



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
“ARAGÓN”**

**“ANÁLISIS DEL DELITO DE FRAUDE EN RELACION
CON LOS DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO
DE ACTIVIDADES PROFESIONALES O TÉCNICAS”**

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A :

ANTONIO ORTIZ GONZALEZ

ASESOR:

MTRA. MA. GRACIELA LEON LOPEZ



BOSQUES DE ARAGON ESTADO DE MÉXICO MAYO 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

RICARDA GONZALEZ SALAS:

QUE CON SU APOYO Y CONSEJOS ME AYUDO A
TERMINAR ESTA CARRERA LA CUAL SE
VE CULMINADA CON ESTE TRABAJO.

A MI ESPOSA: MARTHA ELENA OCAMPO GARCIA:
QUE GRACIAS A SU TOLERANCIA Y COMPRESIÓN,
ME HA ESTIMULADO PARA SEGUIR ADELANTE.

A MIS HIJOS: MARTHA ALEJANDRA Y ERICK ANTONIO:
QUIENES ME HAN DADO LA ILUSION DE PODER RECIBIR DE
ELLOS LA SATISFACCIÓN DE TERMINAR UNA CARRERA.

A MI PADRE: MERCED ORTIZ VILLEGAS:
QUE SIEMPRE ME HA DADO LA FORTALEZA Y
EL VIGOR PARA ALCANZAR MIS METAS.

A MIS HERMANOS:
MARIA TEODULA, EUSEBIO, MARIA DE LOS ANGELES, LINA,
EVARISTO, RAFAEL, JACINTO, MARIA LUISA Y JOSE LUIS:
QUIENES SIEMPRE HAN CREIDO EN MI.

A MIS MAESTROS;
QUE CON SU SABIDURÍA Y APOYO ME HAN
IMPULSADO A REALIZAR MI META FIJADA Y

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE TRABAJO QUE CREYERON
EN MI Y QUE CON SUS CONSEJOS ME HAN ALENTADO
A CONSEGUIR TODO LO QUE ME PROPONGO.

INDICE

PAG.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

REFERENCIAS HISTORICAS DEL DELITO DE FRAUDE.

| | | |
|--------|---|----|
| 1.1. | EN EL DERECHO ANTIGUO.----- | 01 |
| 1.1.1. | A TRAVES DE LA BIBLIA.----- | 03 |
| 1.1.2 | EN EL DERECHO ROMANO.----- | 06 |
| 1.1.3 | EN EL DERECHO MEXICANO.----- | 11 |
| 1.2 | EN EL DERECHO MODERNO.----- | 16 |
| 1.3 | DIFERENCIA Y COINCIDENCIAS CON OTROS DELITOS PATRIMONIALES.----- | 21 |
| 1.4 | LEGISLACIÓN MEXICANA.----- | 26 |

CAPITULO II

CONCEPTO DOCTRINARIO

| | | |
|------|--|----|
| 2.1 | CONCEPTO.----- | 29 |
| 2.2 | ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE FRAUDE.----- | 34 |
| 2.3. | FRAUDE CIVIL Y FRAUDE PENAL.----- | 39 |
| 2.4 | LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO DE FRAUDE.----- | 42 |

CAPITULO III

REGLAMENTACIÓN LEGISLATIVA

| | |
|--|----|
| 3.1 EL FRAUDE ESPECIFICO..... | 45 |
| 3.2 RATIO LEGIS..... | 52 |
| 3.3 UBICACIÓN LEGISLATIVA DE LOS TIPOS CONTENIDOS EN LOS ARTICULOS 305 Y 306 FRACCION I DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO..... | 56 |
| 3.4 JURISPRUDENCIA..... | 61 |
| 3.5 COMPARACION CON LA LEGISLACIÓN DE VENEZUELA..... | 68 |
| 3.6 COMPARACION CON LA LEGISLACIÓN DE ARGENTINA..... | 74 |

CAPITULO IV

ANÁLISIS DEL ARTICULO 181 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO REFERENTE CON LOS DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PROFESINALES O TÉCNICAS

| | |
|---|-----|
| 4.1 REFERENCIAS HISTORICAS DEL LICENCIADO EN DERECHO (ABOGADO)..... | 80 |
| 4.2 SUJETOS Y ELEMENTOS..... | 97 |
| 4.3 BIEN JURÍDICO TUTELADO..... | 102 |
| 4.4 EL CONTRATO CUOTA LITIS..... | 107 |
| 4.5 CONSECUENCIA DEL INCUPLIMIENTO PARA EL ABOGADO PATRONO..... | 111 |
| 4.6. COMPARACION ENTRE EL ILICITO COMPRENDIDO EN EL ARTICULO 306 FRACCION I CON EL 181 DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO..... | 116 |
| 4.7 NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 306 FRACCION I DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO..... | 121 |

CONCLUSIONES----- 125

BIBLIOGRAFÍA ----- 131

INTRODUCCIÓN

Las principales causas que motivaron el tema a desarrollar en este trabajo en la tesis que me sirve de base para optar por el grado académico de Licenciado en Derecho, se encuentra al trato cotidiano que por razones en mi trabajo he tenido con la problemática que afrontan día con día las personas y particulares que en un momento determinado se ven privadas de su libertad, por disposiciones de autoridad judiciales o administrativas, al solicitar la asesoría o la representación de algún abogado, gestor o litigante, ya sea en el seno de la policía ministerial preventiva en averiguación previa o en proceso penal en virtud de que desde hace algunos años he prestado mis servicios como secretario honorario del ministerio público, en diferentes agencias de la procuraduría general de justicia del Estado de México.

Problemática que ha causado verdaderamente en mi, un profundo interés por ahondar un poco sobre los aspectos técnico-jurídicos, que ella presenta y que mejor momento que el de hacerlo como trabajo descriptivo de un examen profesional.

En efecto son múltiples y muy variados los aspectos técnicos que ella genera, ya que desafortunadamente en la práctica forense de nuestra profesión existe a nuestro modo de ver una inadecuada reglamentación del ejercicio profesional que permite en un momento dado la configuración del fraude específico y el delito cometido en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas, en el perjuicio mediato del interés social e inmediato de los intereses personales del ciudadano común con los consecuentes daños patrimoniales y morales, lo que es peor aún la violación de sus garantías individuales o la pérdida o menoscabo de su libertad, lo cual a nivel estrictamente profesional es bastante grave y delicado, pero se ve más complicado cuando se permite la intervención en actuaciones judiciales de personas que sin ninguna preparación, o autorización profesional y carentes de experiencia y ética, engaña a los particulares con el objeto de obtener un lucro

indebido con la promesa de conseguir o tramitar la libertad de algún familiar, amigo o compañero.

En el desarrollo de este tema de marcada actualidad, afronto los principales problemas, causas u orígenes de la indebida o inadecuada aplicación del derecho positivo vigente que se presenta con motivo de las relaciones existentes entre los particulares que viven la privación de la libertad con los abogados o profesionales del derecho, o cualquier otra persona que desarrolla esta actividad.

Una de las principales cuestiones que mas han llamado poderosamente nuestra atención, lo es precisamente el hecho de la situación personal y dramática que en un momento determinado puede vivir aquel que se encuentra privado de su libertad y que su situación jurídica y patrimonial se ve agravada al ser víctima de una actitud delictuosa por parte de su asesor legal, ya que tal evento redundará necesariamente en perjuicio de su libertad personal, violación de garantías y menoscabo de su patrimonio.

Por ende es incuestionable que una tarea que concierne a las escuelas y facultades de derecho, a las barras de y agrupaciones de profesionistas, meditar sobre este problema y tratando de encontrar una solución, justa, ética y congruente a esta problemática.

Las consecuencias del incumplimiento fraudulento por parte de abogados o licenciados en derecho, y asesores en términos generales en las diversas etapas del procedimiento penal, son muchas y muy variadas, según el momento procesal en que se encuentren, y que van desde la detención, la averiguación previa, término constitucional, proceso, sentencia, apelación y hasta nuestro juicio de amparo, ya que los autores del delito de fraude específico o de abogados o profesionales en el ejercicio de sus actividades, en sus afán de obtener una ganancia lícita, generalmente prometen a su cliente la obtención de su libertad, aun cuando ésta no sea jurídicamente procedente, produciendo el error o aprovechándose de éste

con el consecuente perjuicio de quien ha solicitado sus servicios, ya que pretende vigilar la legalidad y constitucionalidad del procedimiento penal, seguido en sus contra así como del que le proporcione la asesoría legal conducente para la obtención de su libertad o en su caso la aplicación de una pena justa.

En materia civil la asesoría jurídica que se solicita a los profesionales del derecho, con el objeto de tener respeto a los derechos del tipo patrimonial, familiar, administrativo, y otros, y cuando nos encontramos ante la presencia penal en análisis, las consecuencias son igualmente graves y nefastas tanto para el interés social como personal.

Desde luego comprendemos que no siempre existe incumplimiento o abandono por parte del patrono ya que estamos ante la presencia de un fraude específico, o un delito de abogados ya que pueden ser múltiples las causas que lo originen y que es precisamente, esta solución una de las principales inquietudes que a lo largo de este trabajo tratamos de desarrollar con la idea y motivación de buscar soluciones adecuadas.

También llegamos al análisis de nuestras leyes reglamentarias de la actividad profesional de los abogados, culminando con la conclusión de que resulta necesario o indispensable una actualizada legislación que reglamente la función del Licenciado en Derecho, en el foro profesional pensando que el profesionista egresado de la Universidad, tendrá la suficiente ética y solvencia profesional y moral que esta actividad le impone, toda vez que su trayectoria como estudiante del derecho y como profesionista, después deberá marcarle imponerle una trayectoria justa y equilibrada que necesariamente le impedirá la realización de una conducta delictiva como la que se contempla en el desarrollo de este trabajo.

En primer término en este trabajo realizamos un análisis histórico en el derecho antiguo de los antecedentes de fraude, con el objeto de acrecentar nuestro conocimiento jurídico y de hacer notar de que se trata de un tipo penal tan antiguo

como la humanidad misma, ya que siempre existió la intención de causar perjuicio a la propiedad ajena. Desde la antigüedad hasta nuestros días.

Posteriormente realizamos un breve análisis de las reglamentaciones del mencionado tipo penal en diferentes legislaciones para ver con claridad, la intención de los legisladores al aplicar y sancionar la conducta delictiva, estudiando de la misma manera su conceptualización doctrinaria en cuanto a los elementos constitutivos del delito de fraude, las diferencias entre el fraude civil y el fraude penal, y así como y de los sujetos activo y pasivo del delito, y su el papel que desempeñan cada uno de ellos.

Se realizará un análisis de la reglamentación legislativa del delito de fraude, en cuanto al genérico y específico respectivamente, su ubicación legislativa así como algunas fuentes del derecho como la Jurisprudencia en nuestro derecho y en relación al delito que nos ocupa, y realizare una comparación legislativa con las legislaciones venezolana y Argentina a efecto de tener una mejor ilustración de mi tema a desarrollar.

Por último realizare un análisis del delito cometido en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas o también llamado de los delitos de los abogados, así como del contrato de prestación de servicios profesionales que realizan estos con los particulares con las consecuencias jurídicas que se presentan en el cumplimiento de dicho contrato. El bien jurídico tutelado, que representa el incumplimiento de este contrato; la comparación del artículo 181 con el 306 fracción I del código penal vigente en el Estado de México, y la propuesta de reforma de este último, para efecto de que encuentre acorde a nuestra práctica profesional y reglamentado debidamente para no caer en errores de apreciación cuando se trate de gestores únicamente y cuando se trate de un "LICENCIADO EN DERECHO".

CAPITULO I

REFERENCIAS HISTORICAS DEL DELITO DE FRAUDE

1.1. EN EL DERECHO ANTIGUO

El objetivo principal de buscar antecedentes remotos de la figura jurídica que se ocupa en la historia del derecho, no tiene como finalidad el encontrar justificaciones o fundamentos del pasado a la realidad, sino que únicamente el encontrar antecedentes, reglamentaciones y condiciones de tiempo-espacio, que permitan comprender con mayor claridad la problemática urgente esta materia.

Desde luego, se debe de manifestar que es una tarea bastante ardua toda vez que en las diversas legislaciones existentes en la antigüedad, difícilmente se pueden encontrar antecedentes directos del fraude, como se comprende y se concibe en las legislaciones vigentes, sin embargo eso no quiere decir que en la antigüedad no haya existido, ya que desafortunadamente la historia enseña que los antecedentes del fraude están siempre ligados a la historia misma de la humanidad.

Resulta necesario hacer hincapié que quizá no era conocido o reglamentado con el término de "FRAUDE", sino que se conocía como estafa, engaño, mentira, falacia, estelionato, trufa, escroquería, etcétera, siendo necesario aclarar que se trata de una gestión semántica ya que resulta incongruente pretender buscar antecedentes directos en la historia del derecho del delito de fraude, como se conceptúa en la actualidad, ya que en estas figuras que se han mencionado carecen de la reglamentación y otros elementos que con el transcurso del tiempo la doctrina y las legislaciones han ido adicionando al tipo delictivo en cuestión como lo son por ejemplo: el engaño, el error, el enriquecimiento ilegítimo, la parte sancionadora de la norma donde se establece la pena que se deba aplicar al infractor, de donde resulta necesario concluir que en el derecho antiguo no existió el delito de FRAUDE,

como se concibe en la actualidad en nuestra legislación vigente y que son antecedentes bastante remotos de que se tiene conocimiento, si acaso únicamente podrán dar una idea de la existencia de algunos de los elementos que integran la figura actual.

También se puede manifestar que al hacer la búsqueda correspondientes en las legislaciones antiquísimas, se encuentra que siempre ha existido la presencia de uno de los principales elementos del fraude, que lo es precisamente el engaño, lo cual lleva a meditar que desventuradamente el hombre siempre a tratado de engañar a sus semejantes con la intención de obtener algún beneficio, servicio, lucro o satisfactor personal, en detrimento de otro ser humano ya sea en sus bienes, su patrimonio o su persona.

1.1.1. A TRAVES DE LA BIBLIA

Uno de los documentos mas antiguos que nos habla acerca de la humanidad y su historia, lo es precisamente LA BIBLIA, escrita por el pueblo Hebreo, donde se narraron múltiples pasajes históricos anteriores a nuestra época y al decir de algunos autores es un verdadero tratado de criminología, independientemente del aspecto religioso y que además de establecer preceptos legales para beneficio de la humanidad nos deja clara constancia de hechos delictivos que van desde el fratricidio, el incesto, adulterio, robo, fraude, etc, que en relación con nuestro tema cabe hacer mención lo que la Biblia dice al respecto: “fraude es una especie cualificada del genero mentira, que intenta con engaño algún mal para el prójimo; hay fraude por ejemplo, en el caso de seducción, es siempre una falta de honestidad en los negocios y con frecuencia equivale a un robo disimulado con que se defrauda los derechos ajenos, uno de los fraudes mas frecuentes atacados en la Biblia, es el de los pesos y medidas”.

De lo anterior se puede desprender que efectivamente, en la Biblia se habla del engaño, del robo, de la mentira y del fraude, pero cabe aclarar que estos términos se manejan como sinónimos de una determinada actividad que por lo tanto únicamente se puede referir a ellas como antecedentes directos de algunos de los elementos del fraude actual. Lógicamente la Biblia al hablar de estos antecedentes se menciona los pesos y medidas, como referencia a los engaños cometidos en los actos de comercio realizados en la actualidad.

Otra cita que cabe hacer mención sacada de la Biblia, nos refiere lo siguiente:

“...no haréis injusticias en los juicios ni cometeréis fraude en pesos y medidas, tened balanzas justas, pesos justos y sean exactos en afeta y el hin: yo Yave vuestro Dios, que os he sacado de la tierra de Egipto...”.

Lo anterior habla del mensaje religioso que Yavé, vuestro Dios hace a su gente en el sentido de que no se realicen injusticias ni fraudes y los exhorta a realizar actos de comercios justos.

Otra cita nos dice "...¿hay aun en la casa del impío tesoros adquiridos con fraude , y una medida escasa, abominable? ¿Tendré acaso por justa la balanza inicua y la bolsa de pesas falsas?...".

Esta cita también tomada de la Biblia nos indica que en el impío, o falta de religión ha adquirido tesoros por medio del fraude, lo cual al juicio de esa época ya resulta una conducta abominable esto es una conducta incalificable, odiosa en términos generales reprobada por la sociedad de la época en virtud de la balanza inicua, es decir, que no observo la equidad por lo tanto es malvado y contrario a lo justo.

De la lectura de la Biblia, se desprende que existen múltiples pasajes de sumo interés en relación con la conducta humana, en la antigüedad, que materialmente sería imposible transcribir por ser sumamente extenso, sin embargo otro pasaje que se considera resulta bastante ilustrativo para este tema es el siguiente "...ya conoces los mandamientos; no mataras, no adulteraras, no robaras, no levantarás falsos testimonios, no defraudaras, honrarás a tu padre y a tu madre...".

De lo anterior se desprende que las normas de conducta emitidas en los mandamientos que eran normas morales de la religión imperante en la antigüedad, ya existía la prohibición expresa de realizar el fraude, quizá so pena de la aplicación de una sanción del orden moral o religioso, pero lo importante para este trabajo y que se trata de hacer resaltar, lo es el hecho de que la figura en estudio tiene antecedentes tan antiguos como la propia humanidad y que siempre ha sido y será objeto de reglamentaciones, ya sean morales religiosas o jurídicas en cuanto a su prohibición, condición o castigo.

Todas las citas transcritas con anterioridad encierran un profundo contenido social moral o jurídico por que demuestran que el hombre por múltiples causas ha defraudado a sus semejantes, aclarando que al hacer esta afirmación, no se refiere a toda la humanidad, sino que la expresión Hombre, se emplea en forma metafórica con el único fin de referirnos al delincuente o aquella persona que en un momento determinado ha violado las normas existentes, encargadas de reglamentar esta prohibición y que por lo tanto se hizo acreedor a la sanción correspondiente.

1.1.2. EN EL DERECHO ROMANO

Como es natural comprender al antiguo derecho romano, no podría pasar por alto la reglamentación del tipo delictivo en cuestión, toda vez que siendo un pueblo eminentemente jurista, que se caracterizó por consolidar el derecho hasta sus máximas expresiones y consecuencias en su época, también proporciona múltiples antecedentes del fraude dentro de los mas importantes se puede mencionar el cometido por el deudor en perjuicio de sus acreedores cuando el primero dolosamente provoca su insolvencia para no cumplir con las obligaciones civiles o mercantiles, que había previamente contraído y es por ello que desde al época de Justiniano en la Lex Aelia Setia, se empezó a establecer la llamada Actio Pauliana, por medio de la cual el acreedor tenia derecho a solicitar ante los tribunales de la época la rescisión de los actos realizados al deudor con el fin de evitar el cumplimiento de su obligación con los que se protegían los interés del acreedor.

En un principio para reprimir este Fraude, el pretor dio un interdicto fraudatorio, del cual se tienen pocos antecedentes posteriormente otro pretor poco conocido de nombre Paulo, propuso la creación de esta acción que lleva su nombre, en beneficio directo del acreedor, con el objeto de tener la acción suficiente para anular esos actos.

Quizás el origen de esa acción, lo fue el hecho de que en cierta forma los bienes del deudor al celebrar una operación implícitamente garantizan el debido cumplimiento de la obligación, esto es que dan la seguridad de solvencia a los acreedores, pero si dolosamente éstos realizaban actos simulados o no tendientes a disminuir la presumible garantía, el acreedor por medio de la acción Pauliana, tiene la facultad de solicitar su rescisión; y al respecto consideramos prudente hacer la siguiente cita:

“Fraus Creditorum .- Mediante una actio pauliana de carácter rescisorio se protegía al acreedor contra el peligro de que su deudor realizara negocios

prejudiciales, que aumentaran o provocaran su insolvencia ...”, “ya hemos visto que en principio de esta actio Pauliana en su versión justinea se anunciaban ya en la lex Aelia Setia. Además ya encontramos su idea general en el interdictum fraudatorum...”, “...Esta figura de Fraus Creditorum , suele tratarse como uno de los delitos privados, ya que el hábeas iuris, la transcribiera así, en razón de que se utilizaba casi siempre para corregir sus situaciones originadas por la mala fe del deudor...”¹

Esta cita resulta bastante ilustrativa, ya que de ella se desprende el hecho de que en el antiguo derecho romano, se reglamentó el delito de Fraude y aún cuando el hábeas iuris, se le conceptuó como delito de naturaleza civil, lo trascendente para este trabajo, ya establece en esta época , elementos tan relevantes como lo son: el engaño, la simulación, estelionato, ecroquería, trufa, y la idea de obtener un enriquecimiento ilegítimo en perjuicio del patrimonio de otras personas.

Otro aspecto interesante de la Acción Pauliana, lo constituye el hecho de que esa figura, creada por los romanos aún persiste en la actualidad y esto se encuentra inserta en nuestra legislación actual.

Otro antecedente Histórico importante que proporciona el antiguo derecho romano lo constituye el llamado Fraude a la ley, que consiste en el hecho de realizar acciones aparentemente legales y lícitas, tendientes a evitar la posibilidad de una sanción por la violación a la norma jurídica o de obtener mediante ellas algún beneficio de carácter patrimonial, en la actualidad los ejemplos básicos del fraude a la ley los encontramos en el seno del derecho internacional privado ya que el sujeto activo del delito al realizar los actos aparentemente legales, pretenden intencionalmente violar o transgredir primero, la intención del legislador y segundo la propia esencia o contenido de la ley.

¹ Margadant Floris Guillermo S, Derecho Romano, Ed. Esfinge, S.A., México D. F., 1980, pag. 442 y 443.

Al respecto se considera de sumo interés transcribir la siguiente cita “El concepto de fraude a la ley es de origen muy antiguo y aunque para su pleno desarrollo era necesario que se permitiera a los jurisconsultos en análisis del espíritu de las leyes, en un ambiente completamente arcaico donde dominada “EL CULTO A LA PALABRA”, no había mucho lugar para la figura jurídica del *fraus legis*, uno de los primeros ejemplos es el reportado por Livio respecto de Licinio Stolo, autor de una famosa legislación agraria del siglo IV, a, de J.C., quien emancipó a su hijo para poder traspasar el expediente de tierras que sus propias leyes le prohibían tener en propiedad, de acuerdo con la *verba legis* lo que había era inobjetable; pero los ciudadanos se opusieron con éxito alegando que su conducta iba en contra del espíritu de su propia autoridad legislativa.

El concepto de Fraude a la ley ha llegado a ser muy importante en el derecho internacional privado pero también constituyen un tema básico en el derecho interno.”.²

Del contenido de esta cita, se deduce, que en legislaciones antiquísimas del derecho romano, se encuentra que los propios ciudadanos se dieron cuenta más de que alguien realizando actos aparentemente legales podía violar fraudulentamente las disposiciones jurídicas de la época, como lo es por ejemplo el claro contenido de esta cita que por fortuna para ellos escuchado por las autoridades evitando así que se lograra la finalidad del defraudador.

Una serie de antecedentes históricos y referencias del delito de fraude, en el derecho antiguo de suma valía para este objetivo a desarrollar lo constituye la siguiente cita “...ha recibido en otras épocas y en otras legislaciones nombres diversos tales como, Estelionato, escroquería, trufa y estafa.

“a) .- estelionato(*Stellionatum*), al decir de Carrara, parece haber sido en estelión, animal de indefinibles colores el que sugirió a los romanos el nombre de

² Margadant, Floris, Guillermo S. op. cit. Pag. 346.

estelionato (Stelionatum), como título delictivo aplicable a los hechos criminosos realizados en perjuicio de la propiedad ajena, los cuales fluctuando, entre la falsedad y el hurto no se identifican, sin embargo, ni con el uno ni con el otro”, “... la diferencia entre el fraude y los otros delitos patrimoniales principia en el derecho romano con la ley Cornelia de Falsiis que se reprimían las falsedades de los testimonios y en la manera posteriormente se agregaron numerosos casos de falsedad...”.

b).- Escroquería.- es la designación que le otorga el fraude o estafa el código Francés, que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien en error por medio del engaño o artificio para obtener un provecho injusto”

c).- Trufa.- La etimología del nombre estafa es italiano, trufa, es incierta, unos la hacen derivar del Francés Trufa, yartufo o trufle, que tienen el doble significado de trufa (hongo subterráneo comestible) y de burla; otros la hacen derivar del alemán Treffe, golpear, coger, y por ende jugar una mala pasada, (en el español existe también la palabra Trufa en el sentido del engaño o patraña”.³

De los conceptos vertidos de la anterior cita, se puede glosar lo siguiente: en relación con el origen de la palabra estafa, existen dudas que no han sido posible descifrar, toda vez que el mismo se diluye en el devenir del tiempo, sin embargo resulta interesante comentar la idea de esta palabra se pudo inspirar en el estelión, que es un animal de cambia de color para engañar al que lo observa ya que de la misma forma el defraudador aparenta una simulación que es acorde con su conducta.

Por otra parte, la cita comentada también enseña que en el antiguo derecho romano existían dificultades para clasificar esta actividad, ya que no encuadraba ni en la falsedad ni en el hurto, por lo que los juristas de la época

³ Pavon Vasconcelos, Francisco, Manual de derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S. A. de C. V. México, 1999, Pags. 137, 138 y 139.

determinaron que tenía sus características propias ya que por medio del engaño, se afectaba un patrimonio ajeno para obtener una ganancia ilícita lo cual lógicamente motivo a los legisladores de la época, a emitir disposiciones legales tendientes a determinar su alcance y establecer una sanción sin que esa época, se hubiese llegado a captar con plenitud la idea y conceptos que se tienen de ella en la actualidad.

Esta cita también enseña que las legislaciones mas recientes como lo es el caso de la ley Francesa, Italiana, Alemana, Argentina, Venezolana y de todas formas buscando también el origen del término con el que se conoce en la actualidad pero se convergen en esencia, en cuanto a que se trata de una conducta engañosa aparentemente licita, para llevar al error y la observación de un lucro injusto e indebido.

Como se puede observar la evolución histórica en el derecho romano, resulta de sumo interés para comprender la esencia del fraude, por que como se mencionó al principio de este tema, el buscar hechos históricos de la antigüedad remota, no tiene por objeto encontrar fundamentos o justificaciones a una figura también conceptuada en el derecho moderno, sino que se persigue la finalidad de sentar bases para una mejor comprensión de su estudio y acrecentar hasta donde es posible los conocimientos.

1.1.3. EN EL DERECHO MEXICANO

En el ámbito de la legislación mexicana, han existido múltiples códigos, que han reglamentado la materia penal en su época, dentro de las más importantes y sobresalientes a destacar, son las contemporáneas, toda vez que analizar códigos antiguos es irrelevante y dentro de las principales se debe mencionar el proyecto del código penal del imperio en la segunda mitad del siglo XIX, propuesto por Maximiliano de Absburgo, quien conjuntó una comisión de miembros del consejo de su imperio para que redactaran los proyectos respectivos del código penal, y el de procedimientos penales, proyectos que una vez que fueron elaborados no llegaron a constituir derecho positivo vigente estos no tuvieron vigencia debido a los acontecimientos históricos que se suscitaron y que culminaron con el derrocamiento del imperio y el restablecimiento de la república.

