuosa, pero es reprochable su falta de previsión y cuidado; por otra parte, se protege a la sociedad, que quedaría en estado de abandono jurídico, sino se castigaran los delitos imprudenciales.

La inculpabilidad, es la ausencia de culpabilidad, significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos; intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

Respecto a la inculpabilidad el profesor Fernando Castellanos Tena expresa: "En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo)."²²⁹

Para muchos especialistas seguidores del normativismo llenan el campo de las inculpabilidades el error y la no exigibilidad de otra conducta.

El error es un vicio psicológico que consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Según los escolásticos: *veritas est adequatio intellectus et rei* (la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce, pero se conoce equivocadamente.

El error se divide en error de hecho y error de derecho. El error de hecho se clasifica en esencial y accidental.

El error esencial nos dice Vannini; "es el que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer y advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal."²³⁰

En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye, como antes mencione, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

²²⁹ CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.258.

²³⁰ VANNINI, citado por CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.260.

El error accidental, es el que no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. El error accidental es ineficaz para borrar la culpabilidad. “Como errores accidentales se pueden mencionar los siguientes:

a) *Aberratio ictus*: Es el error en el golpe. De todas formas se contraría la norma.

b) *Aberratio in persona*: Es el error sobre el pasivo del delito, se suscita cuando se confunde a una persona con otra.

c) *Aberratio in delicti* : Es el error en el delito. Se produce otro ilícito que no era el querido.

Es causa de inculpabilidad, solo el error de hecho, esencial invencible .”²³¹

El error de derecho, se presenta cuando el sujeto tiene una falsa concepción del derecho objetivo. Al error de derecho también se le denomina error de prohibición. Anteriormente el error de derecho no constituía causa de inculpabilidad, ya que se consideraba que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justificaba ni autorizaba la violación. También se sostenía lo siguiente: “No puede decirse que es inculpable quien comete un ilícito por error de derecho, ni puede serlo por ignorar el derecho, pues su desconocimiento no excusa de su cumplimiento”. Estos razonamientos eran la base del artículo 59-bis del Código Penal de 1931, el cual después de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 1984 disponía: “Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate

²³¹ AMUCHATEGUI REQUENA I. G., Ob. cit., p.87.

o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.”²³² Cabe hacer notar que el precepto no atribuía a tal error (o ignorancia) el rango de excluyente de responsabilidad penal, sino sólo el de una modificativa favorable, atenuante de la pena.

Actualmente, el error de derecho o error de prohibición como también suele denominársele, es aceptado por el Código Penal para el Distrito Federal, como causa de exclusión del delito. La esencia del error de derecho radica en que el sujeto, no obstante de conocer el hecho que realiza, esta ignorante de la obligación que tiene de respetar o acatar una norma penal determinada, ya que por desconocimiento de la propia norma que le impone hacer algo o abstenerse de hacerlo, o porque su conocimiento de ella es imperfecto, pero se precisa que dicho error sea invencible o insuperable, esto es, que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su actuación u omisión, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su sentido y no se esforzó en hacerlo no puede alegar que su error sea inculpable.

Respecto al error y la ignorancia puedo decir que ambas pueden constituir causas de inculpabilidad si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo propone realizar. En el error el sujeto tiene una falsa apreciación de la realidad y en la ignorancia nada conoce, ni errónea ni certeramente.

²³² CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.260

Los especialistas últimamente prefieren hablar de error de tipo y error de prohibición, en lugar de error de hecho y error de derecho.

La doctrina contemporánea divide el error en dos clases: de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante.

Francisco Pavón Vasconcelos, considera que el error de tipo consiste en “la realización de la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal. También afirma que cuando el error no recae sobre circunstancias pertenecientes al tipo legal, sino sobre la licitud en la realización del hecho, se da el error de prohibición que comprende :a) error invencible por estimarse que el hecho típico ejecutado no esta prohibido; b) error invencible al considerarse que el hecho en general prohibido, en el caso particular, se encuentra justificado a virtud de una circunstancia que en realidad no tiene esa eficacia; y c) error invencible por creerse que el hecho, si bien prohibido, en el caso se halla amparado por una causa de justificación.”²³³

Para el profesor Castellanos Tena, el error de tipo versa también sobre la antijuridicidad, “Quien en virtud de un error esencial e invencible cree atípica su actuación, indudablemente la considera lícita, acuerdo con el Derecho, siendo en realidad contraria al mismo.”²³⁴

Cabe hacer referencia, de que existe una cuestión terminológica, consistente en

²³³ PAVÓN VASCONSELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal, 12ª.ed., Ed. Porrúa, México 1995, p.47

²³⁴ CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit, p.260

que al error de ilicitud o de permisión algunos lo llaman igualmente de prohibición, denominación esta última que también emplean otros para mencionar al error de derecho cuestión que entre los especialistas no existe unidad de criterio.

El Código Penal para el Distrito Federal, contempla el error de tipo y el error de prohibición como causas de exclusión del delito en el artículo 29 el cual expresa:

”Artículo 29. (Causas de exclusión). 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 esta 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.”²³⁵

Es importante destacar que en el mismo inciso b) del artículo 29 del Código Penal para el D. F., se encuentra el llamado error de permisión o error de licitud “el cual se produce sí el sujeto se encuentra en un error invencible por creer que su conducta se encuentra justificada.”²³⁶

En Derecho Penal pueden admitirse eximentes supralegales (excepto las excluyentes de antijuridicidad), en consecuencia, existen sin duda causas de

²³⁵ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed. Ed. ISEF, México, 2005.p.7

²³⁶ PAVON VASCONSELOS Francisco, citado por CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.263.

inculpabilidad aun cuando no estén expresamente reglamentadas en la ley, si se desprenden dogmáticamente, esto es, si resulta dable extraerlas del ordenamiento positivo.

Según el Código Penal para el Distrito Federal las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente (artículo 18), es decir; se integran tan solo si se llenan las formas de la culpabilidad, dolo o culpa. Si el sujeto al realizar una conducta típica desconoce la significación de su acto (y ese desconocimiento es en virtud de un error esencial e insuperable), o poseyendo esa conciencia, ejercita una conducta o hecho con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad y por ende un elemento esencial del delito, a pesar de que dicho agente sea completamente imputable. En este caso se hallan las **eximientes putativas** ahora reguladas como ultimas hipótesis del inciso b) de la fracción VIII del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal.

Considero que la base de las eximientes putativas es el error de permisión, el cual se produce sí el sujeto se encuentra en un error invencible por creer que su conducta se encuentra justificada.

Fernando Castellanos Tena define a las eximientes putativas como: “Las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica permitida, lícita, sin serlo.”²³⁷

²³⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p.267

Las eximentes putativas pueden presentarse en todas las actuaciones típicas y antijurídicas a donde el sujeto considera, de manera fundada, encontrarse ante una causa de justificación. Por ello pueden mencionarse como eximentes putativas las siguientes:

- a) Legítima defensa putativa,
- b) Estado de necesidad putativo
- c) Cumplimiento de un deber putativo y Ejercicio de un derecho putativo.

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

José Rafael Mendoza expresa que “la defensa putativa existe cuando el sujeto supone erróneamente, encontrarse ante una agresión injusta.”²³⁸

Jiménez de Asúa, comenta: “La defensa putativa se da si el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque ilegítimamente, sin estarlo en realidad”²³⁹

En la legítima defensa putativa la culpabilidad, está ausente por falta del elemento moral del delito, en función del error esencial de hecho. La actuación del agente es antijurídica porque, por hipótesis, no existe la causa real motivadora de una justificación (esta observación vale para todas las eximentes putativas), que en el caso, sería la agresión actual, violenta, injusta, etcétera, en tales condiciones la conducta no puede quedar legitimada por ser objetivamente contraria al derecho; pero no es culpable por ausencia de la rebeldía subjetiva con el orden jurídico.

²³⁸ MENDOZA, José Rafael, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p.268

²³⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Teoría del Delito, v. 2, Ed. Jurídica Universitaria, México 2002, p.198.

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos expresa, “En la defensa putativa, el sujeto cree, fundado en error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión.”²⁴⁰

Estado de necesidad putativo: La comisión de un delito puede existir cuando alguien, por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad. En el estado de necesidad putativo, la creencia de un estado de peligro, real grave e inminente, pero de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos.

Valen las mismas consideraciones hechas para la legítima defensa putativa, pero conviene insistir en que como en todos los casos de inculpabilidad por error esencial de hecho, éste debe ser invencible y fundado en razones suficientes aun cuando aceptable para la generalidad de los hombres y no solo para los técnicos o especialistas. Precisa además la comprobación de que, si hubiera existido tiempo y manera de salir del error, el agente lo hubiera intentado.

Cumplimiento de un deber putativo y ejercicio de un derecho putativo: puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber no concurrente. Si el error es esencial e invencible, no habrá delito por ausencia de culpabilidad.

Con los términos “no exigibilidad de otra conducta”, se da a entender que la

²⁴⁰ PAVÓN VASCONCELOS Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 12ª. ed., Ed. Porrúa, México 1995, p.477

realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, que hace excusable esa conducta. La doctrina moderna sostiene que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatoria de culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho.

Ignacio Villalobos comenta: “cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la persona, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial. Alguna solución se ha de buscar, en el término de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del Derecho; sin que medie cosa alguna que la autorice y aun cuando concurren condiciones precarias que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico.

La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación. Por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos.”²⁴¹

²⁴¹ VILLALOBOS Ignacio, Ob. cit., p.433

La no exigibilidad de otra conducta, la contempla el Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo que a continuación se transcribe:

“Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

IX.(Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.”²⁴²

a) CULPABILIDAD.

El grado de culpabilidad que se presenta en el fraude específico en estudio, es el de dolo, ya que el sujeto activo, (defraudador), solo puede llegar a explotar a las personas que sean ignorantes, o supersticiosas o que tengan preocupaciones, por medio de supuesta evocación de espíritus, o adivinaciones o curaciones, de forma intencional.

El fraude específico en cuestión es un delito doloso porque el sujeto activo realizará el resultado típico en forma voluntaria y con pleno conocimiento. Por lo que considero que en el fraude específico en estudio se excluye el grado de culpa.

Es un delito doloso, porque su realización requiere necesariamente de medios de comisión que solo se pueden efectuar de forma intencional (evocar espíritus, adivinaciones o curaciones), así como también se observa la intencionalidad, al determinar las circunstancias que debe poseer el sujeto pasivo (preocupaciones, superstición, o ignorancia), para explotarla.

²⁴² Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2008, p.7

Además antes de su realización el sujeto activo sabe, que el resultado será antijurídico (explotar el patrimonio de otra persona), y sin embargo quiere y acepta realizarlo.

El elemento subjetivo del dolo, esta constituido no solo en la realización de la conducta sino particularmente por el especial animo de lucro que acompaña este delito, como en el fraude genérico y los demás delitos contra el patrimonio, exceptuando el daño en propiedad ajena.

b) INCULPABILIDAD.

En el fraude específico en estudio, considero que no se puede presentar alguna causa de inculpabilidad, ya que en su realización, el sujeto activo, denota dolo, voluntad y un conocimiento de que esta explotando económicamente a una persona que posee ciertas circunstancias que la hacen presa fácil, de engaños como lo son: la evocación de espíritus o adivinaciones.

F) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

La condicionalidad objetiva esta constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguir el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, y para otros más constituyen un autentico elemento del delito.

Jiménez De Asúa dice que “las verdaderas condiciones de esta clase son los de

perseguibilidad. Nos negamos a ver a las condiciones de punibilidad como elementos del tipo. Precisamente su característica consiste no solo en ser objetivas, sino principalmente extrínsecas al tipo legal, que nada añaden a él y que por tanto, no tienen que ser abarcadas por las culpabilidad del autor.”²⁴³

Para Guillermo Colín Sánchez existe identidad entre las “cuestiones prejudiciales” y las “condiciones objetivas de punibilidad” ya que expresa: “quienes invocan, aunque inapropiadamente, en cuanto el vocablo condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general del derecho penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales, enfocan el problema desde el punto de vista procesal, en cambio, los requisitos de procedibilidad, son también exigencias que legalmente deben de satisfacerse para proceder en contra de quien infringió una norma del Derecho Penal Sustantivo”²⁴⁴

Fernando Castellanos Tena respecto a las condiciones objetivas de punibilidad expresa: “generalmente son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación, tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo si faltan en el, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y por ende accesorios fortuitos. Basta la existencia de un solo delito sin estas, condiciones para demostrar que no son elementos de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada.”²⁴⁵

Para la profesora Irma G. Amuchategui Requena, la condicionalidad objetiva “no es propiamente parte integrante y necesaria del delito, este puede existir sin

²⁴³ JÍMENEZ DE ASÚA Luis, Ob. cit., p.530

²⁴⁴ COLIN SÁNCHEZ Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 18ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001, p. 320.

²⁴⁵ CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit., p.278.

aquellas. En realidad las condiciones objetivas son elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad, etcétera .”²⁴⁶

Ernesto Beling que mantuvo la tesis de absoluta independencia de las condiciones objetivas de punibilidad las define así: “son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad. En la serie de los elementos del delito ocupan el sexto lugar; según se dice las sextas condiciones de punibilidad, y sin embargo se les suele denominar más comúnmente como segundas condiciones de punibilidad... Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo de delito en que aquellas no son circunstancias que pertenezcan al tipo ... por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo objetivo, por cual las suele denominar frecuentemente condiciones objetivas o extrínsecas.”²⁴⁷

Por su parte Gustavo Malo Camacho nos comenta: “las condiciones objetivas de punibilidad no implican una referencia al sujeto activo, sino situaciones que inciden sobre el injusto en general, su característica diferenciadora es que surge en relación con la materia misma del injusto, ligada al desvalor del acto y del resultado y con base en esto no deben ser confundidos con otras formas de causa de exclusión de la pena.”²⁴⁸

²⁴⁶ AMUCHATEGUI REQUENA Irma G., Derecho Penal, Ed. Harla, México 1994, p.93.

²⁴⁷ BELING Ernesto, citado por, JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, Principios de Derecho Penal, “La ley y el Delito”, 3ª.ed., Ed. Abeledo Perrot, Argentina 1997, p.417-418.

²⁴⁸ MALO CAMACHO Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 4ª. Ed., Ed. Porrúa, México , 2001. p.581

La ausencia de condicionalidad objetiva llega a ser el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad, la carencia de ellas hace que el delito no se castigue.

a) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Tomando como base que la condicionalidad objetiva, son requisitos eventuales que la ley señala para que pueda perseguirse un delito, considero que en el fraude específico en estudio cuando el monto de lo defraudado no excede de cinco mil veces el salario mínimo, la condicionalidad objetiva esta constituida por la querrela del defraudado, ya que sin esta no se puede perseguir el delito, así lo determina el artículo 246, párrafo tercero, inciso b) del Código penal para el Distrito Federal.

Además cuando el fraude específico en estudio, sea cometido 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, la condicionalidad objetiva también esta constituida por la querrela del ofendido (persona defraudada), ya que así lo determina el artículo 246 párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal.

Cabe señalar que para la persecución de terceros que hubiesen participado en la comisión del fraude específico en estudio con los sujetos que he mencionado en el párrafo anterior la condicionalidad objetiva , consistirá también en la querrela.

b) AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

En los casos en que el fraude específico en estudio se persiga por querrela

(cuando el monto de lo defraudado no exceda de cinco mil veces el salario mínimo), si el defraudado no presenta su querrela ocasionará que no se investigue el delito y por lo tanto no se le aplique la pena al defraudador.

Cabe señalar que en los casos en que el fraude específico en estudio se persiga de oficio (cuando el monto de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo o cuando se cometa en perjuicio de dos o más ofendidos) si el Ministerio Público hace caso omiso de la denuncia de hechos que puedan constituir este fraude específico, se provocará que no se inicie la averiguación previa correspondiente y por lo tanto al explotador no se le procesará y no se le aplicará la pena correspondiente.

Obviamente, para que se le aplique la pena correspondiente al defraudador, un requisito fundamental es que el defraudado (víctima) realice su querrela en los casos que se requiera o se realice la denuncia de los hechos que puedan constituir el fraude específico en comento ante la autoridad correspondiente, que en éste caso es la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y que esta autoridad no haga caso omiso de lo denunciado.

G) PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Para Francisco Pavón Vasconcelos, la punibilidad es “la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.”²⁴⁹

El término punibilidad frecuentemente se confunde con los términos: punición,

²⁴⁹ PAVÓN VASCONSELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 12ª. ed., Ed. Porrúa, México 1995, p.487.

pena o sanción, por lo que enseguida la definiré, ya que a pesar de aplicarse indiscriminadamente como sinónimos, cada una de ellas tiene un significado propio.

“La punición: consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.

Pena: es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad.

Sanción: este término se usa de manera genérica como sinónimo de pena, pero propiamente aquel corresponde a otras ramas del derecho y llega a ser un castigo o carga a que se hace merecedor quien quebranta una disposición no penal.

La sanción es propiamente impuesta por una autoridad administrativa, por ejemplo; multa, clausura, etc.. .

Debe tenerse presente que no se podrá imponer una pena si previamente no exista una ley que la establezca.”²⁵⁰

En principio puede decirse, que a delito igual pena igual, sin embargo existen tres variantes que modifican la penalidad: arbitrio judicial, circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes.

El arbitrio judicial es el margen señalado por la ley en cada norma que establece una pena, al considerar que esta tiene un margen de acuerdo con un mínimo y un

²⁵⁰ AMUCHATEGUI REQUENA Irma G., Ob. cit., p. 90-91

máximo, dentro del cual, el juez podrá imponer la que estime más justa. Lo anterior significa que el juzgador impondrá la pena a su arbitrio considere más adecuada.

Las circunstancias atenuantes o privilegiadas son las consideraciones del legislador, para que en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se pueda disminuir.

Las circunstancias agravantes son las consideraciones del legislador contenidas en la ley para modificar la pena y agravarla, por ejemplo: homicidio con premeditación alevosía, ventaja o traición. Dichas variantes obedecen a las circunstancias o factores que la propia ley tiene en cuenta para variar la pena, con lo cual trata que la pena se ajuste al caso concreto de acuerdo con sus circunstancias especiales y de modo que la pena sea más justa.

Respecto a la punibilidad como elemento del delito, algunos autores sostienen diversas posturas. Así para unos es un auténtico elemento del delito, mientras que para otros es solo la consecuencia del delito.

Ignacio Villalobos expresa: "La pena es la reacción de la sociedad o el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria, por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados, sobre la justicia retributiva suena lógico decir; el delito es punible, pero ni esto significa que la punibilidad forma parte del delito como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada

medicina, ni el delito dejará de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito, porque es punible. En cambio si es rigurosamente exacto que el acto es delito por su antijuridicidad, típica y por que se ejecuta culpablemente, estos son sus elementos constitutivos. La punibilidad como merecimiento, como responsabilidad o como derecho correspondiente al Estado, se engendra por la antijuridicidad y la culpabilidad, va implícita en estas como consecuencia, por ello se ha dicho que agregarla en la definición del delito es una tautología y que, si por punibilidad se sostiene la calidad del acto que amerita una pena, no es un elemento nuevo sino una especial apreciación de la naturaleza conjunta del delito. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica, que consignar otras que están en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente anijuridico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible, etc.. .”²⁵¹

Considero que la punibilidad no es elemento del delito sino consecuencia, independientemente de esta postura se incluye en el presente trabajo la punibilidad como elemento del delito con el fin de conocerlo correctamente.

Las Excusas Absolutorias constituyen el factor negativo de la punibilidad. Para Fernando Castellanos las excusas absolutorias son: “aquéllas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo a una prudente política criminal. En presencia de una excusa

²⁵¹ VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, "Parte General", 5ª. ed., Ed. Porrúa, México 1990, p.212,214.

absolutoria los elementos esenciales del delito (conducta, hecho, tipicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; solo se excluye la posibilidad de punición.”²⁵²

“Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad carezca de punibilidad.”²⁵³

En la legislación penal federal, existen casos específicos en los que ocurre una conducta típica y antijurídica, imputable y culpable, por disposición legal expresa, no punible; esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas, como expondré a continuación;

*Excusa por temibilidad mínima: en función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento (artículo 375 del Código Penal Federal).

*Excusa por imprudencia: un ejemplo de este tipo de excusa es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada (artículo 333 del Código Penal Federal).

*Excusa por no exigibilidad de otra conducta: uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y de otras personas (artículo 400, fracción V del Código Penal Federal).

*Excusa por inecesariedad de la pena: esta excusa es aquella en la cual cuando el

²⁵² CASTELLANOS TENA Fernando, Ob. cit, p.79

²⁵³ AMUCHATEGUI REQUENA Irma G., Ob. cit., p.92

sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona que hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena. (art. 55 del Código Penal Federal.)

En el Código Penal para el Distrito Federal también se puede encontrar excusas absolutorias, en los artículos siguientes: 29 fracción IX, 75, 139, 148, 248, 309 y 333 párrafo segundo entre otros.

a) PUNIBILIDAD.

La amenaza de pena para los que efectúen el fraude específico en estudio esta contenida en las cuatro fracciones y último párrafo del artículo 230 del Código Penal para el D. F., las cuales a continuación se transcriben:

“Art. 230.-

- I. De veinticinco a setenta y cinco días de 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 de 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 de 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 de multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo.

Cuando el delito se cometa en contra de dos o más personas, se impondrá además las dos terceras partes de las previstas en las fracciones anteriores.”²⁵⁴

Ya que así lo establece el artículo 231 del mismo Código, pues en este numeral se encuentra la fracción que contiene el fraude específico en estudio.

Cabe señalar que la punibilidad del fraude específico en cuestión, atiende a un elemento de orden objetivo, como lo es el valor de lo defraudado.

Cabe destacar que el fraude específico en estudio, obviamente del D. F., tiene su similar en materia federal cuya punibilidad es diferente.

b) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En el fraude específico en cuestión considero que si se puede llegar a presentar alguna excusa absolutoria, en caso concreto la contemplada en el inciso c) del artículo 75 del Código Penal del Distrito Federal, ya que puede presentarse el caso de una persona que se dedique a realizar fraudes por medio de “limpias”, “curaciones” y “adivinaciones” en el Distrito Federal, pero con la circunstancia de que la salud de éste defraudador, este en precario estado, por padecer alcoholismo y cirrosis, ésta última enfermedad en estado avanzado, pero que continua bebiendo alcohol, y además sigue explotando económicamente a las personas ignorantes o supersticiosas o que tienen alguna preocupación, y con el dinero que obtiene en vez de mejorar su salud, continua alcoholizándose, y cuando vuelve a su estado de sobriedad vuelve a “trabajar”. Por lo que considero

²⁵⁴ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 58.

que de llegar este caso a realizarse en el mundo real, se tipificaría el fraude específico en estudio pero al denunciarse el delito por parte de alguna o varias víctimas y de encontrarse culpable en el proceso respectivo, al defraudador, el juez de oficio o a petición de parte. Lo podría excusar de la pena, por ser innecesaria e irracional, por lo precario de su salud del sujeto.

