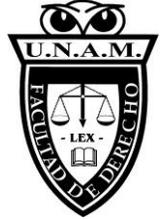




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**ESTUDIO DOGMÁTICO DEL
FRAUDE DE CONSUMO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

JANET MIRIAM LUCA TEJEDA

ASESOR: LIC. CHRISTOPHER ARPAUR PASTRANA CORTÉS

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO, FEBRERO 2017



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.

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL FRAUDE DE CONSUMO

INTRODUCCIÓN.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

1.- Código penal del Estado de México de 1831.....	3
2.- Código penal del Estado de Veracruz de 1835.....	6
3.- Código Penal Corona de 1869.....	8
4.- Código penal de 1871.....	11
5.- Código penal de 1929.....	15
6.- Código penal de 1931.....	17
7. Síntesis Evolución Legislativa.....	26

CAPÍTULO SEGUNDO.- TEORÍA DEL DELITO Y MARCO CONCEPTUAL

1. Teoría del delito.....	29
a) Sistemas que fundamentan la teoría del delito.....	32
1) Sistema clásico.	33
2) Sistema neoclásico.....	36
3) Sistema funcionalista.	37
4) Sistema funcionalista.	44
2. Marco conceptual.....	46
a) Concepto etimológico de fraude.	48

b) Concepto doctrinal de fraude.	50
c) Concepto jurisprudencial de fraude.	54
d) Análisis conceptual de los elementos que integran la descripción típica de fraude de consumo.	56
e) Concepto de consumo.	64
3. Síntesis Teoría del Delito y Marco Conceptual.	66

CAPÍTULO TERCERO.- ESTUDIO DOGMÁTICO DEL FRAUDE DE CONSUMO.

1.- Fraude de consumo a la luz del sistema finalista.	70
a) Tipo.....	76
b) Antijuridicidad.....	98
c) Culpabilidad.....	103
4.- Síntesis del Estudio Dogmático del Fraude de Consumo.	113

CAPÍTULO CUARTO. PROPUESTA REDACCIÓN DEL TIPO PENAL FRAUDE DE CONSUMO.

1.- Panorama del tipo penal fraude de consumo.	115
2.- Aplicación de la pena para el fraude de consumo de acuerdo al monto, según artículo 230 Código Penal para el Distrito Federal.	119
3.- Frecuencia de presencia del delito fraude de consumo en la Ciudad de México.	123
4.- Propuesta redacción del tipo penal fraude de consumo.	126
CONCLUSIONES.....	137
PROPUESTA.....	141

FUENTES	146
ANEXOS	153

INTRODUCCIÓN

En México existen abusos por parte de los establecimientos mercantiles, tales como restaurantes y bares, así como en los lugares en los que se ofrece la prestación de algún servicio; pero también existen casos en los que estos abusos son realizados por parte de los consumidores, en donde las personas que solicitan un servicio y no lo pagan al momento de obtenerlo. Esto se conoce como fraude de consumo.

Así como encontramos protección al consumidor frente a abusos por parte de los establecimientos mercantiles que ofrecen bienes, productos o servicios, es importante la protección a dichos proveedores frente a los consumidores que abusan, haciéndose prestar el bien, producto o servicio ofrecido y negándose a pagar la contraprestación debidamente pactada, en cantidad y forma, ya sea porque no tiene la posibilidad económica de cubrir el importe o porque no se desee hacerlo.

Este delito se encuentra tipificado en el Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 231 fracción IV, que a la letra señala:

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

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

Los lugares en los que mayormente se lleva a cabo este tipo de fraude, son los restaurantes, bares, salones de belleza, consultorios médicos, centros de lavado de automóviles, servicios de transporte, hoteles, talleres mecánicos; y cualquier tipo de establecimiento en el que el servicio sea otorgado antes del pago, y se corre el riesgo de que el consumidor no cubra el importe exigido, una vez prestado el servicio o consumido el bien o producto.