Otros antecedentes de importancia lo constituye el código penal de 1871, y al respecto se considera de sumo interés hacer la siguiente cita: “El C. Presidente de la República Mexicana, Licenciado Benito Juárez, ordenó que se nombrara una comisión para que se formulara un proyecto del código penal. Así el Ministro de Justicia Jesús Terán, nombró en el año de 1861, una comisión integrada por los Licenciados Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Samuel Zamacona, y Antonio Martínez de Castro...”.

“El código penal de 1871 consta de 1151 artículos y 28 transitorios debiéndose considerar como documento de orientación clásica, influido levemente por un espíritu positivo con admisión a) de medidas preventivas y correccionales, b) de la libertad preparatoria y retención,” “...se terminó de elaborar el proyecto de referencia el once de Junio de 1912, sin que se pusiera en vigor por las circunstancias en que se encontraba la nación mexicana. El código penal de 1929. El presidente de la República a fines de 1925 nombró una comisión para redactar un código para el Distrito federal, y territorios federales...”.

“El código penal de 1929, tiene 1228 Artículos y 5 Transitorios y no realizó íntegramente los postulados de la escuela positiva: a) Obstáculo de orden constitucional y b) errores de carácter técnico, “...En fecha 15 de Diciembre de 1930 apareció firmando el anteproyecto del código penal para el Distrito Federal y territorios federales de 1931 en cual tiene dos libros con un total de 400 bis artículos y tres transitorios”.⁴

Esta cita ilustra este tema, en el sentido de que el proyecto del código penal realizado en la época de la intervención extranjera no tuvo mayor trascendencia, toda vez que nunca entro en vigor, pero si denota importancia ya que demuestra que existía la necesidad de una reglamentación penal acorde a la época.

De la misma forma se desprende, que restablecida la República, el presidente Juárez, nombró una comisión en el año de 1861 y otras revisoras en los años 1863 y 1868, que desembocaron en la creación del código penal de 1871 que ya constituye el primer antecedente de importancia contemporáneo para el establecimiento de un código penal, aun cuando cabe hacer notar que en dicho documento se reglamentaron preceptos de orden sustantivo y adjetivo.

Por lo que respecta al delito de Fraude, que es el tema a desarrollar en este trabajo, el código penal de 1871, lo reglamento de la siguiente manera: Título primero, delitos contra la propiedad, capítulo V libro III, Fraude contra la propiedad; artículos 423 .- “Hay Fraude siempre que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel”.

En la conceptualización de este artículo del código penal de 1871 se enmarca la definición general del delito de Fraude contra la propiedad, la cual resulta restringida en cuanto a la redacción del precepto de decir en su parte final, “con

⁴ Porte Petit, Candaunap Celestino, Apuntamientos de la Parte general de Derecho penal, Ed Porrúa S.A., México 1978, pags. 50, 51, 52, 53 y 55.

perjuicio de aquel”, ya que se presume que quien recibía el perjuicio patrimonial era precisamente el engañado y no se alcanzaba a comprender el caso en el que se indujere a error a una persona para obtener de ella la cosa o el lucro a costa de otra distinta”,

Como se puede comprender la redacción de este delito en el código penal de 1871, adolece de la técnica legislativa actual pero si es de hacerse notar que se reglamentan los elementos necesarios e indispensables para la constitución del fraude como lo son: el engaño, el aprovechamiento de este, la ilicitud en el lucro, el cual necesariamente es indebido o consecuentemente el perjuicio patrimonial del defraudado; y si bien es cierto que la redacción de este delito en cuanto a su técnica y funcionalidad es deficiente e incompleta, si se debe hacer resaltar que ya constituyen un antecedente contemporáneo de bastante interés para el tipo actual el fraude.

En el código penal de 1929, se menciona que las modificaciones técnico legislativas también son mínimas y si acaso la de mayor interés en relación con la nomenclatura ya que el delito de Fraude en general el código penal de 1929 lo llamo “Estafa” pasando por alto el legislador lo impropio que resulta confundir el genero con la especie y en relación a lo establecido en la redacción se conservo la casuística del código anterior al decir: Titulo Vigésimo, de los delitos contra la propiedad, capítulo V, de la estafa, artículos 1151, “hay estafa:

1.- siempre que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel.

2.- Cuando el que quiere hacerse de alguna cantidad de dinero numerario, en papel moneda o en billete de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derecho o de cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se le entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios, y continua

diciendo en su artículo 1152: de las maquinaciones y artificios.- Constituyen un delito de falsedad, se acumulara este al delito de estafa, observándose las reglas de acumulación para la imposición de las sanciones.

En el código penal de 1929, la redacción del delito de estafa, parece poco afortunada ya que en un solo precepto legal se pretenden contener los elementos esenciales del fraude que en el caso son: el engaño, el error, el enriquecimiento ilícito, el lucro indebido y el perjuicio patrimonial y algunas situaciones redactadas con poca claridad cuanto lo que podríamos entender en la actualidad con el fraude específico, por lo que se refiere a la fracción II de dicho enunciado, la que es bastante oscuro, e irregular, falta de técnica legislativa en cuanto a su redacción, toda vez que resulta difícil, sino que es imposible darle la explicación practica al contenido de la citada fracción II, sin incurrir en confusiones.

En el contenido del artículo 1152 del código penal de 1929, que reglamentan las maquinaciones y artificios de su enunciado se debe de desprender que aun cuando tiene intima relación con el anterior, constituye un tipo autónomo relativo a la falsedad que es susceptible de acumularse a la estafa para los efectos de agravar la penalidad.

En el artículo 386 del código penal de 1931 para el Distrito Federal, vuelven a denominar la figura en análisis con el nombre de Fraude de la siguiente manera: “comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido”.

Este enunciado es bastante parecido en cuanto a su relación a la del artículo 413 del código penal de 1871, ya que solo se le ha suprimido la palabra “otro”, quizás debido a errores gramaticales y por razones técnicas se le ha suprimido la ultima frase que dice “EN PERJUICIO DE AQUEL”, ya que el fraude es posible de cometerse en perjuicio de un tercero y en este caso se tendrá que sancionar el daño indirectamente causado.

De lo anterior se desprende que de la antigüedad, se ha aprendido que la humanidad desde su origen y a través del tiempo y del espacio ha tenido que enfrentarse a la realidad de que un ser humano en determinadas circunstancias es capaz de defraudar la fe que se deposita en él y realizar esta conducta delictiva.

1.2 EN EL DERECHO MODERNO

De sumo interés y de relevante importancia resultan los conceptos vertidos anteriormente, en relación al delito de fraude ya que como se menciona, existen antecedentes muy antiguos de algunos de sus elementos constitutivos, así como de las variantes y modalidades que se presentan en la actualidad.

El hecho de que estas conductas hayan sido estudiadas, conceptuadas y reglamentadas por el antiguo derecho romano que como ya se dijo fue un pueblo eminentemente jurista, nos indica con toda seguridad que en su línea de evolución hacia la moderna conceptualización actual, fue captada por diversas legislaciones y como los son por ejemplo, la italiana francesa, alemana, española etcétera, como lo enseñan las diversas variantes que se mencionan en el derecho romano (estelionato, estafa, escroquerie, trufa, etcétera), que en términos generales se refiere a una conducta ilícita, realizada por un sujeto, teniendo como finalidad recurrir del engaño o al error para la obtención de una ganancia injusta.

Estas formas constituyen el fundamento o antecedente de la llamada defraudación de las legislaciones modernas o sea estafa, escroquerie, trufa, etcétera.

Se afirma que en el antiguo concepto estelionato como figura genérica de la defraudación se introdujo a la legislación española, según lo enseñan las leyes españolas, denominadas partidas, según Soler al decir "...nom podría ome contar en quantas maneras fazen los omes engaño unos a otros, legislación para la cual los mismos que en la norma imperial, en engaño tiende hacer "todo yerro que nom a nome señalado.". En tejedor, las dos formas fundamentales no se encuentran bien diferenciadas, pues usa el nombre de estafa en sentido moderno de manera que, luego el delito de estelionato aparecen sin fisonomía propia. El proyecto tejedor

según esas líneas generales ordenando una serie de casos bajo el título de las estafas y otras defraudaciones.”⁵.

Lo que confirma lo dicho anteriormente, en el sentido de que la problemática a esta cuestión, es en el sentido de la evolución histórica en delito e fraude, es incierta, dudosa, toda vez que en la antigüedad ni en las legislaciones más recientes se había podido contener o abarcar en un solo concepto, definición, o mejor dicho, “tipo”, los elementos constitutivos del fraude genérico en su concepto actual, ya que ello ha estado condicionado a las diferentes épocas y modalidades históricas de cada legislación y de ahí que se equipare indistintamente con la estafa, con la defraudación, con el engaño, etcétera, Mariano Jiménez Huerta, en su obra nos dice “El delito en examen es conocido con el nombre de estafa en los códigos penales, Francés, Alemán, Español, el código penal mexicano, lo denomina fraude siguiendo la tradición legislativa que encierra el código toscano, de 1853, 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”.⁶

Esta cita enseña, que aún en el derecho moderno no existe unificación de criterio en cuanto a su denominación ya que algunas legislaciones lo llaman estafa, y otras fraude, pero en cuanto a su contenido se ha establecido que la verdadera esencia es el engaño que aprovecha el activo para obtener en perjuicio de otro una ganancia y que la diferencia en las legislaciones se presenta al tipificar el delito.

Las inquietudes planteadas en las modernas legislaciones, son en el sentido de elaborar una definición o concepto amplísimo del delito de fraude, en la que quedan contenidos y previstos todos los casos relativos a este ilícito en estudio, como lo es por ejemplo el caso de las siguientes legislaciones: artículo 263 del

⁵ Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Ed. Tipográfica, Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, pag. 293.

⁶ Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, Editorial Porrúa S. A. México D. F. 2000. Pag. 136.

código penal Alemán, de 1874, que consideró culpable a quien con la intención de procurarse una ventaja pecuniaria ilícita, perjudique el patrimonio de otro, provocando un error; criterio que sostiene los códigos penales de Italia, Suiza, en el artículo 460 del Código Italiano se afirma: quien con artificio o engaño induce a alguno en error, para obtener para sí un provecho injusto en daño ajeno; y el artículo 140 del código Suizo dice: El que con el deseo de procurarse o procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo; y astutamente inducido al error a una persona mediante maquinaciones y afirmaciones engañosas o haya explotado el error en que este se hallaba determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses patrimoniales.

Por medio de estos enunciados tan amplios que se proporcionan diversas legislaciones modernas se trata de establecer un castigo para los hechos que pueden encuadrar dentro de lo que conocemos como fraude genérico, lo cual resulta casi imposible realizar, toda vez que las variantes que presenta esta conducta son múltiples, variadas complejas, lo que ha impedido la unificación de un criterio legislativo.

Y en efecto, las posibilidades del engaño para la obtención de un lucro injusto, son tantas como la imaginación, el estado de necesidad, el afán de defraudar o factores externos e internos, puedan dirigir, encausar, motivar o impulsar a un sujeto por lo que encasillar estos elementos de un tipo penal resulta una labor difícil que actualmente preocupa los juristas contemporáneos.

Se hace mención de esta problemática, por que la intención de cometer fraude en algunas ocasiones sale de la esfera del derecho penal y se manifiesta en el campo del derecho civil, lo cual ha motivado que los autores y la doctrina hablen del fraude penal y fraude civil, encontrando obstáculos insalvables para la unificación de criterios.

Lo fundamental para nosotros lo constituye el hecho de que nuestra legislación actual en su conceptualización genérica de fraude establece en forma clara

que la esencia del tipo se finca en los engaños, artificios o maquinaciones que realiza un sujeto para inducir a otro al error, actos que van siempre en contra del patrimonio con la obtención de un lucro indebido y así tenemos que el Código penal vigente en el estado de México dispone en su artículo 305 en forma genérica, que: Comete el delito de fraude, el que engañando a uno ó aprovechándose del error en que éste se haya, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido para si o para otro, posteriormente establece en XVI fracciones las características y conceptualización de conductas análogas que encuentra en éste supuesto reglamentado por la ley sustantiva de la materia y que se conoce como fraude específico, postura que nos parece más acorde con la realidad legislativa de la figura en análisis.

Estableciendo además en otros artículos la penalidad o sanción que se le deberá imponer al sujeto activo del delito, así como en los casos en que la pena deberá ser agravada por circunstancias especiales. como lo es el que se refiere a la fracción VIII del artículo 306 y la fracción V del artículo 307, las cuales se consideran graves, en relación al artículo 9 del código penal vigente en el Estado de México, de donde se desprende que la sanción al activo se incrementa cuando además del supuesto contemplado en la definición genérica, la penalidad deberá de ser mayor.

Lo realmente importante lo habrá de constituir el hecho de que nuestro derecho positivo vigente en materia penal, conceptúa la conducta en cuestión como el delito de Fraude y que en su definición comprende los elementos sustanciales del mismo, a diferencia de otras legislaciones actuales que lo denominan: defraudación, estafa, truffa, escroquerie, etcétera y que con posterioridad establece una diversidad entre el fraude genérico y en fraude específico para regular todas las posibles variantes que conteniendo los elementos sustanciales no pueden quedar encuadradas en su clasificación general estableciendo también la penalidad que a cada una de ellas comprende haciendo notar que la problemática principal de ésta cuestión se hacía consistir en el hecho de tratar de buscar una sola conceptualización que abarcara o comprendiera todas las posibilidades de realización que la figura nos presenta, para su dinámica y evolución histórica a que hemos hecho mención la cual

presenta problemas de difícil solución en su evolución legislativa y en cuanto a su conceptualización actual, por que su desarrollo y estructura en el transcurso del tiempo ha sido incierto y reglamentada por las características y modalidades que se impusieron las necesidades de la época y el lugar que lo determinó.

Es por ello que se considera en cierta forma adecuada su reglamentación en el moderno derecho mexicano.

1.3 DIFERENCIA Y COINCIDENCIAS CON OTROS DELITOS PATRIMONIALES

Se ha determinado con mediana claridad al estudiar el origen, la evaluación y la dinámica histórica del delito de fraude, que uno de sus elementos fundamentales lo constituye el daño patrimonial que se ocasiona al pasivo por medio del engaño o el error, que es un efecto característico al realizar ésta conducta.

Por la misma razón se estima necesario, hacer un análisis de los puntos de contacto y de las grandes diferencias que existen entre el delito de fraude y otros delitos del orden patrimonial, como lo son el robo y el abuso de confianza y al respecto es necesario hacer la siguiente cita: “El robo, el abuso de confianza y el fraude, son delitos que en sus móviles y en sus efectos tienen sus mas profundas analogías, constituyen importante trilogía de delitos de enriquecimiento ilegítimo o apropiación ilícita de los bienes ajenos. Sus resultados coinciden por todos ellos, importan un perjuicio a la victima por la disminución de su caudal patrimonial y por que causan a sus autores un aprovechamiento indebido de los que les pertenece”.⁷

La anterior cita nos enseña que existen puntos de coincidencia entre los móviles y efectos de esta llamada trilogía y que quizá sus puntos fundamentales de contacto estriban en el enriquecimiento ilegítimo por medio de bienes patrimoniales que no son propio y que la disminución del patrimonio del pasivo está en relación directa con el enriquecimiento ilícito del delincuente.

Se entiende que en donde existe una marcada diferencia en relación con estos delitos, lo que es precisamente en los procedimientos utilizados por el autor para realizarlos, por ejemplo, en el robo, en la acción delictiva consistente en el apoderamiento de cosa ajena sin en consentimiento de su dueño, apoderamiento que se utiliza por medio de la violencia física, en el abuso, la acción se establece en el hecho de la disposición o el cambio de destino de la cosa de la cual se ha

⁷ Gonzalez de La Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano (Los Delitos), Ed. Porrúa S. A. México D. F., 1996, pag. 242.

otorgado la posesión; en el fraude la apropiación se logra en virtud del engaño o las maquinaciones realizadas para obtener una ganancia injusta.

Cabe mencionar que uno de los puntos de coincidencia fundamentales de éstas figuras delictivas, lo es precisamente el hecho del ataque y disminución que sufre el patrimonio del sujeto pasivo y es donde se establece la analogía entre estas conductas.

Se menciona que el robo con violencia es quizá la forma más antigua del enriquecimiento ilícito y éste atentado patrimonial primitivo y brutal evolucionó a formas más complejas, sustituyendo el empleo de la violencia, por maniobras, engaños, o habilidades para el apoderamiento de un bien ajeno, esto sucedió fundamentalmente en las grandes concentraciones humanas al substituirse el robo por el fraude, ya que se requieren técnicas más avanzadas por parte del defraudador, además de una superioridad intelectual sobre el pasivo para lograr que éste cayera en el error.

Por su parte Francisco Pavón Vazconcelos dice: "...se han señalado, en la doctrina las siguientes analogías entre los citados delitos patrimoniales:

- a) Identidad del ánimo del agente. En todos ellos el agente es guiado por la misma intención de ejercer dominio sobre la cosa, como si fuera el propietario de ella, lo que se traduce a una afectación del patrimonio del sujeto pasivo de tales infracciones.
- b) El objeto jurídico de tales figuras se identificó en el patrimonio, el cual se constituye en bien tutelado a través de la punición de la conducta o hecho tipificado.

- c) En todos existe por lo común un enriquecimiento indebido o ilícito concordante a la disminución patrimonial sufrida por la víctima”.⁸

De esta cita se desprende que la doctrina acepta que existen marcadas analogías en lo que al fondo de estos tipos se refiere, ya que en todas se presenta la afectación del orden patrimonial al pasivo del delito; también existe concordancia el hecho de que en estos delitos el bien jurídico tutelado lo constituye la integridad del patrimonio del pasivo, el cual se protege por medio de la amenaza a la sanción establecida en la ley, y de la misma manera se coincide en afirmar que estos ilícitos existe un enriquecimiento injusto indebido, ilegal, que guarda una relación directa y casi siempre proporcional con la disminución que sufre el patrimonio del pasivo.

Quizá las similitudes que se han mencionado, sean el fundamento para que la doctrina exprese que son infracciones que en sus móviles y e sus efectos tienen la mas profunda analogía.

Las diferencias existentes entre estos tipos penales nos dice Pavon Vazconcelos que “...hasta recordar la esencia constitutiva en orden al tipo, que cada una de ellas para precisarlas. Mientras en el robo la acción consumativa consiste en el aprovechamiento, en el abuso, se requiere disposición de aquello que ya previamente tiene dentro de la esfera de su poder, material, el agente del delito; por ultimo el fraude supone la recepción de la cosa por voluntaria entrega que hace la victima como consecuencia de error en el que se encuentra...”.⁹

Esta cita enseña que las diferencias con los tipos penales en análisis, que lo que varia son los procedimientos y los medios utilizados por el activo para apropiarse de lo ajeno; En el robo la acción es el apoderamiento de la cosa ajena, sin consentimiento del que pueda disponer de ella con apego a la ley, en el abuso la

⁸ Pavon Vasconcelos, Francisco, op. cit. Paginas 142 y 143 ,

⁹ Pavon Vasconcelos, Francisco, op. cit. Pagina 143

acción radica en la disposición o sea en el cambio de destino de la cosa recibida previamente en la forma de posesión precaria, por último el fraude la apropiación se logra por la entrega que la víctima hace al infractor, de sus cosas en virtud de la conducta engañosa asumida por este.

Resumiendo, aún cuando se ha manifestado claramente que existen marcados puntos de contacto diferencias esenciales en cuanto al fondo y contenido de los tipos mencionados que reglamentan nuestra legislación penal, así como casi todas las legislaciones actuales, creemos necesario hacer notar que los mencionados puntos de contacto, aun cuando en apariencia se queda generalizar en el fondo guardan marcadas características de cada uno de estos puntos penales que le son singulares a su actividad criminal y toda vez que se afirman que en los tres, el bien jurídico tutelado constituye la integridad patrimonial del pasivo, esta integridad en cada caso, tendrá una esencia especial que lo podrá distinguir en todo momento de las otras dos figuras que le son afines, esta calidad del patrimonio puede marcar variantes que lo hagan campo fértil a propicio para la realización de estos tres delitos. Asimismo también se puede mencionar la calidad y características de los activos y pasivos del delito, de los que no pueden establecerse un común denominador para la realización de sus conductas y del daño que se les ocasiona respectivamente.

En cuanto a las diferencias que las doctrinas proporcionan de estos tipos penales en análisis, estas si resultan claras y bien definidas ya que conceptúan el medio o procedimiento que se ha utilizado para la comisión del derecho punible y aquí se establecen las grandes diferencias entre una y las otras ya que en el robo se precisa de apoderamiento, en el abuso del cambio de destino y la disposición y en el fraude se requiere del engaño y la entrega que son situaciones de hecho que por si solas establecen un marcada diferencia entre las conductas en cuestión.

Y por último se puede afirmar que si resulta de mucho interés el haber establecido estas concordancias y diferencias entre los tipos penales que tienen como denominador el haber afectado una situación de orden patrimonial.

1.4 LEGISLACION MEXICANA

En la legislación mexicana, se encuentran diferentes acepciones respecto al fraude y sus elementos ya que principalmente se maneja tanto el activo como el pasivo como forma individual, por consiguiente y a este respecto se considera hacer mención de la siguiente cita: “Aunque nuestra legislación está en singular, es declarado derecho que se comete delito siendo uno o siendo varios los engañados, en otras palabras, no puso “COMETE” o “COMETEN” “EL QUE” o “LOS QUE”, ni tampoco “a unos” o “a varios” por estimar que con un solo caso es suficiente para integrar el del delito y no hay mayoría de razón si son varios los engañados.

La posibilidad lógica por razones de numero es así;

- 1.- Un individuo aprovecha el error del otro.
- 2.- Un individuo engaña a otro.
- 3.- Varios individuos engañan a uno.
- 4.- Un individuo engaña a varios.
- 5.- Un individuo aprovecha el error de varios.
- 6.- Varios individuos aprovechan el error de uno.
- 7.- Varios individuos aprovechan el error de muchos
- 8.- Muchos individuos engañan a muchos.

Teóricamente la peligrosidad varía con el numero.

El que aprovecha el error de uno es medio peligroso, que el que lo engaña, por que el sujeto activo en el delito demuestra mayor peligrosidad”.¹⁰

La anterior cita enseña que la habilidad delictuosa implica preparación, del engaño, cuando varios individuos engañan a uno, denotan mayor peligrosidad ya que implica que actuaron en forma coordinada.

¹⁰ Arroyo Alba, Francisco, Estudio Sociológico del Delito de Fraude, U. N. A. M. Facultad de derecho, 1972. Pag. 99.

Cuando un individuo engaña a varios, demuestra gran astucia, cuando un individuo aprovecha el error, resulta menos peligroso, en cambio cuando muchos individuos engañan a uno la responsabilidad se diluye.

Además nos parece adecuado lo sostenido por el autor citado en cuanto a la redacción, ya que efectivamente nuestra legislación esta en singular, tratando únicamente de establecer los supuestos para la comisión del hechos.

Por otra parte, se recalca que los elementos del fraude genérico contenidos por la legislación de 1931 que es la actual, son los tradicionales de esta conducta delictiva, que son los siguientes: el engaño, el error, el hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido o sea el acrecentamiento patrimonial, por medio de un engaño previo que también se puede conceptuar como el perjuicio patrimonial, sufrido por el sujeto pasivo o el enriquecimiento para si o para otro logrado por el sujeto activo valiéndose del engaño o del error del ofendido.

En relación con el fraude específico, se dice que tal denominación ha sido dada en nuestra legislación diversos delitos reglamentados en las XVI fracciones que reglamenta el artículo 306 del código penal en el Estado de México, también se dice que esto no obedece a disposiciones legislativas o doctrinarias sino a enunciados de carácter procesal, ya que es necesario tener en cuenta que nuestra constitución prohíbe imponer penas por simple analogía o mayoría de razón y de donde resulta lógico establecer tipos penales exactamente aplicables al caso de que se trata para que regulen sus propios enunciados.

Por lo tanto ante la imposibilidad de contemplar en un solo artículo todas las formas en que puede cometerse el fraude, el legislador estableció primero en un artículos sus forma general y posteriormente en otras su carácter específico, los cuales lo tipifican como delito, estableciendo que las mismas penas señaladas en el fraude genérico se aplican para el específico.

Con lo anterior, el legislador ha eludido la cuestión doctrinal de si estos tipos (específicos), son o no fraude ya que en todo caso acorde a nuestra legislación son tipos autónomos y únicamente equiparables en fraude en cuanto a su penalidad.

Aun cuando en casi todas las fracciones tienen cierta analogía con el genérico no lo tipifican exactamente y en algunas de ellas resulta difícil precisar y encontrar sus elementos ya que los contiene en forma mas o menos oculta.

De lo anterior, se concluye que resulta necesario si las diversas figuras del específico que se ha creado y equiparado al genérico, encajan en el ámbito de la figura tradicional, o si solo tiene en común el hecho de estar comprendidos en el artículo equiparado por la penalidad, ya que las XVI fracciones que se reglamentan en cada figura de ellas del artículo 306 del mencionado ordenamiento jurídico, encuadran perfectamente en la redacción de genérico, no tiene objeto duplicar elementos de dos artículos diferentes, por que se piensa que lo enunciado que la mayor parte de las fracciones del específico podrían quedar enmarcadas claramente en el genérico y quizás la principal diferencia de la equiparación consista en que no todas ellas son de igual peligrosidad.

Los móviles de cada una de ellas, son marcadamente distintas y su semejanza consiste en la existencia de un lucro, mismo que en ningún caso es de la misma cuantía y el daño que causan en la víctima tampoco es similar.

CAPITULO II

CONCEPTO DOCTRINARIO

2.1. CONCEPTO

El concepto de fraude, según las diversas etapas históricas que se han analizado, ha tenido diferentes acepciones como ya se ha indicado en el capítulo anterior en las diversas épocas y legislaciones de cada país, pero en sí, su significado de acuerdo al tema de estudio ha sido semejante a sus definiciones o conceptos, toda vez que algunos lo consideraron; estelionato, escroquerie, trufa, estafa, entre otras, y en ningún momento dejaron de inclinarse hacia la misma figura jurídica, reglamentando los mismos elementos que la integran.

Causa por la cual, de que la moderna diversificación de las especies no se opera como en otros casos por la segmentación de una sola de las grandes figuras del derecho antiguo, sino que algunos aportes son procedentes de nociones propias del derecho civil.

En efecto el concepto o definición del delito de Fraude a través del tiempo y del espacio según se ha visto por sus antecedentes históricos ha evolucionado, recibiendo matices y características propias de la época y el lugar que lo han reglamentado. El derecho como esencia cambiante y evolutiva proyecta en las figuras que reglamenta esta dinámica, por lo que establecemos una comparación entre la conceptualización doctrinaria actual, moderna y las remotas definiciones que nos proporciona el derecho antiguo, observaremos lo siguiente, que existe una plena identificación en cuanto a los elementos de fondo que constituye la sustancia en sí del delito en análisis y también podremos observar que en algunas conceptualizaciones antiguas existe identificación de la figura con alguno de sus elementos únicamente como lo sería el caso por ejemplo, de identificar el fraude

con el engaño, con el enriquecimiento, con la falsedad, con las maquinaciones o hacer una concepción con alguno de estos elementos.

La evolución histórica del derecho, se estima, ha sido haciendo una búsqueda y recopilación de cada uno de ellos hasta llegar a darle la configuración que actualmente nos presenta en base a los estudios, experiencias, adicciones, aportaciones, soluciones y proyectos que han ido acumulando en el devenir del tiempo para lograr identidad de criterios en cuanto a su concepto, que han sido proyectados y acogidos por las diferentes legislaciones del mundo entero.