10. EL FRAUDE ESPECÍFICO EN LAS LEGISLACIONES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

El fraude específico en estudio, tiene sus similares en los Códigos Penales de algunos Estados de la República Mexicana. A continuación los mencionare:

Campeche:

“Art. 363. Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán; XIV. Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”²⁵⁵

Coahuila:

“Art. 426. SANCIONES Y FIGURAS TÍPICAS EQUIPARADAS AL FRAUDE. se equipara al fraude genérico y se sancionará como tal:

VIII. EXPLOTACIÓN DE IGNORANTES. A quien explote las preocupaciones, la superstición o ignorancia de otro, en perjuicio de éste último, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”²⁵⁶

Chiapas:

“Art. 200. Se aplicarán las mismas sanciones previstas en el artículo anterior;

²⁵⁵ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/5/81/default.htm?s=>)

²⁵⁶ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/103/default.htm?s=>)

XV. Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”²⁵⁷

Durango:

“Art. 426. Igualmente comete el delito de fraude

XII. Quien para obtener un lucro indebido explote las preocupaciones, las supersticiones o la ignorancia de las personas, por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones u otros procedimientos carentes de validez técnica o científica.”²⁵⁸

México:

“Art.306. Igualmente comete el delito de fraude:

XIV. El que para obtener un lucro indebido explote las preocupaciones, las supersticiones o la ignorancia de las personas, por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones u otros procedimientos carentes de validez técnica o científica.”²⁵⁹

Michoacán:

“Art. 325.- Las mismas sanciones señaladas en el artículo anterior se impondrán:

XIV. al que explote las preocupaciones o la superstición o ignorancia del pueblo por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”²⁶⁰

Nayarit:

“Art. 369.- Se considerarán como casos especiales de defraudación, y se sancionarán conforma a lo dispuesto al artículo anterior, los siguientes:

²⁵⁷ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/8/155/default.htm?s=>)

²⁵⁸ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/11/23/default.htm?s=>)

²⁵⁹ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/16/361default.htm?s=>)

²⁶⁰ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/17/388/default.htm?s=>)

XII. Al que explote la superstición o la ignorancia de una persona, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”²⁶¹

Puebla:

“Art. 404.- Las mismas sanciones señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

XVI. Al que explote las preocupaciones, supersticiones o ignorancia de las personas, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”²⁶²

Querétaro:

“Art. 194. Se aplicarán las mismas penas previstas en el artículo anterior

XIII. Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de evocación de espíritus, o supuestas adivinaciones o curaciones.”²⁶³

San Luis Potosí:

“Art. 205. Igualmente comete el delito de fraude, y se sancionara con las mismas penas, quien:

XII. Para obtener un lucro indebido explota las preocupaciones, las supersticiones o la ignorancia de las personas por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones u otros procedimientos carentes de validez técnica o científica”²⁶⁴

Sonora:

“Art. 319. Se considerará como fraude para los efectos de la sanción;

IX. Al que explote las preocupaciones, las supersticiones o la ignorancia del

²⁶¹ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/19/439/default.htm?s=>)

²⁶² PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/512/default.htm?s=>)

²⁶³ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/23/545/default.htm?s=>)

²⁶⁴ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/25/597/default.htm?s=>)

pueblo por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones u otros procedimientos carentes de validez técnica o científica.”²⁶⁵

Tabasco:

“ Art. 191. Se aplicarán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:

IX. Por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia de las personas.”²⁶⁶

Tlaxcala:

“Art. 306. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, se considerará como responsable del delito de fraude;

XII. Al que explote la superstición o la ignorancia de una persona por medio de supuesta evocación de espíritus, supuestas adivinaciones o supuestas curaciones.”²⁶⁷

Yucatán:

“Art. 324. Igualmente comete el delito de fraude quien:

XIV. Explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”²⁶⁸

Zacatecas:

“Art. 340. Se considerarán casos especiales de defraudación, a los que se aplicarán las mismas penas que señala el artículo anterior los siguientes;

XIII. Al que explote la superstición o la ignorancia de una persona por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”²⁶⁹

²⁶⁵ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/27/654/default.htm?s=>)

²⁶⁶ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/28/679/default.htm?s=>)

²⁶⁷ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/30/721/default.htm?s=>)

²⁶⁸ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/32/722/default.htm?s=>)

²⁶⁹ PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/33/800/default.htm?s=>)

Por otra parte, el fraude específico en estudio también tiene su similar en el Código Penal Federal, ya que en el artículo 387 se señala: “Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán:

XV. Al que explote las preocupaciones, la superstición o ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.”²⁷⁰

Como se puede observar la conducta es la misma que la requerida en el fraude específico del Código Punitivo del D. F., y los medios de comisión también son los mismos, pero el tipo federal denomina de forma diferente al sujeto pasivo, ya que le llama “pueblo”.

El vocablo pueblo gramaticalmente significa: “Población, ciudad, villa o lugar. Un conjunto de personas de un lugar, región o país. Gente común de un pueblo. Nación, país con gobierno independiente.”²⁷¹

Respecto al término “pueblo” contenido en el fraude específico federal en cuestión, Marco Antonio Díaz De León comenta: “La víctima, la cual estando señalada como pueblo, partiendo de que esta se le tiene como un elemento del Estado (junto con el territorio y el gobierno), de ello resulta que el sujeto pasivo, puede ser cualquier persona sin importar sus condiciones sociales o económicas.”²⁷²

“Por otra parte, como la voz “pueblo” implica población, conjunto de los habitantes, de un lugar y también gente común y humilde de una población también hemos de entender que la ley se refiere tanto a lo uno como a lo otro, porque si es verdad, que la ignorancia del pueblo suele ser atributo de la gente común y humilde de

²⁷⁰ Código Penal Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 105-106.

²⁷¹ Diccionario Enciclopédico ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991

²⁷² DIAZ DE LEÓN Marco Antonio, Código Penal Federal, 2ª. ed., Ed. Porrúa, México 1997, p.263.

una población, no es menos cierto que las preocupaciones, la superstición y la ignorancia se dan en cualquier status social. En tal virtud, la voz “pueblo” ha de interpretarse en los dos sentidos que se señalan.”²⁷³

11. JURISPRUDENCIA.

El Fraude Genérico tiene una amplia jurisprudencia, a continuación citaré algunas jurisprudencias de éste delito que considero importantes, las cuales son obtenidas del Semanario Judicial de la Federación.

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 creencias 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 1996. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Amparo directo 3782/65. Francisco Lemmo Cannavina. 9 de marzo de 1966. La publicación no menciona el sentido de la votación. Ponente Agustín Mercado Alarcón. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Primera Sala, Volumen: Segunda parte, CV, Página 69). **Esta jurisprudencia la relaciono con los incisos C), D) y E) del punto 2 del presente capítulo.**

²⁷³ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, México 2000, p.985

FRAUDE, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE.-

Los elementos constitutivos del delito de fraude por engaño o aprovechamiento del 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 de la Federación; Quinta Época, Tomo CXXVIII, Página 287, Primera Sala). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con los incisos B), C), D) y E) del punto 2 del presente capítulo**

FRAUDE.

Los elementos constitutivos de este delito son: que haya un engañador y un engañado; que haya error en el sujeto pasivo del delito; que el sujeto activo se aproveche del engaño o del error, para lucrar o para hacerse ilícitamente de una cosa; y que este aprovechamiento sea con perjuicio del engañado.

(Amparo penal en revisión. Bueno Cipriano. 26 de enero de 1920.Unanimidad de diez votos. Ausente Agustín Urdapilleta. La publicación no menciona el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia: Pleno,

Tomó: VI, página: 210). **Esta jurisprudencia la relaciono con los incisos A), C) y D) del punto 2 del presente capítulo**

FRAUDE, DELITO DE.

No es necesario, para que se configure el delito de fraude que el engaño se haga directamente al ofendido, pues tal delito puede existir aun en el caso de que no llegue a acreditarse cuál fue la persona o personas que directamente resintieron el perjuicio patrimonial derivado del fraude, lo que indica que es la actitud antijurídica del agente la que da fisonomía al delito de fraude, independientemente de que el engaño se haya cometido con persona ajena al ofendido.

(Amparo penal directo 2488/50. Bello de Ruiz Rosa. 23 de agosto de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ángel González de la Vega. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, instancia: Sala Auxiliar, Tomo: CXXV, página 1625.) **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con el inciso A) del punto 2 del presente capítulo.**

FRAUDE, ELEMENTOS DEL DELITO DE.

La definición del delito de fraude contenida en los párrafos primero y último del artículo 386 del Código Penal pone en relieve que sus elementos constitutivos son: a) una conducta falaz; b) un acto de disposición; c) o aprovechamiento del error; y d) un daño y un lucro patrimonial en beneficio del sujeto activo. De acuerdo con la descripción del tipo del delito en estudio, una conducta falaz es el punto de partida del proceso ejecutivo en dicha figura delictiva. 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 su error no rectificándolo oportunamente. Así pues, la conducta falaz del sujeto activo y las maquinaciones o artificios empleados por el sujeto para obtener la entrega de la cosa, a que hace mención el párrafo último del artículo 386 del Código Penal o el aprovechamiento de error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo, ya son suficientes para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude.

(Amparo directo 6247/62. Víctor Manuel Solís López. 13 de agosto de 1965. Cinco votos. Ponentes: Agustín Mercado Alarcón. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Volumen: Segunda Parte, XCVIII, Pág. 43.)

Esta jurisprudencia la relaciono con los incisos B), C) y D) del punto 2 del presente capítulo.

FRAUDE, DELITO DE.

Uno de los elementos esenciales del fraude, es el engaño de que se vale el infractor para hacer caer a su víctima cuando desarrolla una conducta activa al respecto o, también, el aprovechamiento del error en que se encuentra, si es que el defraudador desarrolla una conducta pasiva.

(Amparo penal en revisión 7455/49. Concha Lecuona Alfonso de la. 19 de abril de 1950. Mayoría de tres votos. Ausente: Luis G. Corona. Disidente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: CIV, Página 483). **Esta jurisprudencia la relaciono con el inciso A) y C) del punto 2 del presente capítulo.**

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 VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 234/89.Horacio Ruiz Samayoa. 5 de septiembre de 1989.Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velásquez. Secretario. Jorge Farrera Villalobos. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: V, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990, Página 578). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con los incisos B), C) y D) del punto 2 y con el inciso C) del punto 4, ambos puntos del presente capítulo.**

FRAUDE, COMPROBACIÓN DEL DELITO DE.

Si el agente del delito de fraude se atribuyó un carácter del que en realidad

carecía, e indujo a error y por medio de esa maniobra obtuvo de las víctimas del delito, y en forma indebida, diversas cantidades de dinero, la circunstancia de que aquéllas le hayan proporcionado dichas sumas, no significa que falta uno de los requisitos del fraude, puesto que el lucro se obtuvo por maniobras engañosas, y la entrega de lo defraudado se verificó precisamente con la plena conformidad del agente pasivo, por el error en que se le hizo incurrir.

(Amparo penal directo 6037/36. Díaz Manuel m. 26 de octubre de 1937. Unanimidad de cuatro votos. Excusa: Daniel Galindo. La publicación no menciona el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: LIV, Página 979).

Nota: En el Semanario Judicial de la Federación aparece la expresión "...maniobra a las víctimas del delito,..", la cual se corrige, con base en la errata marcada en la publicación, como se observa en este registro. **Esta jurisprudencia la relaciono con los incisos A), B), C) y D) del punto 2 del presente capítulo.**

FRAUDE, PARA QUE SE INTEGRE EL ELEMENTO APROVECHAMIENTO DE ERROR, ES NECESARIO QUE EL ACTIVO LO CONOZCA, ANTES O AL MOMENTO DE LA OBTENCIÓN DEL LUCRO.

La característica primordial del sujeto activo en el delito de fraude a que se refiere al artículo 386 del Código Penal Federal, es su conducta dolosa, es decir, la maquinación o artificios desplegados por el autor para lograr la obtención del lucro (engaño); o bien su actitud pasiva cuando a consecuencia del error en que se encuentra la víctima alcanza el beneficio ilícito (aprovechamiento del error). En este último caso, es preciso establecer que el error en que se encuentra el ofendido debe de ser conocido por el autor del delito previamente a la obtención

del lucro o cuando más al momento en que se recibe el beneficio, puesto que si se advierte la equivocación en que se encontraba la víctima con posterioridad a la receptación de la cosa (dinero o algún otro bien) es indudable que tal situación integraría una acción de naturaleza civil pero no penal, habida cuenta que no existiría la intención dañina de defraudar, que es precisamente la característica típica de la figura delictiva en estudio.

(PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 536/90. Alejandro Huesca González. 21 de febrero de 1991. Unanimidad de votos: Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova. Secretario: Marcos Antonio Arriaga Eugenio. Amparo en revisión 297/90. Francisco Contreras Díaz. 27 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretaria: Irma Salgado López. Semanario Judicial la Federación, Octava Época, Instancia: Tribunales de Circuito, Tomo: VII. Mayo de 1981, Página: 204). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con los incisos A), B) y C) del punto 2 y inciso F) del punto 4 ambos puntos del presente capítulo.**

FRAUDE.

El delito previsto por la fracción I del artículo 386 del Código Penal del Distrito Federal. Se comete por el sólo hecho de obtener de otra persona alguna cosa, aprovechando el error en que aquélla se halla, o engañándola; y como estos elementos están colocados en una disyuntiva, basta que exista uno, para que el delito se cometa.

(Amparo penal directo 3637/33. Cuellar Santana Fortino. 15 de marzo 1935. Unanimidad de cuatro votos, Excusa: Hermilio López Sánchez. La publicación no menciona el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta

Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: XLIII, página: 2620). **Este criterio jurisprudencial lo relaciono con los incisos B), C) y D) del punto 2 del presente capítulo.**

FRAUDE.

Para la configuración del delito de fraude se requiere el resultado material consistente en el daño patrimonial sufrido por el sujeto pasivo y el enriquecimiento, para sí o para otro, logrado por el sujeto activo, valiéndose del engaño o error del ofendido.

Amparo directo 5788/60. Mario Humberto Carrera Gama. 2 de diciembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Semanario judicial de la Federación, Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Volumen: Segunda Parte, XLII, Página: 15). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con los incisos A), C) y D) del punto 2 y con el inciso C) del punto 4 ambos puntos del presente capítulo.**

FRAUDE, DELITO DE.

Para la integración de un delito de fraude, basta que se demuestre que a consecuencia de un engaño o del aprovechamiento del error, el inculpado se hizo ilícitamente de alguna cosa u obtuvo algún lucro indebido, independientemente de que en el proceso llegue a acreditarse, o no cuál, fue la persona o las personas que directamente resintieron el perjuicio patrimonial derivado del fraude, si cualquiera que sea el perjudicado, es indudable el daño patrimonial que ocasionó el acusado mediante esos actos fraudulentos.

(Amparo penal directo 2301/50. Mesinas Ortega Otilio. 11 de abril de 1951.

Mayoría de tres votos. Disidentes Teófilo Olea y Leyva y Luis Chico Goerne. Relator. Luis G. Corona. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: CVIII, Página: 440).**Esta jurisprudencia la relaciono con los incisos A), C), D) y E) del punto 2 del presente capítulo.**

FRAUDE, NO ES ELEMENTO DE SU CONFIGURACIÓN, EL NÚMERO DE OFENDIDOS NI EL MONTO DE LO DEFRAUDADO.

Para la configuración de la figura delictiva de fraude, sólo se hace necesario que el sujeto activo engañando o aprovechándose del error en que se encuentre el pasivo, se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido para sí o para otro, siendo el número de las personas ofendidas y la cuantía del daño patrimonial causado, cuestiones que deben tomarse en cuenta para la imposición de la pena, mas no para la configuración del ilícito.

(SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 148/90. José Jesús Arzate Castro. 23 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente Raúl murillo Delgado. Secretaria: María Cristina Torres Pacheco. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, Página: 165).**Esta tesis jurisprudencial la relaciono con los incisos A), C) y D) del punto 2 del presente capítulo**

FRAUDE, DELITO DE.

El perjuicio en el patrimonio del ofendido, es elemento sine qua-non, para que el delito de fraude se tipifique.

(Amparo penal en revisión 7524/44. Barry Gordon S. 14 de febrero de 1945.

Unanimidad de cuatro votos, Ausente: José M. Ortiz Tirado. La publicación no señala el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: LXXXIII, Página: 2608). **Este criterio jurisprudencial lo relaciono con el inciso D) del punto 2 del presente capítulo.**

FRAUDE POR ENGAÑO, DELITO DE.-

El artículo 386 del Código Penal del Distrito Federal, previene que 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. Conforme a este precepto, los elementos materiales del delito de fraude, son: a) el engaño a una persona; b) obtener ilícitamente una cosa o alcanzar un lucro indebido y c) relación de causa a efecto entre el engaño y la obtención de la cosa o del lucro. Ahora bien, como el engaño consiste en la mentira, cuya finalidad es producir en el sujeto pasivo una representación falsa o errónea de la realidad que debe ser suficiente para producir convencimiento y causa eficiente para ello, resulta que es requisito sine qua non que con el engaño también se pretenda que el ofendido preste su voluntad, por lo que si éste no la presta con motivo de la mentira, no se configura el delito de fraude, ausencia de uno de los elementos: la relación de causa a efecto.”

(Amparo directo 6670/62.- Ricardo Guzmán Fuentes.- 9 de octubre de 1963.- Unanimidad de cuatro votos.- Ponente: Alberto R. Vela. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Volumen LXXVI, Segunda Parte, Página 21).**Este criterio jurisprudencial lo relaciono con los incisos A), C) , D) y E) del punto 2 del presente capítulo.**

FRAUDE, DELITO DE.

Los elementos materiales del delito de fraude son los siguientes: A) Engaño de una persona o aprovechamiento del error en que la misma se halle. B) Que por cualquiera de esos medios, se obtenga ilícitamente alguna cosa o se alcance un lucro indebido. Además, de acuerdo con la doctrina, entre los dos elementos indicados debe existir una relación inmediata y directa, de suerte que el engaño o el aprovechamiento del error debe ser previo a la obtención ilícita de la cosa o al alcance del lucro indebido y, al mismo tiempo, la causa determinante de una o de otro.

(Amparo penal en revisión 6260/49. Barquín Díaz Gonzalo. 21 de abril de 1950. Mayoría de tres votos. Ausente: Fernando de la Fuente. Disidente: José Rebolledo. Relator : Luis G. Corona. Semanario judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: CIV, Página: 677). **Esta jurisprudencia la relaciono con los incisos C), D) y E) del punto 2 del presente capítulo.**

FRAUDE, DELITO DE.

De acuerdo con el artículo 386, fracción I, del Código Penal, 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; no basta pues la simple apropiación de la cosa ni el alcance del lucro, sino que es necesario que aquella sea ilícita y éste indebido; la circunstancia de la ilicitud está ligada inseparablemente a la apropiación de la cosa o a la obtención del lucro. Por ello, el engaño o el aprovechamiento del error para la obtención ilícita de una cosa o del alcance de un lucro indebido, son los elementos materiales del delito; no es exacto que como para la integración del delito el inculpado deba hacerse de una cosa

para sí, pues el precepto simplemente habla de que la cosa se obtenga ilícitamente, sin distinguir si la obtención de ella aprovecha al agente o a un tercero; la acepción gramatical de la frase “Hacerse de algo”, tampoco incluye la noción de que este acto se verifique en provecho propio.

(Amparo directo 2904/45. por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 7 de noviembre de 1956. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Rodolfo Chavéz Sánchez. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: CXXX, Página: 387). **Esta jurisprudencia la relaciono con los incisos B) y C) del punto 2 del presente capítulo.**

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 el que lo emplea, en una pena pública. Aun cuando se ha sostenido que la ley penal hace delito de todo atentado a propiedad cometido por sustracción, engaño o deslealtad, y abandonada 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 reparación 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. 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 Ricardo Sergio de la Llave del Ángel. 20 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: VIII. Septiembre de 1998, Tesis: VI. 2º. J/146, Página: 1075). **Esta jurisprudencia la relaciono con el punto 3 del presente capítulo.**

FRAUDE.

Todos los tratadistas están de acordes en que el antiguo delito de estafa, con sus

clásicas maquinaciones o artificios, escroquería, en el Código Penal Francés, que hemos subsumido en el fraude según los códigos vigentes, está precisamente en la frontera de las ramas del derecho civil y el derecho penal, como lo demuestra el hecho de que la ley, la doctrina y la jurisprudencia hablan de dolo civil y el dolo penal, de cláusula penal en los contratos civiles y hay sanciones civiles ligadas a procesos. Deslindar tales fronteras y establecer donde termina la habilidad del negociante y empieza el terreno delictuoso, no es cosa sencilla y requiere una evidente desproporción entre condiciones personales, ganancias, prestaciones, etcétera, de otro modo no habría relación jurídica que no se pudiera convertir a la postre en un asunto penal.

(Amparo directo 6158/55. Alonso Sánchez Vitorín. 31 de Julio de 1957. Cinco votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chavéz. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Volumen: Segunda Parte, XII, Página: 134). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con el punto 3 del presente capítulo.**

FRAUDE, DELITO DE.-

El requisito del dolo es indispensable para la existencia del delito de fraude.

(Amparo penal en revisión 667/47.- Escobar Taboada Luis.-27 de junio de 1947.- Unanimidad de cuatro votos.- Ausente: Fernando de la Fuente.- La publicidad no menciona el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: XCII, Página: 2308). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con el punto 3 y el inciso F) del punto 4 ambos puntos del presente capítulo.**

El Fraude Específico en estudio tiene la siguiente jurisprudencia. La cual también es obtenida del Semanario Judicial de la Federación.

FRAUDE ESPECÍFICO POR FALSAS CURACIONES.-

Se integra el tipo delictivo de fraude específico, cuando se explota la ignorancia de una persona por medio de supuestas curaciones, como es el caso de asegurar el inculpado a la víctima que la curaría de la impotencia sexual con los brebajes que le preparaba “limpias” de yerbas y huevos, así como con “sahumerios”; aplicando “conocimientos” de “magia negra” y ciencias ocultas”, para suprimirle además el “embrujo” al que lo había sometido una mujer, obteniendo diversas sumas de dinero, a sabiendas de que lo engañaba, si expresó el acusado que, junto con otro se dedicaba a recorrer los “tianguis”, ofreciendo en venta la “magnacruz”, aprovechando que siempre se reúne “gente ignorante” y “supersticiosa” a la que vendía el “amuleto” y, que por cierta cantidad de dinero, se tenía derecho de consulta con el “maestro”, para exponer problemas o enfermedades; siendo inexacto que tales actividades no constituyen acción fraudulenta, argumentando que es lícito practicar la autosugestión y que se proporcionaron servicios, como son “limpias, sahumerios y elaboración de un muñeco de cera”, así como “medicamentos como son jerez con yerba denominada damiana”, porque es así como se explotan las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, siendo tales elementos las hipótesis normativas comprendidas en la fracción XV del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal.

(TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 288/82.-Raúl Noguera Flores.-25 de febrero de 1983.-Unanimidad de votos.- Ponente: Guillermo Velasco Félix. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Volúmenes 169-174, Sexta Parte, página 89).**Esta tesis jurisprudencial la relaciono con el punto 6 incisos A), B) y C) del presente capítulo.**

FRAUDE, DELITO DE (CURANDEROS).

Si está demostrado que el reo no está autorizado para dedicarse al ejercicio de la medicina y que en su carácter de curandero engaño al ofendido ofreciendo curarlo de la enfermedad que padecía, sin que esto aconteciera, no obstante que recibió dinero, se probaron los elementos constitutivos del delito de fraude, o sean el engaño y el lucro indebido.

(Amparo penal directo 2446/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 27 de febrero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis G. Corona. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia. Primera Sala, Tomo: CXXIII, Página: 1193). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con el punto 6 inciso C) del presente capítulo.**

FRAUDE ESPECÍFICO POR FALSAS CURACIONES Y NO USURPACIÓN DE PROFESIÓN.-

Si el inculpado no se ostentaba como médico, sino como “maestro” o “brujo”, y no recetaba medicamentos de patente ni practicaba intervenciones quirúrgicas, y sólo daba “limpias y sahumeros y preparaba brebajes”, o sea que no realizaba actos propios de una actividad profesional, como lo es la de médico cirujano, para que su conducta pudiera quedar comprendida dentro de los presupuestos del artículo 250, fracción II, inciso b), del Código Penal para el Distrito Federal, resulta jurídicamente correcta la condena por el delito de fraude específico previsto en el artículo 387, fracción XV, del mencionado Código Penal.

(TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 288/82. Raúl Noguera Flores.-25 de febrero de 1983. Unanimidad

de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Volúmenes 169-174, Sexta Parte, página 90). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con el punto 6 inciso C) del presente capítulo.**

FRAUDE, DELITO DE (FALTA DE TITULO PROFESIONAL).

Si bien en la época en que los hechos acontecieron no existía la ley reglamentaria de los artículos constitucionales relativos a profesiones, también lo es que si no se siguió el juicio por el delito cuya base es el ejercicio profesional sin título, tratándose de profesiones que lo requieran, sino que la causa fue incoada por el delito de fraude, haciendo consistir el engaño, en que el reo se ostentaba como médico sin serlo, debidamente estimó la responsable que hubo engaño, y que la exagerada cantidad cobrada por concepto de medicinas y servicios profesionales, constituye el lucro típico. (Amparo penal directo 7526/47. Roder Rding Wilhelm. 26 de marzo de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia Primera Sala, Tomo: CXI, Página: 2122). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con el punto 6 inciso A) del presente capítulo.**

FRAUDE, DELITO DE (CURANDEROS).

Si a sabiendas de que no podía curar a la ofendida, por no tener conocimientos de la ciencia de la medicina, la acusada le manifestó que podía hacerlo, lo que fue el motivo determinante para obtener una suma de dinero, tal maniobra engañosa para obtener una cantidad de dinero ilícitamente, constituye la figura delictiva del fraude.

(Amparo penal directo 3126/48. Ramírez Araujo Felicita. 25 de octubre de 1948. Unanimidad de cuatro votos. Ausente Carlos L. Ángeles. La publicación no menciona el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: XCVIII, Página 740). **Esta tesis jurisprudencial la relaciono con el punto 6 inciso A), B) y C) del presente capítulo.**

CURANDEROS, EJERCICIO INDEBIDA DE PROFESIÓN Y FRAUDE DE LOS.