Es importante el estudio de este delito, ya que en la actualidad, muchas veces los consumidores, intentan evadir su responsabilidad de pagar lo consumido o el servicio prestado, bajo argumentos como no tener para pagarlo, no haber

consumido lo que el establecimiento les exige, e incluso, hay quienes manifiestan que el servicio o producto no fue de su agrado, por lo que infieren que no tienen la obligación de pagarlo; y ocurre también, que los prestadores desconocen que estos abusos constituyen un delito y tienen la obligación de notificarlo a las autoridades competentes.

El estudio dogmático del delito de fraude de consumo, contribuye al desarrollo teórico del derecho penal, ya que no ha sido desarrollado este delito específico dentro de la teoría, de manera amplia y detallada, es decir, conocemos su ubicación en la legislación penal, sin embargo ¿qué hay del desarrollo histórico? ¿cómo ha ido evolucionando en la ley esta conducta delictiva? ¿por qué se le conoce como “Fraude de Consumo”? ¿cómo se integra el delito y sus elementos?

El tipo penal establece que sea llevado a cabo en un establecimiento comercial, por lo que es importante verificar teóricamente si éste es un término adecuado para lo que la ley pretende proteger, es decir, al delimitar que sea en un establecimiento comercial donde alguien se niegue a cubrir el importe de lo consumido, ¿la ley niega esa protección a las personas físicas que ofrecen un producto o servicio o este tipo de fraude se contempla dentro del fraude genérico?

Es importante que todas estas preguntas sean desarrolladas dogmáticamente en la teoría del Derecho Penal, ya que es fundamental, tanto para los estudiantes como para el ejercicio del Derecho, tener de manera paralela a la ley, una referencia teórica que permita profundizar el conocimiento de la misma.

Es por ello que el estudio dogmático que se realizará en la presente tesis se llevará a cabo de la siguiente manera:

Primeramente, se estudiará la evolución legislativa, cómo se ha ido desarrollando el tipo penal del fraude y si ha sido legislado y cómo ha sido, el fraude de consumo.

Posteriormente, se estudiará la teoría del delito y sus sistemas de manera general, para determinar bajo cuál de ellos se realizará el estudio dogmático del delito en cuestión; también se expondrá el marco conceptual donde se analizará el

concepto etimológico, doctrinal y jurisprudencial tanto del fraude, como del consumo; y se hará un análisis de los elementos que integran el tipo penal del fraude de consumo para lograr una definición integral de este delito.

Con estas bases, se procederá a realizar el estudio dogmático del fraude de consumo, analizando los elementos que lo configuran. Finalmente se presenta un análisis con las imprecisiones del tipo penal, se presentan cifras sobre la frecuencia del delito en los años 2015 y 2016 y se realiza en base a ello una propuesta de redacción del artículo 231 fracción IV del Código Penal Federal.

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL FRAUDE DE CONSUMO

CAPÍTULO PRIMERO.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

Antes de iniciar el estudio concreto de los códigos penales de nuestro país, es importante revisar o conocer los antecedentes más remotos en cuanto a la legislación penal. Sabemos que desde el inicio de la humanidad, ha habido propiedad privada (aunque no llamada con ese nombre, ni con las características con que hoy la conocemos), intercambio de mercancías, prestación de servicios, y cualesquiera otras actividades que implican obtener algo (ya sea un bien o un servicio) a cambio de un pago; las primeras manifestaciones del fraude, surgen cuando la tutela de la honestidad en las relaciones comerciales resulta indispensable. El Código de Hammurabi sanciona la venta de objeto robado y las alteraciones de calidades, pesas y medidas. Las leyes de Manú asimilan al robo la venta de un objeto ajeno y castigan al que vende grano malo por bueno, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, etc. Las leyes hebraicas castigaron a los que abusaban de los compradores necesitados; el Corán por su parte, condenó a los que se aprovechaban de las condiciones o necesidades del comprador, sobre todo cuando esto era a precio mayor del adecuado.¹

Sabemos que el Código Hammurabi² es el primer conjunto de leyes que existió, con la principal finalidad de evitar que se hiciera justicia por mano propia, y es por ello que es menester incluir lo que ordenaba, como menciona Roberto Reynoso Dávila, en torno a la venta de objeto robado. Primeramente, la forma en la que sancionaba la venta de objeto robado fue la siguiente:

9. Si un hombre que ha perdido una cosa suya halla lo perdido en manos de otro hombre, y el hombre en cuyas manos se halla lo perdido declara: «Un vendedor me lo vendió; lo compré ante testigos», y si el dueño de lo perdido declara: «Voy a presentar testigos que conocen la cosa perdida por

¹ Reynoso Dávila, Roberto, *Delitos Patrimoniales*, 2a ed., México, Porrúa, 2001, pp. 201 y 202.