Bastante difícil se presenta esta labor en cuanto a la realización o concepción doctrinaria del ilícito en análisis, toda vez que ha sido necesario en el transcurso de muchos años, para que en el fondo y elementos de esta figura delictiva aflore con características propias, los hábitos internos y de las relaciones humanas y sociales al campo del derecho, y mas aún que las corrientes doctrinarias, abogados y juristas se pongan de acuerdo en cuanto a su existencia y reglamentación para que posteriormente ese conjunto de principios y conocimientos jurídicos se enmarquen y queden reglamentados en una realidad legislativa que provoque la existencia del derecho positivo, vigente, aplicable, real, funcional y que además contenga un derecho adjetivo propicio que le de vida y le permita aplicar la sanción correspondiente que se hizo hacedor el infractor.

De lo anterior se deduce que el delito de fraude, es hoy la mas frecuente y rutilante estrella de la constelación, forjada por las defraudaciones patrimoniales como ya se ha dicho en los antecedentes históricos, por ejemplo, que en la antigüedad se castigaba el que hacia uso de pesos y medidas adulteradas, al que vendía productos mal elaborados o alterados, al que realizara engaños con el valor de su mercancía y que se denominaban conductas criminales como el Furtum, el Faulus y el Estelionato, que con posterioridad se le dio el nombre de Estafa, en los códigos penales Francés, Alemán, Español, y en el código mexicano se le dio el nombre de Fraude y algunos otros mas lo denominan Estafa, escroqueria, trufa, de

donde se puede observar que han sido múltiples y muy variadas las conceptualizaciones del Fraude, en la doctrina. Afortunadamente los diversos autores han tenido la tendencia de unificar sus criterios, en cuanto a la conceptualización y ello sin duda alguna facilitará su comprensión y el manejo de la figura en estudio.

La conceptualización doctrinaria en el derecho mexicano, se ha definido e inclinado por utilizar la acepción de fraude y en cuanto a su concepto establece que se trata de un delito patrimonial con la existencia de un engaño y aprovechamiento del error para que el sujeto activo alcance un lucro indebido o una cosa determinada, conceptualización que ha sido acogida por nuestra legislación penal ya que en el artículo 305 del citado ordenamiento para el estado de México, nos dice “Comete el delito de Fraude el que engañando a otro o aprovechándose del error en que este se halla, se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido para sí o para otro”.

En relación con la conceptualización del delito de Fraude y para aclarar más aun su comprensión, hacemos la siguiente cita: “Conforme a su noción doctrinaria penal, el Fraude es un delito patrimonial que consiste, en términos generales en obtener mediante falacias o engaños o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la usurpación de cosas o derechos ajenos”.¹¹

Esta cita confirma las aseveraciones que se han hecho en relación con el problema de la conceptualización, ya que nuestra doctrina y legislación en la actualidad, reglamentan y conceptualizan la figura del Fraude, como el delito del Orden Patrimonial realizado por medio de engaño o error para la obtención de una ganancia injusta en detrimento de los bienes patrimoniales de otra persona.

Otra cita que nos ilustra en cuanto a la comprensión del concepto es la siguiente: “El fraude ha sido definido (MERKEL), como “perjuicio patrimonial logrado

¹¹ González de la Vega, Francisco, op. cit., pag. 241

o intentado ocasionado con ánimo de lucro y originado mediante engaño fraudulento”.

En relación con este delito, unos códigos han adoptado una fórmula de carácter genérico comprensivo de todas las posibles formas del fraude entre los que se cuenta el mexicano, formulan una enumeración de las cosas que deben reputarse como Fraude”.¹²

De lo anteriormente transcrito, se desprende que el autor citado, en su conceptualización sobre la figura del Fraude también coincide en cuanto al fondo y esencia de los anteriores, al manifestar la existencia del daño patrimonial, del engaño y de lucro indebido; pero además nos hace meditar sobre esta problemática de palpante actualidad en relación con la conceptualización de éste ilícito al referirse a la tendencia de algunas legislaciones que tratan de comprender en una sola definición todas las posibilidades de manifestación en que se pueden presentar esta conducta y que las modernas doctrinas y legislaciones denominan como Fraude Genérico, lo cual nos hace reflexionar acerca de la posibilidad de existencia de definiciones o conceptos de Fraude específico, que necesariamente deberán de reglamentar o contener todas aquellas conductas que impliquen una variante en cuanto a su forma de manifestarse sin que se altere o se pierda el elemento substancial del Fraude.

Se opina al respecto que puede resultar adecuado y funcional la concepción del fraude específico, ya que por las dificultades de relación idioma, comprensión para el legislador resulta harto difícil enmarcar en un solo tipo o concepto todas las posibilidades de manifestación que presenta éste delito, aunque en un principio esta postura no tenía la aceptación necesaria, por el transcurso del tiempo, se ha llegado a comprender y a pensar que quizá en el futuro en lo que a “CONCEPTO” se refiere, desaparezca de las modernas legislaciones, la presencia del fraude genérico para reglamentar y definir únicamente el Fraude específico; aclarando que esto

¹² De Pina, Rafael, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa S. A. México, D. F. Pag. 234

únicamente se ha esbozado como una posibilidad futura, sin que se haya aún meditado lo suficiente para ellos.

2.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE FRAUDE

De estudio de los elementos constitutivos del delito de fraude, se puede manifestar, que en términos generales, tanto la doctrina, como la jurisprudencia actuales, coinciden al enumerarlos, ya que constituyen la esencia misma del delito y aunque en algunos casos existe problema por su orden y redacción, casi todos convergen en que se trata de un daño patrimonial, del engaño, del error y de la existencia de un lucro indebido, estableciendo además, nexo de causalidad entre el engaño y el menoscabo patrimonial de la víctima y un nexo del mismo orden, entre el detrimento patrimonial y el enriquecimiento injusto o indebido del activo del delito.

Para los efectos de una mejor comprensión de la problemática que representa reunir los elementos constitutivos del delito de fraude, se cita a FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA, en su obra Derecho Penal Mexicano, quien dice “Examinando la descripción legal se pueden establecer los siguientes elementos del delito: a) Un engaño o el aprovechamiento de un error; b) Que el autor se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido; y c) una relación de causalidad entre el primer elemento; actitud engañosa y el segundo; o sea consecuencia del engaño empleado por el sujeto activo o del aprovechamiento que hace del error en que se encuentra la víctima: estos tres constitutivos son inseparables; nos basta probar la existencia de uno o de dos: indispensable en la reunión del conjunto”.¹³

Por su parte MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, en su obra dice: “La definición del delito de fraude contenida en los párrafos primero y último del artículo 386 ponen en relieve sus elementos constitutivos son; a) Una conducta falaz; b) Un acto de disposición; y c) Un daño y un lucro patrimonial...”.¹⁴

Para RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, en su Código Penal anotado, nos dice: “Artículo 386 comete el delito de fraude el que engañando a uno (1245) o

¹³ González de la vega, Francisco op. cit pags. 249 y 250

¹⁴ Jiménez Huerta, Mariano, op. cit. Pag. 145

aprovechándose del error en que éste de halla (1246), se hace ilícitamente (1247) de alguna cosa (1248) o alcanza un lucro indebido (1249).

Cuando el sujeto pasivo del delito entrega la cosa de que se trata a virtud, no solo del engaño, sino de maquinaciones (1250) o artificios (1251).

(1245) El engaño constituye una mentira dolosa cuyo objeto es producir a la víctima una falsa representación de la verdad...; (1246), El aprovechamiento del error en que se encuentra en pasivo propone en el agente el conocimiento de la falsa representación de la verdad que aquel sufre...; (1247) Ilícitamente: elementos normativos que se refiere al dolo específico consistente en la conciencia y voluntad del agente de obtener su enriquecimiento patrimonial valiéndose de un modo operatorio, ilícito, indebido, ilegítimos; (1248) por cosa se entiende un objeto corporal susceptible de tener un valor, el cual no debe ser necesariamente económico, pudiendo ser documental o meramente moral o afectivo...; (1249) Lucro indebido ganancia o provecho de carácter económico ilícito: (1250) La maquinación consiste, en la asechanza oculta, disimulada, cautelosa, con dobles fines (1251) Por artificios se entiende, estricto sensu un aparatoso mecanismo disimulado. Lato sensu es toda maniobra...".¹⁵

Las citas transcritas nos ilustran en el sentido de comprender que se acepta como elemento esencial de fraude el engaño, debiéndose entender por tal, una actitud mentirosa por medio de la cual, el sujeto activo de delito hace incurrir en una creencia falsa, al sujeto pasivo.

Otra connotación o significado que se le da a la palabra engaño, lo es la de alteración de la verdad, que supone la realización de cierta actividad más o menos externa en el autor del delito.

¹⁵ Carranca y Trujillo, Raúl, y Carranca y Rivas, Raúl, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, S. A. México 1979, Págs. 720, 721 y 722.

El aprovechamiento del error es por el contrario, una acción negativa o sea una abstención por parte del autor del fraude; supone que la víctima de antemano tiene un concepto equivoco de la de la realidad, circunstancia que aprovecha en su beneficio el activo del delito. El denominador común del engaño y el aprovechamiento del error lo constituye el estado mental en que se encuentra la víctima, la cual tiene una creencia falsa de los actos relacionados con el fraude.

El otro elemento constitutivo de relevante importancia lo integra el hecho del que el, sujeto activo se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido. En relación con la primera parte de este enunciado; o sea al referirse a la cosa se entiende que se trata de bienes corporales de naturaleza física, como lo serian por ejemplo los bienes muebles o inmuebles que son susceptibles de valorarse económicamente haciendo notar la importancia de la forma de hacerse de la cosa, aunque también puede tratarse de un bien de naturaleza o valor sentimental, ya que por ejemplo, en el caso del robo el apoderamiento de una cosa normalmente presume la violencia y la negativa formal del pasivo de entregarla; y en el fraude la obtención física de la cosa casi se logra con la voluntad de la víctima, aún cuando esta, tenga como origen el error o sea provocada por el engaño previo del activo del delito.

En relación con el lucro indebido a que se refiere como disyuntiva, este elemento del delito se puede decir que está constituido por las utilidades o ganancias económicas que se obtienen aprovechando el error de la víctima. Es el incremento injusto en el patrimonio del activo, que no tiene una procedencia lícita, derivado de su propia falacia o el error en que ha incurrido la víctima.

Un tercer elemento constitutivo del delito de fraude es la relación de causalidad existente entre el engaño o el aprovechamiento del error de la víctima y el apoderamiento de una cosa o el enriquecimiento injusto, ya que el resultado del primero hace que caiga en los efectos del segundo, o sea la entrega de una cosa, produciendo la ganancia injusta en esta figura, estos elementos se encuentran

íntimamente entrelazados entre sí, en cuanto a su proyección produciendo una relación lógica de causa efecto.

Otro elemento de relevante importancia, derivado de los conceptos anteriormente citados y que encuentra incierto en la parte final del artículo 305, del Código Penal para el Estado de México, tradicionalmente la doctrina lo ha conceptualizado como estafa o fraude calificado, que en nuestra legislación vigente agrava la penalidad y reglamenta los siguientes elementos: el empleo de maquinaciones o artificios.

Gramáticamente hablando, maquinación, es el proyecto o acechanza dirigido normalmente a causar un mal. Artificio (de ars, arte y facere, hacer), es el aparato para lograr una finalidad con la mayor facilidad o perfección, implica una actitud sutil por parte del activo del delito, y por lo tanto le da presupuestos de calidad a este para realizarlo y la maquinación no requiere de esta perfección ya que únicamente presume la acechanza que significa estar –agachado-, escondido para realizar –el fin- en el momento que lo estime pertinente, demostrando externamente un ánimo de interés patrimonial, con engaños aparentes apoyados en hechos materiales exteriores que constituyen los medios calificados del engaño, sostenidos a estos hechos tangibles que dan forma precisa a la mentira para hacerla creíble.

En relación a la conducta falaz a que se refieren los autores citados, se dice: que es el punto de partida del proceso ejecutivo en el delito de fraude, esta conducta está precedida por un elemento de naturaleza predominante psíquico, pues su esencia consiste en determinar a otro mediante engaños o realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente. Esta conducta puede presentarse de múltiples formas.

En la antigüedad, las legislaciones por su inadecuada redacción, consideraban que para que esta conducta tuviera precedencia se necesitaba previamente de la existencia de maquinaciones o artificios, posteriormente nuestra

legislación ha modificado ese error y admite que el que aprovechándose del error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo, es suficiente para integrar la conducta del fraude.

En resumen de las citas y conceptos vertidos de éste inciso se concluye que: los elementos constitutivos que integran la figura del fraude son: El engaño; aprovechamiento del error; hacerse ilícitamente del alguna cosa; alcanzar un lucro indebido; relacione de causalidad y el uso de maquinaciones o artificios, elementos que por otra parte se desprenden con claridad del enunciado y redacción del artículo 305 del Código Penal del Estado de México, y que en la actualidad han sido ya aceptados por diversos autores y las doctrinas de la materia, lo cual nos ayuda a su comprensión y a su manejo en la practica penal forense.

Por último se puede mencionar en relación a la penalidad que el delito de Fraude es castigado con una mayor o menor pena, tomándose en cuenta para ello los siguientes elementos: a) El valor intrínseco de lo defraudado y; b) la naturaleza o medios utilizados por el activo para lograr la entrega de la cosa; y es el propio artículo 307 en sus fracciones I, II, III, IV, V y VI donde se establece el monto de la penalidad que se impondrá al infractor.

Por lo que hace la naturaleza y medios utilizados para lograr la entrega de la cosa, la parte final del artículo citado establece su sanción, agravando la pena de acuerdo al caso de que se trate, con lo cual se quiere aplicar una sanción mayor a quien haga uso de estos elementos constitutivos el delito de fraude.

2.3. FRAUDE CIVIL Y FRAUDE PENAL

Desde épocas muy remotas, la doctrina y las escuelas que se han avocado al antiguo estudio de las cuestiones relativas al fraude, ha suscitado la polémica referente al establecimiento de estructuras morfológicas entre el fraude civil y el fraude penal, tratando de establecer límites y diferencia entre cada una de ellas, manifestándose plenamente desde el antiguo derecho romano, hasta nuestros días, exponiendo una continuidad tanto histórica como doctrinal.

El problema surge por que se dice que existe cierta identidad entre el engaño del delito de fraude y el dolo que se presente en las relaciones contractuales, u obligaciones de carácter civil, mercantil o privado, ya que ambos se encuentran encaminados a la provocación del engaño con el objeto de obtener un aprovechamiento injusto, y quizá sea el único punto en que ambas figuras tengan plena identidad.

Del enunciado del artículo 1815 del código civil en vigor para el distrito Federal que a la letra dice se enciende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al 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.

Se deduce del enunciado de este artículo, que existe una gran similitud entre la redacción y contenido del ordenamiento legal citado con el primer párrafo del artículo 305 del código penal para el estado de México, que dice “comete el delito de Fraude el que engañando a otro o aprovechándose del error en que este se halla, se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido para si o para otro”, lo cual corrobora que el contenido de este enunciado también nos hace pensar en presupuestos similares al anterior y es por ello que la doctrina a través del devenir histórico, se ha inquietado tratando de limitar las distinciones específicas que pudieran existir entre una y otra figura.

En relación con estas cuestiones consideramos ilustrativo hacer la siguiente cita, “Problemática.- hay identidad perfecta entre el fraude que integra el delito de estafa y el dolo que vicia los contratos de carácter económico, uno y otro se incluyen en el mismo concepto de malicioso engaño dirigido a un aprovechamiento injusto.

En ningún otro punto se revela tan nítidamente como en este de la lesión patrimonial por fraude penal, la conexión entre el derecho civil y el derecho penal, por eso la duda sobre si habrá un fraude civil distinto a un fraude penal cuestión de la que puede desprenderse esta otra, de carácter mas amplio. existe el ilícito civil no coincidente con el ilícito penal...”¹⁶

La cita transcrita, corrobora las afirmaciones hechas en párrafos anteriores en el sentido de que existe cierta similitud en los enunciados de estas figuras y asimismo confirman, que es por ello que se han suscitado polémicas de carácter doctrinal, formas limites de cada una de ellas.

Esta discusión desde el punto de vista doctrinal, ha sido harto difícil de dilucidar, aunque nosotros estimamos que se toman en cuenta las características, contenido, esencia, dinámica y evolución del derecho penal y del derecho civil, independientemente de las reglamentaciones legislativas de cada época y lugar, así como de criterios jurídicos existentes en la actualidad, podemos tener un entendimiento mas claro y practico de este problema.

De un análisis comparativo de los enunciados anteriores referidos se puede delimitar lo siguiente: que si existe cierta semejanza en el contenido de las mismas, toda vez que se manejan elementos coincidentes en ambas como lo son: el engaño, el error, y el aprovechamiento injusto que hace un sujeto de estas circunstancias para su propio beneficio, con lo cual siguiendo el criterio actual de

¹⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo IV, Fami- Gara, Editorial Bibiografica Argentina, Buenos Aires pag. 690

algunos juristas se puede decir que la diferenciación en este sentido es poco menos que imposible, ya que en última instancia los elementos contenidos en el artículo 1815 del código civil, están perfectamente delimitadas, toda vez que en el fraude penal basta el simple engaño y en el civil alternan la sugestión engañosa y el artificio.

Independientemente de lo anterior se requiere en el civil el mantenimiento en el error y en el penal, solamente es necesario el simple aprovechamiento de este de donde desprendemos que estos elementos son comunes en ambas materias, lo que dificulta y hace casi siempre imposible la delimitación de estas esferas.

En cuanto a las legislaciones de cada una de estas materias sus fronteras son mas claras y menos problemáticas, ya que ambas reglamentan los elementos relativos al fraude y tratándose de la materia penal, su ley lo conceptúa como un tipo penal tendiente a tutelar la integridad patrimonial del pasivo, mediante la amenaza de una sanción de carácter corporal consistente en la limitación de su libertad personal, por su parte la materia civil reglamenta este ilícito, que igualmente afecta el patrimonio de los contratantes pero por no ser esta la función de la materia civil no llega a establecer sanción alguna restrictiva de la libertad, por que en todo caso si existe tan marcada analogía entre estos ilícitos será precisamente la primera la que se encargue de imponer la pena que corresponda.

Por último en relación con estas cuestiones, desprendemos que a pesar de que la doctrina haya discutido tan ampliamente este tema, si existe identidad de los elementos constitutivos de estos ilícitos.

2.4. LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO DE FRAUDE

SUJETO ACTIVO DEL DELITO.- se dice que se debe de identificar al sujeto activo del delito en la persona del defraudador, es el que engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de alguna cosa o bien alcanzar un lucro indebido, aun cuando es necesario en este caso, hacer la siguiente observación, en relación con el beneficio patrimonial recibido por la comisión del delito de fraude, que dicho beneficio recaiga en la persona que engaña o se aprovecha del error o bien en beneficio de un tercero.

La norma general nos indica que el sujeto activo del delito es el engañador y dicen los autores de la materia, que solo un hombre en sentido genérico de la palabra que solo las personas físicas pueden ser los sujetos activos del delito; y que esta conclusión proviene del contenido de los artículos 11 al 17 del código penal vigente para el estado de México, ya que en efecto de los presupuestos contenidos en el enunciado de los ordenamientos legales citados se concluye y desprende que solamente se hace mención del hombre como sujeto físico y en ningún momento menciona la posibilidad de que sea una persona moral la autora del ilícito de fraude.

Aunque al respecto es necesario ahondar sobre este problema haciendo resaltar lo siguiente, que la redacción del artículo 11 del código penal vigente en el Estado de México, es de carácter enunciativo y no limitativo ya que de la misma se desprende que quienes pueden cometer un delito enumerando varias posibilidades, pero de ninguna manera limita la posibilidad de que una persona moral lo cometa, como realmente sucede de hecho.

Por otra parte el artículo 14 constitucional en su párrafo tercero dice “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por ley exactamente aplicable al delito de que se trata” de donde desprendemos que si la ley penal no contempla la posibilidad de que una persona moral sea sujeto activo del delito podremos llegar a

la conclusión sostenida por los autores en el sentido de que solamente las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito.

A mayor abundamiento y en relación a este problema se puede agregar lo siguiente: que cuando se presente este caso será necesario e indispensable profundizar la investigación para determinar con bastante claridad si el representante legal de una sociedad actúa en nombre propio o lo hace en representación de los miembros que la integran; si en un determinado supuesto el consejo de administración, apoderado legal, o gerente general conforme al código civil tiene facultades legales suficientes para obligar a su representada; hasta los socios que integran una sociedad tiene conocimiento o autorizan a una persona para que las represente en el caso de las llamadas quiebras fraudulentas en las que se presume en consenso de los socios de la persona moral hasta donde tiene conocimiento de la realización de los hechos ilícitos que constituyen el fraude, para poder delimitar si es que es una sola persona o varias las que tienen responsabilidad penal en la comisión de un delito.

Por otra parte existen autores que manifiestan que si es posible que una persona moral se constituya sujeto activo del delito.

SUJETO PASIVO DEL DELITO.- el sujeto pasivo del delito de fraude, lo viene a constituir toda aquella persona que recibe el daño patrimonial, aun cuando en algunas ocasiones no es la misma persona que haya sido víctima del engaño o del aprovechamiento del error, lo cual se fundamenta en el contenido de la propia redacción del artículo 305 del código penal en el estado de México, ya que el sujeto pasivo es quien recibe el daño patrimonial; dicen algunos autores que el sujeto pasivo del delito de fraude puede ser cualquier persona, aun cuando hay que distinguir para corroborar lo anterior que no siempre el que sufre el engaño es víctima del error, sino que quien sufre el daño patrimonial, aun cuando estas dos circunstancias pueden ser coincidentes en una sola persona, puede ser que esto no suceda así y entonces habrá que distinguir entre el que fue engañado y el que

recibió el daño patrimonial. Manifestando a nuestro modo de ver que el pasivo lo será precisamente el que recibió el daño y el que recibe el engaño habrá de considerársele como un simple medio para la comisión del delito.

También se puede manifestar en relación con el pasivo que este puede ser de naturaleza individual o colectiva, ya que no existe ningún impedimento legal que manifieste lo contrario y en algunas ocasiones también puede recaer esta característica de pasivo en persona morales.

CAPITULO III

REGLAMENTACION LEGISLATIVA

3.1 EL FRAUDE ESPECÍFICO

En relación con el fraude específico, se dice que es una reglamentación establecida mexicana con el exclusivo fin de abarcar y regular la gran mayoría de las posibilidades existentes para la realización del delito de fraude, esta regulación ha sido y es objeto de críticas por parte de los autores, toda vez que se afirma que no tiene ningún sentido establecer similitudes entre la conducta fraudulenta y sus posibles variantes sino que simple y sencillamente sería suficiente con el establecimiento codificado de un patrón genérico que abarcara y comprendiera los elementos constitutivos del fraude, esto es un tipo genérico que en forma global nos describiese sus elementos para la integración del tipo.

La doctrina por su parte, en forma acertada sostiene que el reglamentar las posibilidades o variantes que comprende el fraude específico, equivale tanto a la creación de tipos autónomos, lo cual para algunos puede resultar incongruentemente necesario.

Pero resulta indispensable, hacer notar que nuestra legislación, la jurisprudencia y la doctrina tiene en relación con el fraude cierta obligatoriedad derivada de la ley para nuestros tribunales lo cual justifica la importancia de establecer las diferencias entre el genérico y el específico.

Por otra parte, una de las razones fundamentales que se presentaron para equiparar las fracciones que reglamentan el fraude específico con el genérico, lo fue el que los hechos contenidos en las mismas no sean análogos, sino que más bien el hecho de que las fracciones reguladas en el artículo 306 del Código Penal en vigor del Estado de México, contiene en forma mas o menos oculta todos los elementos

reglamentados en el fraude genérico, de donde se desprende que todas las fracciones mencionadas tienen puntos de contacto y analogía con el fraude genérico, aun cuando no lo tipifican exactamente.

También se dice, que estas fracciones tienen elementos y características propias, pero que a pesar de ello tipificarían cada una, por sí solas el delito de fraude genérico, a pesar de estar reglamentadas en forma expresa, y es precisamente lo que a motivado que esta reglamentación sea objeto de críticas constantes.

Una de las principales defensas argumentadas para justificar la existencia de esta reglamentación, consiste en afirmar que no todas ellas tienen la misma peligrosidad que los móviles son característicamente distintos y que la naturaleza de las víctimas no siempre es la misma, lo cual debería reflejarse en la individualización de las penas.

Por otra parte también se ha sostenido que podría existir la posibilidad de reducir a un número menor los diferentes fraudes específicos que existen en nuestra legislación agrupándolos cuando existiese similitud en sus elementos comunes, igualdad en la peligrosidad, semejanza en el daño patrimonial, que pueden ocasionar o tomando en cuenta la calidad del activo o el pasivo de estos delitos, pero la tendencia seguida por nuestros legisladores ha sido encausada precisamente en sentido contrario ya que a las dieciséis fracciones publicadas en el diario oficial del 31 de enero de 1946, han sido adicionadas otras cinco que de la misma forma establecen variantes del fraude genérico.

Lo anterior, hace confirmar lo apuntado en el capítulo primero de éste trabajo, en el sentido de que si esta tendencia continúa, es decir si se siguen añadiendo nuevas fracciones a la reglamentación de fraude específico, podría llegarse el día en que el fraude genérico dejará de tener personalidad propia, incluso pudiera ser derogado, ya que todos los casos que se presentaran quedarían encuadrados en el fraude específico. Por lo anterior se considera que esta situación sería muy difícil de

presentarse, ya que las características fundamentales del delito en cuestión, se encuentran perfectamente delimitadas en el genérico, la doctrina, la legislación, la jurisprudencia, etcétera que se han ocupado de ella, ha sostenido su supervivencia durante mucho tiempo, buscando siempre definiciones precisas que contengan todos sus elementos en el marco de un tipo con características generalizadas.

En relación con la fracción I del artículo 306 del Código Penal en vigor del Estado de México, que reglamenta precisamente el delito de fraude específico se pueden hacer los siguientes comentarios y observaciones.

En primer término nos permitimos, para los efectos de una mejor comprensión, transcribir literalmente el enunciado de este artículo que a la letra dice:

“Artículo 306. Igualmente comete delito de fraude:

I.- El que obtenga dinero, valores, o cualquiera otra cosa, ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección patrocinio en un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquella o no realiza ésta, sea por que no se haga cargo legalmente de la misma o por que renuncia o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado;...”. Enunciado del cual se desprende que en forma incorrecta la gran mayoría de la gente la utiliza como un delito característico del profesionista que se dedica a ejercer la actividad de Licenciado en Derecho y que suntuosamente algunos autores lo han denominado “FRAUDE DEL ABOGADO”:

Se dice que es incorrecta esta apreciación, por que del enunciado literal del propio artículo desprendemos: “Al que obtenga dinero,...”, en donde no menciona que necesariamente sea un abogado el que realice este presupuesto establecido por la ley; y con buena lógica podemos inferir que esta actitud ostente la característica de abogado.