El fraude esta tipificado al explotar el acusado la ignorancia de las gentes, pretendiendo hacer curaciones, porque ello es aprovecharse del error en que se encuentran las víctimas, además de que prestar atención médica sin tener los conocimientos técnicos necesarios, implica dedicarse a una actividad ilícita, prohibida por la ley y que lesiona los derechos de la sociedad; en consecuencia, tal actividad es violatoria del artículo 4º. Constitucional.(Ramírez Araujo, Felicitas,27 de Octubre de 1948. Semanario Judicial de la Federación Quinta Época, Tomo XCVIII, p.788.) **Esta Jurisprudencia la relaciono con el inciso A) del punto 6 del presente capítulo.**

CAPÍTULO III

LA PERSECUCIÓN EN EL FRAUDE ESPECÍFICO (Art. 231 FRACCIÓN VII DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL).

1. DE OFICIO, COMO UNA FORMA DE PERSEGUIR DELITOS.

El Ministerio Público, o Representante Social es la autoridad del Estado, que se encarga de investigar y perseguir los delitos.

De oficio, es una forma de perseguir e investigar delitos que consiste en que el Ministerio Público, a través del Procurador de Justicia o del Agente del Ministerio Público, en el momento en que este informado de hechos que puedan ser delictivos, por medio de alguna denuncia, o por cualquier medio, queda obligado a que de inmediato, practique las investigaciones y actuaciones necesarias que le permitan concluir, en su oportunidad, si la conducta o hecho de que tiene conocimiento, constituye una infracción penal y siendo así, quién es el probable autor.

Destacando que queda obligado siempre y cuando no se trate de hechos presuntamente delictivos, que para su investigación la ley expresamente, señale que se necesite forzosamente la denuncia de la parte ofendida o de sus representantes legales.

A) EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU FACULTAD EXCLUSIVA DE INVESTIGAR Y PERSEGUIR LOS DELITOS.

En México, a pesar de que desde la Constitución de 1824 se hablaba ya de un

Ministerio Fiscal, es la Ley de Jurados de Juárez de 1869, la que por primera vez alude al Ministerio sin asignarle funciones específicas. Las funciones reales del Ministerio Público se conocieron y delinearón hasta la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903, durante el gobierno de Porfirio Díaz, en que se le separa de la administración de justicia y se le concede la titularidad de la acción penal, poniendo a la cabeza de la institución al Procurador de Justicia.

“El artículo 21 Constitucional, delinea el perfil, del Ministerio Público, como un órgano del Estado al que incumbe, en exclusiva, la investigación y persecución de los delitos, mediante el ejercicio de la acción penal, ante la autoridad jurisdiccional, con el auxilio de la policía ministerial que estará bajo su autoridad y mando directo, y las demás funciones que específicamente le encomienda la ley.”²⁷⁴

Para Fix Zamudio, el Ministerio Público es “La institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales.”²⁷⁵

El Ministerio Público funciona como representante de la sociedad en el ejercicio de las actuaciones penales. En este sentido, Sergio García Ramírez expresa: “es persecutor de los delitos, en la averiguación previa y en el proceso; consejero jurídico de la federación, vigilante de la legalidad, denunciante de irregularidades de los juzgadores, poseedor de voz. (aunque no de voto) en la elección de

²⁷⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio Antonio, El Proceso Penal Mexicano, Ed. Porrúa , México 2002, p.106-107.

²⁷⁵ FIX ZAMUDIO Héctor citado por LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Derecho Procesal Penal, Ed. IURE, México 2003, p.59.

funcionarios judiciales, y denunciante de leyes y jurisprudencia contrarias a la Constitución. Es el sujeto que controla la manifestación de bienes de los funcionarios, interviene en asuntos civiles y familiares, en la nacionalización de bienes, extradición...»²⁷⁶

La literatura procesal penal, atribuye al Ministerio Público las características de unidad o jerarquía, indivisibilidad, irrecusabilidad e independencia.

“Unidad, en tanto todos los funcionarios que lo integran, forman un solo órgano y reconocen una sola dirección, con lo cual se evita el desconcierto y se propicia el cumplimiento de los fines de la Institución.

Indivisibilidad, en la medida que ante cualquier Tribunal, sus agentes representan a una misma Institución, o sea, que la pluralidad de miembros, corresponde la indivisibilidad de la Institución, con lo que se evita que se fraccionen sus actuaciones.

La irrecusabilidad, porque por dentro de un proceso no puede recusarse al Ministerio Público como Institución, aunque nada se opone a que sean recusados sus agentes, en cuanto personas individuales, en el caso de estar impedidos para intervenir en el caso concreto.

Finalmente, la independencia, que es la peculiaridad en que más se hace énfasis, en el sentido de que tiene autonomía frente al mismo Poder Ejecutivo en el que esta integrado, y no depende sino de la norma, a pesar de estar vinculado

²⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, citado por LÓPEZ BETANCOURT ,Eduardo, Derecho Procesal Penal, Ob. cit., p.59

presupuestamente o en alguna de sus políticas y programas al Presidente de la República o a los Gobernadores de los Estados, argumentándose, no obstante, que en el desempeño de sus funciones sólo se somete a la autoridad de la ley.”²⁷⁷

En términos generales, Rivera Silva establece como características principales del Ministerio Público las siguientes: “Constituye un cuerpo orgánico; actúa bajo la dirección del procurador de justicia; depende del Poder Ejecutivo, representa a la sociedad; posee indivisibilidad en sus funciones, a pesar de la pluralidad de sus miembros, es parte en los procesos; tiene el monopolio de la acción procesal penal y es una institución federal.”²⁷⁸

Mientras se desarrolla el proceso penal, podemos ver como evolucionan las atribuciones del Ministerio Público; primeramente, cuando se presenta una averiguación previa, los agentes del Ministerio Público realizan la función investigadora, recopilando todas las pruebas que convengan, según Silva Silva, desempeñando “Un papel de policía o detective y realizando a la vez una instrucción parajudicial o administrativa.”²⁷⁹

“Numerosos autores debaten acerca de las características que adquiere el Ministerio Público una vez que promueve la acción penal, considerarlo o no parte en el proceso acarrea gran controversia. Mac Lean asegura que no es parte en el proceso penal, porque no es adversario forzoso del inculpado; en el mismo tenor se pronuncia Schmidt, quien concluye que el Ministerio Público no es parte porque no esta en un mismo plano con el acusado pues sus intereses no son comparables; por otro lado, Colín Sánchez se inclina por indicar que el Ministerio

²⁷⁷ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio Antonio, Ob. cit., p.107-108

²⁷⁸ RIVERA SILVA Manuel, citado por LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, Derecho Procesal Penal Ob. cit., p. 60.

²⁷⁹ SILVA SILVA Jorge, citado por LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, Derecho Procesal Penal, Ob. cit., p. 60.

Público participa en la relación procesal con el carácter de parte sosteniendo los actos de acusación. A su vez Cerezo Abad prefiere considerarlo algo distinto, pues tiene privilegios, atribuciones y deberes que las partes no poseen.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado en tesis jurisprudenciales que el Ministerio Público es autoridad durante la averiguación previa y parte en el proceso, desde que ejercita la acción penal. Su carácter de autoridad se manifiesta en el valor de sus actuaciones.”²⁸⁰

La legislación secundaria ha asignado un doble papel al Ministerio Público: como autoridad, al asumir titularidad del primer procedimiento penal que es la averiguación previa, con todas las implicaciones que ello apareja, como la realización de actos de imperio, es decir, aquellos para cuya validez no se requiere el concurso de la voluntad de los particulares; o la procedencia del juicio de amparo en contra de los actos que en dicho procedimiento penal realice, incluida la omisión en el ejercicio de la acción penal, por disposición del párrafo cuarto del artículo 21 constitucional.

El carácter de autoridad, lo pierde el Ministerio Público al momento de ejercitar la acción penal ante el juez, para convertirse, por ese hecho, solo en una parte procesal.

El Ministerio Público, ha sido investido de tantas funciones, que se ha propiciado con ello una verdadera desnaturalización del órgano de la acusación. Algunas de esas funciones, totalmente ajenas a la original de perseguir los delitos, como lo son:

²⁸⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Derecho Procesal Penal, Ob. cit., p.60-61

*El Procurador General de la República participa en el llamado Consejo de Ministros, para la hipótesis de la suspensión de garantías, en caso de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto (artículo 29 constitucional).

*El Ministerio Público Federal es representante jurídico de la Federación en todos los casos en que ésta sea parte; interviene en los casos de diplomáticos y cónsules generales (artículo 102, apartado A. párrafo cuarto de la norma suprema).

*El Procurador General de la República, intervendrá personalmente en todas las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 constitucional (artículo 102 , apartado A. párrafo tercero de la propia norma suprema).

*También actuará denunciando las leyes contrarias a la Constitución, promoviendo su reforma; denunciando la contradicción de tesis sustentadas por la Suprema Corte o los Tribunales Colegiados de Circuito; media en los juicios de amparo para preservar la legalidad.

*Participa en el orden común, para investigar, hacer cesar y promover el castigo de las detenciones arbitrarias.

*Interviene en el control de la manifestación de los bienes de los servidores públicos e investiga los casos de enriquecimiento ilícito.

*Interviene en los asuntos civiles y familiares.(divorcios, sucesiones, nombramiento de tutores o curadores, enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacciones acerca de sus derechos, informaciones *ad perpetuam*, representa a los ausentes etc.)

*Interviene en materia de nacionalización de bienes; en la represión internacional contra la delincuencia; en casos de extradición; en ejecución de tratados sobre repatriación de sentenciados.

*Participa en actividades de orientación social, legal y juvenil, a favor de los habitantes del Distrito Federal y particularmente de las víctimas del delito.

*Presta asesoría al detenido y víctimas del delito; etc.. .

Según parece, hace falta una nueva revolución procesal, pero ahora no para llevar a su correcto sitio al juez, sino para cortar muchos de los tentáculos que representan desmesuradas atribuciones del Ministerio Público, y restituirlo en el justo lugar que le asigna la Constitución.

En consonancia con nuestro sistema de gobierno, que nos conforma como una República Democrática, Representativa y Federal, integrada por Estados Libres y Soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación, contamos con un Ministerio Público Federal, que se ocupa fundamentalmente de la investigación y persecución de los delitos federales, y un Ministerio Público Local, que tiene como propósito esencial investigar y perseguir los delitos del orden común.

El fundamento constitucional del Ministerio Público se halla en el invocado artículo 21, del Pacto Federal y en los artículos 102, A) Y 122, BASE QUINTA, inciso D) de la propia norma constitucional.

El primero de ellos (artículo 102, A) dispone que los funcionarios del Ministerio Público Federal serán nombrados y removidos por el Ejecutivo; estarán presididos por un Procurador General de la República, que también designará el titular del Ejecutivo Federal, con ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente, fija los requisitos para ser Procurador; y le encomienda la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal.

La otra disposición (artículo 122 BASE QUINTA, inciso D) señala que el Ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo de un Procurador General de Justicia, cuya designación organización, competencia y normas de funcionamiento se establecerán en el Estatuto de Gobierno.

Legalmente la Procuraduría General de la República se rige en cuanto a su organización y funcionamiento, por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y su Reglamento; y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y su Reglamento.

Además la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina que el Ministerio Público es el órgano encargado de perseguir los delitos; entonces esta Institución jurídica monopoliza la acción penal, con auxilio de la policía. Por

ello entendemos que como la ciudadanía es titular original de la acción penal la ha confiado a un órgano representante del Estado que se encargará de ella.

La acción penal la define Julio Hernández Pliego como “el poder-deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público, y que se manifieste cuando éste excita al órgano de la jurisdicción para que, en un caso concreto, resuelva el conflicto de interés que se le plantea, mediante la aplicación de la ley, con la finalidad de lograr la permanencia del orden social.”²⁸¹

Considero que la expresión “persecución de los delitos” es desafortunada, pues más bien debería señalarse “persecución de los delincuentes”. Los delitos por sí no se persiguen, sino se investigan, de modo que sería ridículo perseguir un homicidio, un fraude o un robo; en cambio, se persigue a quien ha cometido un homicidio, un fraude o un robo.

B) LA DENUNCIA

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.”²⁸²

Dentro del Derecho Procesal Penal la denuncia tiene dos funciones: Una como medio informativo y la otra como requisito de procedibilidad, las cuales son importantes distinguir.

²⁸¹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, Programa de Derecho Procesal Penal, 7ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001, p.133-134

²⁸² COLÍN SÁNCHEZ Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001.p. 315.

Como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del Agente del Ministerio Público, lo que se sabe acerca del delito; ya sea que el propio portador de la noticia haya sido afectado o bien que el ofendido sea otra persona. De esta consideración, se concluye que la denuncia puede presentarla cualquier persona en cumplimiento de un deber impuesto por la ley, ya que denunciar los delitos, es de interés general.

“Sin duda, los integrantes del Congreso Constituyente de 1917, instituyeron la denuncia como requisito de procedibilidad a cargo del agente del ministerio Público, haciendo referencia con ello a la instancia para que el juez pueda avocarse al conocimiento e instrucción del proceso; no se olvide que, el juez no puede proceder de oficio, motivo por el cual al ejercitarse la acción penal se están denunciando al juez la conducta o hecho.”²⁸³

Hay que destacar que la noticia del delito o *noticia criminis*, no es un requisito de procedibilidad para que el Estado a través del Procurador de Justicia o del agente del Ministerio Público que éste determine, se avoque a la investigación del delito bastará que dicho funcionario esté informado, por cualquier medio, para que de inmediato, quede obligado a practicar las investigaciones necesarias que le permitan concluir en su oportunidad si la conducta o hecho de que tienen conocimiento, constituye una infracción penal y, siendo así quien es el probable autor.

La denuncia (*notitia criminis*) del crimen, en general, puede ser presentada por cualquier persona, sin importar que provenga de un procesado, sentenciado,

²⁸³ ibidem., p.316..

nacional o extranjero; tampoco interesa el sexo o la edad, salvo las excepciones previstas en la ley.

La denuncia se hará verbalmente o por escrito, ante el agente del Ministerio Público. Esto obliga a que “de oficio” proceda a la investigación de los hechos, siempre y cuando no se trate de infracciones, que requieran para su investigación, el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad o que no haya un obstáculo procesal. Además se hará constar el contenido de la denuncia en un acta que contenga todas las diligencias que se realicen la secuela de la averiguación.

Por otra parte con la presentación de la denuncia comienza la averiguación previa y todo el proceso penal. Tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 118) como en el Código Penal del Distrito Federal (artículo 276) se establece que las denuncias y querellas pueden formularse verbal o por escrito; el denunciante se concretará a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos en lo jurídico y deberá hacerlo en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando la denuncia o querella no reúna los requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá, al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos; así mismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurrirán los que declaren falsamente ante las autoridades, y en cuanto a las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querella. En caso de que la denuncia o querella se presente verbalmente, se hará constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba, recabando la firma o huella digital

del denunciante o querellante. Cuando se haga por escrito, deberá contener la firma o huella digital del que la presenta y su domicilio.

Se ha establecido que la presentación de la denuncia por quien tiene conocimiento de un delito es una obligación. La denuncia viene a ser la información sobre un hecho delictivo, formulada ante autoridad competente; si quien la realiza es un ciudadano común, estaremos en presencia del cumplimiento de un deber y de un acto de valor civil; pero si quien la hace es el afectado o persona relacionada con él, nos hallaremos frente a un acto de la declaración de voluntad por la cual se pide el castigo del culpable.

2. DE QUERELLA, COMO OTRA FORMA DE PERSEGUIR DELITOS.

El Derecho Penal Mexicano, distingue las denuncias propiamente dichas en el caso de delitos que se persiguen de oficio, de las querellas, por aquellos ilícitos en los que se reclama forzosamente la petición del sujeto pasivo para el castigo. Los delitos de querella o perseguidos a petición de parte ofendida son la minoría, su razón de existir se sustenta en que sanciones de oficio pueda traer a veces mayor perjuicio a la víctima, tanto en lo material como en lo afectivo, o por lo menos a uno de esos planteamientos.

“La querella es el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito, para hacerlo del conocimiento del Procurador de Justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos fueren los requisitos previos en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente.”²⁸⁴

²⁸⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª. Ed., ed. Porrúa, México 2001, p. 321.

En todo delito, en el que se requiera la anuencia del ofendido, para su investigación, no solo el agraviado, sino también su legítimo representante lo harán del conocimiento del agente del Ministerio Público, para que este se avoque a la investigación; por ende esta autoridad está impedida para proceder sin que medie la manifestación de voluntad del que tiene ese derecho.

Al igual que la denuncia la querrela es un relato de los hechos presumiblemente ilícitos, que se presentan ante la autoridad competente (El Ministerio Público). Su diferencia con la denuncia se fundamenta en que mientras ésta puede ser formulada por cualquier persona la querrela exige ser presentada por la víctima u ofendido del delito (puede ser por medio de un representante); en la querrela se hace mención de ilícitos que se persiguen a petición de parte, y como es el ofendido quien la presenta directamente; en ella se debe expresar la clara intención de que se castigue al responsable del delito, de acuerdo con los intereses de la víctima, por medio de la promoción y ejercicio de la acción penal.

La doctrina contemporánea más connotada (Florián, Bettaglini, Riccio, Ranieri, Vanini, Maggiore, Antolisei, y algunos más) sitúa a la querrela dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales, considerándola como una “condición de procedibilidad”,

En México, Ignacio Villalobos, González Bustamante, Franco Sodi, Piña Palacios y Rivera Silva también consideran a la querrela como una “condición de procedibilidad”.

Colín Sánchez por su parte expresa: “Finalmente, la querella es un derecho potestativo del ofendido por el delito, para dar su anuencia a la autoridad para su investigación y persecución del probable autor, todo lo cual permite concluir que la intervención de la autoridad esta sujeta a lo anterior; si no hay manifestación de voluntad, no es posible proceder; de ahí de que la querella sea un requisito de procedibilidad.”²⁸⁵

Al igual que en el caso de la denuncia, la presentación de la querella obliga al Ministerio Público a iniciar las diligencias e investigaciones correspondientes a la averiguación previa. De hecho con la querella, quien la realiza asume la calidad de parte acusadora durante todo el procedimiento; desde luego que lo de parte es un decir, ya que la víctima solo puede intervenir por medio del Ministerio Publico.

La querella es una institución muy discutida por los estudiosos del Derecho Penal; Carlos Binding, no es partidario de la querella; al respecto indica: “cuando el Estado delega sus facultades en manos de los particulares y el delito no se castiga, ya sea porque el querellante no presenta a tiempo su queja o porque esta en manos de un representante inactivo, aquella, no alcanza su objeto y la justicia sufre una lesión; además , el que se deje en manos de un particular la persecución de un delito, propicia la inmoralidad en la administración de justicia.”²⁸⁶

Los positivistas también se muestran inconformes con la querella, fundamentándose en que, si los presuntos delincuentes significan un peligro para la sociedad, es incuestionable que deben perseguirse y no dejar su castigo al arbitrio de los particulares. Por otra parte, si dichas conductas dado el carácter

²⁸⁵ ibidem., p.323.

²⁸⁶ BINDING, Carlos, citado por COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Ob. cit., p. 322

público del Derecho Penal, únicamente afectan intereses particulares, deberían desaparecer del Código.

Maggiore, Vanini, Tolomei y Riccio, también se pronuncian abiertamente en contra y afirman: “Una institución de tal naturaleza tiene una tendencia acentuadísima a desaparecer de los ordenamientos penales, en virtud de que el Estado Moderno, único titular celoso de la potestad punitiva, no puede ni debe delegar ese poder a nadie, aunque sea en su disponibilidad procesal.”²⁸⁷

Por su parte Manuel Rivera Silva, señala lo siguiente “Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse, independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida, y si el acto, por cualquier razón, vulnera únicamente intereses particulares, éste acto debe desaparecer del catálogo de los delitos, para irse a hospedar a otra rama del derecho. No puede decir que es posible que se presente una situación mixta en la que se quebranten intereses particulares e intereses sociales, porque, firmes en nuestra idea nunca se debe dejar la potestad de la parte ofendida a la administración de la justicia. Si el interés social es tan tenue que casi desaparece ante la presencia del interés particular entonces el acto debe desterrarse de la órbita del derecho penal.”²⁸⁸

Los autores mencionados, consideran el problema desde un aspecto netamente doctrinal, olvidan las consecuencias que produce en quienes han resentido la ofensa, cuando se realiza la persecución en contra de las personas como presuntos responsables de algunos hechos delictivos. Hay que pensar, en la publicidad de la conducta ilícita penal de un sujeto, que pueda dañar aún más, al

²⁸⁷ MAGGIORE, VANINI, TOLOMEI Y RICCIO, citados por COLIN SÁNCHEZ Guillermo, Ob. cit., p.322.

²⁸⁸ RIVERA SILVA Manuel, citado por LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Derecho Procesal Penal, Ed. IURE, México 2002, p.79

ofendido, por ello es que dada la naturaleza de las infracciones penales, lo correcto es dejar que los particulares otorguen su anuencia para que el agente del Ministerio Público investigue los hechos y, en su caso, se persiga al infractor. Esto es de gran importancia para quien resiente la acción dañina porque tiene oportunidad de valorar las ventajas y las desventajas de un proceso en el que la situación muy personal del sujeto es la que, valga el uso de la expresión, esté en juego. La voluntad de los particulares no debe proscribirse, cuando el bien jurídicamente tutelado corresponde a ámbitos en los que más que ofensa social, lo que se lesiona con el delito es el aspecto íntimo del ser humano o de núcleos como la familia que en países como el nuestro es una institución fundamental sobre la cual esta estructurada la organización social.

En el Distrito Federal solo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los delitos siguientes: “hostigamiento sexual, estupro, privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, difamación, calumnia y los demás que determine el Código Penal para el Distrito Federal”²⁸⁹, así lo señala el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Por otra parte el artículo 264, del Código Penal Adjetivo del Distrito Federal expresa: “Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que proceda en los términos de los artículos 275 y 276 de este Código. Se reputará parte ofendida por tener satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado; y tratándose de incapaces, a los

²⁸⁹ Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.42

ascendientes y a falta de éstos; a los a los hermanos o a los que representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro, o adulterio, en los que sólo se tendrá formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de éste artículo.”²⁹⁰

Las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretaran en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se hará en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando la querella no reúna los requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá al querellante para que la modifique, ajustándose a ellos, así mismo, se informará al querellante dejando constancia en el acta acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurrén los que declaran falsamente ante las autoridades y sobre las modalidades del procedimiento.

²⁹⁰ ibidem, p.42

En el caso de que la querella se presente verbalmente, se hará constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba, recabando la firma o huella digital del denunciante o querellante. Cuando se haga por escrito, deberá contener la firma o huella digital del que la presenta y su domicilio.

Cuando el querellante haga publicar 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 hubiere formulado dicha querella y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquél incurra, en su caso, conforme a otras leyes aplicables. Estas disposiciones se deducen de interpretar el artículo 276 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Cabe señalar que el derecho de querella se extingue: por muerte del agraviado, por perdón del ofendido, por muerte del responsable, por desistimiento y por caducidad. Las cuales a continuación expongo:

Muerte del agraviado.- Como el derecho para querellarse corresponde al agraviado, la muerte de este lo extingue, siempre y cuando no se haya ejercitado, pues si se ejercito y la muerte del ofendido ocurre durante la averiguación previa o en la instrucción del proceso, surtirá sus efectos para la realización de los fines del proceso, porque ya satisfecho el requisito de procedibilidad, no existe obstáculo para que el Agente del Ministerio Público cumpla sus funciones. Si fallece, el representante del particular, o de una persona moral, con facultades para querellarse, el derecho no se extingue. Aunque esta es la situación de carácter

general, conviene advertir que, tratándose de difamación y calumnia, el artículo 219 en los párrafos segundo y tercero del Código Penal para el Distrito Federal, se prevé lo siguiente:

“Cuando la difamación o la calumnia se refieran a persona fallecida, se procederá por querrela del cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, ascendientes, descendientes o hermanos.

Cuando la difamación o la calumnia se hubiese cometido con anterioridad al fallecimiento del ofendido, no procederá la querrela de las personas mencionadas, si aquél hubiere permitido la ofensa y pudiendo hacerlo no hubiese presentado la querrela, salvo que hubiere prevenido que lo hicieren sus herederos.”²⁹¹

Por Perdón del Ofendido.- Este tema lo abordaré más adelante, en el apartado 2.B) de éste mismo capítulo.

Por Muerte del Ofensor.- La muerte del ofensor también extingue el derecho de querrela, por falta del objeto y finalidad y puede darse durante la averiguación previa, en la instrucción, o aún, en la ejecución de sentencia.