² *Código de Hammurabi*. Versión basada en la edición de Joaquín Sanmartín, Barcelona, 1999. [<https://app.box.com/shared/sxdp8kndq3>] consulta 11 de agosto 2014 14:02 hrs.

mí», y si el comprador presenta al vendedor que se la vendió y a los testigos ante los que compró y el dueño de lo perdido presenta también a los testigos que conocían lo perdido por él, los jueces examinarán sus declaraciones; además, tanto los testigos ante los que se compró como los testigos que conocían lo perdido declararán lo que saben ante [el] dios. Si según ello, el ladrón es el vendedor; que sea ejecutado. El dueño de lo perdido recuperará lo perdido. El comprador recuperará el dinero que pagó del patrimonio del vendedor.

10. Si el comprador no presenta al vendedor que se lo vendió ni a los testigos ante los que compró, mientras que el dueño de lo perdido presenta a los testigos que conocen lo perdido, el ladrón es el comprador; que sea ejecutado. El dueño de lo perdido recuperará lo que perdió.

11. Si el dueño de lo perdido no presenta testigos que reconozcan lo perdido, es un embaucador: ha extendido rumores calumniosos; que sea ejecutado.

Una característica que podemos notar en este Código, es que no distingue entre relaciones patrimoniales, familiares, fiscales, penales, etc., sino que contempla todas las situaciones que pudieran ocurrir con su respectiva sanción, que puede ir desde una multa (no llamada de esta forma) hasta la pena de muerte por empalamiento, echar al agua, quemar a la persona o simplemente menciona que será ejecutada. Podemos ver también que contempla aplicar la Ley del Talión, es decir, hacer al agresor lo mismo que él hizo a su víctima.

Encontramos el fraude, con ese nombre, solamente regulado en la ley 265: Si un pastor, a quien le fueron confiadas reses u ovejas para que las apacentara, comete fraude y cambia las marcas del ganado y lo vende, y se lo prueban, lo que hubiese robado, reses u ovejas, lo restituirá 10 veces a su dueño³. Esto es, desde el año 1760 a.C. año en el que fue creado el conjunto de leyes más antiguo, se contempla el fraude, con el mismo nombre con el que lo conocemos hoy, aunque no con las mismas características, y solamente aplicado para el robo de ganado, una forma también de venta de cosa ajena. Por otro lado, no se contemplaba

³ *Idem.*

ninguna conducta relacionada con fraude a establecimientos mercantiles o lugares que ofrecieran servicios para consumo, que es el tema de esta investigación.

1.- Código penal del Estado de México de 1831. ⁴

Como vimos en la parte anterior, desde su aparición, como relata Díaz de León, el Derecho se ha presentado como sistema de normas reguladoras de conductas en una determinada comunidad, impidiendo la justicia de propia mano y ejercitando su elemento esencial exteriorizado como coacción (derecho objetivo).

El Estado de México, emerge como identidad política reconocida en la América Mexicana el 22 de octubre de 1814, cuando fue sancionada la Constitución de Apatzingán, en la que se hace una demarcación de las provincias que la componen, y que posteriormente se convertiría en una entidad federativa. Esta Constitución implica el inicio de nuestra legislación mexicana, donde podemos ver que ya se contemplaban algunos aspectos relacionados con el derecho penal en sus artículos 27 a 32, que después permearon en ordenamientos punitivos como la primera legislación del Estado de México, expresada en el Bosquejo General del Código Penal de 1831.