También resulta lógico comprender que quizá la intención del legislador al realizar este enunciado, quiso encuadrar tal conducta para los Licenciados en Derecho, pero tal vez una desafortunada redacción de la misma, proporcionó una mayor cobertura jurídica al pasivo del delito, ya que la situación de ser Licenciado en Derecho o no resulta intrascendente, toda vez que cualquier persona puede quedar encuadrada en este supuesto e indebidamente en la práctica forense se le identifica como un delito exclusivo de los abogados.

Para una mejor comprensión de las ideas expresadas anteriormente, se considera oportuno hacer la siguiente cita: “Este delito no existió en el código de 1871, en el Código de 1929, existió aunque no en la estafa, sino en un capítulo especial, denominado “Delitos de Abogados, apoderados, Litigantes y administradores de concursos y sucesiones”, en los siguientes términos “al que obtenga dinero o valores ofreciéndose encargarse de la defensa de un procesado o de un reo si no efectúa ésta sea por que no se haga cargo legalmente o por que la renuncie o abandone sin causa justificada”. Este delito recibió por esto , en nombre de fraude de defensores y tuvo su origen en la propuesta hecha por los jueces penales de combatir la explotación de los procesados...”, “la diferencia esencial entre los dos códigos, es que hoy se castiga no únicamente a los defensores sino que también a quien se compromete a patrocinar un asunto civil o administrativo, por lo que hoy conviene la palabra de fraude de abogados, atendiendo por tales, no solo los licenciados para ejercer con título expedido por autoridades docentes reconocidas, sino que todo el que comparezca legalmente alegando derechos ajenos...”.¹⁷

La anterior cita demuestra conceptos de bastante interés y valía para nosotros , como son el hecho de que esta reglamentación no existió en el código de 1871 y que aparece codificada en el año de 1929 aún cuando era denominado “delitos de abogados, apoderados y litigantes”, teniendo su origen en la propuesta realizada por los jueces penales , con el fin de combatir la explotación de los

¹⁷ Arroyo Luna , Francisco, op. cit. Pag. 129

procesados aún cuando cabe hacer la aclaración de que por procesado ya debería de entenderse de que este puede ser un acusado, un indiciado, un procesado, un sentenciado o un reo, ya que la diferencia entre las redacciones del código de 1929 y en el actual radican en esencialmente en el hecho de que hoy se castiga, no únicamente a los defensores, sino que también a quien se compromete a patrocinar cualquier tipo de asunto jurídico, sea civil, penal o administrativo y se trate de un abogado o cualquier persona.

Por lo que aquí cabe hacer una meditación sobre el hecho de emplear en forma sinónima los conceptos de Licenciado, Abogados, Apoderados Litigantes y otros mas, ya que la conciencia generalizada de la gran mayoría de las personas, en el sentido de utilizarlos como sinónimos y atribuirles la misma capacidad profesional, jurídica ética y moral, y cada uno de ellos, lo que resulta un error y están totalmente apartados de la realidad por las siguientes razones: En nuestra vida actual son las universidades por medio de sus facultades y escuelas las únicas que tienen posibilidad de otorgar el grado académico de LICENCIADO EN DERECHO con atribuciones suficientes para ejercer esta profesión y son las únicas que pueden desempeñarla; indebidamente se asocia esta actividad con la palabra de abogado, que no tiene ninguna reglamentación fáctica o legal, en nuestro medio ya que no se le reconoce como ningún grado académico, ni la ley de profesiones la reglamenta razón por la cual se afirma que quizás esta asociación de actividades entre Licenciado en Derecho y el Abogado tenga un origen tradicional e histórico toda vez que en los foros judiciales de la antigüedad, de esta manera se conocía e identificaba a quienes se dedicaban a ejercer la actividad de crear, aplicar e interpretar el derecho representando intereses ajenos y durante mucho tiempo se les conoce por el nombre de Abogados, a todo aquel que tiene relación con esta disciplina, pero repetimos que en nuestra realidad, indebidamente se le utiliza como un sinónimo mal aplicado de la profesión de Licenciado en Derecho.

Por lo que respecta a los litigantes y apoderados se encuentran en situación parecida al analizado en el párrafo anterior ya que se insiste, que el grado

académico que otorgan los planteles docentes es el de “LICENCIADO EN DERECHO”, y la ley de profesiones que regula esta actividad derivada del artículo 5° Constitucional, también lo reconoce.

Por tales motivos se afirma que del enunciado de la fracción I del artículo 306 desprendemos que no es privativo de estos profesionistas, ya que cualquier persona puede quedar encuadrada en éste supuesto, aún cuando si cabe aclarar que preferentemente y primordialmente, serán licenciados en derecho los que realicen esta conducta ya que serán ellos lo que en mayor frecuencia acepten hacerse cargo de una defensa,

Puede decirse que la principal diferencia que hay entre el fraude genérico y el específico reglamentado en la fracción I consiste en que en el primero, de antemano existe la intención dolosa por parte del activo de cometer esta conducta delictiva, esto es, de antemano se tiene la intención de defraudar; y en el segundo normalmente no se presenta esta situación ya que un profesionista puede celebrar en forma normal al iniciar su contrato de prestación de servicios sin que exista la intención dolosa a las que nos hechos referido, prometiendo hacerse cargo de una defensa o un asesoramiento y durante la secuencia del proceso sin causa justificada abandone o renuncia a utilizar la actividad a la que se comprometió, habiendo recibido precisamente tal o cual cantidad de dinero, por tal concepto, su conducta quedaría encuadrada en el específico que reglamenta esta fracción.

Por otra parte la intención dolosa se presume en contra del profesionista, el cual en un momento determinado, debe de comprobar que esta no existió en la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales.

Este delito debe de estudiarse la existencia de los siguientes elementos:

I.- Debe de comprobarse la entrega de una suma de dinero que constituye el acrecentamiento patrimonial injusto por medio de la promesa de encargarse de la solución de un problema judicial, ya sea del orden penal, civil o administrativo.

II.- Debe de existir una relación directa entre la promesa del asesoramiento o defensa y la obtención del dinero.

III.- Que el asesor patrono o abogado, no tenga el grado académico de Licenciado en Derecho, por que en tal situación nos encontraremos ante la presencia del delito de Abogados.

IV.- Que quien acepte la responsabilidad de una defensa no haya realizado ninguna gestión, no se haga cargo del asunto o lo abandone.

Ante tales premisas, se concibe necesario aclarar las dos situaciones fácticas y de derecho que se pueden presentar y que son las siguientes: que la persona que realiza esta conducta tenga el grado académico de Licenciado en Derecho, en cuyo caso nos encontraremos ante la hipótesis o supuesto del delito de abogados que sanciona la responsabilidad profesional y el segundo cuando se trata de una persona que no es Licenciado; entonces estaríamos ante la presencia del fraude específico; se dice que la intención del legislador fue la de grabar la pena para el que no esté titulado, reduciéndosela al profesionista ya que si no fuese de tal modo, no tendrá sentido la creación de la duplicidad de tipos, atenuando un poco la sanción para el Licenciado en Derecho, ya que sería injusto castigar con la misma pena a un profesionista y a una persona que careciendo de título se ostente maniobrando dolosamente, para aparecer como tal y de esta forma recibir un lucro injusto, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el pasivo del delito, quien se vera totalmente desprotegido al presentársele esta situación y los resultados serán demasiado peligrosos para sus intenciones personales.

3.2. RATIO LEGIS

Cuestión de suma importancia para este estudio, resulta el análisis y la comprensión de la RATIO LEGIS, del delito de Fraude, haciendo notar que los autores de la materia no son suficientemente explícitos y acordes con relación a este tema, sin embargo su conceptualización y conocimiento de la misma, no deben de presentarnos obstáculos infranqueables a solucionar ya que se infiere un lógico y natural antecedente histórico, filosófico y dinámico de ella a través de la evaluación progresiva del derecho y de las figuras e instituciones que el mismo reglamenta.

La doctrina informa que por RATIO LEGIS, se debe de entender en primer termino la razón de ser justificación de la existencia de una figura jurídica, en segundo termino indica que este concepto impone la necesidad de una justificación legal para la existencia del delito penal que nos ocupa y en tercer lugar, nos habla de la razón suficiente para justificar su existencia.

En base a lo anterior consideramos necesario hacer la siguiente cita “ RATIO LEGIS (razón suficiente) .- razón suficiente .- de un modo esquemático y general, el principio de la razón suficiente enuncia que nada es de nada acontece sin que haya una razón suficiente para que sea o acontezca...”, “la vigencia del principio de razón suficiente aflora a cada instante en el conocimiento jurídico, que es conocimiento de los humano-cultural.

Funciona en primer lugar, cuando el constituyente o legislador fundamentan en determinadas realidades sociales el motivo de haber dado ciertos contenidos y no otras a las normas jurídicas creadas a través de su función. Funciona también cuando el interprete de estas normas jurídicas busca conferir a estas o bien al sentido dado por la intención del legislador, o bien el sentido histórico social actualizado conforme a las valoraciones vigentes. Esta ultima indagación es la que en definitiva, ha orientado los intentos realizados por el método dogmático endientes a encontrar a través de la interpretación la ratio legis...”, “es menester

señalar en torno a esto que la denominada “teoría de la justificación”, en cuanto analiza la serie de circunstancias constitutivas del estado de necesidad que excusa o justifica a ciertos actos u omisiones antijurídicas, constituye quizás el sistema doctrinario más avanzado del desarrollo y aplicación de razón suficiente en el derecho “.¹⁸

Esta cita enseña que la Ratio Legis es el principio general o razón suficiente que justifica la existencia de una norma jurídica, principio que además ha tenido y tiene plena vigencia en razón de la llamada teoría de la justificación que mantiene aplicabilidad práctica, directa y vigente con el derecho.

Por otra parte se recalca la necesidad de comprender en primer lugar al fundamento o necesidad del constituyente y el legislador para conocer los motivos y realidades sociales que lo llevaron a reglamentar las normas jurídicas del cual o tal manera, así como el hecho de que se permita conocer la intención a través de la función que las mismas van a desempeñar, independientemente de que el conocer la intención del legislador la persona que va a interpretar la norma para captar el alcance de la realidad jurídica social que estos reglamentan, ayudando al juez a decidir cuando este se funde en circunstancias de cada caso, para conocer plenamente los antecedentes normativos de su decisión.

En relación con la Ratio legis del delito de Fraude o sea la razón suficiente de su existencia en nuestra legislación, se considera necesario hacer la siguiente cita, por que la misma nos proporciona datos de interés, así como antecedentes históricos de ellas “ya en un documento legislativo de la penúltima década de la pasada centuria se hacia elocuente referencia a la ratio legis de este delito: “El mayor desenvolvimiento del comercio, los milagrosos progresos de la industria y las invenciones del genio, si bien han enriquecido a la humanidad con preciosos inventos y nuevos factores de público y privado bienestar, han ocasionado al mismo tiempo otras modalidades delictivas oriundas de la astucia y favorecidas por los

¹⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., Tomo XXIII, Págs. 1021, 1022 y 1023

nuevos conocimientos y e mayor refinamiento de las mentes, si el ataque a las fortunas se manifestaba en los tiempos pasados preferentemente en la violencia brutal por las razones antes dichas y por que los caminos son mas frecuentados, las cosas mas seguras y diversas las condiciones de los viajes y de los transportes, en la actualidad devienen mas difíciles las agresiones que en la antigua forma , por la cual la inspiración de los delincuentes ávidos de la riqueza ajena, la sustituyen por la astucia y el fraude manifestados en formas jamás pensadas, tan nuevas, sagaces, ingeniosas y versátiles que difícilmente a ellas se sustrae la ordinaria procedencia de una persona culta y de despejada mente”.¹⁹

De la misma manera esta cita nos enseña, en relación con la ratio legis del delito de Fraude que paralelamente a la evolución histórica, científica y técnica de la humanidad también ha progresado en la mente del hombre la sagacidad y la astucia para la comisión de estos hechos delictivos y que poco a poco, con el devenir del tiempo se ha ido sustituyendo la violencia en estos ataques del orden patrimonial por otras formas mucho mas sutiles en cuanto a su realización ya que esta cita nos habla del gran desenvolvimiento del comercio de los progresos industriales, de las invenciones que han realizado el hombre durante el siglo pasado y el presente siglota cual implica necesariamente su mente criminal, haya tenido que hacer uso de las otras modalidades derivada de la astucia, estimadas por los nuevos conocimientos que han creado la mente humana, razón por la cual la violencia como factor primitivo de la realización de este delito casi ha desaparecido.

De la anterior cita, también desprendemos la importancia que ha tenido para este factor la explosión demográfica de las ciudades, la mayor seguridad que existe en los caminos, transportes, viajes, etcétera, lo que en relación con el pasado proporciona una mayor seguridad física y económica al ciudadano siendo de mayor importancia para nosotros recalcar que el documento a que se refiere la cita en análisis, es una especie de diario de debates de una comisión de la cámara de diputados italiana, la cual tenia como finalidad, la creación de un nuevo código

¹⁹ González de la Vega, Francisco, tomo IV, op. cit. Pag. 144

penal para su ciudad en el año de 1877, esto es, hace ciento treinta años, la importancia de tal evento estriba en que dichos legisladores son pioneros en tal aspecto, al resaltar en esa época la importancia de la ratio legis del delito de fraude, tratando de establecer una codificación, que en este tiempo, lo cual necesariamente implica ya desde entonces que tales legisladores comprendieron la necesidad de reglamentar la evolución de la mentalidad criminal para cometer el acto delictivo que nos ocupa.

Por último que en la actualidad, el estudiar, analizar y comprender la razón suficiente o la razón legal que justifique sus existencia es imprescindible para todo legislador que pretenda hacer un estudio serio del ilícito que nos ocupa, toda vez que con ello, independientemente de realizar un aceptable esquema legal, proporcionara las armas necesarias y suficientes a los sujetos procesales que toman parte en los juicios del orden penal, como son,,: el ofendido por el delito, el órgano jurisdiccional y el sujeto activo del delito, dejándoles a cada uno de ellos con toda oportunidad elementos de comprensión y facultades amplias para entender cual será su situación legal en el drama procesal.

3.3 UBICACIÓN LEGISLATIVA DE LOS TIPOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 305 Y 306 FRACCION I DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

Indudablemente que es un cuestión de sumo interés en el desarrollo de este trabajo, el tratar de conocer, comprender y analizar la intención del legislador al elaborar el código pena en vigor para el Distrito Federal, en el año de 1931 y aunque es de sobra conocido por todos nosotros el hecho de que la citada ley ha sufrido múltiples y muy variadas reformas y adiciones, también lo es el hecho de que muchas de las ideas originales persisten en este ordenamiento.

Por facultades conocidas, por congresos el entonces presidente de la república Pascual Ortiz Rubio, expidió el código penal vigente en fecha dos de Enero de 1931, publicado el 14 de Agosto de ese año el cual tiene aplicación para el distrito y territorios federales en materia del fuero común y para toda la república en materia Federal, aclarando que en la actualidad, los territorios Federales han desaparecido y por lo tanto su vigencia, únicamente se circunscribe en lo relacionado al fuero común en el estado de México y para toda la república en materia federal, ya apuntábamos que dicho texto desde su publicación ha sido objeto de múltiples reformas, las cuales en la actualidad ya representan cierta dificultad examinarlas por lo cuantioso y constante de las mismas, las que ahora son cerca de sesenta y cinco los que nos da una idea de las necesidades sufridas por el legislador para actualizar dicha ley.

Como antecedente histórico de la legislación penal mexicana, ha sido codificada, podemos mencionar tres referencias importantes que son las siguientes, el código penal de 1871, conocido como código Martínez Castro, el de 1929 que tenía como aspecto fundamental la defensa social y la individualización de la pena y el publicado en el año de 1931 que se aparto del sistema clásico impidiendo innovaciones sobre lo anteriores que lo hicieron funcional para su época y que pese a las múltiples adiciones y reformas, aún continua vigente.

Es lógico suponer que la intención del legislador, para reglamentar los diversos tipos penales contenidos en el código penal vigente, tuvo necesidad de formarse internamente una tabla axiológica para poder formar un adecuado encuadramiento en el marco de la ley pena, tomando en cuenta en forma primordial el bien jurídico a tutelar y así poder establecer en la forma mas adecuada la sanción o penalidad que se debe imponer a cada delito.

Aquí se piensa que es imposible que la técnica legislativa adopte el criterio de encasillar los tipos penales como nos lo enseña la doctrina tradicional, esto es, clasificar los delitos en un código por su gravedad, por la conducta del agente por el resultado, por el daño que causan, por su duración, por la forma de persecución, y otras mas, sino que insistimos que el criterio a seguir por el legislador para la ubicación de los tipos penales, están en razón directa del bien jurídico a proteger y también en una tabla de valores que en forma interna debe de haber realizado en la elaboración del código.

Así se tiene que hizo un agrupamiento en dos libros, que el **PRIMER LIBRO** se compone por cinco títulos que habla el **PRIMERO** de ellos de la aplicación de la ley, el **SEGUNDO** de delito y responsabilidad, el **TERCERO** de las penas y medidas de seguridad, el **CUARTO** de la aplicación de penas, y el **QUINTO** de la extinción de la pretensión punitiva y el **SEGUNDO LIBRO** se compone por cinco títulos, que el **TITULO PRIMERO** que habla de los delitos contra en estado, el cual presenta cuatro subtítulos, el cual, el primero nos habla de los delitos contra la seguridad del Estado; en el segundo habla de los delitos contra la administración Pública; en el tercero, delitos contra la administración de justicia ,y en el cuarto habla de los delitos contra la fe publica, en el **TITULO SEGUNDO** establece los delitos contra la colectividad, y el cual en el subtítulo primero establece los delitos contra la seguridad publica, en el subtítulo segundo habla de los delitos contra la seguridad de las vías de comunicación y medios de transporte, en el subtítulo tercero, delitos contra la economía, en el subtítulo cuarto, delitos contra la moral publica, en el subtítulo quinto, delitos contra la familia, en el subtítulo sexto delitos contra el respeto a los

muertos y violaciones a las leyes de inhumación y exhumación y en el subtítulo séptimo de los delitos contra el ambiente. **EL TITULO TERCERO** que contempla los delitos contra las personas, se encuentra dividido en cinco subtítulos, el primero de ellos habla de los delitos contra la vida y la integridad corporal, el segundo delitos de peligro contra las personas, el tercero delitos contra la libertad y seguridad, el cuarto delitos contra la libertad sexual, y el quinto y el sexto de delitos contra la reputación de las personas, **EL TITULO CUARTO** encuadra los delitos contra el patrimonio, el cual cuenta con ocho capítulos, todos ellos del orden patrimonial, dentro del cual se encuentra el delito que nos ocupa y en **TITULO QUINTO** habla de delitos contra el proceso electoral.

Lo anterior hace comprender que la intención del legislador para la ubicación legislativa fue la de poner en primer término los delitos contra la seguridad externa, e interna de la nación, así como los relacionados con el derecho internacional del estado, los cuales deben de estar siempre por encima de cualquier interés de grupo o de personas y después de encasillar en diversos títulos ya mencionados los delitos relacionados con la administración como lo son ataques contra la autoridad, contra la salud, contra la economía etcétera, reglamento los delitos sexuales por ser de sumo interés para la integridad física, de las personas, así como de su honor, posteriormente reglamento en títulos diversos los delitos contra la seguridad de las personas y los delitos contra la vida e integridad de las personas y de los títulos siguientes, delitos contra el honor y otras garantías constitucionales y por último los delitos contra el patrimonio de las personas y contra el proceso electoral.

Resulta obligatorio preguntarse por que hasta el final de la lista antes mencionada y en el penúltimo título se encuadraron los delitos contra el patrimonio de las personas, quizás alguien se atrevería a afirmar que esto se debe a que los tipos relativos en contra del patrimonio son de menor importancia, lo cual a nuestro modo de ver es incorrecto ya que todos y cada uno de los delitos contenidos en el código penal tienen relevante importancia en todas las relaciones cotidianas ya que son los enunciados de las conductas antijurídicas y culpables que la ley estima

ilícitas en perjuicio individual o colectivo, ya que tutelan bienes jurídicos que no deben de ser atacados.

Se repite que la intención del legislador fue en el sentido de proteger y tutelar en primer lugar los intereses del orden social y comunal del estado, después la integridad corporal y la vida y por último los intereses patrimoniales de los individuos, aunque lo anterior no es acorde con las ideas doctrinarias de la materia para los efectos de una práctica legislativa, nos parecen idóneas.

También se puede mencionar que en el título cuarto DEL LIBRO SEGUNDO, del código penal bajo la denominación genérica DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO, enumera en capítulos especiales los siguientes: a) robo, b) abigeato, c) abuso de confianza, d) fraude, e) despojo, f) daño en los bienes, g) delitos contra la seguridad de la propiedad y la posesión de inmuebles, y límites de crecimiento de los centros de población y h) transferencia ilegal de bienes sujetos a régimen ejidal o comunal.

Y al respecto se considera prudente hacer la siguiente cita: “para comprender los meritos relevantes de la moderna designación, -delitos en contra de las personas en su patrimonio- se requiere breve análisis de su alcance jurídico.

La denominaciones certera y clara; desde luego nos recuerda, que las personas, tanto físicas como morales pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones ya enumeradas; y también nos hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino en general la salvaguarda jurídica de cualesquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona.²⁰

En esta cita se enseña que el título IV del libro segundo del código penal vigente encasilla en forma adecuada los delitos en contra de las personas en su

²⁰ González de la vega, Francisco, (los delitos) op. cit. Pag. 151

patrimonio ya que esta codificación comprende meritos relevantes al hacer una denominación certera y clara de la misma, por que abarca los ilícitos que atacan el interés patrimonial de un sujeto al reglamentar el robo, el abuso de confianza en fraude etcétera, y que la salvaguarda jurídica abarca no solo los derechos de propiedad sino cualesquier tipo de derecho que constituye el activo patrimonial.

Por último se hace notar que la ubicación legislativa de los tipos contenidos en los artículos 305 y 306 fracción I del código penal en vigor que constituye el objeto fundamental de éste trabajo, para la necesidades actuales de nuestra moderna civilización, se encuentran debidamente ubicados y no por el derecho de estar reglamentados en el penúltimo título del código penal, carezca de interés o de importancia sino que el establecerse un paralelismo entre la valoración axiológica de los bienes jurídicos tutelados de los primeros títulos, por razón natural deberán tener preferencia los del interese social sobre los intereses personal o individual.

3.4 JURISPRUDENCIA

Desde la creación del *Semanario Judicial de la Federación*, por decreto de 8 de diciembre de 1870, siendo presidente de los Estados Unidos Mexicanos el licenciado Benito Juárez, las tesis de jurisprudencia y precedentes han sido publicados por épocas, todas ellas de diversa duración, de las cuales se han concluido ocho y actualmente se integra la novena.

Las épocas pueden dividirse en dos grandes periodos constitucionales: antes y después de 1917; dicha división obedece a que las tesis de jurisprudencia que fueron publicadas en las épocas Primera a la Cuarta, antes de 1917, hoy son inaplicables (no vigentes), y por ello se agrupan dentro de lo que se ha dado en llamar "jurisprudencia histórica". Las épocas Quinta a la Novena, de 1917 a la fecha, comprenden lo que se considera el catálogo de la "jurisprudencia aplicable" o vigente.

En la jurisprudencia, una de las principales fuentes del Derecho Penal Mexicano, por medio de la cual se puede conocer la interpretación que de la ley penal, hace nuestro máximo tribunal, lo que es importante por que reviste la característica y obligatoriedad para todos nuestros tribunales, con lo que se dice, que puede equipararse a la ley con las características de estas, siempre y cuando cumpla con el requisito de tener como antecedente cinco ejecutorias consecutivas en el mismo sentido y así será obligatoria para los magistrados de circuito, jueces de distrito, tribunales de los estados, del distrito Federal, y juntas de conciliación y arbitraje.

También hay que distinguir las dos diferentes acepciones que en el transcurso del tiempo se han dado a la palabra jurisprudencia y al respecto se considera necesario hacer la siguiente cita: "la acepción mas antigua, pues se remota al derecho romano, entiende por jurisprudencia la "ciencia del derecho", Justiniano la define como "EL CONOCIMIENTO DE LAS COSAS DIVINAS Y

HUMANAS Y CIENCIAS DE LO JUSTO Y DE LO INJUSTO”, poco a poco se extendió el sentido al de la ciencia del derecho en cuanto a criterio de aplicación de los tribunales, en esta segunda acepción la que tomamos cuando hablamos de la jurisprudencia como fuente formal del derecho”.²¹

De esta cita se desprende, que existen dos acepciones, para el termino jurisprudencia, la primera antigua y tradicional, que nos explica que en el remoto derecho romano por jurisprudencia, deberíamos de comprender, la ciencia relativa al derecho, pero con el devenir histórico se fue cambiando el sentido de esta concepción para dar paso a una nueva que la continua considerando como relativa a la ciencia del derecho en cuento al criterio de la aplicación del propio derecho en los tribunales, que es el concepto actual y por el que se considera como una fuente formal del derecho ya que tiene la característica de la obligatoriedad en el derecho mexicano.

Lo anterior se encuentra reforzado por lo ordenado en el artículo 14 constitucional , ya que fundamenta en papel de interpretador e integrador de la ley por los tribunales, se dice que toda ley para poder ser aplicada, debe antes ser interpretada en el ordenamiento constitucional antes dado, se encuentran dos criterios de interpretación que son los siguientes: uno para los juicios del orden criminal y otro para los juicios del orden civil, en el caso de los primeros la interpretación debe de ser estricta ya que según su propio enunciado “queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley que no este exactamente aplicable al delito que se trata”, y en el caso de los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de esto se fundara en los principios generales del derecho”, haciendo notar nuevamente que la jurisprudencia como fuente formal del derecho, tiene la característica de la obligatoriedad, tanto para los tribunales federales como del fuero común.

²¹ Villoro Toranzo, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, S. A., México D. F.2000, pag. 177.

Lo apuntado al final del párrafo anterior, obliga a la reflexión de preguntarse, cuando una ley es obligatoria para un juez o tribunal con base a lo anterior la respuesta será simple ya que solo será obligatoria tratándose de jurisprudencia emitida por la suprema corte de justicia de la nación, toda vez que en tales características una resolución jurisprudencial es obligatoria para los tribunales y jueces de menor jerarquía para que se obligue a los tribunales colegiados unitarios de circuito, jueces de distrito, tribunales de los estados y juntas de conciliación y arbitraje. La jurisprudencia de la suprema corte de justicia, debe de llenar los requisitos contenidos en los artículos 192 a 195 de la ley de amparo que reglamentan los artículos 103 y 107 de la constitución.

En el caso específico de México, la jurisprudencia se conforma de cinco resoluciones que, en un mismo sentido, haga el Poder Judicial de la Federación sin que se le interponga una sola en caso contrario.

También puede formarse a través de contradicción de tesis, que consiste en que el Pleno o las Salas de la Suprema Corte resuelvan el criterio que debe sostenerse sobre una cuestión en particular donde existen posiciones contrarias o diversas sostenidas por Tribunales Colegiados de Circuito o incluso por las Salas de la Suprema Corte.

Por ultimo en relación con las características fundamentales de la jurisprudencia como fuente formal del derecho, podemos mencionar que la jurisprudencia en pleno, obliga al pleno, como la de una sala, obliga a la sala, sin embargo puede ser interrumpida y modificada, para que la interrupción afecto a la obligatoriedad, la ejecutoria en contrario debe de aprobarse por catorce ministros si se trata del pleno y por cuatro si se trata de sala y por unanimidad de voto, tratándose de un tribunal colegiado de circuito según lo establece el artículo 194 de la ley de la materia.