Por Desistimiento.- El desistimiento, produce como efecto principal, cesar la intervención de la autoridad, en consecuencia, presentando durante la averiguación previa o en el curso de la instrucción procesal, y una vez satisfechos los requisitos legales al dictarse la resolución respectiva, produce efectos plenos, de tal manera que no existirá posibilidad de interponer nuevamente la queja por los mismos hechos y en contra de la misma persona.

²⁹¹ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2003, p.55.

Por caducidad.- La caducidad, mal llamada prescripción extingue el derecho de querrela así lo determina el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 110, el cual señala: “(Prescripción de la potestad punitiva en los casos de delito de querrela). Salvo disposición en contrario, la pretensión punitiva que nazca de un delito que sólo puede perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirán en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres años fuera de esta circunstancia.

Una vez cumplido el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio.”²⁹²

La regla para saber si un delito se persigue por oficio o por querrela es la siguiente: cuando se persigue por querrela, el propio precepto legal lo indica, ya sea en el mismo artículo donde se define el delito o en otro, en cambio los delitos perseguibles de oficio no tienen dicho señalamiento de manera que al ser omisa esa prescripción, se entiende que son perseguibles de oficio.

De lo anterior puedo decir que, cuando se habla de que “es un delito que se persigue por querrela”, quiere decir que es un delito que se persigue a petición de parte, o sea; de la víctima del delito y se necesita su anuencia para perseguir el delito, la cual la da por medio de la denuncia que formula directamente ella o sus representantes legales, y que a esta denuncia se le denomina propiamente QUERRELLA.

²⁹² ibidem, p.28.

A) LA VÍCTIMA Y SUS REPRESENTANTES LEGALES.

En Derecho Penal como ya lo había mencionado, se habla de dos sujetos, siendo estos el sujeto activo y el sujeto pasivo.

El sujeto pasivo es definido como la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente, por lo general al sujeto pasivo se le denomina víctima u ofendido.

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo sin embargo dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en que circunstancias.

Aún cuando muchas veces la ley, la doctrina y la jurisprudencia hablan de la víctima y del ofendido equiparándolos o confundiéndolos, considero importante hacer la distinción, entre ambos términos para conocerlos mejor.

Para Julio Antonio Hernández Pliego: "Ofendido por el delito, es quien ha resentido por modo directo, alguna afectación o ha visto peligrar al menos su esfera de derechos, como consecuencia del hecho delictivo. Aun cuando muchas veces la ley, la doctrina y la jurisprudencia hablan de ellos con poca atinencia, equiparándolos o confundiéndolos, pensamos que lo correcto es subrayar técnicamente la diferencia entre ofendido, y víctima del delito, por más que no sea raro que una persona participe de las dos cualidades, La víctima sufre o puede sufrir la afectación o puesta en peligro de su esfera jurídica, de modo directo o indirecto, por la comisión del delito; el ofendido, sólo de manera directa. Así,

víctima del delito pueden serlo el ofendido, los familiares del ofendido, pero también la propia familia del inculpado, por ejemplo, con lo cual queremos decir que la noción de víctima es más amplia que la otra. ”²⁹³

Por su parte Guillermo Colín Sánchez expresa:

“a) El ofendido .- Según penalistas, el ofendido es la sociedad que sufre la conmoción que la altera con la conducta ilícita del delincuente o del presunto delincuente.

El ofendido.- es la persona física que resiente, directamente, la lesión jurídica, en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal.

b) La víctima.- Es este un calificativo que es de dos tipos.

a) Directa, la persona física o moral que resiente el detrimento jurídico, en aquellos aspectos tutelados en el derecho penal, y

b) Indirecta, aquella persona que por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica con la víctima directa es afectada por el hecho ilícito.”²⁹⁴

De ambas definiciones puedo deducir que:

*Que cuando se habla del ofendido se esta refiriendo a la víctima que sufre de modo directo una afectación en su esfera jurídica, ocasionada por el hecho delictivo.

En Derecho Penal también existen dos conceptos estrictamente relacionados con el sujeto pasivo, los cuales definimos a continuación:

²⁹³ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, El Proceso Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 2002, p. 125.

²⁹⁴ COLÍN SÁNCHEZ Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001, p. 257-258.

1) SUJETO PASIVO DE LA CONDUCTA: Es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto la recibe el titular del bien jurídico tutelado.

2) SUJETO PASIVO DEL DELITO: Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

De ambas definiciones puedo deducir lo siguiente:

*Que el concepto de “ofendido” se identifica con el de “sujeto pasivo del delito”.

*Que el sujeto pasivo de la conducta, y el sujeto pasivo del delito, pueden coincidir en una misma persona.

*Que el sujeto pasivo de la conducta es una víctima desde el punto de vista gramatical, y puede ser una víctima (indirecta) desde el punto de vista jurídico.

*Que cuando la ley habla de víctima o de ofendido, por víctima se debe entender el concepto de víctima indirecta, o sea; persona que por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica con la víctima directa (ofendido) es afectada por el hecho ilícito.

Las diferencias entre víctima y ofendido, resulta apoyada también por disposiciones como el artículo 30 bis del Código Penal Federal cuando señala: “Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. El ofendido; 2o. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario

o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.”²⁹⁵

Hay que señalar el descuido del Constituyente Permanente, al encabezar el artículo 20 Constitucional, aludiendo a las garantías de la víctima o el ofendido “como si se tratará de términos equivalentes, porque si esto fuera así parecería solamente una redundancia pero si se quiso aludir a ambos, la verdad es que hay garantías que solo se otorgan al ofendido, no a la víctima.

Viene al caso subrayar la confusión del legislador en el fuero común, que trastoca los términos en algunas disposiciones legales, como en el artículo 45 del Código Penal para el Distrito Federal, en el cual se expresa:

“(Derecho a la Reparación del Daño). Tienen derecho a la reparación del daño:

I. La víctima y el ofendido; y

II. A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.”²⁹⁶

Algo similar ocurre al final del primer párrafo del artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al señalar:

“Se reputará parte ofendida por tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado.”²⁹⁷ Lo que representa que todavía en materia penal, en el fuero común hay pequeñas confusiones.

²⁹⁵ Código Penal Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005,p. 9.

²⁹⁶ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed. Ed. ISEF, México 2005, p.12

²⁹⁷ Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, 13ª. ed. Ed. ISEF, México 2005, p.42

La ejecución de conductas o hechos considerados como delitos producen daños que afectan directamente a las personas físicas en lo moral, en su patrimonio, en su integridad corporal, en su honor, etc. En forma indirecta, los integrantes de una sociedad también se ven afectados, porque toda violación a la ley penal produce como consecuencia una sanción represiva y además, daños que deben ser resarcidos. Ambas consecuencias son de interés para todos, aún el resarcimiento del daño, que beneficia directamente al ofendido o a la víctima, porque estos también son elementos integrantes de aquella.

Sin embargo, grande ha sido el descuido que a través del tiempo ha mostrado el legislador en lo que hace a la situación legal del ofendido y la víctima del delito a pesar de que son quienes sufren las consecuencias del delito en su esfera de derechos, lo que contrasta con la atingencia que se ha mostrado en la atención de los derechos humanos del inculpado, y por ende, de sus derechos dentro del juicio penal creándose una desigualdad notoria entre ambos. Esta indiferencia del Estado hacia el ofendido y la víctima, no fue atemperada históricamente ni siquiera por la consideración de que generalmente se trata de individuos que forman parte mejor del núcleo de la sociedad, aunado al abandono legal, la ineficiencia del ministerio público a lo que hace a la tutela de sus intereses afectados por el delito.

Las recientes reformas introducidas al artículo 20 del Pacto Federal por el Poder Revisor de la Constitución, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 21 de septiembre del año 2000, en vigor seis meses después, han permitido al ofendido recibir distinto trato legal, del que con todo desaire, se le reservaba anteriormente, asignando ahora para este sujeto procesal un espacio propio en el

que de manera clara se puntualizan sus derechos, elevados así al más alto rango legal.

Por la importancia del artículo constitucional que consagra las garantías del ofendido y de la víctima (Artículo 20 Constitucional, Apartado B) a continuación lo transcribo: “Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

B. De la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica, ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad. No estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.”²⁹⁸

Realizando un análisis del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, encontré los siguientes artículos que aluden a la situación del ofendido o de la víctima;

Del Código Federal de Procedimientos Penales los artículos: 2 fracción VI, 16,23, 28, 31, 38, 115, 133, 141, 146, 248, 249 y 365. De los artículos mencionados a continuación transcribiré aquellos que considero importantes y los demás solo los comentaré.

El artículo 2, fracción VI, declara que corresponderá al Ministerio Público Federal, en la averiguación previa, “asegurar o restituir al ofendido en sus derechos, en los términos del artículo 38.”²⁹⁹

El numeral 16, que faculta el acceso a las actuaciones de la averiguación, a la víctima u ofendido y/o su representante legal, si lo hubiere;

El artículo 23, que autoriza al ofendido para imponerse de los autos en la secretaría del tribunal;

²⁹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10ª. ed., Ed. ISEF, México 2005,p.12-14.

²⁹⁹ Código Federal de Procedimientos Penales, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.2

Los numerales 28 y 31, que ordenan se provea de interprete al ofendido, si no habla o entiende suficientemente el castellano, o si fuese sordomudo;

“Artículo 115. Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de dieciséis años, podrá querellarse por si mismo o por quien este legitimado para ello, tratándose de menores de esta edad o de otros incapaces, la querella se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.”³⁰⁰

“Artículo 133. Cuando en vista de la averiguación previa, el agente del Ministerio Público a quien la Ley Reglamentaria del Artículo 102 de la Constitución General de la República faculte para hacerlo, determine que no se ha de ejercitar la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos, o por los que se hubiere presentado querella, el denunciante, querellante o el ofendido podrá ocurrir al Procurador General de la República dentro del término de quince días, contados desde que se les haya hecho saber dicha determinación, para que este funcionario oyendo el parecer de sus agentes auxiliares decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal.

Contra la resolución del Procurador no cabe recurso alguno, pero puede ser motivo de responsabilidad.”³⁰¹

”Artículo 141. En todo procedimiento penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a:

- I. Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la averiguación previa o del proceso;
- II. Coadyuvar con el Ministerio Público;

³⁰⁰ ibidem, p.22

³⁰¹ ibidem, p.27.

- III. Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho;
- IV. Recibir la asistencia médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera; y
- V. Los demás que señalen las leyes.

En virtud de lo anterior, podrán proporcionar al Ministerio Público o al juzgador, directamente o por medio de aquél, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación del daño.

En todo caso, el Juez, de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso, a manifestar en éste lo que a su derecho convenga respecto a lo previsto en este artículo.”³⁰²

El numeral 146, el cual ordena al Tribunal a tomar conocimiento directo de la víctima y la calidad de las personas ofendidas por el delito.

El artículo 248, conforme al cual el testigo dirá si se halla ligado al ofendido por vínculos de parentesco, amistad o cualesquiera otros si tiene algún motivo de odio o rencor contra alguno de ellos.

El numeral 249, que señala la facultad de la víctima u ofendido para interrogar a los testigos.

³⁰² Código Federal de Procedimientos Penales, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 31

“Artículo 365. Tienen derecho de apelar el Ministerio Público, el inculpado y su defensor, así como el ofendido o a sus legítimos representantes cuando hayan sido reconocidos por el juez de primera instancia, como coadyuvantes del ministerio Público, para efectos de la reparación de daños y perjuicios. En este caso, la apelación se contraerá a lo relativo a la reparación de daños y perjuicios y a las medidas precautorias conducentes a asegurarla.”³⁰³

Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los artículos: 9, 28, 35, 70, 80, 146, 183, 206, 264, 271, 296 bis, 417, 487, 569 y 572. De los artículos mencionados a continuación transcribiré los que considero importantes y los demás sólo los comentaré

“Artículo 9o. Las víctimas o los ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda:

I. A que el Ministerio Público y sus auxiliares les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la máxima diligencia;

II. A que los servidores públicos los traten con la atención y respeto debido a su dignidad humana absteniéndose de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio, abuso o ejercicio indebido de la autoridad;

III. A que ningún servidor público por sí o por interpósita persona les soliciten, acepten o reciban, beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado les otorga por el desempeño de su función;

IV. A presentar cualquier denuncia o querrela por hechos probablemente constitutivos de delito y a que el Ministerio Público las reciba;

³⁰³ ibidem, p.78

- V. A que se les procure justicia de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias o querellas, practicando todas las diligencias necesarias para poder determinar la averiguación previa;
- VI. A recibir asesoría jurídica por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, a recibir servicio de intérpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblo indígenas, no conozcan o no comprendan bien el idioma español, o padezcan alguna discapacidad que les impida oír o hablar;
- VII. A ratificar en el acto la denuncia o querella siempre y cuando exhiban identificación oficial u ofrezcan los testigos de identidad idóneos;
- VIII. A contar con todas las facilidades para identificar al probable responsable;
- IX. A recibir en forma gratuita copia simple de su denuncia o querella ratificada debidamente o copia certificada cuando la solicite, de conformidad con lo previsto por el presente código y por el Código Financiero del Distrito Federal;
- X. A coadyuvar con el Ministerio Público en la integración de la averiguación y en el desarrollo del proceso;
- XI. A comparecer ante el Ministerio Público para poner a su disposición todos los datos conducentes a acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y su reparación y a que el Ministerio Público integre dichos datos a la averiguación;
- XII. A tener acceso al expediente para informarse sobre el estado y avance de la averiguación previa;
- XIII. A que se les preste la atención médica de urgencia cuando la requieran;
- XIV. A que se realicen el reconocimiento o diligencias de identificación o confrontación en un lugar en el que no puedan ser vistos o identificados por el

probable responsable. En los casos de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, o en los que el menor sea víctima, el Juez o el Ministerio Público de oficio deberán acordar que la diligencia de confronta o identificación se efectúe en un lugar donde no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable;

XV. A que el Ministerio Público solicite debidamente la reparación del daño y a que se les satisfaga cuando ésta proceda;

XVI. A recibir auxilio psicológico en los casos necesarios, y en caso de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, a recibir este auxilio por una persona de su mismo sexo;

XVII. A ser restituidos en sus derechos cuando éstos estén acreditados;

XVIII. A quejarse ante la Contraloría Interna de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y a denunciar ante la Fiscalía para Servidores Públicos o ante cualquier agente del Ministerio Público, por violaciones de los derechos que se señalan para su investigación y responsabilización debidas;

XIX. A impugnar las determinaciones de no ejercicio de la acción penal; y

XX. En caso de que deseen otorgar el perdón, a ser informada claramente del significado y la trascendencia jurídica de ese acto.

El sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. ³⁰⁴

“Artículo 28. Todo tribunal o Juez, cuando esté comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, dictarán oportunamente las providencias necesarias para restituir al ofendido en sus derechos que estén plenamente justificados.”³⁰⁵

³⁰⁴ Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.3-5

³⁰⁵ ibidem, p.9

“Artículo 35. Cuando haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación, el ministerio público, el ofendido o víctima del delito, en u caso, podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes.

Para que el juez pueda dictar el embargo precautorio bastará la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida. A menos que el inculpado otorgue fianza suficiente a juicio del juez, éste decretará el embargo bajo su responsabilidad.”³⁰⁶

“Artículo 70. La víctima o el ofendido, o su representante pueden comparecer en la audiencia y alegar lo que a su derecho convenga, en las mismas condiciones que los defensores.”³⁰⁷

“Artículo 80.- Todas las resoluciones apelables deberán ser notificadas al Ministerio Público, a la víctima u ofendido del delito, o al coadyuvante del Ministerio Público, en su caso y al defensor o cualquiera de los defensores, si hubiere varios.”³⁰⁸

“Artículo 146.-La reconstrucción de hechos nunca podrá practicarse sin que previamente se haya practicado la simple inspección ocular del lugar, cuando se estén el primer caso del artículo anterior y hayan sido examinados el acusado, el ofendido, o testigos que deban intervenir en ella.”³⁰⁹

“Artículo 183. Cuando el inculpado, el ofendido o víctima, el denunciante. Los testigos o los peritos no hablen o entiendan suficientemente el castellano, el Ministerio Público o el juez nombrará uno o dos traductores mayores de edad, que protestarán traducir fielmente las preguntas y respuestas que deben transmitir.

³⁰⁶ ibidem,p. 10

³⁰⁷ Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.15

³⁰⁸ ibidem, p.16

³⁰⁹ ibidem., p.27

Sólo cuando no pueda encontrarse un traductor mayor de edad, podrá nombrarse uno de quince años cumplidos, cuando menos.”³¹⁰

El numeral 206, Que ordena preguntar al testigo, después de tomada la protesta, si se halla ligado al inculpado, o a la víctima, al ofendido del delito o al querellante por vínculos de parentesco, amistad o de cualquier otro, y si tiene motivo de odio o rencor contra alguno de ellos.

El artículo 264 que alude a la querrela del ofendido y da una definición de parte ofendida, ya que en su primer párrafo expresa: “Se reputará parte ofendida por tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de estos a los hermanos o a los que representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.”³¹¹

“Artículo 271. El Ministerio Público que conozca de un hecho delictuoso, hará que tanto el ofendido como el probable responsable sean examinados inmediatamente por los médicos legistas, para que éstos dictaminen, con carácter provisional acerca de su estado psicofisiológico.”³¹²

El numeral 296 BIS, que obliga al juez del proceso, durante la instrucción allegarse de datos respecto a la calidad de las víctimas u ofendidos por el delito.

³¹⁰ Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 32

³¹¹ ibidem, p.42

³¹² ibidem, p.46

El numeral 417, que concede derecho de apelar al ofendido o a sus legítimos representantes, cuando coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta.

“Artículo 487. Podrán promover la acumulación: El Ministerio Público, el ofendido o la víctima, o sus representantes el procesado o sus defensores.”³¹³

Los artículos 569 y 572-II, que ordenan hacer efectiva a favor de la víctima o del ofendido por el delito, la garantía relativa a la reparación del daño.

En lo que mira al derecho del ofendido o de las víctimas del delito para recurrir el no ejercicio de la acción penal dictado por el Ministerio Público, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia por contradicción de tesis, en el sentido de que dicho acto resulta ser materialmente penal, razón por la cual, el amparo que contra él se promueva, debe conocer un Juez de Distrito en Materia Penal, así mismo que la garantía que tutela, el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público referidas, no está sujeta al establecimiento en la ley de la vía jurisdiccional de impugnación ordinaria, por lo que mientras esta no fuera expedida el juicio de amparo es procedente en forma inmediata para reclamar tales resoluciones.³¹⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, también por contradicción de tesis resolvió que la procedencia del juicio de amparo respecto de las resoluciones de no ejercicio o desistimiento de la acción penal, no invade el monopolio del Ministerio Público al respecto; y que dichas resoluciones son susceptibles de violar

³¹³ Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.78

³¹⁴ Ambas Tesis publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, corresponden a la Novena Época. Instancia: Pleno, y son visibles, en su orden en el T. VI, diciembre de 1997, tesis p:/J.91/97, pág. 5; y T. VI, diciembre de 1997, tesis p.CLXIV/97, p.56.

garantías individuales, procediendo por tanto en su contra el juicio constitucional.”³¹⁵

Por otra parte, realizando un análisis al Código Penal para el Distrito Federal, encontré los siguientes artículos que contienen disposiciones relacionadas con las figuras jurídicas del ofendido y de la víctima: 30, 36, 41, 39, 42, 45, 49, 50, 90, 94, y 100 . De los artículos mencionados a continuación transcribiré los que valoro importantes y los demás sólo los comentaré.

El artículo 30, establece en su fracción IV, el trabajo en beneficio de la víctima del delito, como una pena.

El numeral 36, Que contempla en su primer párrafo, que el trabajo en beneficio de la víctima del delito consiste en la prestación de servicios remunerados, en Instituciones Públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente.

El artículo 39, Que contempla que cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá

sustituir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla total o parcialmente por trabajo en beneficio de la víctima, por lo que cada jornada de trabajo saldrá dos días multa.

“Artículo 41. (Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito). Se

³¹⁵ Ambas Tesis publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, corresponden a la Novena Época. Instancia. Pleno y son visibles, en su orden, en el T.VI.. diciembre de 1997, tesis p.CLXVII/97, pág.108; y T.VI, diciembre de 1997, tesis P.CLXVI/97. pág. III.

establecerá un Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito en los términos de la legislación correspondiente.

El importe de la multa y la sanción económica impuestas se destinará preferentemente a la reparación del daño ocasionado por el delito, pero si éstos se han cubierto o garantizado, su importe se entregará al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito.”³¹⁶

El artículo 42 en sus fracciones III, IV y V en las cuales se expresa:“Artículo 42. (Alcance de la reparación del daño). La reparación del daño comprende según la naturaleza del delito de que se trate:

III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derechos a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima.

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados;

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.”³¹⁷

“Artículo 45. (Derecho a la reparación del daño). Tienen derecho a la reparación del daño;

I. La víctima y el ofendido; y

II. A la falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.”³¹⁸

³¹⁶ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª.ed., Ed. ISEF, México 2005,p.11

³¹⁷ ibidem, p.11-12

³¹⁸ ibidem., p.12

El numeral 49 que contempla que cuando sean varios los ofendidos y no resulte posible satisfacer los derechos de todos, se cubrirán proporcionalmente los daños y perjuicios y que en todo, caso, el afectado podrá optar en cualquier momento por el ejercicio de la acción civil correspondiente.

El artículo 50 que prevé que, cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, las garantías relacionadas con la libertad caucional se aplicara de manera inmediata al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito.

“Artículo 51.(Renuncia a la Reparación del Daño). Si el ofendido o sus derechohabientes renuncian o no cobran la reparación del daño, el importe de éste se entregará al Fondo para la Atención y Apoyo a la Víctimas del Delito, en los términos de la legislación aplicable.”³¹⁹

“Artículo 61. (Concepto y duración). En atención a las circunstancias del delito, del delincuente y del ofendido el juez impondrá las medidas siguientes: prohibir al sentenciado que vaya a un lugar determinado o que resida en él, conciliando la exigencia de tranquilidad pública y la seguridad del ofendido.

Estas medidas no podrán ser mayores al término de la pena impuesta.”³²⁰

En el artículo 72 fracción IV y párrafo segundo de la fracción VIII se expresa: “Artículo 72.(Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad).El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito, el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta;

³¹⁹ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª.ed., Ed. ISEF, México 2005, p. 13

³²⁰ ibidem., p.16

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

VIII.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.”³²¹

“Artículo 85.(Sustitución de la multa).La multa podrá ser sustituida por trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad.”³²²

El artículo 90, que establece que para gozar del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, el sentenciado deberá de cubrir ciertos requisitos entre los cuales se encuentra esta el de abstenerse de causar molestias al ofendido a sus familiares y pagar la reparación de los daños.

El artículo 94 que contempla las causas de extinción de la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad, entre los que se encuentra el perdón del ofendido en los delitos de querrela o por cualquier otro acto equivalente.

El artículo 100, que reglamenta a detalle, el perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo.

³²¹ ibidem,p. 19, 20

³²² Código Penal para el Distrito Federal, 13ª.ed., Ed. ISEF, México 2005, p.23

Sobre los representantes de la víctima u ofendido, en materia federal, el Código Federal de Procedimientos Penales prevé lo siguiente:

En el artículo 16, párrafo segundo contempla que a las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si lo hubiere.

“Artículo 115. Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de dieciséis años, podrá querellarse por sí mismo o por quien este legitimado para ello. Tratándose de menores de edad o de los incapaces, la querella se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.”³²³

“Artículo 120. No se admitirá la 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 querella, 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.”³²⁴

El artículo 141, contempla en su último párrafo que; “En todo caso, el juez de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designando en el proceso a manifestar en éste lo que a su derecho convenga.”³²⁵

³²³ Código Federal de Procedimientos Penales, 13ª. ed , Ed. ISEF, México 2005, p.22

³²⁴ ibidem., p.23

³²⁵ ibidem, p. 31

El artículo 149, contempla que el ofendido o sus legítimos representantes pueden solicitar al juez, y éste dispondrá con audiencia del inculpado salvo que éste se haya sustraído a la acción de la justicia, el embargo precautorio de los bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación de daños y perjuicios.

“Artículo 365. Tienen derecho de apelar el Ministerio Público, el inculpado y su defensor, así como el ofendido o sus legítimos representantes cuando hayan sido reconocidos por el juez de primera instancia, como coadyuvantes del Ministerio Público, para los efectos de la reparación los daños y perjuicios. En este caso, la apelación se contraerá a lo relativo a la reparación de daños y perjuicios y a las medidas precautorias conducentes a asegurarla.”³²⁶

El artículo 149, contempla que el ofendido o sus legítimos representantes pueden solicitar al juez, y éste dispondrá con audiencia del inculpado salvo que éste se haya sustraído a la acción de la justicia, el embargo precautorio de los bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación de daños y perjuicios.