Analizando que ha sido el concepto, función, características y alcance, tanto doctrinario como de fuente del derecho, la jurisprudencia en el derecho penal mexicano para los efectos de tener una mejor comprensión de este tema se analizarán ahora algunas de las principales tesis jurisprudenciales, emitidas por nuestro máximo tribunal en relación con los delitos objeto de este trabajo y que son los siguientes:

“El hecho de que el reo al concertar con el denunciante sus servicios, que le prestaría en la tramitación de un juicio, se haya atribuido el carácter de profesionista sin tener título de abogado, aun cuando pudiera constituir la comisión de un hecho delictuoso distinto al del fraude si aparece que el denunciante conocía de dicho reo ejercía las actividades inherentes a aquella profesión **(Campos Maria Miguel, t. XC-13 de Noviembre de 1946)**

Del contenido de esta jurisprudencia, se desprende, según el criterio sustentado por la corte de esa época, el hecho de que si el ofendido al concertar los servicios sabía de antemano que el activo carecía de título de abogado, aún cuando podía darse el caso de otro ilícito distinto al fraude, esta situación hace carecer la existencia del engaño que en opinión muy particular, es requisito indispensable para la integración del tipo contenido en la fracción I del artículo 306 del código penal en vigor, y así podríamos estar ante la presencia de delitos diversos reglamentados en el código, como lo sería el delito de usurpación de Profesión o el reglamentado por el artículo 181 del ordenamiento jurídico antes citado.

“queda demostrado el cuerpo del delito de fraude, previsto y sancionado por la fracción I del artículo 306 si se demuestra que un individuo recibió la defensa de un procesado y no promovió el juicio de garantías con la premura necesaria dada la situación del acusado **(Yobantes, Vilehado, p.61 t-LIX)**”.

De lo anterior se puede comentar que es requisito indispensable lo mencionado en la jurisprudencia que antecede para la comprobación del cuerpo del delito, por ser oscura y poco explícita en sus postulados, ya que no aclara en que condiciones se recibió la defensa del procesado y ante que violación de procedimiento de fondo el activo omitió promover el juicio de garantías y cual era la situación del acusado, dándonos ahora la impresión de que mas bien pudiera ser relativo al delito de profesionistas en el derecho.

“Si se obtuvo la entrega de cierta cantidad con la promesa de que gestionaría la libertad del ofendido y que una vez obtenida aquella se desentendió de toda gestión en el sentido indicado, negándose con ciertos pretextos a reintegrarla, no obstante que no se ocupó por nada de obtener en la forma prometida la libertad del procesado, se satisfacen los extremos de la fracción I del artículo 306 y el artículo 16 constitucional, **(Lopez Modesto p. 1246 t. XCIX, 24 de febrero de 1949.)**”,

Esta jurisprudencia en forma mas o menos clara, nos resalta los extremos de la fracción I del artículo 306 del Código penal, ya que nos establecen los siguientes extremos,: 1.- el Haber recibido el activo, una cantidad de Dinero; 2.- la promesa de Gestionar la libertad del ofendido; 3.- la negativa de reintegrar el dinero; y 4.- no haber realizado gestión alguna tendiente a la obtención de la libertad prometida.

“Si aparece que el acusado valiéndose de su carácter de abogado hizo creer a la victima de un delito el haber perdido el derecho de reclamar los alimentos que le adeudaba su esposo para ella y sus menores hijos y si tal perdida de derecho no existía puesto que ningún Juez competente lo había declarado, es incuestionable que el acusado ha engañado a su victima. Si a mayor abundamiento le hizo firmar un documento en el que exoneraba a su cliente del pago de las cantidades y si tal exoneración no se consumo por causas a la voluntad del profesionista de acuerdo con el artículo 10 del código penal vigente en el Estado de México, la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados ala realización del delito y si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente **(Cadena, Felipe p- 872 t. LXXIX, 14 de Enero de 1944)**”.

La jurisprudencia emitida en este inciso se refiere mas bien al contenido del artículo 10 del código penal en relación con el hecho de que la tentativa es punible, cuando el activo ha realizado todos los actos encaminados a la consumación del hecho delictuoso y si este no se realiza es por causa ajena a la voluntad del activo.

Una vez realizado un breve estudio de la jurisprudencia y el análisis de algunas tesis jurisprudenciales referentes al tema que ocupa este trabajo, se puede hacer mención para finalizar lo que establece el artículo 192 de la Ley de Amparo en donde hace referencia lo siguiente: “las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho Ministros si se tratara de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro Ministros, en los casos de jurisprudencia de las Salas”, asimismo se puede mencionar lo que establece el párrafo segundo del artículo 193 que a la letra dice “las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los Magistrados que integran cada Tribunal Colegiado”. Así como también puede formarse a través de contradicción de tesis, que consiste en que el Pleno o las Salas de la Suprema Corte resuelvan el criterio que debe sostenerse sobre una cuestión en particular donde existen posiciones contrarias o diversas sostenidas por Tribunales Colegiados de Circuito o incluso por las Salas de la Suprema Corte.

3.5 COMPARACION CON LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.

Conforme al derecho venezolano, se puede decir que es el conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente en Venezuela. Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 7, 23 y 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), así como las disposiciones contenidas en los artículos 60 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y 4 del Código Civil (1982), se puede determinar que las fuentes de este Derecho son: la Constitución, los preceptos relativos a derechos humanos, las leyes, los criterios interpretativos de las normas fundamentales emanados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y los reglamentos, decretos, resoluciones y órdenes que en el ejercicio de sus atribuciones dicten los órganos del poder público; en caso de silencio absoluto de la Ley, habrán de aplicarse los principios generales del Derecho.

De la costumbre, conforme indica el artículo 7 del Código Civil, se acepta como fuente indirecta la que sea *secundum legem* (aquella a la que remite la ley o bien interpretación concreta de una norma concreta) y *praeter legem* (aquella que regula materias para las que no existe un régimen legal), pero se estiman inadmisibles las costumbres derogatorias o *contra legem*, por muy antiguas y universales que éstas sean.

Los jueces no están obligados a tomar en cuenta en sus decisiones los principios contenidos en fallos dictados por ellos mismos o por otros tribunales en juicios anteriores, salvo los criterios interpretativos de la Constitución que emanen de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, los cuales son de carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, incluidas las demás Salas del Tribunal Supremo. Los demás criterios jurisprudenciales no tienen fuerza semejante, pero los jueces suelen aplicarlos, sobre todo si emanan del Máximo Tribunal y gozan de prestigio científico y académico.

En esta ocasión se realizarán algunas diferencias con motivo del tema a desarrollar en este trabajo y para tomar una muestra de esto, escogimos una nación que semeja mucho a nuestro país, que es Venezuela, el cual se encuentra al norte del América del Sur y su capital es Caracas, esta nación como muchas otras del mundo entero, se ha preocupado por la seguridad entre sus habitantes, así como la penalidad cuando alguna de las personas que cometen un delito vaya acorde al mismo, por eso el código penal de ese país, denominado “CODIGO PENAL VENEZOLANO”, contempla el delito de Fraude, en el libro segundo denominado, de las diversas especies del delito en su título X capítulo III, el cual se denomina “DE LA ESTAFA Y OTROS FRAUDES” contemplando en este los artículos 464, 465, 466 y 467, los cuales a continuación mencionaremos a efecto de proporcionar un panorama más amplio con respecto al tema a desarrollar en este trabajo.

Artículo 464.- El que, con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole en error, procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio ajeno, será penado con prisión de uno a cinco años. La pena será de dos a seis años si el delito se ha cometido:

1.- En detrimento de una administración pública, de una entidad autónoma en que tenga interés el Estado o de un instituto de asistencia social.

2.- Infundiendo en la persona ofendida el temor de un peligro imaginario o el erróneo convencimiento de que debe ejecutar una orden de la autoridad.

El que cometiere el delito previsto en este artículo, utilizando como medio de engaño un documento público falsificado o alterado, o emitiendo un cheque sin provisión de fondos, incurrirá en la pena correspondiente aumentada de un sexto a una tercera parte.

En este artículo se mencionan las causas del delito de Fraude pero en ningún momento se menciona la palabra “FRAUDE”, por lo tanto se establece que dicho

artículo se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 305 del código penal vigente en el Estado de México, por que se mencionan las causas en las cuales se previene el delito de la estafa, no así con las fracciones del artículo 306 ya que no menciona en ese ordenamiento la situación de las personas las cuales hacen referencia nuestra legislación en el citado artículo 306 fracción I.

Artículo 465.- Incurrirá en las penas previstas en el artículo 464 el que defraude a otro:

1.- Usando de mandato falso, nombre supuesto o calidad simulada.

2.- Haciéndole suscribir con engaño un documento que le imponga alguna obligación o que signifique renuncia total o parcial de un derecho.

3.- Enajenando, gravando o arrendando como propio algún inmueble a sabiendas de que es ajeno.

4.- Enajenando un inmueble o derecho real ya vendido a otras personas, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que por consecuencia del registro de la segunda enajenación fuere legalmente imposible registrar la primera.

b) Que no siendo posible legalmente el registro de la segunda enajenación, por estar registrada la primera, hubiere pagado el comprador el precio del inmueble o derecho real o parte de él.

5.- Cobrando o cediendo un crédito ya pagado o cedido.

6.- Enajenando o gravando bienes como libres, sabiendo que están embargados o gravados o que eran objeto de litigio.

7.- Ofreciendo, aunque tenga apariencias de negocio legítimo, participación de fingidos tesoros o depósitos, a cambio de dinero o recompensa.

8.- Abusando, en provecho propio o de otro, de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor, de un entredicho o de un inhabilitado, a quienes se les haga suscribir un acto cualquiera contentivo de una obligación a cargo del menor o de un tercero, a pesar de la nulidad resultante de su incapacidad.

Al hacer mención de este artículo se puede observar que los apartados que presenta de los números del uno al ocho, con sus respectivos incisos se encuentran muy poco diferenciados con la legislación mexicana debido que en dichos apartados se presentan situaciones diferentes a las nuestras como lo manejan las fracciones de nuestro artículo 306 en el sentido de que si no son iguales, se asemejan por las situaciones que se mencionan. Podemos relacionar entonces los siguientes artículos siendo que para dar una mayor claridad en el concepto que queremos definir, se requiere de tales comparaciones.

Artículo 466.- En los casos que se enumeran a continuación se aplicarán las penas siguientes:

1.- Prisión de uno a cinco años, a quien habiendo vendido un inmueble por documento privado o autenticado y recibido el precio del negocio o parte del mismo, lo gravare en favor de otra persona sin el expreso consentimiento del comprador o sin garantizar a éste el pleno cumplimiento del contrato celebrado.

2.- Prisión de uno a cuatro años a quien defraudare a otro promoviendo una sociedad por acciones en que se hagan afirmaciones falsas sobre el capital de la compañía, o se oculten fraudulentamente hechos relativos a ella.

3.- Prisión de seis meses a dos años quien para obtener algún provecho sustrajere, ocultare o inutilizare, en todo o en parte, un expediente o documento con perjuicio de otro.

4.- Prisión de tres a dieciocho meses a quien, por sorteos o rifas, se quede en todo o en parte con las cantidades recibidas sin entregar la cosa ofrecida.

5.- Prisión de seis a dieciocho meses a quien defraudare a otro con pretexto de una supuesta remuneración a funcionarios públicos.

6.- Prisión de dos a seis meses a quien hubiere destruido, deteriorado u ocultado cosas de su propiedad, con el objeto de cobrar para si o para otro el precio de un seguro. Si hubiere conseguido su propósito incurrirá en las penas establecidas en el artículo 464.

7.- Arresto de dos a seis meses a quien comprare una cosa mueble ofreciendo pagarla al contado y rehúse, después de recibirla, hacer el pago o devolverla.

Artículo 467.- El que con un fin de lucro, induzca a algún individuo a emigrar, engañándolo, aduciendo hechos que no existen o dándole falsas noticias, será castigado con prisión de seis a treinta meses.

De lo anterior se puede desprender principalmente que cada uno de los apartados que se encuentran contempladas en el artículo 466 del código Venezolano, corresponden, si no de igual manera, si con una similitud de las fracciones del artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, pero el principal objetivo que se ha llevado a cabo para relacionar dichos artículos del código penal venezolano con el nuestro es la manera de encontrar si efectivamente también se encontraban como en la fracción I del artículo 306, del código del Estado de México, en el cual habla de las actividades que realizan algunas personas que se dicen ser abogados, sin tener título profesional. Por lo que no habiendo dicha

similitud en ese sentido, queda solamente realizar con posterioridad alguna otra comparación con otra nación par saber si en esta tampoco se encuentra lo relacionado con las demás legislaciones con la nuestra.

3.6 . COMPARACIÓN CON LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Una vez que se ha realizado una breve comparación con la legislación venezolana, en la cual se encuentra si no distante si diferente a la legislación en México, por que no se compara cada una de las fracciones que se encuentran en el artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, con las que cuenta el código venezolano en sus cuatro artículos, visto lo anterior relataremos a continuación una breve referencia en relación a la diferencia entre nuestro código con el de la republica de Argentina, el cual se encuentra en la parte Sur del continente americano y su legislación se encuentra íntimamente ligada a la nuestra y a nuestro tema, ya que incluso la bibliografía utilizada para el desarrollo de este trabajo se encuentra uno de los materiales de apoyo y que son los libros relacionados con el derecho penal argentino.

En la legislación Argentina al delito de Fraude se le conoce como el delito de Estafa, y relatando brevemente el artículo 172 “será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”, de este artículo realizaremos un breve análisis de los elementos que lo integran con la finalidad de conocer mas a fondo el contenido del mismo a efecto de llegar a una conclusión mas precisa.

Primeramente se analizara el significado “cualquier otro ardid” ya que ya que el artículo 172 del código penal argentino nos dice lo siguiente: “...el que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño...”, significando de esta manera que dicho artículo sin perjuicio de análisis posteriores por lo que para el desarrollo de este trabajo se enunciara que ardid, es el astuto despliegue de medios engañosos, ya que esta legislación utiliza dicha palabra refiriéndose a cualquier ardid o engaño pero sin definir este termino o sea, que para que se constituya la palabra ardid se requiere necesariamente que el despliegue intencional de alguna actividad cuyo

efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de cierto sujeto una situación falsa como verdadera y determinante o sea, que el medio que se utiliza para engañar es realizada intencionalmente con este fin, por tal motivo no se puede hablar de ardid cuando el sujeto pasivo es el primer engañado ya sea por la creencia de la posibilidad de un negocio o por la simple convicción de que se afronta verdaderamente un riesgo.

Ahora bien en el sentido de las palabras utilizadas en este artículo 172 como son: "...aparentar bienes, crédito, comisión, empresa o negociación...", se menciona que necesariamente se necesita el engaño o el ardid para poder darse el tipo penal con las características de la estafa, ya que en virtud de tales acciones se les puede atribuir la mentira siempre y cuando se encuentre la intención de obtener del sujeto pasivo un lucro indebido.

Enseguida se hablara de otras palabras utilizadas en este artículo 172, dentro de las cuales se encuentran "nombre supuesto", esto es la primera demostración de la estafa por que el simple hecho de la utilización de un nombre falso constituye haber engañado a otro pero para que se constituya como estafa se requiere que quien utiliza dicha acción, actúe y obtenga beneficio con la manifestación y el aprovechamiento de ese engaño.

Se pasa ahora a señalar las palabras "calidad simulada y falsos títulos", las cuales como hemos venid analizando cada uno de los contenidos en el artículo 172 del código penal Argentino, esto es, que el primer supuesto de calidad simulada , quiere decir que es la condición, posición o situación personal falsa con respecto a la persona que la simula, esto quiere decir, que una persona puede hacerse pasar por otra sin serlo, por que puede aparentar, ser algún cobrador de determinado producto y cobrarle a nombre de otro lo que se le debe a este último, y los falsos títulos que pueden tratarse de títulos profesionales, académicos, de nobleza, etcétera. La invocación de títulos profesionales constituyen para nuestro tema , una relación muy estrecha debido a que en este supuesto queda integrada la carrera de

la abogacía que en las maniobras que utiliza una persona que no tiene título profesional y que se ostenta como profesionalista del derecho y se ostenta como tal utilizando siempre el engaño.

Ahora bien el artículo 173 del citado código argentino nos refiere:

Artículo 173 Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideraran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que el establece:

1) el que defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que el entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;

2) el que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;

3) el que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;

4) el que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;

5) el dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;

6) el que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos;

7) el que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la Administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para si o para un tercero un lucro

indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;

8) el que cometiere defraudación, sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;

9) el que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;

10) el que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleos públicos;

11) el que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía.

12) el titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiese, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los contratantes.

13) el que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplir los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial.

14) el tenedor de Letras Hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos.

En el artículo anterior que se ha transcrito, se puede apreciar que en los 14 incisos que se mencionan, no hay ninguno que nos refiera al fraude realizado por abogados o en su defecto las actividades que realizan estos procedimientos. Asimismo en el artículo 174 nos dice:

Art. 174.- Sufrirá prisión de dos a seis años:

1.- el que para procurarse a si mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa;

2) el que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de el o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;

3) el que defraudare usando de pesas o medida falsas;

4) el empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del estado;

5) el que cometiere fraude en perjuicio de alguna Administración pública. En los casos de los dos números precedentes, el culpable, si fuere empleado público, sufriera además inhabilitación especial perpetua.

De igual forma en este ultimo artículo transcrito, se pueden dar cuenta que no se encuentra en ninguna de sus fracciones algo referente a los delitos cometido por abogados, como se encuentra en nuestra legislación actual.

De lo anteriormente mencionado, se puede destacar principalmente que cada país es diferente a otro y debido a esto, sus constituciones así como las leyes que emanan de ella, son por lo tanto también diferentes, razón por la cual al realizar una comparación con las leyes VENEZOLANA Y ARGENTINA, que son países que se encuentran como México en el mismo continente y que tienen algunas similitudes, por lo tanto el haber realizado una comparación con estas legislaciones, no fue con la finalidad de buscar una justificación relativa a la conducta del ilícito de fraude sino que dicha comparación se realizo con la finalidad de poner en claro que en cada de ellos se pudo observar que en ambas legislaciones, en sus diferentes artículos y fracciones de los mismos no se encuentra alguno similar que mencione lo que establece la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, que menciona, que cuando una persona obtiene dinero valores o cualesquiera otra cosa ofreciéndose encargarse de la defensa o gestión a favor de un inculpado, acciones que solo realizan las personas que han estudiado la carrera de licenciado en derecho, sin que se mencione que esta persona forzosamente cuente con esta carrera para poder realizar dicho delito, por lo que se realiza esta comparación para determinar que si en ninguno de estos dos países reglamenta dicha actitud, por que en nuestra legislación si existe.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 181 DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO REFERENTE A LOS DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PROFESIONALES O TÉCNICAS

4.1 REFERENCIAS HISTORICAS DEL LICENCIADO EN DERECHO(ABOGADO)

Según algunos autores la abogacía nació hace aproximadamente 3000 años antes de Jesucristo, en Sumeria con motivo de la defensa de una mujer, gravemente acusada; el primer gran recopilador de leyes en la India, Manú, ya hacia referencia “sabios en las leyes podrían ilustrar sin estipendio alguno a quien lo necesitare” igual tradición refiere el antiguo testamento entre los hebreos y semejante fenómeno ocurría en Israel; es decir, la actividad no era profesional sino por el contrario, totalmente honoraria pero otorgaba distinciones o influencias; la tradición referida lego a Grecia y de ahí paso a Roma; en esos países la abogacía era una actividad desempeñada por selectos, ricos y poderosos, no se admitía a los esclavos ni a los desertores; abogar era privilegio de Caballeros.

En Grecia los dedicados a la abogacía eran excelentes oradores y destaca entre ellos la figura de Demóstenes, que vivió en el año 384 al 322 antes de Cristo.

En Grecia originalmente y conforme a la tradición Hindú, Hebrea e Israelita no se cobraba el ejercicio de la actividad de los Abogados; se recuerda a Antisoales como el primero que recibió formalmente un pago por sus servicios profesionales ; a Pericles se le conoció como el primer Abogado profesional; fue en Grecia Precisamente donde la Abogacía fue reconocida primero como profesión y Solon fue quien reglamento su ejercicio.

En Roma los Patricios fueron los encargados de defender a las personas en conflictos jurisdiccionales, tampoco se les permitía cobrar por sus servicios aunque

también tiempo después se profesionalizó la actividad; se les llamo Advocati, Patroni y Caudidi, y también fueron sujetos de reconocimiento y mérito.

Formalmente la Abogacía se constituyó en una verdadera profesión hacia la segunda mitad del siglo VI, cuando Justino, el emperador de oriente, constituyó la primera corporación de abogados y obligó a su registro en ella a cuantos fueran a abogar en el foro de tal forma, que la orden o milicia creada, como se les llamo, tuvo la incorporación obligatoria de los abogados, pero hay autores que afirman que fue Justiniano, monarca predecesor y abuelo de Justino quien creó la milicia u orden como primer organismo de Abogados; sin embargo, hay otros como Pallares que afirman que la creación de estas corporaciones fue en la época de Ulpiano, que vivió en el año 170 al 228, cuando, según él se unieron los abogados en *Coelgium Togatore*.

En España a fines del siglo XI y a principios del XVI, la abogacía dejó de tener la Honra, el crédito y el honor que tuvo con anterioridad y por ello los abogados para recuperar el prestigio perdido, se agruparon en asociaciones profesionales que llamaron Gremios, los que tenían un profundo espíritu religioso; no es fácil determinar con precisión cual fue el primer colegio, algunos afirman que fue el de Zaragoza, quien supuestamente se fundó en 1543 y fue legalmente reconocido en 1576; posteriormente se fundó en 1592 el colegio de Valladolid y en 1595 el de Madrid, el cual equivocadamente se le ha señalado como el primero y por cierto ha alcanzado prestigio y reconocimiento Mundial.

Siempre, como en toda actividad que se ejerce en nuestros tiempos, siendo desde el empleado más modesto, hasta el de más alto nivel ejecutivo, ha tenido cada una de esas actividades un antecedente directo o indirecto, ya sea que vaya cambiando a través del tiempo y se vaya modificando o en su caso su desaparición total debido a que dicha actividad se volvió obsoleta y no se encasaría en el mundo moderno, debido a que ya no brinda ningún provecho a la sociedad.

En esta ocasión se hablara del tema que ocupa este trabajo, como lo es LA ABOGACÍA o la profesión de ABOGADO, que necesariamente debemos de hablar de la carrera universitaria de “LICENCIADO EN DERECHO”, y que es como actualmente se conoce, y que viene a poner como antecedente directo, como se conocían los abogados en la época antigua, desde los griegos, romanos, en la edad media, España, y como llega a México, en sus diferentes etapas, desde la época precortesiana, hasta la actualidad, asimismo y como mero preámbulo, al análisis del tema de los abogados o de los profesionistas del derecho, tipificados en el artículo 181 del Código penal vigente en el Estado de México, se realizara un breve estudio del concepto casi universal que a través del tiempo, se ha tenido de quienes ejercen la profesión de la abogacía, tratando de desentrañar tan generalizada opinión, la verdad que en justicia que en ella exista, separándola de todo aquello que en relación con dichos profesionales no deja de ser una mera falsa apreciación propalada imaginación de las personas y de comentarios que han llegado a ellos.

Para una mejor sistematización del tema en estudio y para comprender mejor las actividades de la profesión de Licenciado en Derecho, se comenzara a precisar en el tiempo y en el espacio el surgimiento de la abogacía como profesión, siguiendo después, aunque esto sea en una forma panorámica, su trayectoria evolutiva.

Los Orígenes de la Abogacía se remontan a los tiempos antiguos de Grecia. En Atenas a fines del siglo VI A. de J. C. En donde había llegado una etapa, de Gran Tranquilidad debido al régimen democrático establecido por Clistenes, al reformar éste las leyes de Solon, ya que cuando menos creían, en sus dioses, mayor fue la necesidad de creer en sus mismos, En esa época y debido al ambiente que perduraba sobre la inquietud intelectual de los atenienses, surgieron en la vida de estos los defensores de las causas políticas en las figuras de los grandes oradores, que posteriormente serian las personas que simultáneamente realizarían su actividad en la plaza pública y en los tribunales, auxiliando siempre al actor o

demandado en un juicio civil o al indiciado en una causa criminal. En ese entonces a esa persona que realizaba esta actividad se le nombraba "LOGOGRAFO", y el cual concurría a los tribunales siguientes: LA ASAMBLEA POPULAR.- que era la de mayor jerarquía, ya que tenía funciones legislativas y que se encargaba de vigilar la administración general y de resolver los asuntos del estado; EL AREOPAGO.- que estaba formado por jueces distinguidos en el ejercicio de su cargo y que conocían de los casos de asesinato y cuestiones de religión y costumbres; LOS TRIBUNALES POPULARES.- Encargados de la administración de justicia y que se componían por 6,000 jueces elegidos cada año en diez secciones compuestas por 600 miembros.

En estos tribunales se realizaban los procesos, tomaban juramento y concedían la palabra sucesivamente al demandante y al demandado y solamente intervenían como representante de parte cuando esta era incapaz; los acusados y litigantes tenían un defensor que debía de cubrir ciertos requisitos o aptitudes para la defensa y estas aptitudes eran mas que el conocimiento del derecho, la fuerza persuasiva de la elocuencia, de ahí la necesidad de un orador que redactara la alegación y que era el logógrafo. Y entre los mas conocidos logógrafos es ese tiempo fueron ANTIFON; de 479-411 A. de J. C.; PISANDRO LISIAS, de 430-380 A. de J. C.; ISEO, de 408-345 A. de J. C.; ISOCRATES de 430-371 A. de J. C.; DEMÓSTENES, 384-322 A. de J. C.; y por ultimo PERICLES, que fue el mas grande orador del siglo V, a. de J. C., por lo que mereció que este siglo llevara su nombre, ya que su elocuencia brillo en la defensa de las causas políticas pero no se tiene conocimiento de que haya ejercido la abogacía propiamente dicha.

Desgraciadamente al irrumpir la corrupción en las instituciones democráticas de Atenas, la Profesión de Orador Logógrafo no quedó exento de esta corrupción que acabó por invadirlo todo e incluso a estos oradores ya que debido a su astucia, realizaban acciones para cambiar y falsear la verdad, confundiendo y retorciendo las palabras en un esfuerzo de malabarismo creatorio que por momentos domino a la opinión publica designándoles el sobrenombre de SOFISTAS, por su sabiduría, y

que después de esta corrupción se les nombro en forma irónica y como sarcasmo del mismo nombre ya que trataban de cubrir con falsos razonamientos su maldad o su ignorancia teniendo con esto el pueblo de Atenas a los oradores logógrafos como falsos sabios.