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, respecto a los representantes de la víctima u ofendido establece lo siguiente:

El artículo 264 contempla que tratándose de incapaces, son parte ofendida y a la vez representantes de éstos para formular la querrela; los ascendientes y a la falta de estos, los hermanos o quienes los representen legalmente y además que cuando la víctima por cualquier motivo no pueda expresarse; el legitimado para presentar la querrela serán sus dependientes económicos o derechohabientes. Y

³²⁶ Código Federal de Procedimientos Penales, 13ª. ed , Ed. ISEF, México 2005, p. 78

en el segundo y en el tercer párrafo se establece que:

“Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de los delitos de rapto, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final de éste artículo.”³²⁷

B) EL PERDÓN DEL OFENDIDO

El perdón del ofendido es una figura jurídico-penal, que en los delitos, que se persiguen por querella, causa la extinción de la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad.

Para Guillermo Colín Sánchez “el perdón es el acto a través del cual el ofendido por el hecho delictivos, manifiesta ante la autoridad correspondiente que no desea que se persiga a quien lo cometió.”³²⁸

Sobre el perdón del ofendido, el Código Penal Federal expresa:

“Artículo 93. El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querella, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el

³²⁷ Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005, p.42

³²⁸ COLÍN SÁNCHEZ Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p.329

órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor.”³²⁹

Por otra parte en el Código Penal para el Distrito Federal, respecto al perdón del ofendido, se prevé lo siguiente:

“Artículo 94.(Causas de extinción). La pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad se extinguen por:

IV. Perdón del ofendido, en los delitos de querrela o por cualquier acto equivalente.”³³⁰

³²⁹ Código Penal Federal, 13ª. ed , Ed. ISEF, México 2005,p. 25.

³³⁰ Código Penal para el Distrito Federal, 13ª,ed., Ed. ISEF, México 2005,p.25

“Artículo 100. (Extinción por perdón del Ofendido). El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público sí este no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, el ofendido podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Esta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad.

Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable los delitos que solo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por un acto equivalente a la querrela. Para la extinción de la pretensión punitiva es suficiente la manifestación de quien está autorizado para ello, de que el interés afectado ha sido satisfecho.

El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga. Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.”³³¹

Por otra parte en el Código Adjetivo del Distrito Federal se prevé;

“Artículo 9. Los denunciantes, querellantes y las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda:

³³¹ ibidem, p.26,27.

XX. En caso de que deseen otorgar el perdón, a ser informada claramente del significado y la trascendencia jurídica de ese acto.”³³²

3.EL FRAUDE ESPECÍFICO EN CUESTIÓN COMO DELITO EXCLUSIVAMENTE DE OFICIO.

Durante el proceso de elaboración del capitulo del presente trabajo de investigación, observe que el fraude específico descrito en el artículo 231 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, era un delito que se perseguía por querrela y de oficio, ya que así lo indicaba el artículo 246 del mismo código y suponía que la impunidad que gozaban los que cometían este delito, en los casos en que debía perseguirse por querrela (que eran y continúan siendo el mayor número de casos en la actual realidad social del Distrito Federal) era consecuencia, precisamente de la falta de querrela del ofendido, y que a su vez este problema, estaba relacionado con las características psicológicas peculiares, que debía tener al sujeto pasivo para poderlo ser, como lo son; preocupación, superstición e ignorancia, así que consideré que no era posible dejar la persecución del delito al arbitrio del ofendido, ya que éste; por las características psicológicas mencionadas su entendimiento y voluntad se encontraban viciados, circunstancia que provocaba que el mismo sujeto pasivo no realizaría su querrela para que el Ministerio Público pudiera iniciar la investigación correspondiente.

También me realizaba las siguientes preguntas:

¿Cómo va a querrellarse el sujeto pasivo, si esta preocupado por determinado problema, y piensa que sí denuncia al defraudador obtendría un problema más?

³³² Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005.p. 3-5.

¿Cómo va a querellarse el ofendido, si es supersticiosos, y cree que sí denuncia al sujeto activo, le puede llegar a pasar algo negativo, ya sea en su persona, trabajo o negocio, incluso a un tercero como podría ser un familiar?

¿Cómo va a querellarse el sujeto pasivo, si es ignorante y piensa que los medios de ejecución del que se vale el sujeto activo (evocación de espíritus, adivinaciones) son reales?

¿Cómo va a querellarse el ofendido, si considera y cree fervientemente, que las adivinaciones hechas por el defraudador, en verdad se realizarán?

Como la respuesta a las interrogantes mencionadas, era que el ofendido muy difícilmente realizaría la querrela consideré que la solución al problema de la falta de querrela era que el fraude específico descrito en el artículo 231 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, fuera un delito exclusivamente de oficio. Así que en el capitulado del presente trabajo incluí un tema en el cual hablaría de esta propuesta de solución al problema de la impunidad en el fraude específico en cuestión y decidí denominar ése tema, con la propuesta mencionada.

Sin embargo después de realizar el capítulo II del presente trabajo en el que realicé el análisis jurídico del fraude específico en cuestión, observe entre otras cosas que; es un delito patrimonial, en el cual cabe la posibilidad de que lo realicen personas que posean determinadas calidades respecto al sujeto pasivo, esto y la conclusión de que hay necesidad de que ciertos delitos se persigan a petición de parte ofendida, conclusión a la que llegué después de investigar el

tema de la “Querrela como otra forma de perseguir delitos”, en este capítulo, me hace abandonar la propuesta anterior, y realizar una nueva. Por lo que ahora propongo que la forma de persecución del fraude específico en cuestión continúe siendo de oficio y por querrela, pero en base a los lineamientos siguientes:

***DE OFICIO.-** Cuando el monto de lo explotado exceda de 50 veces el salario mínimo y no a partir de que el monto de lo defraudado sea mayor de 5,000 veces el salario mínimo, como lo señala actualmente el artículo 246, párrafo cuarto del Código Penal para el Distrito Federal.

***POR QUERRELLA.-** Sólo en los casos siguientes:

- 1) Cuando el sujeto activo tenga con relación al sujeto pasivo, alguna de las calidades siguientes, descendiente, cónyuge, pariente por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario pareja permanente o pariente por afinidad hasta el segundo grado. (Como lo señala el artículo 246, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal).

- 2) Cuando el monto de lo explotado, no exceda de 50 veces el Salario Mínimo, vigente en el Distrito Federal, al momento de la ejecución del delito.

Propongo que el fraude específico en comento, debe ser un delito que se persiga de oficio, cuando el monto de lo explotado exceda de las 50 veces el salario mínimo por las razones siguientes:

- a) Considero que la suma de más de 50 veces el salario mínimo, es una cantidad

considerable para la persona que gana un salario mínimo y que vive al día, ya que representa más de mes y medio de su salario (como podría ser la clase obrera). Si alguien llega a sufrir un detrimento en su patrimonio por la conducta típica en cuestión, por la cantidad superior a las 50 veces el salario mínimo; es algo grave, algo que debe afectar seriamente su subsistencia y la de su familia, si es que la tiene, en las condiciones económicas actuales. por lo que considero que es motivo por el cual, el Representante Social teniendo conocimiento de que el fraude específico en comento, comprende un daño económico de más de 50 veces el salario mínimo debe de iniciar de oficio, la investigación para que se pueda castigar al explotador (DEFRAUDADOR), y evitar que se siga causando daño al patrimonio de los integrantes de la sociedad.

b) Observo que el artículo 230, fracción segunda, del Código Penal para el Distrito Federal contempla pena de prisión y multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de las 50 veces el salario mínimo, por lo que considero que el mismo Código Penal, evalúa que la afectación patrimonial, que exceda del margen citado, es algo grave,

c) Considero que mientras menos amplio sea el margen, contemplado en salarios mínimos para que este delito sea perseguido por querrela, más probabilidades tendrá el Ministerio Público del Distrito Federal para investigarlo ya que muy pocas veces es denunciado por el ofendido, por sus circunstancias psíquicas personales.

d) Considero que si el fraude específico en cuestión es perseguido de oficio, cuando el valor de lo defraudado exceda de las 50 veces el salario mínimo,

provocará que los delincuentes que realizan éste delito y que tienen como modus operandi, defraudar más de la suma de los salarios mínimos mencionados meditarán acerca de que si lo realizan o no, ya que pensarán si vale o no arriesgarse a cometer el delito sabiendo que por la cantidad que acostumbran defraudar (hasta 5000 veces el salario mínimo, caso en que se persigue por querrela el fraude específico en comento) no podrán confiar en que no los denunciará su víctima, como actualmente sucede.

Por otra parte, considero que el fraude específico en estudio, debe ser un delito de querrela, cuando el monto de lo explotado no exceda de las 50 veces el Salario Mínimo, por las razones siguientes:

a) El artículo 230, que contiene las penas aplicables al fraude genérico y a los fraudes específicos, en su fracción primera, contempla multa (de 25 a 75 días) como pena, y no habla de prisión, cuando el valor de lo defraudado no exceda de 50 veces el Salario Mínimo, motivo por el cual considero que el mismo Código Penal no considera grave, la afectación al patrimonio del sujeto pasivo, cuando se encuentre dentro del margen mencionado.

b) Evaluó que el margen de los 50 Salarios Mínimos, es un parámetro razonable, ya que también es utilizado por otro delito patrimonial como lo es el robo (simple) ya que este se persigue por querrela, cuando el monto de lo robado, no exceda de los 50 salarios mínimos (artículo 246, párrafo tercero inciso a) del Código Penal para el Distrito Federal).

4.- REFORMA AL ARTÍCULO 246 EN SU PÁRRAFO TERCERO DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

Como mi primera propuesta de solución (que el fraude específico en estudio fuera un delito que se persiguiera exclusivamente de oficio) ocasionaba que se reformara el tercer párrafo del artículo 246 del Código Penal del Distrito Federal, decidí dedicarle un tema en el capitulo del presente trabajo de investigación, en el cual expondría la forma en que quedaría el mencionado artículo, pero como he abandonado la primera propuesta por las razones ya mencionadas y propongo una nueva, en la nueva propuesta, efectivamente se debe de modificar el artículo 246 aunque no en su tercer párrafo como al principio propuse sino en su último párrafo.

Por lo que el artículo 246 del Código Penal para el Distrito Federal en su último párrafo quedaría de la forma siguiente:

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 los artículos 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 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, salvo su fracción VII**, 232, 233, 234 y 235 cuando el monto de lucró o valor del objeto exceda de cinco mil veces el salario mínimo o cuando se cometa en perjuicio de dos o más ofendidos. **El fraude específico descrito en el artículo 231 fracción VII se perseguirá de oficio cuando el monto de lucró o valor del objeto defraudado exceda de 50 veces el salario mínimo o cuando se cometan en perjuicio de dos o más ofendidos.**

Cabe señalar que agrego que también sea perseguido de oficio, cuando el fraude específico en comento se efectúe perjudicando dos o más ofendidos, porque aunque este señalada en el Código Penal para el Distrito Federal esta circunstancia, para que el fraude sea perseguido de oficio, las autoridades hacen caso omiso y por lo tanto no investigan el delito en cuestión.

CAPÍTULO IV

DIVERSOS ENFOQUES DEL PROBLEMA SOCIAL.

El fraude específico en estudio, al ser un delito que afecta el patrimonio de las personas es obviamente un problema social, problema que puede verse desde diferentes ángulos o enfoques como lo son: el religioso, científico, psicológico, económico, laboral entre otros. En el presente capítulo se expondrán a continuación algunos de los enfoques mencionados.

Como el fraude específico en comento hace referencia a evocación de espíritus, y esta practica esta ligada a la religión, considero prudente conocer primero que es la religión, para después saber cual es la opinión de ésta acerca de los espíritus y de las adivinaciones las cuales, también hace mención el fraude específico en estudio.

1. ENFOQUE RELIGIOSO.

La religión es “el conjunto de las creencias, mitos o dogmas acerca de la divinidad y de las practicas rituales para darle culto. La religión es objetivamente, la suma de deberes, ritos y verdades, destinados a venerar a la divinidad, subjetivamente es la inclinación habitual a la divinidad que se expresa con la admisión de los dogmas, la moral y el ritual que sirven para confesar el dominio supremo de la divinidad. Por su origen, se llama natural o sobrenatural, según si para su conocimiento basta la razón o si es precisa la revelación, por la multiplicidad de elementos se le llama politeísta o monoteísta, según si admite la existencia de varios dioses o de uno solo.”³³³

³³³ Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1999, s. p

La religión es “un producto social, puede enfocársele como vivencia interhumana o producto objetivado o de lo interhumano. En el primer aspecto, consiste en el fenómeno de la coincidencia o concurrencia de sentimientos de temor y de admiración comunes a los miembros de un grupo humano, sentimientos que se proyectan convergentemente hacia un mismo objeto o ser, considerado como sagrado. Desde el segundo punto de vista religión es el conjunto de creencias, principios y ritos elaborados por una colectividad y que han adquirido una cierta objetivación e independencia del grupo mismo que los creó. A la palabra religión se le han dado varias interpretaciones etimológicas; Cicerón la hacía derivar de relegere, releer, considerar con atención, porque el hombre de religión se ocupa con insistencia y considera cuidadosamente las cosas santas; Se opone a negligere, descuido, negligencia. Lactancio, sostenía en cambio que la palabra religión se deriva de relegare, religio, esto es, lazo que ata colectivamente, cosa que liga o religa. Por último para San Agustín la palabra viene de reelegere, elegir de nuevo, significado que la religión es algo que se elige de nuevo.”³³⁴

Salomón Reinach, escribe “La religión es en primer lugar, un sentimiento y la expresión de este sentimiento por actos de una naturaleza especial que son los ritos.”³³⁵

Según Feuerbach, “la religión es un deseo que se manifiesta por la oración, el sacrificio y la fe.”³³⁶

Kant la concibe como, “el sentimiento de nuestros deberes en cuanto se fundan en mandamientos divinos.”³³⁷

³³⁴ SENIOR Alberto F., *Sociología*, 12ª. ed. ED. Porrúa, México 1993, p.314

³³⁵ REINACH Salomón, citado por SENIOR Alberto F., Ob. cit., p.314

³³⁶ FEUERBACH, citado por SENIOR Alberto F., Ob. cit., p.314.

³³⁷ KANT, citado por SENIOR Alberto F, Ob. cit. ,P.314

Para Max Miller la religión es “una facultad del espíritu que, independientemente de los sentidos y de la razón, pone al hombre en disposición de percibir lo infinito.”³³⁸

El etnógrafo inglés Tylor admite como definición mínima de la palabra religión “la creencia en seres espirituales.”³³⁹

El ser humano, a través de la historia ha necesitado de la religión como una urgencia espiritual, ante la sensación de un desamparo metafísico, o soledad metafísica de su existencia, buscando en ella un refugio metafísico. La religión nace como resultado de una profunda necesidad metafísica del hombre para aliviar el desamparo su sensación de desamparo y desolación espiritual.

Gurvith escribe “La base psicológica de la religión es la angustia irremediable y el sentimiento de abandono y de debilidad cuyo otro polo es la espera de salvación.”³⁴⁰

La religión pues, funda sus inalienables prerrogativas en la constitución misma del espíritu humano, pero es un fenómeno psicosocial, o psicocolectivo, porque ocurre en la complejidad de la vida interhumana, sucede en el seno mismo de los agrupamientos. La religión es un producto de lo social, pues no es la creación de un individuo, aislado, sino por el contrario resulta de la conjugación y entrelace de fenómenos psíquicos de los miembros de una colectividad; que experimentan un mismo temor, una misma admiración y respeto una proyección conjunta colectiva de su intimidad psíquica hacia el ser u objeto que consideran, en común sagrado.

³³⁸ MILLER Max, citado por SENIOR Alberto F. Ob. cit. , p.314

³³⁹ TYLOR, citado por SENIOR Alberto F., Ob. cit., p.314

³⁴⁰ GURVITH, citado por SENIOR Alberto F., Ob. cit., p.318

En el mundo existen varias religiones, las principales son:

- JUDAÍSMO
- CRISTIANISMO CATOLICO
- CRISTIANISMO PROTESTANTE
- CRISTIANISMO ORTODOXO
- ISLAM
- HINDUISMO
- CONFUCIONISMO
- BUDISMO.

Casi todas las creencias religiosas desde el animismo a las grandes confesiones monoteístas, plantean el dualismo entre cuerpo y alma, el alma o el espíritu es según estas creencias, un ente inmaterial y eterno, que encierra toda la esencia de una persona de la que su cuerpo no sería más que una envoltura terrenal prescindible. En el momento de la muerte, cuerpo y espíritu que han estado unidos hasta ese momento, se separan mientras el cuerpo se descompone, el alma pervive eternamente. Según algunos, las almas pueden encarnarse en otros cuerpos, a fin de seguir evolucionando en un proceso espiritual de continuo perfeccionamiento. Para otros, viajan a un estado, o lugar de eterno gozo o castigo, según haya sido su comportamiento en vida, o permanecen vagando por la tierra como “almas en pena”.

En todas las culturas se ha rendido culto a los muertos, bien sea por el natural temor a lo desconocido, bien porque se supone que el espíritu de los fallecidos, al estar en contacto y en presencia de las divinidades tienen un conocimiento y un

poder que nos es negado a los vivos. Pero, por lo general este contacto ha estado siempre rodeado de una aureola de misterio y temor. Los fantasmas como materialización, de los espíritus siempre han infundido miedo. Sin duda, este hecho ha sido utilizado también en muchas culturas como elemento de poder.

Los gurús, los brujos o chamanes supuestamente tenían la posibilidad de contactar con los espíritus y así acceder a los saberes prohibidos. Eran solo ellos, los que tenían la respuesta a los interrogantes y problemas de su pueblo y, en consecuencia eran los que de hecho tenían el poder.

El cristianismo católico, que es la religión que predomina en México, no acepta la practica del espiritismo, ya que proclama que existe un sólo Dios (Padre, hijo y espíritu santo) y seres espirituales (arcángeles, ángeles, almas), y que el único que decide si hay comunicación entre seres espirituales y seres humanos es Dios, y que los creyentes pueden tener cierta comunicación, con los santos o vírgenes por medio de la oración. Tampoco acepta las adivinaciones, porque afirma que el único que decide el destino y el futuro de todo el universo es Dios, y que su voluntad no esta a prueba ni se cuestionan sus decisiones futuras, ya que el catolicismo afirma que solo Dios sabe porque hace y hará las cosas.

Así la Biblia condena la brujería y la adivinación, por que el futuro le pertenece solo a Dios y a la libertad que Dios concede al hombre. La adivinación sería un intento de descubrir el futuro, independientemente de los caminos divinos. Consultar a “videntes” degrada al hombre porque lo proyecta fuera de sí en la orientación de su propia vida y lo hace irresponsable, ya que lo hace dependiente

de una programación exterior, ejemplo de esto es la muy antigua astrología que con los horóscopos programa al hombre según dictan “los astros”, impidiendo así la libertad del hombre. Según la Iglesia Católica, la Biblia condena la evocación de los muertos o nigromancia y sólo autoriza a los creyentes a invocar a aquellos que están en presencia de dios o sea los santos, pero no para pedirles informaciones o maleficios, sino ayuda, pues sostiene lo siguiente:

”No os dirijáis a los nigromantes ni consultéis a los adivinos haciéndose impuros por su causa. Yo Yahvé vuestro Dios.”³⁴¹ (Lv. 19,31)

“Si alguien consulta a los nigromantes a los adivinos, prostituyéndose en pos de ellos, yo volveré mi rostro contra él y lo exterminaré de en medio de su pueblo.”³⁴² (Lv. 20,6)

Dentro de la cultura judeocristiana son constantes las referencias a la existencia del espíritu a los ángeles y a la inmortalidad del alma. Por eso, aunque la Iglesia desapruaba el intento de contactar con los espíritus de los difuntos, y no muestra especial interés por lo que nos puedan contar, es una práctica común orar e invocar a los santos, pidiendo su intercesión ante el creador en asuntos tan terrenales como la agricultura, la salud o los negocios.

Desde que se ha tenido la sensación de que los espíritus estaban de alguna forma presentes en el mundo material y podían intervenir de alguna manera en él, se ha intentado contactar con ellos fundamentalmente con fines adivinatorios.

Si es cierto que los espíritus tienen un conocimiento muy superior al de los

³⁴¹ Biblia de Jerusalén, Ed. Porrúa, México 1989, p.138

³⁴² idem.

mortales acerca del pasado, presente y futuro, conseguir una línea directa con los muertos significaría tener acceso al poder. En todas las sociedades primitivas ha habido chamanes y brujos que eran los únicos con acceso a la revelación del más allá. En culturas religiosas muy avanzadas, de alguna forma, los sacerdotes han asumido ese papel solo a partir del siglo XIX, con la aparición del espiritismo, se ha buscado en el contacto con los difuntos interés mercantilista, aprovechándose muchas veces de la ingenua credulidad de los participantes.

Es difícil entender por qué pese al avance del conocimiento científico y las constantes condenas por parte de las iglesias persisten y se multiplican las vertientes esotéricas, que a veces por su gran diversidad y eclecticismo, han originado raras combinaciones que amalgaman lo mismo credos con marcada influencia oriental, que ideas supersticiosas persistentes desde la época precolombina, elementos de religiosidad popular y corrientes ecuménicas que predicán la paz y armonía.

2. ENFOQUE CIENTIFICO.

En este apartado hablaré de algunos hechos que pueden quedar comprendidos en el fraude específico en estudio, tales como: adivinanzas, evocación de espíritus entre otros pero desde un punto de vista científico, así como también de otros hechos que motivan la creencia y la superstición que aprovechan otras personas para engañar a la gente y lesionarles su patrimonio. Por lo que a continuación definiré lo que es la ciencia y daré una explicación.

El vocablo “ciencia” puede emplearse con dos diversas extensiones significativas;

- a) en un sentido genérico, amplio, como sinónimo de saber, en general todo saber; que cuando abarca la totalidad de las cosas del universo resulta la “filosofía” (saber total absoluto); y
- b) en un sentido estricto, restringido, significando solamente un cuerpo unificado de conocimientos referentes a un sector del universo (saber parcial, delimitado).

Dentro del segundo sentido o acepción, existen diversidad de definiciones, por ejemplo: unos definen la ciencia como el conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas, otra definición nos dice que ciencia es un cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado que constituye una rama particular del saber.

Según otra definición ciencia es un sistema de conocimientos verdaderos, para otros más, ciencia es una generalización jerarquizada de fenómenos. Y otros más exponen el concepto de ciencia como un conjunto de proposiciones necesarias y universales sistemáticamente organizadas. De todas las definiciones propuestas puede extraerse un concepto elemental pero fundamental de ciencia que es el siguiente: “Un conjunto de conocimientos con pretensión de validez, universal generalizados, referentes a una rama delimitada del saber y ordenados de forma sistemática.”³⁴³

A continuación se expondrán algunos elementos de la citada definición de ciencia.

“Conjunto de conocimientos. Toda ciencia esta constituida; esta compuesta; por

³⁴³ SENIOR Alberto F., Sociología, 12ª. ed., ED. Porrúa , México 1993, p.382-383

un cúmulo, de nociones, de informaciones, de ideas, de conceptos; no son las cosas o fenómenos mismos a los que se refiere la ciencia de que se trate los que la integran, sino por el contrario su material constitutivo lo forma el conocimiento, un acervo de conocimientos.

Con pretensión de validez universal. Los conocimientos que forman una ciencia no han de ser construcciones imaginarias, ficticias, meras fantasías, sino por el contrario, aspiran a ser válidos. Son válidos cuando son verdaderos. Por verdadero puede entenderse el conocimiento que concuerda con la realidad a la cual se refiere. Claro que entorno al criterio de “verdad” existe toda la amplia e importante historia de la teoría del conocimiento a través de todas sus diversas doctrinas. Pero como no corresponde aquí entrar a un desarrollo de los problemas y soluciones principales de la Gnoseología, habremos de contentarnos provisionalmente con considerar como verdadero al concepto o idea, al conocimiento que responda, que refleje, dentro de los límites dables, la realidad a la cual se refiere.