A través de diez siglos que tuvo la civilización romana, que fue desde su florecimiento hasta su decadencia, floreció en ese tiempo el derecho y así como este vemos surgir la institución de la abogacía, la cual se observa desde sus etapas embrionarias hasta su observancia hasta nuestros días y en la cual la figura del abogado viene siendo parte esencial de la fisonomía de Roma, ya que durante la monarquía y hasta muy avanzada la republica no se encuentran indicios de que la abogacía se hubiere ejercido como profesión propiamente dicha ya que solamente los patricios abogaban en justicia por sus clientes , pero era solo una actividad de protección general que debían de brindar a su clientela, ya que desde la fundación de roma apareció primeramente el patrono, que era la persona que defendía los intereses de su cliente y se dice que quería mas a este que a los miembros de su familia, teniendo principal empeño en conservar a sus clientes, mismos que debería de guardar honor y respeto a sus patronos, o sea, que el patrono y el cliente no podían respectivamente acusarse no podían servir de testigos el uno contra el otro, o realizar actos que perjudicaran tanto a uno como a otro.

Primeramente en la etapa de la Monarquía, la impartición de justicia era ejercida por el Rey al cual se le confería toda la responsabilidad y posteriormente durante la republica dicha imparticion de justicia paso a manos de dos cónsules, los cuales a parte de tener estas atribuciones eran además los que comandaban el ejercito y que posteriormente se tuvo la necesidad que así lo requerían llamándole a esta figura el nombre de pretura, y a sus funcionarios les correspondía la administración de justicia a la pronunciación del derecho, Dicha pretura era dirigida principalmente por los Patricios

Siendo hasta el siglo VI A. de J. C., cuando apareció Tiberio Coruncanius, el cual dio oportunidad a todos los plebeyos que quisieran dedicarse al estudio de la jurisprudencia, robusteciendo con esto las instituciones jurídicas como lo es la abogacía, siendo el antecedente directo de esta el SINE QUA NON.

Dentro de esta época, aparecieron y se destacaron grandes jurisconsultos de la república entre los que citamos a; APIO CLAUDIO, conocido como “EL CIEGO”; SEMPRONIUS SOPUS, al cual se le conoció por el nombre de “EL SABIO”, el otro Apio Claudio conocido por el nombre de “EL DECERVIRO”; PLUVIUS MUCIOS SCAEVOLA, el cual fue autor de diez libros de derecho civil; TIBERIO CORUNCANIUS primer máximo pontífice de origen plebeyo ; P. CRASSUS, P. CORNELIO SCIPIO Y CANTON, “ EL ANTIGO”, que fueron a la vez grandes oradores, posteriormente aparecen en la república QUINTUS MUCIUS SCEVOA, SERVIUS SULPICIUS RUFUS, AQUILIO GALO Y la personalidad del abogado y EXCELO orador máximo de MARCO TULIO CICERON.

La intervención de Jurisconsultos y oradores en el proceso de cualquier tipo, se encontraba dividido en dos partes; el Jus y el Judicium, que quería decir , el primero de ellos, la instancia entre el pretor y el segundo, la instancia entre el Juez, es decir, los Jurisconsultos comparecían ante el pretor auxiliando a sus clientes en los puntos de derecho mas complicados y delicados y en la actuación in Judicium, el orador trataba de sacar a flote el asunto de su cliente, basándose mas en el conocimiento jurídico y en la emotividad de su elocuencia, siendo esto mas que nada una mera defensa de hechos.

En el Imperio, La Abogacía alcanza la plenitud gracias a múltiples concesiones y distinciones que a partir de Octavio Augusto, se dispensaban a los hombres que se dedicaban al estudio y practica de la ciencia del derecho, siendo por esto llamados por el pueblo “ADVOCATUS CASI DILI, TOGATI”, y siempre guardándosele cierto respeto y admiración debido a sus funciones de Jueces, Jurisconsultos o simples postulantes y que dotaban al pueblo de un cuerpo uniforme

de leyes basadas en la razón y la justicia, suavizando con esto el rigorismo del procedimiento primitivo.

Es hasta fines del imperio cuando el estudio del derecho se reglamenta plenamente y que al estudiante para ejercer la abogacía debía de estudiar cuatro años, los cuales a la llegada de Justiniano paso a ser ese tiempo ahora de cinco años y después de ese tiempo tenia que presentar riguroso examen publico en donde debería de acreditar ante el gobernador su intachable reputación y sus buenas costumbres.

En la Edad Media es el término utilizado para referirse a un período de la historia europea que transcurrió desde la desintegración del Imperio Romano de Occidente, en el año 476 d. J. C, siglo V, hasta el siglo XV con la caída de Constantinopla en 1453. También se señala como fecha de término la de la invención de la imprenta, en 1450 o el descubrimiento de América, en 1492. También la expresión "Edad Media" ha sido empleada por la civilización occidental para definir el periodo de 1000 años de historia europea entre el 500 y 1500 d. C. EL inicio de la Edad Media está señalado por la caída del Imperio Romano Occidental, generalmente tomado como el fin de la historia clásica antigua. El inicio del Renacimiento (de Europa) marca el final de la Edad Media. Entre los acontecimientos que determinaron el final de este periodo destacan la caída de Constantinopla en 1453; la utilización por primera vez de la imprenta en 1456; el descubrimiento de América en 1492; la Reforma Protestante iniciada por Lutero en 1517, y el florecimiento de las artes en Italia. La Edad Media se sitúa, por lo tanto, entre lo que conocemos como historia antigua e historia moderna.

La invasión del Imperio Romano del occidente, por los pueblos germanos procedentes de la Llanura del Elba y de la escandinavia, acaecida a Finales del Siglo IV de nuestra era, marca el comienzo de otra época importante para el tema que ocupa este trabajo, como lo es el Medioevo y con tal acontecimiento, que para los historiadores alemanes fue una "MIGRACIÓN DE PUEBLOS", y para otra una

invasión de barbaros y que desaparece por varios siglos de la humanidad la institución de la abogacía, que en roma iluminara el camino de la justicia.

Los países del vasto imperio que se desmembraban, asombrados contemplaron la sustitución del procedimiento formulario por las Ordalías o juicios de Dios en los que la culpabilidad o inocencia de las partes se determinaban por el resultado de las pruebas. Cesó la practica forense y con ella las alegaciones de los Abogados, las discusiones de los jurisconsultos sobre la interpretación de las leyes, y en esta ocasión no se escuchaba la defensa el jurista romano ya que su actividad, mas que nada era la de cultivar el espíritu y practicar la virtud como un ejercicio moral previo a la defensa.

La Iglesia católica que a partir del derecho de Millán y con la posterior conversión de bárbaros al cristianismo adquiere una gran fuerza económica y política la cual es, que al organizar los tribunales eclesiásticos, disminuye el rigorismo primitivo de la administración general de la justicia, pero como en esta época la gente estaba muy ocupada en las cosas de dios, es por eso que abandona por siglos el derecho, por lo que con la teoría axiológica antepone la piedad a la justicia. Sabios y pensadores no descansan en su empeño del lema "LA FILOSOFIA AL SERVICIO DE LA TEOLOGIA", pero posteriormente con el decreto de las leyes de Gregorio IX y el decreto de GRACIANO, el derecho canónico alcanza su máximo esplendor, mas no rescata del olvido a las instituciones de los abogados.

Es hasta el siglo XII, cuando como consecuencia de la fundación de la escuela de Bolonia, renace en toda Europa el estudio del Derecho Romano y con el en las diferentes naciones, LA ABOGACÍA.

En España Desde la caída del imperio romano hasta el reinado de ALFONSO X, la abogacía en España, como profesión diferenciada e independiente, se pierde en los negros abismos de la edad media, ya que en

España, no se conocieron en el Foro de Abogados los voceros de oficio, hasta los tiempos de Alfonso el Sabio, habiendo pasado ocho siglos sin que en los tribunales del reino resonaran las voces de estos defensores ni se oyeran los informes de los letrados. No obstante a esto es conveniente revisar los ordenamientos jurídicos que precedieron al fuero real y a la ley de las siete partidas para verificar si en estas encontramos indicios de los abogados.

Se puede hablar primero del fuero Juzgo, la cual era breve y concisa, el procedimiento judicial sumario y de las formulas excesivamente claras de modo que nadie podía ignorar las leyes y a cualquiera se le hacia fácil defender su causa, concluyéndose los negocios con brevedad y que comentaba que el Fuero Juzgo no se ocupo de los abogados, pero tal cosa no era verdad en los absoluto, pues aparte de que la traducción castellana usa expresamente la palabra "VOCERO", que era el que se ocupaba de la abogacía como lo establece el epígrafe de la ley 3ª del titulo III, del libro II en donde decía que una de ellas , la que ordena que el príncipe u los obispos sean representados por otros para que no desfalleciera la razón, por miedo al poderío; otra decía; la que establecía a los defensores, mandando que al poderoso que litigara con un pobre, se le nombraba un personero o defensor que no excediera de la fortuna del contrario; otra mas decía; la que prohíbe a las mujeres razonar por otro y otras muchas mas, pues no se desconocía que dichas personas fueran verdaderos abogados, pero dicha profesión no era considerada como oficio publico.

Ahora se hablara de lo que se conoció por el fuero viejo de castilla el cual habla de "VOCEROS" y "PERSONEROS", para referirse a las personas que dejaban oír su voz en defensa de un acusado y también los que defendían al ausente o al incapacitado, dichos puestos los podían ocupar cualquier persona que lo solicitara, cuando dicha solicitud se hiciera ante el alcalde, lo cierto que en la legislación visigótica, no se encuentra vestigio alguno de la abogacía como profesión autónoma, aun cuando a fines del siglo XII se ve esta mención de abogados y

voceros los cuales se conocían como asesores, procuradores y causídicos mismos que son muy diferentes a nuestros abogados hoy en día.

En el fuero real, Alfonso X contribuyó al renacimiento del Derecho Romano y de paso al de la abogacía la cual después de ocho siglos sale de la bruma y se torna en la época de dicho soberano, dicho fuero real es considerado como un monumento histórico-jurídico de corte romanista debido a su orden, (libros títulos leyes) o también llamado libro de los consejos de Castilla. Encontramos que en el título I, libro primero del fuero real se distingue con mediana claridad las actividades, tanto del abogado y la del procurador indicando en esta que no podrán ejercer dicha profesión, herejes, excomulgados, sordos, locos, menores de edad y clérigos de orden sacro, también se determinaban las reglas conforma a las cuales, el Juez debería de nombrar un abogado a la parte que no tuviera defensor y fijándose los honorarios que esta debe pagar y las sanciones a que será acreedor al que se negara a asumir la defensa encomendada.

Por otra parte las leyes de partidas también conocida como “LA LEY DE LAS SIETE PARTIDAS”, (1252-1284), se integro por un grupo de juristas y que se regían por el código de Justiniano, las decretales de Gregorio IX, el decreto de Graciano y el Fuero Juzgo, recibiendo dicho nombre por que se encontraban divididas en siete partes o tratados; siendo en la partida tercera título VI, denominado “DE LOS ABOGADOS” en el cual establecía que todo hombre que hubiera cumplido los diecisiete años, supiera derecho y lo hubiere practicado por algún tiempo y que conociera por fueros y las costumbres de algún lugar, podía abogar por otro, prohibiéndole dicha facultad a los locos, sordos, desmemoriados, pródigos y monjes, siendo solo la mujer la que se podía defender o abogar en causa propia. Conforme a la ley Alfonsina, el abogado postulante debía presentar un examen ante el magistrado, prestar juramento de fidelidad, inscribirse en la matricula de abogados, dedicar parte de su tiempo a la defensa de los pobres pero sin celebrar contrato CUOTA LITIS, ya que los honorarios estaban trazados si incurrían en esto podían perder el oficio.

En México en la época Precortesiana, si bien es cierto algunos autores coinciden en que el derecho empieza con el surgimiento del Estado democrático; también lo es, que antes de la aparición del mismo ya existían en nuestro país, desde la época precortesiana, algunas muy variadas formas de resolución de conflictos dentro del ámbito penal, Sobre todo lo sucedido antes de la llegada de los españoles se tienen escasas noticias fidedignas; esto porque lamentablemente la mayor parte de los documentos como pergaminos, códices y otros vestigios que nos hablan de las culturas prehispánicas fueron destruidos por los propios españoles.

El derecho penal precortesiano se caracterizó por su crueldad e injusticia. Tal situación tenía explicación: el poder absoluto concentrado en el rey y en un grupo de privilegiados, se valía de las atroces formas de represión con el objeto de mantener su despótica imposición sobre la masa popular. En esta época se puede decir que no se aportó gran información acerca de que se hubiera practicado la abogacía aunque esto fuera solamente en sus etapas embrionarias, es decir, que en esta época no se tuvo conocimiento de que hubiera abogados o voceros que defendían a los acusados por algún delito que hubiera cometido ni en formas parecidas que se relacionaran con esta materia.

Don Toribio Esquivel Obregón al referirse a la administración de justicia Azteca y afirma que el abogado no pudo existir en un procedimiento de mera "EQUIDAD", en que no tenían que interpretarse textos legales y en el que aun las mismas costumbres no tenían fuerza obligatoria para los jueces, los cuales al juzgar, se guiaban únicamente por su peculiar criterio improvisando la ley aplicable, a diferencia de lo que ocurría en Roma, en donde la Justicia era la aplicación e una Ley preexistente que ligaba tanto a las partes como al magistrado.

En las culturas prehispánicas en juicio era siempre oral, pero en los casos importantes y en los que se referían a inmuebles se tomaba razón de los litigantes, la materia del litigio, las pruebas y la resolución, Tales constancias eran archivadas y conservadas, pero en esencia lo que caracterizaba a dicha justicia era su gran

arbitrio judicial, sus procedimientos sumarios y ausentes de todo tecnicismo y sus severas penas tenían gran cantidad de crueldad.

En la Colonia, durante todo el tiempo en que México permaneció bajo el imperio de la legislación española el derecho canónico fue entre nosotros ley positiva y obligatoria, ejerció influencia capital en el desenvolvimiento del derecho feudal y del derecho real de España. Se le puede considerar como fuente legislativa de la madre patria. La Iglesia atrajo a sus Tribunales casi todos los procesos. Dentro de esta época se encuentran las principales leyes españolas vigentes, como son:

1). La recopilación de Leyes de Indias de 1681, mediante la cual las leyes de los indios que no pugnaran con las disposiciones españolas mantenían su vigencia.

2). Las Leyes de Castilla, que tuvieron vigencia con carácter supletorio.

3). El Fuero Real,

4). Las Partidas.

La colonia representó un trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio mexicano. Diversas recopilaciones de leyes se aplicaron, siendo la principal la “recopilación de las leyes de los reinos de las Indias”, de 1680. La recopilación se compone de IX libros, más sin embargo la materia penal se encuentra diseminada en los diversos libros, no obstante, el VII, es el que trata más sistemáticamente de policía, prisiones y derecho penal, en el siguiente cuadro se retoman los títulos de interés para el análisis de la estructura del sistema penal

Con la conquista de América, la Abogacía por vez primera sienta sus reales en los países indianos, ya desde los primeros viajes de los españoles a éstas tierras llegaron los “LETRADOS”, los cuales estaban enterados del gran problema que les esperaba para el ejercicio de su profesión a estas tierras ya que sus

coterráneos debido a la euforia de la conquista, pensaban que solamente significaba para ellos la ambición del poder.

En esta época de la colonia, la Abogacía, era mal vista por los funcionarios reales ya que debido a estos abogados, a los cuales los veían como obstáculo para poder lograr mas poder. Por todos los medios de trato de impedir que los abogados ejercieran sus profesión, en ese entonces Pánfilo de Narváez y Antonio Velásquez en el año de 1500, solicitaron a los reyes católicos que limitaran y restringieran la actividad de los abogados en las colonias, asimismo Hernán Cortéz, solicito a Carlos V, que ya no se mandaran juristas a la nueva España, y que se limitaran a los que ya se encontraban establecidos, fue tanta la presión que el monarca prescribió a estas tierras, ordenes de que se mandaran mas letrados a estas tierras. Dicho acto fue alegado por los países conquistados ya que los gobernantes no querían estorbo legal alguno a su arbitraria administración, así lo demuestra un movimiento realizado por el Cabildo de Buenos Aires que impidió la llegada de varios Abogados españoles, entre los que se nombran a Diego Fernández de Andrada, Jusepe de Fuensalida, y Gabriel Sánchez de Ojeda, alegando que siempre que los abogados aparecían, no faltaban los pelitos, trampas y marañas que para los habitantes del pueblo repercutían en perdidas . pero como en toda sociedad no se puede vivir sin la justicia, por tal motivo el Abogado se fue abriendo paso entre los problemas que se presentaban en cada momento hasta llegar a postularse en la administración Publica, su presencia fue indispensable en la real audiencia, Máximo tribunal de justicia de la Nueva España, y debido a la excelencia de sus actuaciones, tal institución fue reconocida por el Marques de Branciforte, como un gobierno superior a la Nueva España en que los letrados, tenían gran respeto dignos del mayor aprecio y distinción.

A los miembros de la audiencia se les tenia prohibido entre otras cosas vivir en la misma casa de los abogado, intimar con ello, recibir dadivas y servicios, conocer en calidad de jueces, asuntos propios de sus familiares y en general en todos aquellos en los que existiera recusación. La audiencia en el

Conocimiento de sus negocios debía fallar con estricto apego a la legislación de indias o en su defecto conforme a las leyes de castilla, pero tratándose de castigos de delitos, debían de proveer en forma que no quedara sin castigo.

Tanto los abogados como los procuradores, para poder ejercer su profesión, debían previamente ser autorizados por la audiencia, para lo cual era necesario aprobar un riguroso examen.

A través del tiempo la abogacía alcanzo gran fuerza dentro de las Instituciones coloniales que acabo por conservar en Rey y a las autoridades virreinales que mejor que prohibir la profesión de abogados, era su control mediante una adecuada reglamentación. Esta gran obra de trabajar a favor de la justicia y la libertad fue grandiosa que realizaron muchos hombres ilustres de la colonia entre los cuales se puede nombrar a Fray Bartolomé de las Casas, Primo de Verdad Y Ramos, siendo el primero de ellos inclinado hacia la defensa del indio, y el segundo por su gran intelectualidad el cual quedo plasmado el 9 de Agosto de 1808, en la junta del Real acuerdo al exponer a México y al mundo, lo que en esencia debía de entenderse por Soberanía Nacional.

En la época de Independencia, se menciona que el proceso de la Independencia de México fue uno de los más largos de América Latina. La Nueva España permaneció bajo el control de la Corona por unos tres siglos. Sin embargo, a finales del siglo XVIII, ciertos cambios en la estructura social, económica y política de la colonia llevaron a una élite ilustrada de novohispanos a reflexionar acerca de su relación con España. Sin subestimar la influencia de la Ilustración, la Revolución Francesa ni la Independencia de Estados Unidos, el hecho que llevó a la élite criolla a comenzar el movimiento emancipador fue la ocupación francesa de España, en 1808. Hay que recordar que en ese año, Carlos IV y Fernando abdicaron sucesivamente en favor de José Bonaparte, de modo que España quedó como una especie de protectorado Francés.

Dentro de los primeros cincuenta años de la vida independiente en México, la práctica de la abogacía transcurre en forma similar a la de la colonia debido a que todas las leyes decretadas por México en esa época tuvieron como fuente directa de inspiración las instituciones jurídicas españolas, las cuales, siguieron en vigor debido a que en el pueblo tenían sus destinos ligados al pasado y era muy difícil de la noche a la mañana estructurar sus bases socio-jurídicas con pleno olvido de su pasado inmediato. Mencionando para su ejemplo la constitución de Apatzingan que ni debido a esta que fue la antesala de la Independencia, abandona sus causas de la legislación tradicional.

Entre las disposiciones emanadas del nuevo régimen, relacionada con el ejercicio de la profesión son las siguientes: el decreto del 1° de Diciembre de 1824, expedido por el congreso constituyente y el cual mandaba a todos los abogados existentes en la república, que podían abogar en todos los tribunales de la federación; El arancel de Honorarios de Abogados del día 29 de Abril de 1825, la ley del 14 de febrero e 1826 en la que se prohibía al presidente, ministros y fiscal de la corte suprema de justicia, fueran abogados en caso alguno, permitiéndoseles únicamente llevar sus asuntos personales; reglamento para la suprema corte de justicia en el que estableció que todo ciudadano era libre para representar por si, sus derechos sin el patrocinio forzoso de un abogado. Y el decreto del 28 de Agosto de 1830, el cual disponía que el tiempo de la práctica forense necesaria para examinarse de abogado era de tres años completos, asistiendo diariamente tres horas al estudio de algún abogado y a los ejercicios de la academia Teórico-práctica que estaba a cargo del colegio de Abogados, la justificación de la práctica debía hacerse con certificados de los Letrados y con igual documento de la academia.

Pero cuando verdaderamente la abogacía resintió muy importantes modificaciones fue a mediados del siglo XIX, esto es, cuando los abogados tuvieron que adaptarse a las exigencias de los nuevos conceptos jurídicos de la reforma, misma que fue obra de los abogados de esa época. Hubo una calma en la

etapa del Porfiriato en donde todas las instituciones nacionales no se apreció cambio alguno y aquellos cambios que hubiera, eran del tipo político, pues obedecían a simples maniobras tendientes a perpetuar al general Porfirio Díaz en el poder.

Cuando llegó la Revolución Mexicana consigno en los artículos 27 y 123 de la constitución de 1917 los principios básicos para la realización de los anhelos de justicia social por los que nuestro pueblo había luchado, amplió grandemente los horizontes de la actividad profesional del Abogado.

Ahora bien, una vez que se ha realizado una reseña histórica de los antecedentes de la carrera de Licenciado en Derecho (abogado), reglamentada en nuestra legislación en el artículo 181 del código penal vigente en el Estado de México, se mencionará a continuación lo que a su letra dice, para efecto de una mejor ilustración de éste delito, que posteriormente se estudiará con mayor detenimiento dentro de los puntos de este capítulo:

CAPITULO III

DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PROFESIONALES O TECNICAS

“artículo 181. Cometén este delito:

I Los abogados que abandonen el mandato, patrocinio o defensa de un negocio judicial, administrativo o de trabajo, sin causa justificada;

II Los abogados del inculpado que se concrete a solicitar la libertad provisional, sin promover pruebas ni dirigirlo en su defensa;

III Los abogados que patrocinen o representen a diversos contendientes en negocio judicial, administrativo o de trabajo con intereses opuestos, o cuando

después de haber aceptado el patrocinio o representación de una parte, admitan el de la contraria; y

IV Los abogados que teniendo a su cargo la custodia de documentos, los extravíen por negligencia inexcusable.

A los responsables de este delito se les impondrán de uno a tres años de prisión y de cincuenta a setecientos días multa, además de seis meses a dos años de suspensión del derecho de ejercer la actividad profesional y privación definitiva en caso de reincidencia.

Una vez conocidas las cuatro fracciones del artículo 181, que se refieren a los delitos de los abogados, nos avocaremos subsecuentemente a realizar un estudio de cada una de estas fracciones.

4.2. SUJETOS Y ELEMENTOS

Al analizar la problemática que nos presenta el enunciado del ilícito contenido en el artículo 181 del código penal en vigor del Estado de México, se encuentran con los mismos que según el modo de ver son desafortunados ya que al pretender utilizar el termino de ABOGADO, como sinónimo de la actividad profesional de LICENCIADO EN DERECHO, que es el grado académico que otorgan las escuelas y facultades dependientes de las Universidades existentes en este país.

Como ya se mencionó en el punto 3.1 del capítulo III de este trabajo, al referirse al fraude específico que reglamenta la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el estado de México, existe la tendencia legislativa, errónea o desafortunada, (sin pasar por alto que fue legislada hace más de medio siglo) de dar una connotación sinónima a estos términos, lo cual en la actualidad crea confusión en cuanto a su comprensión y aplicabilidad, ya que repetimos, existe una diferencia bien determinada entre el licenciado en derecho y abogado.

Al repasar un poco los conceptos vertidos en el capítulo anterior, se piensa que el termino “ABOGADO”, hasta hace poco tiempo y quizá en la actualidad por tradición histórica, se ha utilizado por uno de los más consistentes sinónimos de la profesión de Licenciado en Derecho, y al respecto no se puede dejar de pasar por alto que existen agrupaciones de profesionales denominadas por ejemplo: “COLEGIO DE ABOGADOS”, “BARRA DE ABOGADOS”, etcétera, los cuales se encuentran formados preferentemente por licenciados en derecho, que tienen entre otras como finalidades principales el realizar estudios jurídicos de esta profesión, agrupar en sus filas profesionistas destacados para intercambio culturales, el establecimiento de un código de ética profesional que enaltezca y conserve los lineamientos morales del ejercicio profesional, que presente planes de superación constante, sistemas de interrelación, otras agrupaciones, etcétera, de donde se concluye que el uso generalizado de la palabra abogado, como sinónimo de la

profesión de LICENCIADO EN DERECHO, tenga un profundo origen tradicionalista, moral o ético que alcanzo a reflejarse en nuestra legislación,

Al respecto se considera interesante hacer la siguiente cita; Actitud del abogado ante la ciencia del derecho. El código de ética profesional de la barra mexicana de abogados, presenta así, en su primer artículo la función del abogado: “El abogado ha de tener presente que es un servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia; y que la esencia del deber profesional en defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente”²²

Esta cita, en cierta forma corrobora las ideas que se han expresado en párrafos anteriores, en sentido de que el origen de utilizar estos términos como sinónimos es de carácter histórico, tradicional y moral en busca de una ética profesional adecuada que regule esta actividad.

Por desgracia, la cuestión ética profesional, es una y las situaciones legislativas son otras bien diferentes, lo que se quiere decir claramente es que el delimitarlas en su esfera de acción crea confusión, incertidumbre y provoca incorrectas interpretaciones en su aplicación, lo cual aunado al hecho de que existe gente sin preparación académica, falta de moral y sin escrúpulos que aprovecha estas circunstancias para usurpar la actividad del licenciado en derecho dando descrédito y mal nombre a la actividad que éste realiza.

Ahora bien en relación a los sujetos pasivo y activo de este delito, se puede decir lo siguiente: El sujeto activo generalmente debería de ser el profesionista reconocido por la ley que se dedica a asesorar y representar los intereses de los particulares en asuntos judiciales, esto es, el licenciado en derecho, sin que eso quiera decir que no se comprenda que la realidad practica, muchas personas sin tener esta característica académica, realizan esta actividad y lo que realmente se requiere es que se reglamentara adecuadamente tal supuesto para que el

²² Miguel Villoro Toranzo, op cit. pags. 274 y 275

usurpador de esta profesión se le sancionara si comete el delito reglamentado en el artículo 181 del código penal vigente en el Estado de México, independientemente de la sanción a que se pudiera hacer acreedor por la usurpación estimada como delito autónomo con características propias.

De acuerdo al enunciado actual del artículo en análisis (181 del código penal vigente en el Estado de México), el sujeto activo lo será precisamente “LOS ABOGADOS”, y para los efectos de esclarecer estos conceptos, hacemos la siguiente cita: “abogado es el que aboga en pro de los derechos del litigante que es perito en jurisprudencia reconocido y autorizado legalmente; patrono es el defensor en juicio civil o en causa criminal . y de quien no se requiere que sea abogado; litigante, es el que litiga o pleitea, dirigido y aconsejado por el abogado o por el patrono, ambos defensores de sus derecho, ya como acusado o como ofendo en causa criminal o ya como actor o demandado en juicio civil, puede ser abogado patrono”... ²³

Esta Cita corrobora con mucho las ideas que se han venido exponiendo en el desarrollo de este trabajo en relación con la confusión que existe con la personalidad de los sujetos activos de estos ilícitos, toda vez que se dice que abogado es perito en jurisprudencia, reconocido y autorizado; y ya se mencionó conforme a este modo de ver, debería de ser Licenciado en derecho, en relación con el patrono, se dice que es el defensor en el juicio civil o en la causa criminal y que no existe el requisito de que sea abogado (licenciado en derecho), lo cual indiscutiblemente que se trata de un error por que la ley general de profesiones reglamentaria del artículo 5° constitucional, exige que para promover o asesora en una instancia judicial, se necesita el requisito de ser profesionista con titulo y cedula legalmente expedida por las universidades y la dirección general de profesiones respectivamente.