Ahora bien, decimos que son válidos, cuando son verdaderos. Más esta validez no ha de ser parcial, relativa a un lugar y tiempo determinados, sino por el contrario, la aspiración del saber científico es que sus datos sean ciertos universalmente, ósea en todo tiempo y en todo lugar. Pero es necesario hacer la salvedad de que tal validez o veracidad es solo una pretensión, una aspiración, pues es bien sabido que en la historia de todas y cada una de las ciencias, por perfectamente constituidas que estén, constantemente están rectificando y superando sus adquisiciones sobre el campo de estudio que le corresponda a cada una, ósea que

aunque el conocimiento de la ciencia pretende tener validez universal, hay que reconocer que la adquisición de la verdad es siempre problemática, relativa y en todo caso profunda y dramáticamente difícil de decidir cuando se llega a ella, o incluso si es posible de llegar a ella.

Conocimientos generalizados. Conocimiento general es el que se refiere a un conjunto indeterminado de objetos o fenómenos que tienen caracteres similares. General es lo contrario a lo particular. El conocimiento particular sí se dirige a una o varias cosas concretas determinadas. En cambio el general sin aludir a ningún objeto concreto abarca todo el grupo indefinido de cosas que reúnan cualidades análogas para llegar al conocimiento general se requiere que la mente efectúe un proceso de abstracción.

La abstracción es un fenómeno que consiste en separar mentalmente las cualidades percibidas en uno o varios objetos semejantes y pensar dichas cualidades independientemente de cualquier objeto concreto. Es decir, llegar a ideas que abarquen grupos indeterminados de cosas con los mismos atributos. Por ejemplo: la idea o concepto de triángulo, de lo triangular, no se refiere a ningún triángulo determinado (equilátero, isósceles o escaleno, grande o pequeño, trazado con tinta o lápiz, de este o aquel lugar, de ayer o de hoy) sino a todos los triángulos, ósea, a toda figura que este cerrada por tres lados, independientemente de donde y cuando se objetivice en una representación concreta. Todas las cosas tienen o pertenecen a una idea o concepto general correspondiente. Es así como existe la idea de mesa, la idea de movimiento, la idea de árbol etcétera. Las leyes científicas, ósea la enunciación de la manera

regular, uniforme y necesaria, como acaecen los fenómenos del mundo pertenecientes a una zona de la existencia, no son sino bastas generalizaciones de los fenómenos a los cuales se refieren. Por ejemplo; La ley de la caída de los cuerpos en el vacío, que Newton enuncia: “Todos los cuerpos caen en el vacío a igual velocidad”, no se refiere a determinados cuerpos, señalando el plomo o el algodón , la madera o el hierro, este o aquel objeto, sino a todos los cuerpos en general, independientemente de su masa, del tiempo y lugar siempre que caigan en el vacío. Todas las leyes científicas constituyen ejemplos de conocimientos generalizados.

Referentes a una rama particular del saber. Los conocimientos que integran una ciencia no se extienden a la totalidad de las cosas del mundo, sino que cada una ofrece un aspecto delimitado del conocimiento. Toda ciencia delimita su zona del conocimiento por propia definición cada ciencia señala los linderos de su campo propio de investigación. Así, las matemáticas se refieren a las cantidades, la física estudia la materia y sus propiedades, la biología tiene su ámbito propio en la esfera de los seres vivos, la psicología encuentra sus linderos en los fenómenos de la conciencia, etc. Cada ciencia tiene una esfera determinada de investigación.

Cuando el conocimiento no restringe su campo, sino que se extiende a la totalidad de las cosas de la existencia entonces se llama filosofía. En efecto, la filosofía es un intento de saber total, absoluto, universal. Es un esfuerzo por encontrar una explicación global del mundo, abarcando todo lo que existe. La ciencia, en cambio, constituye un saber parcial.

Ordenados sistemáticamente. Los conocimientos que constituyen una ciencia no se encuentran dispersos, sino por el contrario han de estar ordenados, articulados entre sí, guardando relaciones mutuas, estas relaciones pueden ser:

- A- De coordinación cuando se encuentran en el mismo rango o plano de importancia.,
- B- De supraordinación, cuando se encuentra en un rango superior ósea cuando son conocimientos que sirven de fundamento para los otros, y
- C- De infra o subordinación., cuando se encuentran en un plano inferior jerárquico, esto es cuando son conocimientos cuya validez depende o esta condicionada o fundamentada en otros de rango superior.

En breves palabras, los diversos conocimientos constitutivos de una ciencia han de formar entre sí un todo unificado, sistematizado y congruente.”³⁴⁴

Sociológicamente hablando, puedo decir que la ciencia es un producto psicosocial, constituido por un conjunto coherente de conocimientos explicativos o comprensivos (según de la clase de objetos de que se trate de un sector de la realidad).

“A menudo se comenta que la ciencia no es sino una de las posibles formas de adquirir conocimientos. Así es, su principal característica es que tiene como fin proporcionar las informaciones más objetivas posibles sometiéndolas a un continuo proceso de evaluación y crítica, donde no valen los argumentos de autoridad o tradición. Es lo que se llama el método científico, cuyas bases se desarrollaron a lo largo de los siglos XVI y XVII en la época de la ilustración,

³⁴⁴ ibidem, p.16, 17,18

también se suele hablar de “Método inductivo-deductivo”, haciendo mención a los dos procesos fundamentales para avanzar en el conocimiento del mundo natural: Obtener pautas generales de los hechos particulares; cada suceso es único, pero el científico se esfuerza en entender porque ciertos sucesos acontecen de una determinada manera, que variables son las que precisamente provocan esas diferencias. A partir de las generalizaciones, la razón científica permite elaborar nuevas situaciones, llamadas hipótesis, para imaginar “que sucedería sí...” y poner así a prueba lo que creemos ir sabiendo. La reducción de un problema en sus partes, la generalización de casos particulares y sobre todo un continuo proceso de autocrítica, de analizar cada paso y ver sus implicaciones y relaciones con todo lo demás, dotan al método científico, de una poderosa capacidad de estudio, pero también lo hacen cada vez más complejo. Quizá lo que más desasosiega es que frente a otros métodos de conocimiento (como la revelación o la fe) no proporciona certezas absolutas, sino aproximaciones que serán aceptadas en cuanto funcionen, y mientras no se disponga de una teoría más adecuada.”³⁴⁵

“Uno no puede saber de todo, y menos en nuestra época. Pero de la misma manera que cuando leemos una noticia en el diario podemos ser “lectores críticos”, ante muchos temas relacionados con las pseudociencias es fácil ejercitar el pensamiento crítico, si nos hacemos algunas preguntas:

1.- ¿Dan demostraciones de lo que afirman y de que tipo?

Muchas pseudociencias afirman cosas extraordinarias (por ejemplo, que los ovnis son naves extraterrestres., que las diluciones infinitésimas de la homeopatía curan., que pueden torcer una cuchara con el pensamiento.), pero raras veces

³⁴⁵ ARMENTIA, Javier, “Hacer ciencia una cuestión de método”, Muy Interesante, No. 26, México 2002, p.12.

demuestran esas afirmaciones. A lo más, recogen una serie de sucesos que parecen apoyar la tesis, pero ¡ojo! , porque las recolecciones de anécdotas no tienen un valor de prueba, las pruebas han de ser consistentes y ser aportadas por quien hace la afirmación.

2.- ¿No habrá una explicación alternativa más natural?

Invocar energías desconocidas, viajes súper lumínicos, bucles espaciotemporales, u olvidar el segundo principio de la termodinámica, se ha convertido en un deporte por parte de los defensores de la pseudociencias. Sin embargo, antes de tirar la ciencia actual porque no sirva, ¿No será conveniente analizar con cuidado porque nos dicen que la tiremos?. Como decía el monje y filosofo ingles Guillermo De Occam, “normalmente las explicaciones más sencillas suelen ser las más adecuadas.”

3.- ¿Al final de todo, que me venden?

Las motivaciones humanas son muy variadas, pero en el mundo de las pseudociencias a menudo se descubre que el motor del engaño es el dinero, conseguir dependencia psicológica o poder político (como en muchas otras actividades, ciertamente). Preguntémonos que ganamos nosotros creyendo eso que nos cuentan, pero también que ganan ellos al contárnoslo. **O que pretenden que les compremos.**”³⁴⁶

A) LA FÍSICA.

La Física es la ciencia cuyo objetivo es “explicar los fenómenos naturales relativos a la materia y a la energía y situarlos en una concepción unitaria de validez universal.”³⁴⁷

³⁴⁶ ARMENTIA Javier, “Tres reglas para separar la paja del grano”, Muy Interesante, No. 26, México 2002, p. 14

³⁴⁷ Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Océano Uno, Editorial Océano, Colombia 1991.s. p

En este apartado hablaré del fraude específico en estudio, desde el enfoque de la física.

A la hora de estudiar los fenómenos físicos asociados a un supuesto contacto con el más allá, casi siempre se pueden explicar de una forma mucho más simple que suponiendo la interacción de un espíritu etéreo en el mundo material y en los casos en que no existe tal explicación suele ser porque se ha investigado poco o mal. En sesiones de espiritismo con la ouija, la acción de los participantes, aunque sea de forma inconsciente resulta innegable. Se puede diseñar experimentos en los que, si contradecir los requisitos de la ouija, se elimine toda interacción de los participantes en el objeto móvil. En esos experimentos, el indicador como era de esperar, no se mueve por otro lado la banalidad de las revelaciones hechas por los espíritus, a quienes se supone en conocimiento de la verdad, deja mucho que desear.

Una prueba muy sencilla consiste en formularle al espíritu una pregunta cuya respuesta no conozca ninguno de los asistentes a la sesión, ante su ignorancia, el espíritu guardara un respetuoso silencio. Muchas veces, al explicar las psicofonías de determinadas apariciones, los estudiosos han esgrimido hipótesis distintas de la presencia real de un espíritu así, algunos suponen que tales fenómenos son debidos a proyecciones del subconsciente de una persona, que se materializa. Como consecuencia del profundo deseo de esa persona de ver un fantasma. Otras explicaciones a las psicofonías o los poltergeist serían la psicosis y la telepsicosis, según las cuales la propia mente de una persona con especiales cualidades psíquicas sería capaz de interactuar con el sistema de la grabación de

un magnetófono o podría mover objetos mentalmente de forma inconsciente, el problema de estas explicaciones no demostradas por ahora y que muchas veces resultan más inverosímiles que la propia presencia de los espíritus un cuyo fenómeno asociado a las apariciones es que no solo son terriblemente reacias a ocurrir en presencia de investigadores independientes sino que, a medida de que se afinan los medios de verificación, la intensidad del fenómeno se va debilitando.

En cualquier caso, sean reales o imaginadas las apariciones de los fantasmas sean gratuitos o financiadas por productores cinematográficas lo innegable es que aunque vivimos en una era altamente tecnificada, por nuestra cultura o por nuestra propia forma de ser de los humanos seguimos necesitando de lo irreal, lo mágico lo incognoscible y lo inalcanzable. O dicho de otra manera; para no sentirnos desamparados en medio del universo y para no desesperar ante la perspectiva de un fin definitivo necesitamos creer que hay algo más, aunque ese algo sea ficticio.

B) LA PSICOLOGÍA.

La psicología, es “la ciencia que estudia la conducta de los seres vivos. El mayor interés de la psicología se encuentra en la conducta humana, aunque también abarca el comportamiento de los animales.”³⁴⁸

En este inciso hablaré de el fraude específico en estudio, enfocándome a su aspecto psicológico.

Desde que existe, el ser humano busca respuestas así, el deseo de conocer, de explicar el mundo real, ha propiciado el desarrollo científico, pero también el de

³⁴⁸ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991,

creencias que no están avaladas por datos empíricos. Nuestros antepasados prehistóricos no podían entender porque ocurrían por ejemplo, las tormentas, y las achacaban a las fuerzas sobrenaturales, y ya de forma más elaborada a los dioses: hoy conocemos las explicaciones de estos fenómenos, aún así, la razón y la ciencia no son capaces de explicarlo todo, mientras que las respuestas de la religión tienen su base en la fe y la revelación. De ahí que las creencias irracionales continúen presentes hoy, en plena era de la ciencia y la tecnología.

¿Por qué nos gusta creer tanto en cosas increíbles? Para Carlos J. Álvarez, psicólogo cognitivo de la facultad de psicología de la Universidad de la Laguna (España), la necesidad de buscar soluciones a los problemas individuales fuera de uno mismo constituye uno de los principales soportes de las paraciencias. “El miedo a la muerte o pensar que podemos estar solos en el universo a provocado que el ser humano busque repuestas más allá de lo que nuestros sentidos o nuestra razón nos dice que existe.”³⁴⁹

Rubén Lledó, psicólogo clínico del Centro Theodor Reik ahonda en esta cuestión. “La ciencias ocultas actuan como formulas magicas para intentar solucionar problemas que la mente racional es incapaz de resolver, son un mecanismo de defensa ante la angustia, ya esté provocada ésta por sentimientos de abandono, soledad o de inferioridad.”³⁵⁰

Tener una marcada propensión a la fantasía o estar descontento con la vida que llevamos, son dos factores que predisponen a caer en las supersticiones. Si no nos gusta el mundo que nos rodea y no vemos posibilidades de cambiarlo, eso

³⁴⁹ ALVAREZ Carlos J., citado por MOSQUERA PEPA, “Psicología, Por qué nos gusta creer en cosas increíbles”, Muy Interesante, No. 26, México 2001, p.56

³⁵⁰ LLEDÓ Rubén, citado por MOSQUERA PEPA, “Psicología, Por qué nos gusta creer en cosas increíbles”, Muy Interesante, No. 26, México 2001, p.56

puede llevarnos a creer en entidades fuera de la realidad, a responsabilizar de nuestra vida o de nuestro destino a agentes externos e inobservables. El nivel socioeconómico y cultural también está relacionado con la creencia en lo paranormal, las personas de la clase social baja y media baja, con pocos o nulos estudios, tienden a creer más fácilmente en los fenómenos paranormales y las pseudociencias y así mismo la propia calidad de elocuencia desempeña un importante papel en este sentido, especialmente en lo que se refiere a la enseñanza de la ciencia y sus métodos. Pero, por mucho que predispongamos estos factores no aclaran que ocurre en la mente de quienes se dejan llevar por las explicaciones mágicas. Para encontrar esa respuesta hay que echar un vistazo al mismísimo funcionamiento de nuestros procesos mentales.

Carlos J. Álvarez, afirma: “Por un lado nuestras creencias o esquemas cognitivos incluso cuando vemos o escuchamos cosas que no existen, ¿No es extraño por ejemplo, que la virgen nunca se le haya aparecido a un ateo o budista?. Las alucinaciones que tienen lugar entre el sueño y la vigilia momento en que es fácil creer que uno está despierto son otra ventana abierta a los fenómenos extraños: nos pueden hacer ver caras en la oscuridad, sentir que caemos (viajes astrales), escuchar voces interiores. Un fenómeno relacionado con el anterior es el síndrome de la parálisis del sueño, explicaría muchos de los casos de abducciones por extraterrestres, dislocaciones espaciotemporales y situaciones similares. En un típico episodio de parálisis del sueño, la persona se despierta sin poder mover un músculo, nota presencias en la habitación, siente miedo o temor, suele escuchar ruidos, puede ver luces extrañas y sentir una presión en el pecho con la sensación de que es provocada por algún ser subido encima de él, explica el psicólogo español”³⁵¹

³⁵¹ ALVAREZ Carlos J., citado por MOSQUERA PEPA, “Psicología, Porque nos gusta creer en cosas increíbles”, Muy Interesante, No. 26, México 2002, p.57

Hay otra serie de sesgos en nuestra forma de pensar que pueden llevarnos a conclusiones erróneas sobre la realidad, por ejemplo; creer que los efectos deben parecerse a sus causas, como ocurre en algunas medicinas alternativas o en la grafología. Dar por hecho que las capacidades paranormales se encuentran en ese supuesto 90% del cerebro que no usamos, un mito que las modernas técnicas de imaginería medica han desterrado al mostrar sin equívocos la implicación de todas las áreas cerebrales en nuestras actividades cotidianas.

Evidentemente, aceptar sin más esas interpretaciones irracionales pueden tener consecuencias. Leer el horóscopo en un periódico, como quien resuelve un crucigrama, es inofensivo, sin embargo poner nuestra vida, nuestras acciones y nuestra responsabilidad en manos de un astrólogo o un adivino no tiene nada de inocuo. Al respecto el psicólogo Rubén Lledó afirma “condicionar tus inversiones, la elección de tu pareja o de tu salud por lo que te diga un quiromántico es terrible, afirma Rubén Lledó. Sus consejos pueden tener consecuencias que se paguen muy caras.”³⁵²

“En cualquier caso independientemente de la peligrosidad de cada pseudociencia, tanto Álvarez como Lledó coinciden en calificar de estafadores a los vividores de lo oculto. El engaño inocuo o no para la salud, es siempre criticable y debe ser denunciado, jugar con la vida y con los sentimientos de las personas es un fraude dice el primer experto. Para el segundo, sería aconsejable y muy apropiado que se hiciera un estudio sobre la responsabilidad civil que tienen esos embaucadores.

¿Cómo se las arreglan los videntes, por ejemplo para convencernos de la

³⁵² LLEDÓ Rubén, citado por MOSQUERA PEPA, “Psicología, Por qué nos gusta creer en cosas increíbles”, Muy Interesante, No. 26., México 2002, p.58.

veracidad de sus vaticinios? La psicología, conoce bien las habilidades que emplean, tener buenos dotes de observación es una de ellas, la lectura en frío y las afirmaciones muy generales o con una alta probabilidad de ser ciertas son otras dos. Sin embargo, cuando las adivinaciones se analizan bajo la lupa científica, el engaño siempre sale a la luz. Se han realizado muchos análisis estadísticos y psicológicos de supuestas profecías o adivinaciones, con el resultado de que este tipo de supuestas capacidades y videncias son inexistentes..³⁵³

En esta moda exagerada de lo paranormal también influye el hecho de que, muchas de las ciencias paranormales, como la quiromancia o la astrología son internamente coherentes, lo que les da pie a mantener que sus postulados resultan científicos, Ahora bien tras ese velo de coherencia no existe ningún método científico, y es que es inconfundible, defiende que toda teoría debe de ser demostrable apoyada rigurosamente por datos reales y empíricos, repetibles y con los controles adecuados.

La recomendación de los psicólogos para dejar de buscar en lo oculto cualidades inexistentes es recurrir al pensamiento crítico y mantener un escepticismo constructivo.

Desde el punto de vista científico, hay que tener en cuenta que las apariciones de fantasmas y espectros constituyen un fenómeno puramente subjetivo. La forma concreta de un espectro y la misma aparición del espíritu están totalmente condicionadas por el observador, incluso en muchos casos, sólo una persona es

³⁵³ MOSQUERA PEPA, "Psicología, Por qué nos gusta creer en cosas increíbles", Muy Interesante, No. 26, México 2002, p. 58.

capaz de ver la aparición, aunque haya otras presentes en el mismo escenario esto hace imposible el análisis científico del fenómeno en si, ya que la ciencia solo puede estudiar fenómenos que sean objetivos y reproducibles en el caso de una aparición lo único transmisible es la propia experiencia del individuo, por lo que entra más en el terreno de la psicología que en el de un estudio físico sistemático. De hecho muchas de las experiencias de apariciones son fenomenológicamente indistinguibles de las alucinaciones la aparición es un fenómeno real pero sólo en la mente del observador.

Entre todos los casos documentados de personas que han experimentado o presenciado la aparición de un fantasma, se repiten una serie de patrones muy característicos. En la mayoría de los casos se da una situación de angustia o de obsesión por parte del observador. Es frecuente que, ante la reciente pérdida de un ser querido, se tenga la experiencia de verlo en determinados momentos. La angustia que supone este suceso hace que se repita muchas veces con intensidad creciente, la única forma de auto combatir al fantasma es plantearle la cara como si realmente existiera, la razón por la que la aparición es recurrente es el miedo a que se produzca lo que hay que combatir realmente es ese miedo.

Otra de las experiencias, muy estudiadas por psicólogos y neurólogos que lleva a la sensación de una aparición fantasmal, son las alucinaciones hipnóticas, causantes de los llamados “terrores nocturnos”, cuando una persona se esta durmiendo sus distintas funciones cerebrales, no siempre entran en estado de sueño al mismo tiempo, es fácil que determinadas funciones estén anuladas, mientras otras aun permanecen activas, de esta forma , puede ser que tengamos

conciencia de estar aun despiertos y simultáneamente tengamos una alucinación propia de un sueño, pero que vivimos con especial realismo, si además nuestras funciones motoras están bloqueadas, tendremos la sensación de estar paralizados incapaces de huir, de una experiencia que nos puede llegar a aterrorizar en esa situación, basta un pequeño ruido o que alguien nos toque para salir de tan desagradable estado. Este fenómeno psicológico es muy típico en los niños, pero también puede suceder a los adultos. Si ante la pérdida de un ser querido tenemos una experiencia de este tipo y más aun si estamos imbuidos de una cultura de carácter dualista en la que existe una fuerte creencia en la inmortalidad del alma, resultan sumamente fácil llegar a la conclusión de lo que hemos visto es realmente el espíritu de nuestro ser querido, que viene a comunicarnos algo.

“Todo esta en la mente”, quizás parezca una frase demasiado obvia, pero resume a la perfección el complicado conjunto de fenómenos paranormales relacionados con la parapsicología, probablemente la pseudociencia de mayor arraigo histórico.

Según define William Grey, profesor de la Facultad de Filosofía de la Universidad de New England, “los fenómenos psíquicos paranormales parecen implicar la existencia de conexiones anómalas entre el sujeto consciente y el mundo. Así, en el caso de la percepción extrasensorial, por ejemplo, los sujetos creen obtener conocimiento del ambiente por vías extraordinarias, el mundo influye en el individuo. Por el contrario, en la llamada psicoquinesis (capacidad de mover objetos con la mente) es el individuo el que afecta el entorno y desafía las leyes de la naturaleza.”³⁵⁴

³⁵⁴ GREY William, citado por ALCALDE Jorge, “La mente contra la naturaleza”, Muy Interesante, No. 26, México 2002, p. 20.

“La ciencia sabe que ninguna de las pretensiones de la parapsicología tiene fundamento racional, pero se ve obligada a explicar por qué. Básicamente, confirmar la existencia de fenómenos como la telepatía o la adivinación supondría dinamitar al menos cinco presupuestos del pensamiento científico, los cuales son:

Primero.- Los sucesos futuros no pueden afectar al presente antes de que tengan lugar, por lo tanto, difícilmente un adivino puede captar huellas de lo que va a venir.

Segundo.- La mente de una persona no puede producir cambios en el mundo material sin que medie alguna fuerza o energía física.

Tercero.- Nadie puede conocer el contenido de la mente de otra excepto a través del conocimiento mutuo y de la experiencia.

Cuarto.- Sólo podemos conocer directamente lo que sucede en puntos distantes del espacio por medio de alguna emisión que transporte la necesaria información sensorial.

Quinto.- No existen espíritus descarnados.”³⁵⁵

De modo que las afirmaciones paranormales contradicen a la ciencia. Desde luego, eso no es razón para refutarlas (la ciencia siempre está dispuesta a ser modificada) pero exige una dosis de evidencia considerable. A pesar de que estas pruebas tardan en llegar, la ciencia ha querido conocer mejor los mecanismos que

³⁵⁵ ALCALDE Jorge, “La mente contra la naturaleza”, Muy Interesante, No. 26, México 2002, p. 20-21.

se ponen en juego durante una experiencia parapsicológica: ¿cómo es la mente de los crédulos? ¿Es distinta a la de los escépticos?.

Algunos estudios han arrojado datos reveladores. Por ejemplo, la Psicóloga de la Universidad de West England, en Bristol, Susan Blackmore estima que “las experiencias parapsicológicas, son consecuencias accidentales del empeño de nuestra mente por comprender el mundo. Para sobrevivir en un ambiente, el animal humano tiene que conferirse un sentido y, en su búsqueda, tendemos a realizar conexiones inexistentes entre fenómenos disparatados.”³⁵⁶

Otro de los fenómenos psíquicos tradicionales es la adivinación. El ser humano ha recurrido a técnicas muy variadas para conocer el futuro. Todas ellas exigen, al menos dos cosas; suponer que el porvenir está determinado y que se refleja en el presente de algún modo que pocos lo perciben. Ninguna ha podido ser demostrada desde la física o la metafísica. Además, el mero hecho de que existan tantas variedades de adivinación parece indicar su poca fiabilidad, si alguna se hubiera mostrado eficaz, se habría impuesto a todas las demás.

C) LA MEDICINA.

La medicina es “el conjunto de conocimientos científicos y actividades técnicas destinadas a lograr el diagnóstico, curación y prevención de las enfermedades también puede ser sinónimo de medicamento.”³⁵⁷

En este inciso hablaré brevemente de la relación que guarda el fraude específico con la ciencia médica.