²³ Carranca y Trujillo, Raul op. cit. Pag. 459.

Aun cuando cabe aclarar que la creación del código penal en análisis, data del año 1931, la ley reglamentaria a que se ha referido fue promulgada con posterioridad esto en el año de 1948, sin embargo a pesar de las diferentes épocas de promulgación de las leyes citadas, este error debió de haber sido subsanado mediante la corrección legislativa correspondiente.

En relación con el litigante, se dice que es el que litiga o pleitea, dirigido y aconsejado por un abogado (licenciado en derecho), lo cual también constituye un error que propicia confusiones, usurpación, inseguridad, ya que no se define con precisión la personalidad del litigante por la doctrina, o quizá por la jurisprudencia, insistiendo que tal postura es incorrecta por que los particulares que tienen necesidad en un momento dado de recurrir a estos sujetos en busca de asesoría, representación o protección de algún derecho violado por no ser versado en derecho, los tratan sinónimamente creando desprestigio para la profesión.

Para efecto de la aplicación de este artículo, los activos del delito son tratados en igualdad de circunstancias sin que se agrave o disminuya la penalidad por los hechos de poseer un título o carecer de él.

En relación con los elementos constitutivos de estos delitos, se desprende de su enunciado lo siguiente: conforme a la fracción I del artículo 181 del código penal vigente en el estado de México, un elemento principal lo constituye el enunciado “abandone”, que dicha acción constituye un dolo específico además del previsto por el artículo 8 fracción I de mismo ordenamiento, cuando el activo es un licenciado en derecho y se retira del juicio o pleito en que se encuentra sin haber de por medio una causa justificada, lo que se presume que lo abandona por cuestiones dolosas y para obtener un beneficio económico, sin dar aviso a quien lo contrato.

En relación con la fracción II del artículo 181 del código penal vigente en el estado de México, otro elemento importante que se desprende se encuentra

comprendido en las palabras “solicitar la libertad provisional sin promover pruebas ni dirigirlo en su defensa”, que constituye un elemento normativo de valoración cultural por parte de juez quien deberá de ser expresamente cuidadoso al hacer su apreciación ya que el activo del delito como abogado tiene amplias facultades para conducir el juicio a su arbitrio dentro de los marcos que le impone la ley procesal y tratándose de solicitud de libertad provisional deberá de hacerlo en tiempo y forma correctos, ya que esto implica un ilícito, que por cuestiones aunadas a la privación de la libertad del procesado, este no toma en cuenta en ese momento debido a su estado actual de libertad.

Por lo que respecta a la fracción III del artículo 181 del código penal vigente en el estado de México, se hace mención principalmente en las palabras “patrocinen o representen a diversos contendientes” esto quiere decir que el abogado o licenciado en derecho que ha aceptado la responsabilidad de patrocinar en un pleito legal a una persona, no puede aceptar ser abogado de su contraparte ya que esto se encuentra fuera de toda ética profesional, al momento de que ha aceptado a uno como parte, y posteriormente quiere aceptar a la otra parte como su adversario, esto principalmente se refiere a que el abogado puede en cualquier momento inclinar la balanza hacia quien le pague mas o tenga preferencia por alguna cuestión personal.

Por último la fracción IV del mismo artículo 181 del código penal vigente en el estado de México, habla respecto a los abogados que extravíen documentos que tienen a su cargo por negligencia inexcusable, en este punto cabe hacer mención que el abogado al momento de que se le encomienda un documento para representar a una persona, se le da toda la confianza expresa ya que es quien va a representar ante los tribunales su asunto, y al momento de que ocurre un extravío de esta magnitud, se puede pensar que el abogado esta en su contra o trata de realizar acciones para que recaiga en el una sentencia que lo perjudique.

4.3 BIEN JURÍDICO TUTELADO

Después de haber realizado un somero análisis del sujeto activo y pasivo, así como de los principales elementos constitutivos del delito llamado de “ABOGADOS” se pasará ahora a realizar un estudio similar del “BIEN JURÍDICO TUTELADO”, por el artículo 181 del código penal vigente en el Estado de México, que en el presente caso lo es la “responsabilidad profesional”.

Al igual que algunos de los elementos analizados en el punto inmediato anterior, la responsabilidad profesional, según este modo de ver, tiene profundos cimientos de un valor normativo de apreciación cultural, toda vez que implica una serie de características éticas sociales, que deben necesariamente de ser custodiadas por la ley.

Este valor normativo necesita imperiosamente de presupuestos académicos en la personalidad de los sujetos, revestidos de una tabla de valores axiológicos de orden moral, que hagan funcional una actividad que hagan funcional una actividad profesional. Es de hacerse notar que estos ilícitos reglamentados por el código penal, se encuentran codificados en sus aspecto legislativo, en el capítulo tercero que reglamentan los delitos cometidos en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas, en una forma genérica, esto es, los ilícitos que pueden ser cometidos por cualquier profesionista.

Dentro de del capítulo relativo a la responsabilidad profesional como bien jurídico tutelado se encuentra además en el código penal vigente en el estado de México, en el artículo 182, el cual reglamenta la responsabilidad en que incurrir los médicos cirujanos y demás profesionales similares.

Se decía que en la responsabilidad profesional, como bien jurídico tutelado de los ilícitos en análisis, presupone un conocimiento académico y de orden ético, como cimiento principal de la capacidad de una persona para desarrollar una

profesión, una ciencia, una técnica o alguna actividad similar, queriendo con tal codificación, tutelar como bien jurídico las actividades realizadas por un profesionista para darles un poco más el valor intrínseco que estas requieren.

Es lógico comprender que muchos profesionistas, técnicos y similares en un momento determinado carezcan o pasen por alto la responsabilidad moral que su profesión les exige, adaptando su conducta por tanto al ilícito jurídico que se está analizando.

En términos generales en el caso de los profesionistas, médicos, cirujanos y similares, se infiere en su educación profesional la han realizado en el seno de recintos universitarios, en donde aprenden a curar enfermedades y preservar la vida, regidos siempre por supuestos morales y profundas bases de ética; al recibir su título universitario se comprometen por medio de un juramento (JURAMENTO DE HIPÓCRATES), que realizan ante su escuela, su universidad, sus compañeros y su patria, a utilizar esos conocimientos en beneficio directo de su prójimo, y de la humanidad, el cual constituye el acto de mayor solemnidad en su vida de estudiante y los obliga a contraer múltiples compromisos de orden ético en el ejercicio de su profesión y es por ello que se estima, que el legislador al establecer como bien jurídico tutelado, la responsabilidad profesional ha querido sancionar al profesionista que no observe estas exigencias derivadas de su actividad.

Situación parecida se encuentra en el bien jurídico tutelado en el artículo 181 del código penal vigente en el estado de México, que reglamenta los delitos cometidos en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas, ya que se entiende que en la actividad relativa a la práctica profesional de los Licenciados en Derecho, quienes en ese aspecto también su capacidad profesional y sus conocimientos los adquiere en las aulas universitarias en donde también reciben su enseñanza dentro de un marco de ética y de moral que los prepara para su futuro ejercicio profesional y al igual que después de sustentar su examen, reciben el título de LICENCIADO EN DERECHO, en los siguientes términos:

“este jurado después de calificar vuestros conocimientos, os ha considerado digno de recibir el título de Licenciado en Derecho, que os habilitara legalmente para el ejercicio de la abogacía.

En la práctica de profesión tan noble, tened presente ante todo que la seguridad y el bien común bajo el imperio de la justicia, son los fines primordiales del orden jurídico; que al aplicar la ley debéis hacerlo con serenidad y rectitud; que todo profesional contrae la obligación de continuar estudiando para lograr su propia superación, y para contribuir al progreso del saber humano, y al perfeccionamiento de las instituciones, con el fin de lograr la paz y solidaridad entre los hombres y las naciones; y que en el fondo de todo el conflicto hay una cuestión superior de interés social.

No olvidéis que al ejercer dicha profesión, las personas que ponen en vuestras manos la defensa de su patrimonio, su honor, su libertad y tal vez su vida confían no solo en vuestro saber, sino también y acaso más en vuestra lealtad y honradez estimando que seríais incapaz de anteponer a su interés legítimo vuestros intereses y pasiones.

Recordados así algunos de los principales deberes que os impondrá el título que recibiréis en breve, solamente os falta protestar su debido cumplimiento.

¿PROTESTAIS SOLEMNEMENTE Y BAJO VUESTRA PALABRA DE HONOR QUE AL EJERCER LA PROFESIÓN DE LICENCIADO EN DERECHO, TENDRÉIS COMO NORMA SUPREMA DE VUESTRA CONDUCTA NO SOLO LA LEY, SINO TAMBIÉN LA MORAL Y LA JUSTICIA?

“SI PROTESTO”

SI ASÍ FUERE, QUE LA REPÚBLICA Y LA UNIVERSIDAD OS LOS PREMIEN Y SI NO, OS LOS DEMANDEN”

De este juramento se desprende que al realizarlo, el sustentante adquiere un compromiso moral con la república y con la universidad, el cual deberá cumplir en los términos que lo ha formulado.

También se desprende que el jurado después de calificar los conocimientos de quien presenta el examen lo ha considerado digno de recibir el título e licenciado en Derecho, lo cual reafirma con mucho lo que se ha sostenido en párrafos anteriores, pero debemos hacer notar que se incurre en el mismo error al decir “que os habilitara legalmente para el ejercicio de la abogacía”, de donde se concluye que aún en la propia universidad no se ha aclarado al distinguir o establecer una diferencia clara entre estas figuras o instituciones, pensando también que la causa de esta situación es la misma que se ha venido analizando o sea el tradicionalismo histórico se refleja en esta cuestión.

Por lo que se refiere al contenido del juramento en sí, nos recuerda que se obliga moralmente al postulante a recibir principios generales de moralidad con base a la justicia establecida, valores éticos que nunca se deben pasar por alto, basados en la lealtad y honradez de quien jura ante la universidad y ante su patria.

Del juramento anterior se reafirma que este nuevo profesionalista también adquiere la obligación de ejercer su profesión en bases éticas y morales adquiriendo plena capacidad moral para que así lo realicen.

Esta situación es similar para todos aquellos profesionistas que realizan sus estudios en escuelas, y universidades de reconocida solvencia y capacidad moral, que los prepara en forma debida para el ejercicio de su profesión y que naturalmente deberán estar reconocidas conforme a las leyes vigentes de la educación, por que se infiere que en todos estos casos, paralela a la educación docente, recibirán la correspondiente educación moral, lo cual será un presupuesto de bastante fuerza en un momento determinado, ya que su vida profesional le podrá impedir o evitar la realización de estos ilícitos.

La problemática se presenta con mayor frecuencia, cuando no existen estos presupuestos de orden jurídico y moral, que se desprenden de los propios enunciados de estos artículos, al decir por ejemplo: en el artículo 182 fracción II, “los médicos, cirujanos, parteros, enfermeros y demás profesionales y similares y auxiliares...”, o en el caso del artículo 181 que dice en sus cuatro fracciones “los abogados...”, ya que ambos supuestos se refiere a personas que no reúnen los requisitos de preparación ética y moral analizados en párrafos anteriores, por tal razón esta situación justifica plenamente la intención del legislador en el sentido de que el bien jurídico tutelado, de estos ilícitos, lo sea la responsabilidad profesional, ya que ello le dará mayor solidez al bien jurídico tutelado por la ley penal.

Si dentro de los supuestos que se reglamentan en estas conductas antijurídicas, únicamente se regularan actividades realizadas por gente de preparación universitaria, las sanciones y presupuestos derivan de ser otros, pero como de su enunciado se desprende la posibilidad de que los ayudantes, auxiliares y similares, también desempeñen esta actividad, y quizá en muchos casos hasta que lleguen a usurpar la profesión, resulta necesario que se hagan estas reglamentaciones para proteger el bien inmaterial de que se trata, pugnando con ello por que las realizaciones cotidianas entre los profesionistas y los particulares sean mas éticas y mas humanas, plasmadas dentro de un marco de legalidad que proporcione un mejor funcionamiento.

4.4. EL CONTRATO CUOTA LITIS

Al haberse mencionado anteriormente la figura delictiva contenida en los artículos 305 y 306 fracción I, del código penal vigente en el Estado de México, que como ya se ha repetido reglamenta el delito de Fraude genérico y específico, respectivamente, y el artículo 181 del mismo ordenamiento jurídico, que reglamenta los delitos de profesionistas denominados Abogados, esto lleva a pensar que las relaciones entre el activo y pasivo de estos ilícitos, se generan con base a un contrato o acuerdo de voluntades, entre un profesionista, similar o auxiliar y un particular, que comúnmente es conocido en la actualidad como el “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES”.

Es lógico desprender que este tipo de relaciones se encuentran perfectamente bien delimitadas y reglamentadas por nuestro derecho civil, en el capítulo relativo a los contratos, sin embargo, para los efectos de una mejor comprensión de estas cuestiones se hará una breve referencia de carácter histórico-doctrinario, donde resulta y resalta como antecedente importante el llamado “CUOTA LITIS”; Gramaticalmente una de las acepciones de la palabra litis, esta empleada como sinónimo de litigio; por cuota, se debe entender cantidad o precio, esto es la suma que se cobrará por atender o asesorar un litigio, por lo que al respecto se considera necesario hacer la siguiente cita: “ CONCEPTO DE PACTO DE CUOTA LITIS, aceptando la definición de escribano, consideramos que este pacto es el que hace el litigante con otra persona, ofreciéndole cierta parte de la cosa litigiosa si se encargara de seguir el pleito y lo gana...”, “...por su parte Carmeluti, dice: El carácter del pacto se haya determinado por el que se reconozca al vínculo que une al cliente con su defensor, el cual debe de traducirse en el contrato denominado patrocinio legal, en el que se elimina la ingerencia del cliente en la dirección del trabajo del defensor para la consecuencia del resultado...”²⁴

De la anterior cita se desprende que el llamado pacto de Cuota Litis, constituye tanto en la doctrina, como en los datos Históricos, un antecedente

²⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit. Tomo V, pag. 334 y 335.

importante del contrato de prestación de servicios profesionales, haciendo notar que su connotación antigua no es la misma que en la actualidad, toda vez que de los conceptos contenidos en la cita se desprende, que en alguna ocasión el pago de los servicios prestados se encontraba sujeto al resultado del negocio, criterio que se modifica en la actualidad.

De la definición de Carmelutti, se desprende que la obligación del profesionista debe existir siempre en el contrato de prestación y al presentarse esta situación se manifiesta una necesidad de interés procesal, la cual debe de resolverse en el proceso.

Dentro de la principal problemática, que el aspecto doctrinario presenta, se encuentra polémicas bastante complejas en relación a esta cuestión, como lo son por ejemplo el hecho de que si al celebrarse este contrato, dentro del mismo deberán pactarse únicamente el pago de honorarios para el profesionista que lo celebra, o si dentro el mismo deberán comprenderse los gastos inherentes al juicio; si el profesionista deberá comprometerse a obtener un resultado positivo para poder cobrar los honorarios devengados; cual deberá ser precisamente la época y reforma d celebración del contrato, esto es, sin antes, durante o después de que se presentaron los hechos que obligan a la intervención del profesionista; si es correcto que algunas legislaciones del mundo prohíban la celebración de este contrato y el hecho de que otras determinen expresamente su nulidad como lo fue el caso de la legislación española y los códigos argentinos que de manera especial rechazan el pacto de Cuota Litis; o el silencio, legislaciones argentinas que omitieron su reglamentación; o de otras legislaciones que en forma expresa recogieron de su seno como lo es el caso de Uruguay y Perú, o de las legislaciones intermedias que tibiamente aceptaron su reglamentación, por lo que se debe llegar a la conclusión de que el pago de cuota litis, sea regulado de manera absolutamente diversa por las legislaciones, por la doctrina y por la jurisprudencia y como existen diversas tendencias se puede hablar de varios grupos; unos que lo aceptan, otros

que lo rechazan y una intermedia que los acepta precariamente, aun cuando el criterio actual debe ser en el sentido de aceptarlo y reglamentarlo adecuadamente.

Estos datos constituyen un antecedente directo de nuestro contrato de prestación de servicios profesionales, reglamentados, como ya se dijo en el código civil, aclarando que el contrato de Cuota Litis, en su acepción antigua no existe en nuestra legislación, sino que debemos entenderlo como un antecedente histórico de nuestro moderno acuerdo de voluntades llamado Prestación de Servicios Profesionales.

Por su parte el Código Civil en vigor establece en su título décimo, relativo al Contrato de Prestación de Servicios en el capítulo II relativo a la Prestación de Servicios Profesionales, en su artículo 2606 “El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar de común acuerdo, retribución debida por ellos...” y por su parte el artículo 2608 del citado ordenamiento, establece “...Los que sin tener el título correspondiente ejerzan profesiones para cuyo ejercicio la ley exige título, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho de cobrar retribución por los servicios profesionales que hayan prestado.

De estos preceptos legales se desprende, que con base a un acuerdo de voluntades lícito, ambas partes (profesionista y particular), puede convenir libremente en relación con la prestación de un servicio profesional y el pago de honorarios por dicha prestación, igualmente se desprende que la propia ley exige que el profesionista tenga título debidamente requisitado por la ley, imponiéndole como sanción en caso de no tenerlo la prohibición de cobrar honorarios aún cuando los servicios ya se hayan prestado, esto es, que ni tan siquiera un estudiante o pasante podrá cobrar honorarios profesionales, mucho menos alguna persona que carezca de estos requisitos que exige la ley.

Sentado el principio general del Contrato de Prestación de Servicios profesionales y atento a lo dispuesto por las corrientes doctrinarias actuales,

contenidas en las modernas legislaciones vigentes, por medio del Contrato de Prestación de servicios Profesionales, un particular puede convenir con un profesionalista legalmente autorizado en hacerse cargo, patrocinar, defender y asesorar a una persona en un asunto jurídico y por dicha actividad convenir en el pago o retribución de esta actividad profesional, sin que dicho paso se encuentre sujeto a alguna condición o requisito previo o necesariamente al resultado del juicio.

Esta convención entre particulares y profesionistas, puede ser en cualquier rama de la ciencia, ya se trate de un ingeniero, un médico, un abogado, etcétera, e inexplicablemente en el capítulo relativo a la responsabilidad profesional del código penal en vigor, únicamente se establecen sanciones penales para los médicos, cirujanos y similares; así como a los abogados, siendo omisa nuestra legislación en los renglones de otras actividades profesionales que igualmente se pueden originar y se originan con un contrato de prestación de servicios profesionales, entendiéndose que en el supuesto de existir incumplimiento o abandono por parte de otros profesionistas, esto no quiere decir que su actuación quedara impune, pero la sanción no será de acuerdo a nuestra legislación penal, sino que en todo caso será de naturaleza civil.

Para reafirmar lo anterior, no se debe olvidar que nuestra Carta Magna en su artículo 14, prohíbe imponer penas por simple analogía o por mayoría de razón y se piensa que nuestra ley penal en tal supuesto debería de ser subsanada en cuanto a esta omisión se refiere, ya que en un momento determinado la gravedad de la responsabilidad profesional no es exclusiva de los médicos y los licenciados, sino que se puede presentaren cualquier rama del conocimiento.

4.4.CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO PARA EL ABOGADO PATRONO

Después de haber realizado en forma somera los derechos y las obligaciones que contrae el profesionista del derecho al celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales se ha podido captar cuan grande es la responsabilidad que se adquiere al comprometerse a prestar una asesoría, dirección, representación o defensa, por lo que lógicamente que los particulares que carecen de conocimiento de la ciencia del derecho, confían plenamente en base a este contrato en una adecuada e idónea asesoría técnica jurídica, pensando que el profesional será incapaz de desproteger o abandonarlo en un negocio jurídico.

Esto tiene su base en el presupuesto de que un Licenciado en Derecho, posee conocimientos jurídicos adecuados y suficientes, una trayectoria de relaciones sociales bien delimitadas y principios éticos solidamente reflejadas para el servicio de su actividad. La reflexión a realizar, será la siguiente: ¿qué sucedería si a pesar de la existencia de estos presupuestos, el profesionista no cumple con sus obligaciones?, ¿qué sucedería si el profesionista pasando por alto sus principios éticos y morales y sin causa que lo justifique abandona su asesoría?, ¿qué sucediera si por negligencia, impericia, falta de dirección o de cuidado, el profesionista no cumple con las obligaciones contraídas en el contrato de prestación de servicios?, la situación es grave para el particular que confía plenamente en que será debidamente representado.

Al respecto se pueden observar dos situaciones, la primera, cuando en contrato de prestación de servicios, se realiza observando las formalidades esenciales que exige la ley, esto es, que la realicen por escrito, con testigos, etcétera, el cual el profesionista se compromete fehacientemente a realizar sus actividad, estableciendo posibilidades que deberá de cumplir en los términos, plazos y condiciones de su acuerdo de voluntades, ya que queda una constancia escrita de las obligaciones contraídas y en donde prácticamente no existirá mayor problema para el particular de exigirle su obligación.

Una segunda posibilidad se presenta cuando dicho contrato de prestación de servicios, se realiza de manera verbal, sin que exista constancia de las obligaciones que se pactan y que se contraen, ya que en todo caso el particular se encontrara en desventaja para exigir el cumplimiento de una obligación.

De lo anterior se desprende que el incumplimiento por parte de los Licenciados en Derecho, en una representación o asesoría, traerá consecuencias graves para los particulares que han depositado su confianza en ellos, por ejemplo, materia civil, el incumplimiento por parte del asesor, representante o apoderado, necesariamente tiene que repercutir en aspectos de orden patrimonial, llámese daños o perjuicios, pago necesario de interés, menoscabo en la fortuna, perdida total o parcial del patrimonio, perdida de derechos, pago de gastos y costas, etcétera, la cual siempre ira en detrimento de los bienes materiales de los particulares, en materia laboral si se asesora al trabajador, siempre implicaran la perdida o disminución de los derechos que otorga nuestra Carta Magna en el artículo 123 que reglamenta las relaciones obrero patronales, si se asesora al patrón, el incumplimiento, siempre traerá perjuicio del orden patrimonial con daño directo al patrón.

Un aspecto de palpitante actualidad en relación con el delito de los Licenciados En Derecho, se presenta con las reformas y adiciones incluidas en la Ley Federal del Trabajo, que se encuentra en vigor relativas a la agilización del procedimiento laboral y a la forma de desahogar sus pruebas.

En relación con la representación que los abogados efectúan en materia laboral, se ha establecido que si estos dejaren de comparecer a dos o mas audiencias , automáticamente nacerá acción penal en su contra.

Y al respecto se considera que dicho supuesto debe ser mejor pensado y nuevamente legislado en virtud de que no se establece con claridad si la asistencia a las audiencias, puede o no debe de ser injustificado y en todo caso

este supuesto deberá de tener plena aplicación para los procuradores de la defensoría del trabajo o para aquellos profesionistas que devengan un salario previamente establecido en una empresa, pero en el caso del abogado particular deberá establecerse claramente la situación de si puede no ser justificado su inasistencia.

En materia penal, las consecuencias del incumplimiento por parte del asesor o defensor siempre afectará a la libertad del procesado, ya que este siempre vera agravada su situación por una mala defensa toda vez que el bien a tutelar es su libertad.

Cuando un profesionista acepta una asesoría, patrocinio o defensa, implícitamente se compromete a promover todo lo que en derecho se exige para realizar su actividad en forma correcta y no existiendo causa que lo justifique, tiene la obligación de hacer uso de todos los recursos que su capacidad profesional le proporciona, tendientes a lograr los objetivos comprendidos en el contrato de prestación de servicios profesionales, aclarando que dichos objetivos deben de ser enmarcados en cuadro de lógica y de licitud, sin llegar a comprometerse a la realización de situaciones injustas, inmateriales o imposibles, por que en tal supuesto de antemano se podría entender que jamás lograra su cometido.

Otra consecuencia grave de incumplimiento por parte de profesionistas del derecho, lo será el hecho de que con tal actitud, encuadrara su conducta en el ilícito que reglamenta el artículo 181 fracción II del código penal vigente en el Estado de México, que se refiere a cuando el abogado solamente se concreta a solicitar la libertad del inculgado sin promover ni dirigirlo e su defensa.

Lo anterior tiene relevancia por que se ha generalizado la practica común en los tribunales penales de aceptar una defensa y únicamente solicitar la libertad caucional con apego a la fracción I del artículo 20 Constitucional; con posterioridad no promueve ninguna diligencia , no aportan pruebas ni prestan asesoría legal

necesaria para demostrar la inocencia del procesado o a atenuar su responsabilidad, lo cual ocasiona gravísimos perjuicios a los derechos de defensa del reo y ocasiona que el profesionista por sus incumplimientos comete el ilícito penal a que se ha referido anteriormente.

Esta práctica de abandono por parte del defensor desprestigia la actividad profesional del Licenciado en Derecho y solamente es justificable cuando exista causa suficiente para su realización como o podrá ser, el maltrato al defensor, proposiciones ilícitas, falta de pagos de honorarios, profesionales, etcétera.

Se entiende que cuando el profesionista acepta el cargo de defensor implícitamente ha celebrado un contrato de prestación de servicios profesionales que lo obliga a realizar todas las actuaciones inherentes a su cargo, independientemente de que la ley penal lo amenace con una sanción si incurre en el incumplimiento o abandono, toda vez que las diversas etapas procesales, son de naturaleza preclusiva, esto es que existen términos y plazos en el proceso que el defensor debe de comprender, hacer y manejar con habilidad y capacidad suficiente, y si no lo hace, los resultados siempre serán negativos y graves para los intereses del procesado, imaginando por un momento que un defensor por negligencia o abandono omite recurrir un auto o presentar las pruebas necesarias para demostrar la inocencia del inculcado, recordando que una de las finalidades esenciales del proceso, lo son precisamente el conocer los hechos históricos que motivaron el proceso y conocer la personalidad del procesado, esto en su grado de temibilidad; ante tal situación el titular del órgano jurisdiccional se encontrara imposibilitado jurídicamente para emitir una sentencia justa y apegada a derecho, por lo que el órgano de la defensa como sujeto procesal de relevante importancia omitió cumplir con su obligación, causando los daños que se han anotado y que difícilmente podrán ser subsanados.

Con lo anterior se quiere decir, que los sujetos procesales, en especial el defensor, sea particular o de oficio, tiene la obligación no solo de cumplir con las

funciones que le impone la ley, sino que además debe de procurar agilizar las actuaciones judiciales para los efectos de que la llamada prisión preventiva no sea injustamente prolongada ya que esto redundara directamente en perjuicio de los intereses del procesado e indirectamente en perjuicio de los intereses del estado, por que al prolongarse la prisión preventiva, tendrá que hacer mayores erogaciones para la manutención y readaptación de estos sujetos que se encuentran privados de su libertad lo cual se ha demostrado plenamente con las estadísticas que se han aportado al respecto.