³⁵⁶ BLACKMORE Susan, citada por ALCALDE Jorge, “La mente contra la naturaleza”, Muy Interesante, No. 26, México 2002, p.21

³⁵⁷ Diccionario Enciclopédico Ilustrado , Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991,

Se estima que el entre los 30% y el 70% de los pacientes de los países industrializados recurren en un momento de su vida a las medicinas naturales o alternativas, también conocidas como complementarias. Este concepto que reúne desde practicas como el curanderismo, el mentalismo, el ocultismo y la hipnosis hasta la medicina ayurvédica, la reflexoterapia o la naturopatia, la aromaterapia, la homeopatía, la acupuntura, la curación por el tacto y, las flores de Bach. Para explicar su forma de actuación la mayoría de ellas por no decir todas, no tienen ningún reparo en mezclar conceptos, científicos, pseudocientíficos y esotéricos. Pero, a pesar de su moda exagerada en la sociedad, no se dispone de una investigación de alta calidad que permita constatar la eficacia curativa de estas practicas “los mejores informes y estudios sobre terapias como la homeopatía la acupuntura, otorgan a estas una baja eficacia, mientras que las investigaciones, menos rigurosas, alaban sus bondades”³⁵⁸ a manifestado el doctor Wuallace Samsampson, profesor de la Universidad de Estanford (EE.UU.).

Por otro lado a pesar de la reticencia de los escépticos, hay que decir que muchos de sus adeptos dicen salir beneficiados. Entonces, ¿Cómo se explica esta disyuntiva? ¿Cura realmente una imposición de manos, un medicamento homeopático en el que no hay rastro de ningún principio activo, una aguja clavada en la oreja, una piedra colocada en la frente, o un padre nuestro? La respuesta esta al menos parcialmente en una palabra: sugestión. Otros prefieren en su lugar los vocablos fe, creencia, poder mental, fuerza vital.

El psiquiatra José Luis González de Rivera director del Instituto de Psicoterapia e Investigación Psicosomática de Madrid nos comenta: “Indudablemente, el estado

³⁵⁸ SAMPSON WUALLACE, citado por COPERÍAS Enrique M., “Dios mío alíviame..”, Muy Interesante, No. 26., México 2002, p.68

psíquico tiene una repercusión directa sobre la salud. De hecho, esta idea es la base de la moderna ciencia psicosomática, pero también lo es de toda la medicina antigua. Los remedios médicos eficaces son de este siglo. Hace no más de 300 años, la medicina era pura charlatanería. La moderna farmacopea resulta bioquímicamente eficaz y actúa sobre los procesos patológicos de una manera contrastada científicamente. También es cierto que la mayoría de los remedios a base de hierbas usados en épocas anteriores escondía principios que luego han entrado a formar parte de fármacos, pero en dosis constantes, suficientes y seguras. Esto no ocurría en la antigua fitoterapia, por lo que desde el punto de vista farmacológico, dejaba mucho que desear. Antiguamente, la diferencia entre un médico bueno y otro malo radicaba no en el conocimiento de la farmacopea- pues ambos recurrían a las mismas terapias y remedios demostradamente ineficaces-, sino en el poder de sugestión en la habilidad para despertar en el enfermo sus capacidades de auto curarse. Para los especialistas, este don autocurativo viene condicionado por dos factores: la higiene, que incluye aspectos como estar bien alimentado y dormir las horas precisas, y la psique, que induce estados de ánimo tales como sentirse sereno y protegido por un ente superior. Aunque esta entidad no hace falta que sea Dios necesariamente; también puede desempeñar ese papel la propia sociedad. Efectivamente, existe un parámetro en psiquiatría que denominamos apoyo social: las posibilidades de mantener un buen estado de salud vienen reforzadas por el grupo de gente allegada con la que cuenta el individuo.”³⁵⁹

Hay personas que consiguen este respaldo emocional a través de la familia y los amigos, pero otras se reconfortan asimismo con la fe en una creencia religiosa,

³⁵⁹ GONZALEZ DE RIVERA José Luis, citado por COPERÍAS Enrique M., Dios mío alvíame, Muy Interesante, No. 26., México 2002, p.70.

que por lo demás también implica sentirse protegido y apoyado por una comunidad.

“Que la religiosidad sea buena para la salud no es ningún dogma, sino que se trata de una evidencia científica avalada por recientes investigaciones que establecen una conexión entre la salud y el espíritu.

De las investigaciones médicas realizadas en este sentido se pueden deducir estas seis observaciones:

1. Las personas capaces de dar sentido a su vida son más sanas y se recuperan de los eventos negativos con mayor facilidad.
2. Aquellos que se sienten capaces de cambiar su destino tienen mejor salud.
3. La gente que teje una amplia red social enferma menos.
4. Las personas que se sienten felices y se relacionan intensamente son más sanas que las que presentan problemas para comunicarse.
5. Las personas que viven libres de sentimientos de culpa y miedo disfrutan de mejor salud.
6. Las personas creyentes o religiosas son más sanas y viven más que el resto de la población.³⁶⁰

³⁶⁰ COPERÍAS Enrique M., Dios mío alíviame, Muy Interesante, No. 26., México 2002, p.71-72.

Y es que la fe no sólo mueve montañas como afirma el aforismo, sino también las defensas del organismo. El doctor González de Rivera dice: “Así es, hay tratamientos alternativos, como la meditación, la relajación y la inducción de estados alterados de conciencia, que mejoran la salud física. Está demostrado científicamente que las personas que realizan estos ejercicios son menos vulnerables a las enfermedades, ya que su inmunidad celular aparece reforzada, así como la capacidad de regeneración del organismo. Por ejemplo, “la calma espiritual favorece la rápida cicatrización de las heridas”, el reverso de la medalla es igualmente cierto, las personas estresadas enferman con más facilidad y tienen un peor pronóstico a la hora de rehabilitarse. A diferencia de la medicina alopática u ortodoxa, la alternativa tiene siempre presente la conexión entre espiritualidad y salud. A la medicina oficial se le puede recriminar que haya olvidado la importancia del individuo, así como las capacidades de autorregulación y autocuración. La medicina científica no se ocupa del ser humano, sino de las enfermedades. Sin embargo el gran peligro de algunas medicinas alternativas radica en que dificultan el acceso de los pacientes a una terapia adecuada. Es por ello por lo que definiendo la existencia de una única medicina en la que se integren la ortodoxa y la complementaria ”³⁶¹

“Más grave aún son los charlatanes y sus remedios mágicos, como es el caso de los psicocirujanos filipinos, brasileños y mexicanos. Pueden contarte la mayor mentira, pero si te la crees, llega a ser más o menos eficaz, aunque esto no es suficiente para justificar su existencia. En la medicina alternativa resulta más fácil hacer trampas. La gente es muy crédula y le encanta que le cuenten cosas mágicas: pulseras magnéticas, agua imantada, pirámides generadoras y otras

³⁶¹ GONZALEZ DE RIVERA, José Luis, citado por COPERÍAS Enrique M., “Dios mío Alíviame..”, Muy Interesante, No. 26., México 2002, p. 72-73

cosas más. El 90% de las patologías que atiende nuestro medico de cabecera remiten por sí solas y un porcentaje importante de estas son pura imaginación, es decir, que obedecen a una somatización. Así pues un vendedor de milagros puede ser eficaz en el 90% de sus intervenciones: su paciente se iba a curar de todas formas. Ahora bien, un 10% de las enfermedades son graves y necesitan una inmediata intervención médica. Y aquí mientras no se demuestre lo contrario, no hay milagros que valgan.”³⁶²

Por otra parte considero que, sí el que realiza el fraude específico en cuestión por medio de curaciones, se hace pasar por Médico y además ofrece sus servicios públicamente y promete curar, sanar y aliviar cualquier enfermedad, hasta las de tipo incurable al grado de ofrecer una garantía del 100%, (“Médicos Brujos”, “Doctores Espirituales”, como ahora se hacen llamar los defraudadores) sino es un Médico Titulado y con Cédula Profesional, además de efectuar el fraude específico en comento, estaría realizando el delito de usurpación de profesión descrito en el artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal. Por lo que convendría que en estos casos además de fincar responsabilidad penal por el delito de fraude específico se le debe fincar al defraudador responsabilidad penal por el delito de usurpación de profesión.

Considero que también se le debe fincar responsabilidad penal al defraudador, por el delito de lesiones descrito en el artículo 130 del Código Penal para el Distrito Federal, cuando con las “supuestas curaciones” que emplee en vez de sanar a la víctima le provoque una alteración que dañe su salud.

³⁶² COPERÍAS Enrique M., “Dios mío Alíviamme..”, Muy Interesante, No. 26., México 2002,p.73

3. ENFOQUE LABORAL.

La crisis económica que actualmente esta experimentando la sociedad mexicana, ya que el poder adquisitivo de la mayoría de la población es muy bajo, problema aunado al desempleo y a las pocas oportunidades de trabajo causa que muchas personas se dediquen a delinquir (robar, defraudar, o secuestrar entre otras cosas). Entre las diversas formas de defraudar a las personas, hay una a la que se dedica mucha gente, al grado tal que la convierten en una **fuentes de trabajo**, la cual consiste en explotar las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones.

Hay personas denominadas “medium’s”, que se dedican a realizar sesiones espiritistas (evocación de espíritus), cobran sumas de dinero por efectuar estas practicas, explotando económicamente a las personas que contratan este tipo de servicios, y es que las personas que los contratan son gente supersticiosa, preocupada o simplemente ignorante, pues creen que este fenómeno de contacto con los espíritus en realidad se puede efectuar, y de esta manera resolver sus problemas ya sean estos económicos, sentimentales o de salud. Es tan redituable económicamente esta forma de defraudación, que en la actualidad, la han convertido en toda una empresa en la que “laboran” varias personas, las cuales ponen sus servicios (evocación de espíritus, adivinaciones o sus facultades para curar) a disposición del público. Ya que ellos dicen tener poderes sobrenaturales, como la clarividencia. Estos charlatanes, prestan sus servicios por medio de consultas, las cuales pueden ser personales, por teléfono, o por correo. También realizan una gran publicidad, al anunciarse en la prensa, en la radio o en la

televisión, promoviendo sus consultas y fomentando la superstición en la población.

Cabe señalar que la población mexicana, es muy creyente y supersticiosa, ya que es heredera de costumbres y creencias de los pueblos prehispánicos, los cuales tenían una cosmovisión, en la que las divinidades y espíritus eran muy importantes.

4. ENFOQUE ECONOMICO.

Como ya se ha mencionado el fraude específico en estudio es un delito patrimonial, en el que el sujeto activo aprovecha las circunstancias personales de la víctima, tales como; sus preocupaciones, supersticiones o ignorancia, para explotarlo económicamente, por medio de ciertas prácticas (medios de ejecución) como las adivinaciones o evocación de espíritus, o curaciones. Lo cierto es que hay muchas prácticas defraudatorias que generan mucho dinero, produciendo un daño económico a la sociedad, algunas de las cuales pueden incluirse en el fraude específico en estudio, o puedan servir para fomentarlo, en este apartado hablaré del fraude específico en estudio desde un punto de vista económico.

Hoy en los albores del siglo XXI, con los grandes avances científicos y tecnológicos que han hecho posible los viajes espaciales, las computadoras portátiles, los celulares, las máquinas microscópicas y la ingeniería genética, parecería descabellado, o cuando menos paradójico apelar a entidades sobrenaturales, energía extrañas o “poderes psíquicos” fabulosos de origen esotérico para descifrar los fenómenos del mundo real y acercarse a la

comprensión de la personalidad. Sin embargo no lo es para millones de personas que en México creen en el conocimiento del destino o la “ suerte” a través del horóscopo, en la lectura de cartas, en el desciframiento de crípticas ruinas, en la interpretación discrecional de los sueños, en los guías psíquicos que operan hasta por vía telefónica ,en los brujos, chamanes, medium’s y curanderos, las maravillas de la percepción extrasensorial, en la influencia magnética de las pirámides para atraer la buena ventura y en muchos otros prodigios semejantes.

Desafortunadamente, esta tendencia oscurantista de recurrir a las interpretaciones irracionales, artes adivinatorias y entidades del más allá para guiar las decisiones individuales, conseguir riquezas o u obtener la solución de problemas acuciantes no es privativa de los sectores menos ilustrados sino que se presenta a todos los niveles de la sociedad, entre los miembros de las elites políticas y económicas- que a menudo cuentan con sus oráculos personales.

Desde luego, es preciso reconocer que este auge de lo esotérico, tal vez atribuible a las deficiencias en la educación formal e informal, no tendría mayores implicaciones sociales si solo se presentara como un medio inocuo de diversión o entretenimiento. El asunto es que junto con el despliegue espectacular de parafernalia ritual y expresiones pretendidamente místicas, ha florecido una basta industria que cada año genera enormes ganancias explotando la credulidad de una parte importante de la población mexicana, a costa de venderle prácticamente todo: aparatos electrónicos o eléctricos que ayudan a la meditación , figuras simbólicas talladas en diversos materiales ,cristales de cuarzo, imanes con poderes terapéuticos, velas, amuletos metálicos, anillos, pulseras magnéticas.

“Así mismo a través de inserciones pagadas en algunos de los principales medios de circulación nacional, el consumidor tiene acceso a una amplia gama de servicios y trabajos que van desde la lectura del tarot por \$ 200, un curso de “cábala” que consta de 10 clases con un precio de \$100 pesos cada una, hasta un diplomado completo de visión interna que, diseñado para toda persona que quiera aprender las verdades espirituales, no solo con una simple intelectualización, sino accediendo a la experiencia directa, promete contactación con ángeles, desarrollo del tercer ojo, visualización del aura y chacras, limpiezas, y magia con velas entre otras sutilezas.”³⁶³

Como bien señala la escritora desaparecida Ikram Antaki en su obra el banquete de platón –espiritualidad- “La profecía como, la astrología, entro a la era del marketing, se transformo en un asunto comercial junto con el esoterismo y lo paranormal, en los programas de gran público en radio y en televisión.”³⁶⁴

Pero eso no es todo, la moda exagerada de lo esotérico ha contribuido a colocar a las curaciones milagrosas y los fenómenos paranormales en el mismo nivel que el saber objetivo a acumulado a través de siglos de experimentación científica, elaboración de hipótesis y confrontación de datos. Así el bombardeo constante de imágenes y hechos sobrenaturales a través de los medios, aunado de la falta de criterios científicos, va formando en el público la percepción errónea de que es factible la sanación a través de medios espirituales cuando lo conducente es una cirugía, que es viable la sustitución de una terapia psicoanalítica por otra basada en el uso de esencias florales, que es curativa la “agua de tlacote” o que es posible reemplazar con hiervas medicinales la terapia farmacológica aplicada a enfermedades graves como el cáncer.

³⁶³ CARDENAS Guillermo, “Dinero Esotérico, un negocio nada oculto”, Muy Interesante, No. 26, México 2002, p.53

³⁶⁴ IKRAM ANTAKI, citada por CARDENAS Guillermo, “Dinero Esotérico, un negocio nada oculto”, Muy Interesante, No. 26, México 2002, p.53

Como afirma Mario Méndez Acosta en su libro “Automedicación y Medicinas Alternativas”, “hasta las terapias más irracionales y ostensiblemente inútiles y dañinas pueden ser adaptadas por grandes grupos sociales, por el simple hecho de que nadie les advierte de los peligros que implican ni de las absurdas bases teóricas que supuestamente las respaldan, pero también porque sus proponentes gozan de un acceso total a los medios de comunicación masiva sin que nadie les pueda exigir cuentas.”³⁶⁵

No solo en los medios de difusión, en las boutiques esotéricas o en improvisados locales, en tianguis populares, plazas publicas, calles y mercados especializados como el de Sonora en la ciudad de México, es posible encontrar toda suerte de amuletos, remedios, fetiches, hiervas, esencias e imágenes listas para llevar a acabo el sortilegio que libere del “mal de ojo”, restituya la salud perdida o devuelva el amor a la pareja destacando que todos estos objetos tienen un valor económico, algunos baratos otros muy caros. Poco importa que los portentos prometidos por estos charlatanes y mercaderes del espíritu carezcan de fundamentos sólidos, cuando la mayoría de gente acude a consultarlos anteponen los sentimientos y necesidades afectivas al pensamiento critico, cuando busca un consuelo metafísico, un referente ante la incertidumbre que plante la existencia de una esperanza ante inevitabilidad de la muerte.

Tal vez como planteaba Ikram Antaki, estas creencias permiten llenar el vacío cognitivo y existencial que muchos experimentan en el seno de una sociedad masiva y altamente tecnificada. “Los límites del conocimiento científico exigen una acsesis que se siente, a veces, como frustración entonces se busca la respuesta

³⁶⁵ MENDEZ ACOSTA Mario, citado por CARDENAS Guillermo, “Dinero Esotérico, un negocio nada oculto”, Muy Interesante, No. 26, México 2002, p.54

en la especulación...la astrología, la parapsicología, etc.. Constituyen un refugio para el individuo, perdido en los fenómenos de masa, toman el lugar de la confesión de antaño, el astrólogo es un confidente que descubre el futuro a sus fieles.”³⁶⁶

Desde esta perspectiva resultará explicable aunque no justificante que, pese a la falta de evidencias que avalen su labor, los canalizadores de energías, modernos nigromantes que dicen establecer contacto con los muertos, escrutar el alma, realizar “viajes astrales”, conocer los círculos de la reencarnación, continúan fascinando, cada vez más conciencias urgidas de tranquilidad. Y al mismo tiempo defraudándolos.

5. ENFOQUE RESPECTO A LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN.

En la realización del fraude específico en estudio los medios masivos de comunicación (radio, prensa, televisión e internet) son un factor clave ya que por medio de ellos se fomenta la superstición de las personas o son utilizados por los defraudadores para realizar publicidad acerca de sus supuestas capacidades para resolver todo tipo de problemas (de salud, de dinero, de trabajo etc.), por medio de sus “consultas” y “trabajos”, los cuales no son gratuitos. Por lo que propongo que las autoridades competentes tengan un mayor control acerca de la publicidad que se dan en los medios, para no fomentar la superstición y también para evitar que las personas acudan con estos defraudadores, que en vez de ayudar a la gente la afectan en su patrimonio y muy probablemente en su salud.

Por otra parte como se ha hecho con otros delitos, (Aborto, Secuestro, Retención

³⁶⁶ IKRAM ANTAKI, citada por CARDENAS Guillermo, “Dinero Esotérico, un negocio nada oculto”, Muy Interesante, No. 26., México 2002, p.54.

y sustracción de menores o incapaces, Violación, Abuso sexual, Hostigamiento sexual, Corrupción de menores e incapaces, Pornografía infantil, Violencia familiar, Discriminación, Robo, Tortura, entre otros) como parte de los programas de prevención del delito en el Distrito Federal, propongo que: se realice una campaña de información en los medios masivos de comunicación, sobre el fraude específico en cuestión, en el sentido de informar a la población, de que las conductas que en el se contemplan, son “fraudes”, que el fraude es un delito de tipo patrimonial y que debe ser castigado quien o quienes lo realicen, y para prevenir así a la gente para que no caiga en los engaños de los defraudadores, que además de dañar el patrimonio de las personas juegan con las emociones, circunstancias personales o hasta la salud de sus víctimas.

Dicha campaña de información consistiría de: comerciales informativos en la radio y en la televisión, y de avisos informativos en la prensa, en los cuales se explicaría que los medios de comisión (evocación de espíritus, y adivinaciones) que emplean este tipo de defraudadores no son verdaderos y que por lo tanto carecen de efectividad, ya que no cuentan con bases científicas que lo demuestren, así como también explicarles que sólo las personas autorizadas por la Ley (Médicos Titulados y con Cédula profesional o Enfermeras Tituladas según el caso concreto) pueden ejercer la Medicina (diagnosticar pacientes, recetar medicamentos, realizar operaciones quirúrgicas, realizar curaciones, administrar medicamentos, aplicar terapias etc..).

Además informarles lo más claro posible, de que en caso de ser víctimas de éstos defraudadores sin ningún temor pueden presentar su denuncia o querrela, según

corresponda ante las autoridades competentes (Ministerio Público del Distrito Federal) y que éstas tienen el deber de iniciar la averiguación previa. Para que de esta forma se pueda proceder a la investigación del delito de fraude específico en comento y en su caso consignar ante la autoridad judicial que corresponda al defraudador, para que un juez decida si hay o no delito y de existir éste, que efectivamente se castigue al defraudador para que el delito no quede impune y se proteja así el patrimonio de la sociedad.

A) LA RADIO

La radio es uno de los medios de comunicación más importantes de México, y en el Distrito Federal no es la excepción ya que en todos los hogares se cuenta con uno, que la población utiliza para mantenerse informados o entretenerse o escuchar música. Es un medio de comunicación de muy fácil acceso, ya que solo se necesita de un aparato receptor, y sintonizar la señal de la estación emisora que se desee. Este medio de comunicación, por la amplitud de población que lo usa, es muy utilizado para realizar publicidad comercial de todo tipo de bienes y servicios.

La radio como medio de comunicación, en la cual se puede realizar publicidad comercial, también ha sido y es utilizada por defraudadores sin escrúpulos, que por medio de comerciales, ofrecen el servicio de adivinar el futuro a las personas y realizar curaciones de enfermedades entre otras cosas, promoviendo así la superstición o la desinformación entre el auditorio lo cual provoca que algunos caigan en el engaño, por ejemplo; hay comerciales en los que se ofrecen amuletos, consultas con adivinadores o los llamados “psíquicos”, quienes

supuestamente son capaces de solucionar la vida de las personas y obviamente la supuesta ayuda no es gratuita, ya que se tiene que ir a los famosos “consultorios”, donde están estos defraudadores (psíquicos, mediums o maestros) y pagar dinero por las consultas, además de que después le pueden vender amuletos, pócimas, brebajes entre otras cosas.

Considero que los comerciales radiofónicos que promuevan el fraude específico en estudio, no deberían ser transmitidos, ya que influyen en que varias personas caigan en las manos de los defraudadores, (falsos adivinadores o mediums) quienes explotan el patrimonio de las personas supersticiosas o ignorantes y no solo su patrimonio sino también juegan con sus emociones y creencias.

B) LA TELEVISIÓN.

Otro medio masivo de comunicación es la televisión, que por ser un medio en el cual, se aprecian imágenes con audio es más fácil de atraer la atención del público televidente. Es tan importante la televisión que ya es parte de la vida diaria de todas las personas ya que en ella se puede tener acceso a todo tipo de programas, ya sean: informativos, culturales, de entretenimiento, deportivos, etcétera.

Lamentablemente en México este medio de comunicación ha sido utilizado más para promover entretenimiento a la población, que en educarla, aunque hay canales que actualmente luchan por ofrecer programas de más importancia, como; cultura, arte, ciencia, información, discusión etcétera.

La televisión como medio masivo de comunicación tal vez de mayor impacto e interés, por transmitir imágenes reales a color y hasta en tiempo real, también ha sido utilizada por la publicidad y la mercadotecnia. Se puede encontrar comerciales de todo tipo, de formas muy llamativas e ingeniosas, ya que el objetivo de los comerciales es hacer que el televidente compre el producto ya sea este un bien o un servicio a sí sea básico o de lujo.

Entre los comerciales de la televisión, recientemente es común ver aquellos en los que aparecen “psíquicos, médium’s o madam’s “quienes ofrecen los servicios de adivinación del futuro, solución a los problemas (de salud, laborales, económicos, emocionales y existenciales) de las personas que los consulten por vía telefónica, pero obviamente la llamada telefónica tiene un costo extra, el cual pagarán las personas que realizan las consultas, al pagar su recibo telefónico.

Considero que en éstos comerciales se promueve el fraude específico en estudio, ya que las personas que supuestamente tienen la capacidad de solucionar “todos los problemas”, por medio de adivinaciones o evocando entes espirituales, cobran dinero.

C) LA PRENSA.

La prensa es el medio de comunicación masivo escrito, formada por las publicaciones periódicas o diarios. Es muy importante para la población de un país, ya que por medio de ella se tiene información de todo tipo, ya sea en los periódicos o revistas entre otras publicaciones.

En México el periódico como medio de comunicación, tiene un papel muy destacado en la historia nacional, ya que ha estado presente al igual que el periodismo en todos los movimientos políticos y sociales trascendentales del país.

La población, actualmente tiene acceso a una gran diversidad de periódicos y revistas ahora no solo nacionales sino extranjeras. Los periódicos y revistas también son utilizados para realizar publicidad de todo tipo.