En virtud de la Constitución lo exige; que todo inculpado tenga un defensor; si éste no lo puede pagar, el estado le proporcionara uno de oficio, cuyos servicios serán gratuitos y esto se encuentra en la posibilidad de que estos defensores también incurrirán en el supuesto del abandono, en cuyo caso el artículo 181 del código penal vigente en el Estado de México, establece que la sanción que se le impondrá será la destitución de su empleo, independientemente de los que fije la ley.

Se ha dicho en múltiples ocasiones que el estado gasta muchísimo dinero en el establecimiento y manutención de las cárceles preventivas y sin duda alguna, una prolongada estancia en ellas obedece al poco interés de que los defensores, particulares o de oficio prestan a su defensor.

4.6 COMPARACION ENTRE EL ILICITO COMPRENDIDO EN EL ARTÍCULO 306 FRACCION I CON EL 181 DEL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.

Para establecer una comparación acerca de los ilícitos que se han mencionado en el subtítulo de este capítulo, se toma como base y punto de partida todos y cada uno de los conceptos y opiniones que se han venido manejando durante el desarrollo de este trabajo, estableciendo por lo tanto cuáles son las principales diferencias y relaciones que existen entre la fracción i del artículo 306 y los ilícitos contenidos en el artículo 181 del código penales vigente en el Estado de México, para poder lograr una comprensión del tema en análisis.

Si se hace una reflexiva lectura de estas cuestiones, se llegará a la conclusión de que sus conceptos, definiciones, contenidos y elementos, son bien diferentes y tienen una función determinablemente específica cada uno de ellos. Ya que se podría pensar a simple vista que existe cierta similitud entre ellos y quizás opinar que inútilmente se encuentran repetidos en nuestra legislación, afortunadamente las diferencias son claras, concretas y perfectamente determinables y aunque tienen pequeños puntos de contacto esto no es nada extraño, ya que de hecho, muchos de los delitos que reglamente el código penal en vigor presentan esta aparente similitud o concordancia, como lo sería el caso del robo, fraude y abuso de confianza, pero como ya lo apuntamos en el caso de estos delitos, sus relaciones y diferencias son bastante claras.

Al respecto se considera indispensable establecer comparación entre estos ilícitos en cuando a su reglamentación legislativa toda vez que la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, aun cuando alguna vez a sido considerado por algunos autores como delito de abogado, en realidad se encuentra encuadrado dentro del inciso del llamado fraude específico y de su enunciado o redacción se desprende que realmente no lo es, ya que el hecho de que se hable de asesorías, defensa, patrocinio o abandono, éste no constituye, más que un simple medio para que el activo logre el engaño y la lesión patrimonial al pasivo, como se ha analizado en el punto 3.1. del capítulo III de este trabajo,

recalcando que en ninguna parte de su enunciado establece el requisito de que esta conducta delictiva deba de ser cometida por un licenciado en derecho, y estableciendo una comparación directa con el artículo 181 del mismo ordenamiento jurídico, estos ilícitos no tienen ninguna relación en cuanto a su reglamentación legislativa, con el fraude específico, a que se ha referido, sino por el contrario en este aspecto detenta autonomía, ya que específicamente reglamentan la conducta de los Licenciados en Derecho, a referirse a la conducta de los asesores, al abandonar la defensa y a concretarse a aceptar el cargo de defensor, solicitar la libertad, no prestar asesoría durante el proceso

Como podrá observarse en el tipo en análisis en cuanto a su reglamentación legislativa se encuentra comprendido dentro del llamado fraude específico.

Por lo que respecta a las diferencias que existen entre los supuestos que participan en la comisión de estos ilícitos al establecer una comparación, se repite, que en tratándose de la fracción I del artículo 306, de su redacción se desprende, que el activo puede ser cualquier persona y el pasivo cualquier particular y tratándose del artículo 181 en sus cuatro fracciones, el activo necesariamente deberá de ser un abogado un patrono o un litigante, cuyas características también se han dejado anotadas en el desarrollo del capítulo III de este trabajo y el pasivo lo será siempre un particular, de donde se establece que la variante de estos ilícitos en cuanto a los sujetos, solamente lo encontramos en los sujetos activos, por las consideraciones que se acaban de mencionar lo cual se hace notar a manera de comparación.

Siguiendo la misma temática, en relación con el bien jurídico tutelado, se encuentra comparativamente hablando que en la fracción I del artículo 306, éste lo será la integridad y conservación del patrimonio y tratándose del artículo 181 el bien jurídico tutelado, lo será la responsabilidad profesional, que es un bien del orden moral y cultural cuyas características y proyecciones también se han analizado en el desarrollo de este trabajo, por lo que al establecer una comparación entre estos

bienes a tutelar se encuentra que tienen profunda diferencia en cuanto a su valor jurídico y económico, así como en sus presupuestos, funcionalidad y proyección; ya que el primero implica una valoración eminentemente económica, y los segundos una valoración del orden ético moral y social.

En cuanto a la penalidad de estos tipos mencionados se encuentra que la fracción I del artículo 306 en términos generales, puede ser mayor aunque cabe aclarar que en caso de fraude específico, este siempre tiene una relación directa, atendiendo al monto de lo defraudado, y en caso de los otros ilícitos en cuestión, la penalidad siempre será menor ya que el artículo 181, establece una pena de uno a tres años de prisión y de cincuenta a setecientos días multa, además de seis meses a dos años de suspensión del derecho a ejercer la actividad profesional y privación definitiva de caso de reincidencia. Que no se comparan con las altas penas establecidas para el fraude, dependiendo lo defraudado, por lo que queriendo interpretar la intención del legislador, al respecto podrían concluir que este quiso darle una mayor protección al bien jurídico llamado patrimonio que se ve lesionado con el engaño o la falacia al ser realizada la conducta por el activo del delito y estableciendo una diferencia comparativa entre ambos delitos, se concluye que no es que el patrimonio como bien jurídico a tutelar, tenga mayor relevancia o importancia que el otro, que lo es la responsabilidad profesional, sino que, lo que realmente sucede es el hecho de que la fracción I del artículo 306 se presente con mayor incidencia que los otros y que en un momento determinado la situación económica de un país, pudiera darle mayor importancia al primero y por eso establecer una mayor penalidad como amenaza al infractor que encuadre sus conductas a estos ilícitos

También resulta necesario establecer otras comparaciones con las consecuencias que producen estos ilícitos, en el caso de la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, además de la lesión natural que se produce al patrimonio del pasivo, existen otras consecuencias dañinas como lo son la posibilidad del perjuicio en su derecho a la libertad, en sus derechos

jurídicos, a sus garantías individuales, las cuales son propiciadas por la renuncia injustificada, el abandono o la falta de asesoría que ya se ha visto, que en este caso son utilizados por el activo como un medio o promesa, detrás de la cual se escuda el engaño o el error para la obtención de una ganancia injusta o ilícita, provocando la lesión al patrimonio.

Pero se quiere hacer hincapié en el hecho de que además del bien jurídico tutelado, se lesiona uno de los valores mas grandes que detenta cualquier ciudadano y que lo es la libertad ya que al sufrir la falta de asesoría o representación sin causa justificada confiando en que le ha de ser proporcionada, sus derechos y garantías, se verán menoscabadas, trasgredidas y vulneradas con el consiguiente perjuicio de su libertad.

Por lo que respecta a las consecuencias materiales que arroja la comisión de los delitos contenidos en el artículo 181 del mismo ordenamiento, éstas serán las mismas que las anteriores analizada, con la agravante de que por la propia naturaleza del activo se presume serán sometidas por un profesionista, situación que a todas luces es mas criticable por la naturaleza calificada de su autor y que igualmente repercute en violación de derechos jurídicos y de garantías individuales al dejar sin protección al pasivo del delito.

Se dice que es mas criticable, por que al abandonar el asunto que ha tomado en sus manos, abandonando la defensa, negligencia en la asesoría, implica carencia de valores morales, éticos, profesionales que en un momento determinado causaran gravísimo perjuicio a los intereses de los particulares.

Por último se mencionara que las posibles relaciones existentes entre uno y otros, será que en alguna ocasión son aparentemente semejantes, por que a simple vista de la impresión que reglamenta actividades relacionadas con los Licenciados en derecho, pero ya se ha establecido hasta la saciedad que poseen profundas diferencias en cuanto a sus elementos y concepciones, por lo que no es posible

establecer una relación directa entre uno y los otros sino que recalcar que la única relación notoria, es la que en el fraude se contempla la posibilidad de que la conducta la realice un profesionalista y en el delito de abogados este será siempre cometida por un profesionalista y que las consecuencias, además de la lesión del bien jurídico tutelado, en ambos casos ocasionará perjuicios similares al sujeto pasivo en sus garantías individuales, en su derecho de defensa.

Independientemente de lograr el objetivo de la obtención de un grado académico, al realizar este trabajo, se desea hacer conciencia a los compañeros universitarios y en lo futuro a los compañeros de profesión, sobre la necesidad urgente de meditar sobre estas cuestiones relativas a nuestra actividad profesional, pretendiendo darle únicamente la solidez un tanto perdida a la actividad del Licenciado en Derecho, que en nuestros días se encuentra empañada, por que alrededor de estos profesionalistas, gravitará gente sin preparación académica y sin principios éticos, que usurpando la profesión arrojan aspectos negativos a la misma, la cual tiene una tradición histórica y académica que debe ser impulsada a lograr metas de superación universitaria y profesional para su propio beneficio.

4.7.NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 306 FRACCION I DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO

Como se ha establecido anteriormente en el desarrollo de este trabajo en el sentido de que en delito de FRAUDE específico que se contempla en la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, tiene una semejanza a lo establecido por el artículo 181 del código antes invocado en sus diferentes fracciones, ya que el artículo 305 contempla el delito de Fraude en su forma genérica, y el artículo 306 fracción I establece “El que obtenga dinero, valores o cualesquiera otra cosa, ofreciendo encargarse de la defensa o gestión a favor de un inculpado, o de la dirección o patrocinio de un asunto civil, familiar, mercantil, laboral o administrativo si no efectúa aquella o no realiza este, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma o por que renuncie a abandone el negocio o la causa sin motivo justificado”. De lo anterior se desprende primeramente que la persona de la que se esta hablando es una persona común y corriente, por que no esta especificando que deba de ser un abogado o un licenciado en derecho, pero sin embargo, dicha fracción al leerla cuidadosamente, la mente lleva de inmediato a pensar que se trata de un delito de abogados, por que comúnmente son las personas que se les encomienda dicho cargo.

En segundo lugar el artículo 181 en sus cuatro fracciones, habla de los delitos de los abogados estableciendo en dicho artículo que cuando se encuentra un profesionista del derecho realizando sus funciones a las cuales se le han conferido por parte del algún cliente o indiciado en un proceso judicial y realiza en esos momentos algunos actos que se encuadran en dicho artículo, se le castigara por tales hechos por lo tanto cabe señalar que en dicho ordenamiento no se menciona la palabra “LICENCIADO EN DERECHO”, que es la profesión en la cual entran los llamados “ABOGADOS” siendo los primeros de los mencionados los que presentan un titulo profesional y los segundos solamente que se encargan de alegar por otra persona o representarla ante los tribunales.

En este sentido se establece que en el artículo 306 fracción I se contempla el delito de Fraude específico debido a que en dicha fracción se enumeran varias causas de las cuales cada una de ellas se encuentran encuadradas a la profesión de los abogados o litigante, solamente que en dicha fracción en ningún momento se menciona a dichos profesionistas, esto quiere decir que si estamos hablando de acciones que solamente se pueden cometer por un abogado o un litigantes en relación a su profesión, dicha fracción no menciona a los profesionistas del derecho, por tal motivo se está fijando dicha conducta en una persona común y corriente que no necesita ser profesionista o que no necesita de ningún título o autorización de las autoridades correspondientes.

Ahora bien si se tiene en el artículo 306 fracción I el delito de Fraude en su modalidad específica, por la prestación de un servicio, que originalmente se contempla sola y exclusivamente para los profesionistas del derecho, entonces pues si esto se encuentra encuadrado en un “LICENCIADO EN DERECHO”, o ABOGADO ¿por qué no se encuentra previsto en el artículo 181 del código penal que es donde se encuentran los delitos de los abogados en sus cuatro fracciones.

Asimismo se debe de dejar bien claro lo siguiente: que la fracción I del artículo 306 código penal vigente en el Estado de México solamente habla de las personas comunes y corrientes que cometen el delito de fraude a quienes obtengan dinero, valores o cualesquiera otra cosa, ofreciendo encargarse de la defensa o gestión a favor de un inculpado, o de la dirección o patrocinio de un asunto civil, familiar, mercantil, laboral o administrativo si no efectúa aquella o no realiza éste, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma o por que renuncie a abandone el negocio o la causa sin motivo justificado, no sancionando dicha fracción por esta causa sino que tendríamos avocarnos al artículo 307 en cualquiera de sus diferentes fracciones según el monto de lo defraudado, ahora bien el artículo 181 en su fracción I, menciona “los abogados que abandonen el mandato, patrocinio o defensa de un negocio judicial, administrativo o de trabajo sin causa justificada”, en

su último párrafo de este artículo menciona la penalidad a que es acreedor , sin importar la cantidad que haya recibido por su trabajo.

El motivo de reformar el artículo 306 fracción I del código penal vigente en el estado de México, lo es principalmente la comparación que se encuentra en nuestros días del código en mención con el código penal del distrito federal, debido a que antes de las últimas reformas de este ultimo se encontraba en los artículo 386 donde se establecía el delito de Fraude genérico, con sus tres fracciones para determinar su sanción conforme al valor de lo defraudado, y el artículo 387 fracción I, en el cual a su letra decía “ Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán: I Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio de un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquella o no realiza ésta, sea por que no se haga cargo legalmente de la misma, o por que renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado”. Esto es, que en el código penal vigente en el Distrito Federal ya no existe este artículo como tal ya que en las ultima reformas que se elaboraron de este código, el artículo 230 establece el fraude genérico y en sus cuatro fracciones establece la sanción correspondiente conforme al valor de los defraudado, y el delito de fraude específico establecido en el artículo 231 en sus XV fracciones ya no contempla la fracción I, ninguna de las acciones que contemplaba su antecesor fracción I.

Finalmente a efecto de que se pudiera resolver dicha cuestión en este sentido se propone que la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, se modifique, se elimine o se cambie dicha fracción al artículo de los delitos que contempla el artículo 181 del mismo ordenamiento referente a los cometidos en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas, que es donde se encuentra dicho ilícito y que formaría una fracción mas en ese artículo. Asimismo se establece que para aquellos que realicen el ilícito, contenido en la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el estado de México, una vez que se haya

reformado, se tipifique en el artículo 305, del mismo ordenamiento, en cual establece el fraude genérico.

Una vez eliminada la fracción I del artículo 306, quedaría de la siguiente manera en el artículo 181:

CAPITULO III
DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE
ACTIVIDADES PROFESIONALES O TECNICAS

“artículo 181. Cometén este delito:

I Los abogados que se hayan ofrecido encargarse de la defensa o gestión a favor de un inculpado, o de la dirección o patrocinio en un asunto judicial, civil, familiar, mercantil, laboral o administrativo, si no efectúa aquella o no realiza éste, sea por que no se haga cargo legalmente o por que renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado

II Los abogados del inculpado que se concrete a solicitar la libertad provisional, sin promover pruebas ni dirigirlo en su defensa;

III Los abogados que patrocinen o representen a diversos contendientes en negocio judicial, administrativo o de trabajo con intereses opuestos, o cuando después de haber aceptado el patrocinio o representación de una parte, admitan el de la contraria; y

IV Los abogados que teniendo a su cargo la custodia de documentos, los extravíen por negligencia inexcusable.

A los responsables de este delito se les impondrán de uno a tres años de prisión y de cincuenta a setecientos días multa, además de seis meses a dos años de suspensión del derecho de ejercer la actividad profesional y privación definitiva en caso de reincidencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El fraude es una figura jurídica antigua como se ha señalado en el desarrollo de este trabajo, originalmente se identificaba como el engaño y el enriquecimiento ilegítimo en sus múltiples modalidades por parte del activo en el detrimento patrimonial del pasivo, aun cuando no se contemplaba con los elementos que actualmente se conocen.

SEGUNDA.- En relación al delito de los cometidos en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas, comprendido en el artículo 181 del código penal vigente en el Estado de México, materia de este trabajo, difícilmente se puede encontrar en la Historia un antecedente directo, pues este se configura y aparece hasta las modernas legislaciones en razón de que los legisladores actuales han querido proporcionar una tutela jurídica adecuada a los particulares, cuando estos solicitan los servicios y asesoría jurídica de un profesionista de esta especialidad

TERCERA.- En relación al delito de Fraude en las diversas etapas históricas han tenido diferentes acepciones de acuerdo a las épocas y legislaciones de cada país y en casi todas ellas ha existido una plena identificación con alguno de sus elementos como el enriquecimiento ilícito. La evolución doctrinaria respecto de esta figura delictiva, actualmente aflora con características propias, quedando perfectamente establecidos sus elementos en nuestro derecho positivo vigente. La doctrina como las legislaciones han tenido la tendencia a unificar sus criterios en cuanto a su conceptualización.

CUARTA.- Debido a las inadecuadas redacciones de nuestras disposiciones legales y a las confusiones semánticas derivadas de su interpretación, resulta necesario establecer claramente los posibles puntos de contacto y diferencias entre estos ilícitos penales, ya que aún cuando aparentemente reglamentan situaciones distintas, se pretende una misma tutela penal.

QUINTA.- Del análisis doctrinario del delito de Fraude que nos ocupa, como tipo fundamental o básico se desprenden los siguientes elementos: a) un engaño o el aprovechamiento del error; b) que el sujeto activo se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido y c) una relación de causalidad entre el primer elemento, actitud engañosa y e segundo , hacerse de la cosa o alcanzar un lucro.

SEXTA.- En relación con el fraude genérico la doctrina ha establecido que esta figura tiene estrecha relación con otros delitos patrimoniales como; el robo y el abuso de confianza, ya que en estos delitos, el bien jurídico tutelado es el patrimonio y también en la mayoría de los casos un enriquecimiento ilícito concurrente en relación con el menoscabo patrimonial del ofendido; tomando en cuenta que sus elementos, presupuestos, objetos y forma de realizarse son diferentes, pues en el robo existe el apoderamiento sin consentimiento, en el abuso de confianza, la disposición o cambio de destino de la cosa y en el fraude, la apropiación por medio del engaño o el aprovechamiento del error para obtener la ganancia.

SEPTIMA.- El código penal vigente para el Estado de México, con aceptable técnica legislativa, en sus artículos 305 y 306 adopta el criterio de definir en fraude genérico y los fraudes específicos, respectivamente, señalando para el genérico los medios de comisión: el engaño o el aprovechamiento del error; por lo que se estima que su sistema es el mas correcto, al dejar subsistente en aspecto genérico y los diferentes tipo de fraude para poder encuadrar las especiales modalidades de la conducta en esta figura delictiva.

OCTAVA.- En 1948, se promulga la Ley General de Profesiones Reglamentaria de los artículos 4° y 5° Constitucionales, que reconocían el derecho de todo Gobernado de dedicarse a la actividad que mas le conviene siendo lícitos, fueron reformados quedando su texto únicamente en el artículo 5° Constitucional, siendo dicho precepto el que tiene una relación con nuestro tema, cabe señalar que el mismo establece que la ley determinara en cada estado cuales son las profesiones que

necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

NOVENA.- La fracción IX del artículo 20 Constitucional, tiene también relación estrecha con nuestro tema, pues reconoce el derecho de defensa del inculpado al señalar: que desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución, y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos de proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. De donde se desprende que lo ordenado por este precepto sirve de fundamento a la actividad del defensor la que en mi concepto debe de ser realizada por un Licenciado en Derecho.

DECIMA.- La confusión legislativa se ha propiciado fundamentalmente por la tradición histórica, el término ABOGADO se ha utilizado como uno de los más consistentes sinónimos de la profesión de Licenciado en Derecho, existiendo agrupaciones de profesionales como lo son "COLEGIO DE ABOGADOS", "BARRA DE ABOGADOS", las cuales preferentemente están integradas por Licenciados en Derecho y que tienen como finalidad primordial agrupar en sus filas a los profesionistas más destacados en esa actividad con el objeto de intercambios culturales, establecimiento de códigos de Ética Profesional, pugnar por la conservación de los lineamientos morales, formar planes de superación constante, un mejor conocimiento y comprensión de la ciencia del derecho, etcétera, razón por la cual y con plena conciencia de ello, comprendemos que a estos niveles la palabra abogado se utiliza como sinónimo de la profesión de Licenciado en Derecho, recalcando que quizá por ello esta situación tenga un profundo origen tradicionalista, moral o ético, pero de cualquier forma ha alcanzado a reflejarse en nuestras legislaciones.

DECIMA PRIMERA.- Que como consecuencia de la confusión legislativa e interpretación semántica que se puede hacer a las disposiciones penales ya señaladas, en donde la ley reglamentaria del artículo 5° constitucional, en virtud de que la misma en su fracción 27 se refiere a gestores en asuntos obreros, agrarios o cooperativos y en materia penal, si tomamos en cuenta que la gestión de negocios a que se puede haber referido dicho precepto constitucional por su propia naturaleza es un acto unilateral, que quedaría extinguido en el momento que el dueño del negocio tuviera conocimiento del mismo, convirtiéndose así en un contrato bilateral de mandato, lo que resulta incongruente con el derecho de defensa en estas materias toda vez que interpretando dicho precepto textualmente resulta contradictorio con la Constitución, que pretende reglamentar, pues se propiciaría la desigualdad procesal y para salvarla el legislador debería en su caso como lo estime mas lógico establecer, se designe defensor o procurador de oficio licenciado en derecho que sustituya al “gestor”, a mayor abundamiento, si tomamos en cuenta que los riesgos en dicha figura jurídica como un acto o conjunto de actos unilaterales corren a cuenta del “gestor”, dicha circunstancia propiciaría la indefensión y la incongruencia legislativa ya que a dichos gestores, el legislador no les exige , sean Licenciados en Derecho.

DECIMA SEGUNDA.- La fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, se ha interpretado erróneamente al señalarse que el sujeto activo del delito de este ilícito debe de ser un abogado o un Licenciado en Derecho, pues las denominaciones, Licenciados, abogados, apoderados o litigantes se toman como sinónimos, derivados de la terminología usada por el código penal de 1929 que si señalaba expresamente, el delito en que podrían incurrir, pues los mismos se ubican en el capítulo II, denominado “DELITOS DE ABOGADOS, PATRONOS Y LITIGANTES”.

DECIMA TERCERA.- Estimo que el delito a que se refiere la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, es un tipo de sujeto común o indiferente, en virtud de que no se necesita calidad de Licenciado en derecho para

ubicarse en este supuesto, por lo que se propone la reforma a este precepto a fin de que se señale específicamente que el sujeto activo de este delito, debe de ser Licenciado en Derecho, en los términos mencionados anteriormente.

DECIMA CUARTA.- Interpretados estos conceptos constitucionales, llegamos a la obligada conclusión que en todos los asuntos judiciales o contenciosos administrativos solo podrán ser designados LICENCIADOS EN DERECHO.

DECIMA QUINTA.- Se propone la revisión integral del artículo 306 fracción I del Código penal vigente para el estado de México, a fin de hacerla congruente con el bien jurídico que pretendió tutelar el legislador, para que la asesoría jurídica de los profesionales en derecho, represente para la sociedad una efectiva garantía, bajo el principio de seguridad jurídica.

DECIMA SEXTA.- A efecto de que se pudiera resolver dicha seguridad jurídica se propone que la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el Estado de México, se modifique o se elimine o en su momento se remita al artículo 181 el mismo ordenamiento referente a los cometidos en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas, que es donde se tipifica dicho ilícito y que formaría otra fracción en ese artículo. Asimismo se establece que para aquellos que realicen el ilícito, contenido en la fracción I del artículo 306 del código penal vigente en el estado de México, una vez que ya no se encuentra en dicho artículo, y llegara cualquier persona común y corriente a realizar una conducta que relativa a esta fracción, inmediatamente se tipifique su conducta en el artículo 305, del mismo ordenamiento, siendo esto conforme al fraude genérico.

DECIMA SÉPTIMA.- Por ultimo, y una vez que se hubiera realizado la derogación de la fracción I del artículo 306 del código penal, la cual se agregaría a la fracción I del artículo 181, mismo que quedaría así:

CAPITULO III
DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE
ACTIVIDADES PROFESIONALES O TECNICAS

“artículo 181. Cometén este delito:

I Los abogados que se hayan ofrecido encargarse de la defensa o gestión a favor de un inculpado, o de la dirección o patrocinio en un asunto judicial, civil, familiar, mercantil, laboral o administrativo, si no efectúa aquella o no realiza éste, sea por que no se haga cargo legalmente o por que renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado

II Los abogados del inculpado que se concrete a solicitar la libertad provisional, sin promover pruebas ni dirigirlo en su defensa;

III Los abogados que patrocinen o representen a diversos contendientes en negocio judicial, administrativo o de trabajo con intereses opuestos, o cuando después de haber aceptado el patrocinio o representación de una parte, admitan el de la contraria; y

IV Los abogados que teniendo a su cargo la custodia de documentos, los extravíen por negligencia inexcusable.

A los responsables de este delito se les impondrán de uno a tres años de prisión y de cincuenta a setecientos días multa, además de seis meses a dos años de suspensión del derecho de ejercer la actividad profesional y privación definitiva en caso de reincidencia.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ALBA, Francisco, Estudios Sociológicos del Delito de Fraude, UNAM. Facultad de Derecho, 1972.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 24ª Edición, ed Porrúa S.A México 1987

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Y CARRANCA Y RIVAS Raúl, Código Penal Anotado, ed. Porrúa. S.A. México 1998.

DE PINA, Rafael, Código Penal Anotado, ed. Porrúa. S.A. México 1979

Enciclopedia de la Biblia, ed. GARRIJA S.A. Barcelona España, 1963.

Enciclopedia Jurídica Omeba, TOMOS V, XII Y XIII., Editorial Bibliografica Buenos Aires Argentina, 1984.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano (Los Delitos), ed. Porrúa. S.A. México 1996

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano TOMO IV.} ed. Porrúa, S.A. México 2000

La Sagrada Biblia TOMO I ANTIGUO TESTAMENTO, EVANGELIO DE MARCOS CAPITULO X VERSÍCULO 19

La Sagrada Biblia TOMO I ANTIGUO TESTAMENTO LEVISTICO 19 VERSÍCULOS 35 Y 36

MARGADANT FLORIS, Guillermo S., Introducción Al Estudio Del Derecho, ed. Esfinge , México D. F. 1978.

MARGADANT FLORIS, Guillermo S. Derecho Romano, ed. Esfinge, México D.F. 1980.

PORTE PETIT, Candaudap Celestino, Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal, ed, Porrúa, México, 1998

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual del Derecho Penal Mexicano, Parte General, ed. Porrúa. S.A. México 1999

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio De Derecho Civil Tomo II, ed. Porrúa. S.A. México 2001

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, ed. Topográfica Editora, Buenos Aires Argentina 1970

VILLORO TORANZO, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, ed. Porrúa. S.A. México 2000

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO
- 2.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 3.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1871
- 4.- CODIGO PENAL DE 1931 PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 5.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929
- 6.- LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 5° CONSTITUCIONAL.
- 7.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,