Actualmente en México, se vive una crisis económica muy grave, lo cual provoca desempleo y pobreza, ocasionando que muchas personas desesperen y busquen salidas o soluciones y aquí es donde los charlatanes aprovechan las circunstancias para explotar a las personas en su patrimonio, ofreciéndoles mágicas soluciones a sus problemas económicos o de salud o adivinándoles su futuro, para lo cual realizan publicidad hasta en la prensa por lo que ahora es común ver y en gran cantidad anuncios en los periódicos y revistas donde personas ofrecen servicios de tipo esotérico (curaciones, adivinaciones, curación del alma, amarres de amor, amarres mentales, sanaciones, evocaciones, limpiezas etcétera.

Todos estos anuncios promueven el fraude específico en estudio ya que hay gente que por ser supersticiosa o ignorante cae en las manos de estos defraudadores, por lo que considero que no se debe de realizar tal publicidad, ya que se fomenta la superstición entre la población y puede provocar que se lleguen a cometer muchos fraudes específicos. También creo que si bien es cierto que las personas que se anuncian ofreciendo los servicios esotéricos al prohibírseles puedan

protestar sobre la base de su libertad de imprenta, considero que no se les afectaría ese derecho porque toda persona es libre de publicar lo que quiera siempre y cuando no sea contra la moral y la paz pública y considero que si el anuncio fomenta un ilícito es inmoral.

D) INTERNET.

Internet significa “International Network”, es decir, “Red Internacional”. Es una red de computadoras esparcidas por todo el mundo pero conectadas entre sí cuyo propósito fundamental es servir como un gigantesco banco de información (muchas veces para fines comerciales) y como un medio de comunicación entre particulares a través de lo que se llama “correo electrónico” y los grupos de discusión, entre otras variantes.

Día con día nuevas computadoras, llamadas “servidores”, se agregan a esta red y las compañías que las conectan ofrecen a los usuarios de computadoras conexión a internet, para poder conseguir esa información vía telefónica. El crecimiento de la red en los últimos años ha sido realmente espectacular al grado de que actualmente, a internet se le conoce como la Red de redes, el número de usuarios de internet en todo el mundo rebasa ya los 45 millones y se calcula que más de 200 millones estaban ya conectadas a internet en el año 2000.

La información disponible en internet abarca infinidad de temas tanto como al lector se le ocurran y dicha información ha adoptado en todas partes prácticamente la misma forma a la cual se le llama el World Wide Web (W W W).

En terminos coloquiales el W. W. W .es una “página” en pantalla con información sobre cierto tema que a su vez se enlaza a temas a fines a través de “ligas” (“LINKS” en ingles) que llevan a nuevas páginas con más información que, además no solo incluyen texto, sino también pueden incluir imágenes, sonido y hasta video. Para poder observar una “página” de internet se han creado diversos programas generalmente llamados “vizualizadores” o “navegadores” de internet (“Browsers”) entre ellos el más común es Netscape Navigator.

Para poder llegar a una página de internet una vez conectado el usuario debe indicarle al “navegador” la dirección electrónica de la página que se desea. Dicha dirección recibe el nombre de “URL” (“Localizador Uniforme de Recursos”). Aunque existen diversos métodos para poder buscar la información deseada en internet, el conocimiento del URL de cierta página nos lleva directamente a ella, si de ahí el usuario pasa a otra página mediante el uso de “ligas” y de esta a otra, etcétera, se dice que el usuario esta “navegando”, por internet, así como los programas que nos permiten ver las páginas de internet reciben el nombre de navegadores por ello es que a cada página también se le conoce como “sitio” (site), y de ahí surge también la idea de que internet es como un “espacio” donde se navega para llegar a ciertas a ciertos “sitios” y como todo esto no es real sino virtual sino a través de medios electrónicos, es que a internet también se le llama el “ciberespacio.”

Las “ligas” de una página pueden estar representadas por un icono (pequeño dibujo que representa la nueva página a que se puede acceder) o una pequeña frase de texto que se le reconoce por estar subrayada y/o de un color distinto. Las “ligas” o vínculos a otras páginas también reciben el nombre de “hipertexto”.

Internet es un gran fondo de información, también es un gran banco de archivos de todo tipo, textos sobre cualquier tema, imágenes, videos y programas gratuitos que se pueden obtener desde internet y utilizar luego en nuestra propia computadora o en muchos casos también toda esa información tiene un costo, por lo que algunas páginas establecen notas a los usuarios que deseen consultarlas, en otras palabras, mucho de lo que internet ofrece no cuesta más de lo que debe pagar por estar conectados pero no todo es así. Algunos servicios de información de internet cobran costos adicionales por usarlos.

También existe el "E-meil" (sistema de correo electrónico) que es el medio por el cual una persona puede enviar mensajes directamente a otra o a través de internet para esto tanto el emisor como el receptor deben tener una dirección de correo electrónico. Como se ha mencionado, por medio del internet se pueden hacer muchas cosas tanto obtener información de todo tipo, como comunicarse y lo sorprendente es la velocidad en que se realiza. Incluso el internet también es considerado como un medio de comunicación masivo, por la cantidad de usuarios y porque se puede realizar la comunicación en tiempo real. Al Internet también se le puede anexar información, o sea de agregarle más páginas, por lo que también muchos lo utilizan para realizar publicidad, así tenemos que en internet encontramos anuncios comerciales de bienes y servicios de todo tipo.

Refiriéndome al fraude específico en estudio, muchos de los defraudadores, (esotéricos, adivinos, medium's, maestros, psíquicos, madam's) hacen sus propias páginas WEB la cuales utilizan para realizar publicidad sobre lo esotérico y a la vez también defraudar a la gente, ya que puede suceder que el usuario de

internet estando en la página WEB del defraudador sufra un daño en su patrimonio, resultado de un engaño, que en muchas veces consiste en pagar una consulta para solucionar determinado problema o comprar toda clase de objetos con la falsa promesa de que tienen poderes para resolverles su vida en los aspectos de salud, dinero o amor, lo que constituye el daño económico.

Considero que las páginas de tipo esotérico en el Internet, fomenta la superstición de las personas, ya que hay ciertas personas proclives a pensar en que lo esotérico en verdad existe y son un medio muy utilizado por los defraudadores porque se aprovechan de los beneficios que internet ofrece como lo son, muy buena publicidad, información de fácil acceso, comunicación en tiempo real, comunicación masiva y otros más.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La conducta delictiva, que actualmente se denomina “Fraude”, consistente en apropiarse una cosa, por medio del engaño u aprovechándose del error en que se encuentra una persona, ha existido desde que existe la humanidad misma, así lo revelan los vestigios que se han encontrado de las civilizaciones antiguas, mismas que lo castigaron con el propósito de proteger a sus miembros, destacando que cada cultura lo denominó de diferente manera. También los países o Estados modernos, a través de su historia han considerado al “fraude” como una conducta dañina, por lo que lo han introducido en sus Códigos Punitivos respectivos, con el objetivo de proteger el patrimonio de sus integrantes y así preservar el orden y convivencia social, destacando que cada Estado le ha dado al delito de fraude diferente denominación.

SEGUNDA. Una de las características principales del delito de fraude es que se comete por medio del engaño, razón por la cual a éste delito se le denomina propiamente “Fraude”, pues este término significa engaño o mentira.

TERCERA. Siendo el engaño la esencia del delito de fraude, provocó que durante mucho tiempo no se contara con un concepto genérico de este delito, pues los legisladores se les complicaba realizar una descripción legal de fraude que abarcara todas las formas por medio de las cuales el ser humano puede engañar. Por lo que a falta de un concepto genérico se crearon gran cantidad de conductas delictivas, que debían de castigarse como “fraude”, o sea se siguió un sistema casuístico, un sistema ejemplificativo, que le servía al juzgador como parámetro para identificar conductas fraudulentas y poder así castigar al delincuente.

CUARTA. En el año de 1871, México y Alemania fueron los primeros Estados en la historia de las codificaciones occidentales en realizar un concepto genérico del delito de “Fraude”. En México se realizó en el artículo 413 del Código Penal de 1871.

QUINTA. En el Código Penal para el Distrito Federal de 2002, el concepto de “fraude” sufrió modificaciones respecto a que actualmente se señala como medio de comisión el “engaño” y deja de considerarse como conducta típica, como tradicionalmente se venía realizando desde el Código Penal de 1871. Por otra parte se modificó la pena y ahora ésta se encuentra contenida en el artículo 230 en cuatro fracciones y no en tres como se contemplaba en el Código Penal del Distrito Federal de 1999, aunque sí se sigue aplicando la pena de acuerdo a la cuantía de lo defraudado. Además de que ahora se cuenta con una agravante contenida en el último párrafo de citado artículo 230, la cual consiste en imponer al defraudador además de la pena correspondiente, dos terceras partes de ésta, cuando el fraude se cometa en contra de dos o más personas..

SEXTA. En el delito de fraude el resultado es material, traducido en el daño o deterioro causado al patrimonio del sujeto pasivo del delito, consecuencia de la apropiación de la cosa ilícitamente o de la obtención del lucro indebido, por parte del sujeto activo, no obstante en éste delito cabe la posibilidad de que quien obtenga el beneficio (lucro o cosa) sea un tercero.

SÉPTIMA. Generalmente el sujeto pasivo del delito es la misma persona quien fue engañada por el sujeto activo pero cabe la posibilidad de que el fraude se realice

engañando a otra persona distinta al sujeto pasivo del delito, persona que se le denomina sujeto pasivo de la conducta, siempre y cuando ésta obre por el engaño del sujeto activo, realizando en consecuencia un acto de disposición patrimonial que afecte el patrimonio del titular del bien jurídicamente protegido.

OCTAVA. En el delito de fraude se hace referencia al término “cosa”, el cual debe de interpretarse en su sentido jurídico, o sea el de “bien”, y como no se menciona el tipo de cosa (mueble o inmueble) que se necesita para la configuración del delito, considero que puede ser cualquier cosa de ambas categorías, ya que si la ley no distingue nosotros como interpretes no debemos distinguir.

NOVENA. Respecto a la cuestión; ¿existe o no diferencia entre el fraude civil y el fraude penal?, concluyo que sí hay diferencias entre ambos conceptos, destacando que lo que existe es el dolo civil y no el fraude civil y que también una misma conducta es susceptible de constituir tanto dolo civil como fraude penal.

DECIMA. En el fraude específico en estudio las preocupaciones, la superstición o la ignorancia de las personas son características psicológicas que posee el sujeto pasivo y que el sujeto activo, aprovecha abusivamente para llevar a cabo su propósito, el cual es obtener un lucro o apropiarse de alguna cosa, el cual es más fácil de conseguir, pues estas circunstancias de carácter psicológico, disminuyen las capacidades de defensa que podría tener el sujeto pasivo pues ofuscan y disminuyen la razón y la objetividad, o simplemente no se cuentan con los conocimientos para poder hacer frente al engaño.

DECIMA PRIMERA. La Denuncia del delito o *notitia criminis*, no es un requisito de procedibilidad, para que el Estado a través del Procurador de Justicia o del agente del Ministerio Público, se avoque a la investigación del delito, salvo en los casos que se requiera la querrela, bastará que dicho funcionario esté informado, por cualquier medio, para que de inmediato, quede obligado a practicar las investigaciones necesarias que le permitan concluir en su oportunidad si la conducta o hecho de que tienen conocimiento, constituye una infracción penal y, siendo así quien es el probable autor

DECIMA SEGUNDA. La denuncia de algún delito, en general, puede ser presentada por cualquier persona, sin importar que provenga de un procesado, sentenciado, nacional o extranjero; tampoco interesa el sexo o la edad, salvo las excepciones previstas en la ley. La denuncia se hará verbalmente o por escrito, ante el agente del Ministerio Público, esto obliga a que “de oficio” se proceda a la investigación de los hechos, siempre y cuando no se trate de infracciones, que requieran para su investigación, el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad o que no haya un obstáculo procesal. Además se hará constar el contenido de la denuncia en un acta que contenga todas las diligencias que se realicen en la secuela de la averiguación

DECIMA TERCERA. La presentación de la denuncia por quien tiene conocimiento de un delito es una obligación. La denuncia viene a ser la información sobre un hecho delictivo, formulada ante autoridad competente; si quien la realiza es un ciudadano común, se estará en presencia del cumplimiento de un deber y de un acto de valor civil; pero si quien la hace es el afectado o persona relacionada con

él, se estará frente a un acto de la declaración de voluntad por la cual se pide el castigo del culpable.

DECIMA CUARTA. La querrela es un relato de los hechos presumiblemente ilícitos, que se presentan ante la autoridad competente (El Ministerio Público). Su diferencia con la denuncia se fundamenta en que mientras ésta puede ser formulada por cualquier persona la querrela exige ser presentada por la víctima directa del delito (ofendido), o puede ser presentada por medio de un representante, en la querrela se hace mención de ilícitos que se persiguen a petición de parte, y como es el ofendido quien la presenta directamente; en ella se debe expresar la clara intención de que se castigue al responsable del delito, de acuerdo con los intereses de la víctima, por medio de la promoción y ejercicio de la acción penal.

DECIMA QUINTA. En los delitos de querrela, hay que pensar en la publicidad de la conducta ilícita penal de un sujeto, que pueda dañar aún más, al ofendido, por ello es que dada la naturaleza de ciertas infracciones penales, considero que lo correcto es dejar que los particulares otorguen su anuencia para que el agente del Ministerio Público investigue los hechos y, en su caso, se persiga al infractor. Esto es de gran importancia para quien resiente la acción dañina porque tiene oportunidad de valorar las ventajas y las desventajas de un proceso en el que su situación muy personal es la que, valga el uso de la expresión, estará en juego. La voluntad de los particulares no debe proscribirse, cuando el bien jurídicamente tutelado corresponde a ámbitos en los que más que ofensa social, lo que se lesiona con el delito es el aspecto íntimo del ser humano.

DECIMA SEXTA. Respecto a los términos “ofendido” y “víctima” concluyo que cuando se habla del “ofendido” se esta refiriendo a la víctima que sufre de modo directo una afectación en su esfera jurídica, ocasionada por el hecho delictivo. El concepto de ofendido se identifica con el de “sujeto pasivo del delito”. El sujeto pasivo de la conducta, y el sujeto pasivo del delito, pueden coincidir en una misma persona. El sujeto pasivo de la conducta es una víctima desde el punto de vista gramatical, y puede ser una víctima (indirecta) desde el punto de vista jurídico. Cuando la ley habla de víctima o de ofendido, por víctima se debe entender el concepto de víctima indirecta, o sea; persona que por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica con la víctima directa (ofendido) es afectada por el hecho ilícito.

DECIMA SÉPTIMA. En todas las culturas se ha rendido culto a los muertos, bien sea por el natural temor a lo desconocido, bien porque se supone que el espíritu de los fallecidos, al estar en contacto y en presencia de las divinidades tienen un conocimiento y un poder que es negado a los vivos. Los gurús, los brujos o chamanes supuestamente tenían la posibilidad de contactar con los espíritus y así acceder a los conocimientos prohibidos, eran solo ellos, los que tenían la respuesta a los interrogantes y problemas de su pueblo y, en consecuencia eran los que de hecho tenían el poder tanto religioso como político.

DECIMA OCTAVA. Desde que existe, el ser humano busca respuestas así, el deseo de conocer, de explicar el mundo real, ha propiciado el desarrollo científico, pero también el de creencias que no están avaladas por datos empíricos. Actualmente existen explicaciones racionales a muchos fenómenos, aún así, la

razón y la ciencia no son capaces de explicarlo todo, mientras que la religión sí, basándose en la fe y la revelación. De ahí que la religión y las creencias irracionales continúen presentes hoy, en plena era de la ciencia y la tecnología.

DECIMA NOVENA. Actualmente en México, se vive una crisis económica muy grave, lo cual provoca desempleo y pobreza, ocasionando que muchas personas se preocupen, desesperen y busquen salidas o soluciones y aquí es donde los charlatanes aprovechan las circunstancias para explotar el patrimonio de las personas (realizándose el fraude específico en estudio en gran cantidad) ya que estos defraudadores ofrecen soluciones mágicas a los problemas económicos, de salud o de cualquier tipo, por medio de sus “consultas” o “trabajos”, los cuales obviamente no son gratuitos.

VIGÉSIMA. Es preciso reconocer que el auge de lo esotérico, tal vez atribuible a las deficiencias en la educación formal e informal, no tendría mayores implicaciones sociales si solo se presentara como un medio inocuo de diversión o entretenimiento. El asunto es que junto con el despliegue espectacular de rituales y expresiones pretendidamente místicas, ha florecido una basta industria que cada año genera enormes ganancias explotando la credulidad y por lo tanto el patrimonio de una parte importante de la población mexicana a costa de venderle infinidad de objetos con supuestos poderes, que pueden resolver infinidad de problemas.

VIGÉSIMA PRIMERA. En el fraude específico en comento, cuando el ofendido realice su querrela, para que no haya impunidad se necesita que las autoridades

no lo dejen sin investigar, o sea, se le deben de dar a éste delito la importancia que se merece, ya que dichos hechos pueden constituir un delito que afecte gravemente el patrimonio de una persona o probablemente su salud.

PROPUESTA

Para que el delito de fraude específico en estudio sea investigado por las autoridades competentes (Ministerio Público del Distrito Federal) en una forma eficaz y así el delito no quede impune y los defraudadores sean castigados, la propuesta del presente trabajo de investigación es que la forma de persecución del fraude específico en estudio, continúe siendo de oficio y por querrela, pero en base a los lineamientos siguientes:

***DE OFICIO.-** Cuando el monto de lo explotado exceda de 50 veces el salario mínimo y no a partir de que el monto de lo defraudado sea mayor de 5,000 veces el salario mínimo, como lo señala actualmente el artículo 246, párrafo cuarto del Código Penal para el Distrito Federal.

***POR QUERELLA.-** Sólo en los casos siguientes:

- 1) Cuando el sujeto activo tenga con relación al sujeto pasivo, alguna de las calidades siguientes, descendiente, cónyuge, pariente por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario pareja permanente o pariente por afinidad hasta el segundo grado. (Como lo señala el artículo 246, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal).
- 2) Cuando el monto de lo explotado, no exceda de 50 veces el Salario Mínimo, vigente en el Distrito Federal, al momento de la ejecución del delito.

Como consecuencia de esta propuesta se debe reformar el artículo 246 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

BIBLIOGRAFÍA.

1. AMUCHATEGUI REQUENA Irma G., Derecho Penal. “Cursos Primero y Segundo”, Ed. Harla, México 1994.
2. CALDERÓN CERREZO, A., Derecho Penal, “Parte Especial”, Tomo II, Ed. Bosch, España 1999.
3. CARRANCA Y TRUJILLO Raúl, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, México 2000.
4. CARRANCA Y TRUJILLO Raúl, Derecho Penal Mexicano, “Parte General”, 20ª. ed., Ed. Porrúa, México 1990.
5. CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, “Parte Especial” T. 6, vol. IV, Tr. José J. Ortega Torres, Ed. Temis, Colombia, 1991.
6. CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 34ª. ed., Ed. Porrúa, México 1994.
7. COLIN SÁNCHEZ Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 18ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001.
8. CUELLO CALÓN Eugenio, Derecho Penal, T.I. vol. I, 18ª. ed., Ed. Bosch;, España 1980.

9. DE IBARROLA Antonio, Cosas y Sucesiones, 14ª. ed., Ed. Porrúa, México 2004.
10. DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, Código Penal Federal, 2ª. ed., Ed. Porrúa, México 1997.
11. DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, Código Penal para el Distrito Federal, 2ª. ed., Es. Porrúa, México 2002.
12. DOMINGUEZ MARTINEZ Jorge Alfredo, Derecho Civil, “Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez”, 4ª. ed., Ed. Porrúa, México 1994.
13. FONTAN BALESTRA Carlos, Derecho Penal, “Parte Especial”, 11ª. ed., Ed. Abeledo-Perrot, Argentina 1987.
14. GONZALEZ DE LA VEGA Francisco. El Código Penal Comentado, 9 ed., Ed. Porrúa, México 1989.
15. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, Derecho Penal Mexicano, “Parte General, Parte Especial”, 4ª. ed., Ed. Porrúa, México 1997.
16. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, El Proceso Penal Mexicano, Ed. Porrúa. México 2002.
17. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, Programa de Derecho Procesal Penal, 7ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001.

18. JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, "La ley y el Delito", 3ª. ed., Ed. Abeledo.Perrot, Argentina 1997.
19. JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Teoría del Delito, v. 2, Ed. Juridica Universitaria, México 2002.
20. JIMÉNEZ HUERTA Mariano, Derecho Penal Mexicano, "La Tutela del Patrimonio" T. IV., 7ª. ed., Ed., Porrúa, México 2003.
21. LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, Derecho Procesal Penal, Ed. IURE, México 2002.
22. LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, Delitos en Particular, T. I , 5ª. ed., Ed. Porrúa, México 1998.
23. MAGGIORE Guiseppe, Derecho Penal, "Parte Especial", vol. V., Ed. Temis, Colombia 1989.
24. MALO CAMACHO Gustavo , Derecho Penal Mexicano, 4ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001.
25. MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial, 6ª. ed., Ed. Porrúa, México 1992.
26. MEZGER Edmundo, Derecho Penal , "Parte General" T. I, Ed. Valletta Ediciones, Argentina 2004, p.54.

27. MOMMSEN Teodoro, Derecho Penal Romano, Ed. Temis, Colombia 1999.
28. PAVÓN VASCONSELOS Francisco, Delitos contra el Patrimonio, “Comentarios de Derecho Penal”, 10ª. ed., Ed. Porrúa, México 2001.
29. PAVÓN VASCONSELOS Francisco, Diccionario de Derecho Penal, “Analítico-Sistemático”, Ed. Porrúa, México 1997.
30. PAVÓN VASCONSELOS Francisco, Manual de Derecho Penal, “Parte General”, 12ª. ed., Ed. Porrúa 1995.
31. PORTE PETIT, CANDAUDAP, Celestino, Programa de Derecho Penal, “Parte General”, 3a. ed., Ed. Trillas, México 1990, p.285.
32. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. Pandectas Hispano-Mexicanas, T. III, 4ª. ed. ,Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México 1991.
33. SENIOR Alberto F., Sociología, 12ª. ed., Ed. Porrúa, México 1993.
34. SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. IV, 4ª. ed., Ed. TEA, Argentina 1992.
35. VALLE MUÑIZ , José Manuel, El Delito de Estafa, “Delimitación Jurídico-Penal con el Fraude Civil”, Ed. Bosch, España 1987.

36. VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, "Teoría del delito", Ed. Trillas, México 1985,

37. VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 5ª. ed., Ed. Porrúa, México 1990.

38. ZAMORA PIERCE Jesús, El Fraude, 9ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

DICCIONARIOS E ENCICLOPEDIAS

39. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T.I. , A-B, 21ª. ed., Ed. Heliastra, Argentina 1989.

40. Diccionario del Español Actual, v. II G-Z, Ed. Aguilar, España 1999. p. 3264.

41. Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Ed. Océano, Colombia 1991.

42. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, D-H, 13ª. ed., Ed. Porrúa – UNAM, México 1999.

43. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, I-O, 13ª. ed., Ed. Porrúa – UNAM, México 1999.

44. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, Leyes Penales Mexicanas, T.1, México 1979.

45. Nueva Enciclopedia Jurídica, T. IX, Ed. Francisco Seix, España 1982,
46. PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, T. I, A-I, Ed. Porrúa, México 2000.
47. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, T. II, h-z, 21ª. ed., Ed. Espasa Calpe, España 1992.

LEGISLACIÓN

48. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10ª. ed , Ed. ISEF, México 2005.
49. Código Penal Federal, 13ª. ed , Ed. ISEF, México 2005.
50. Código Federal de Procedimientos Penales, 13ª.ed., Ed. ISEF, México 2005,
51. Código Penal para el Distrito Federal, 3ª ed., Ed. ISEF, México 2001.
52. Código Penal para el Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005.
53. Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005.

54. Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, 13ª. ed., Ed. ISEF, México 2005.

55. Código Civil para el Distrito Federal, Ed. SISTA, México 2005,

56. Decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal, Diario Oficial de la Federación (Primera Sección), 18 de Mayo de 1999, p.2

57. Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la Republica en materia de fuero federal, Diario Oficial de la Federación (Primera Sección), 30 de Septiembre de 1999, p. 72.

OTRAS FUENTES

58. Biblia de Jerusalén, Ed. Porrúa, México 1989.

59. Fuero Juzgo, cotejado por la Real Academia Española, Ed. Lex Nova, Madrid 1990 .

60. MORALES A. Juan Pablo, Espiritismo, Ed. Grupo Editorial Tomo, México 2002

61. Recopilacion de las Leyes de los Reynos de las Indias 1681, T. 3, Ed. Porrúa, México 1987.

62. Revista Muy Interesante, No. 26, México 2001.

63. PÁGINA WEB DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojusleg>)