“Esto fue lo que propició el genio político de Morelos: a él se debe la idea de crear la provincia de México que después se convertiría en el ahora Estado de México. A Morelos se debe la paternidad de concebir las *provincias* en la Constitución de Apatzingán, que sirve de antecedente remoto a la idea federalista como forma de expresar un repudio al centralismo colonial imperante en la Nueva España.”⁵

Sin embargo, posterior a la guerra de Independencia, se instaló el Congreso Constituyente, estableciendo el poder legislativo del Imperio Mexicano, el 24 de febrero de 1822, mismo que fue objeto de violencia en mayo del mismo año por parte de militares e individuos proclives a Iturbide que afirmaban que él ya era emperador de México, por lo que fue declarado con ese nombre en reunión

⁴ Díaz de León, Marco Antonio, *Bosquejo General de Código Penal para el Estado de México de 1831* en BARRÓN Cruz, Martín Gabriel (coord.), *Cinco ordenamientos penales del siglo XIX*, México, INACIPE, 2010, p.39.

⁵ *Ibidem*, p. 29

extraordinaria el 19 de mayo de 1822. El Congreso y el emperador pocas veces estuvieron de acuerdo⁶, afirma acertadamente Díaz de León. El 31 de octubre de 1822, el Congreso fue disuelto por órdenes de Iturbide, y sustituido el 13 de noviembre por una Junta Nacional Instituyente, que durante febrero del año siguiente aprobó el Reglamento Político Provisional del Imperio, formulado por el propio Iturbide para normar al país en tanto se expedía la Constitución; pero para evitar una nueva guerra civil, a principios de marzo de 1823, se reinstaló el Congreso, iniciando sus sesiones nuevamente el 7 de noviembre de 1823 cuando se designó a la Comisión encargada de elaborar el proyecto de Constitución; en dicho Congreso hubo una lucha de ideologías en donde se distinguieron dos bandos: centralistas y federalistas. Los primeros pugnaban por mantener todo el territorio y su gobierno en un único mando, y por otro lado estaban los promotores del federalismo, y pugnaban por reconocer como estados federales a esas provincias y crear otras más con gobiernos locales, que permitieran la autonomía regional y el fortalecimiento conjunto del Estado federal mexicano. En ese sentido se promulgó la primera Constitución de nuestro país, en donde se estableció con el nombre de “Estados Unidos Mexicanos”; nos referimos a la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, promulgada el 5 de octubre de dicho año; en ella fueron establecidos cada uno de los 19 estados en ese entonces, constituidos por medio de sus propios congresos, y de la misma manera, cada estado creó su Constitución, entre ellas la del Estado de México, el 14 de febrero de 1827 promulgada en Texcoco.⁷

El Estado de México, al tenerse noticia de su existencia como estado federado y autónomo, organizó en su Constitución local su parte dogmática y orgánica, determinando los derechos de los ciudadanos, las competencias de los poderes y su división, así como lo relativo a su enorme territorio.

Melchor Múzquiz, siendo entonces gobernador del Estado de México fue pieza clave y el principal defensor del territorio mexiquense.⁸ En esta Constitución, se vislumbró, entre otras políticas, la relacionada con lo criminal, que

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibidem*, p. 30

⁸ *Ibidem*, p.31

guiara al legislador ordinario para luchar y prevenir la delincuencia, así como para dar seguridad pública y paz social mediante la disposición de normas penales que suspenden los derechos de ciudadano a los vagos y a los penalmente procesados⁹.

Como podemos ver, esta Constitución de carácter local, es el primer antecedente en nuestro país de la legislación penal, dando pauta a la posterior redacción del proyecto de Código Penal para el Estado de México, que detallaremos en líneas posteriores.

La justicia penal en esta Constitución, contempló principios y garantías como las de audiencia y flagrancia, que aún hoy perduran en las constituciones modernas, como era regulado en los artículos 189 y 194¹⁰:

Artículo 189. Ningún individuo podrá ser preso sin previa información sumaria del hecho porque merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y un mandamiento del juez por escrito que se le notificará en el mismo acto de la prisión. [...]

Artículo 194. En fragante todos pueden detener a un delincuente y conducirlo a la presencia del juez.

Al referirse el artículo 189 a la previa información sumaria se refiere a que debe haber un conjunto de actuaciones que aporten datos, circunstancias, testimonios y lo que sea necesario para esclarecer los hechos que presuntamente están configurando un delito, esto es, la referida audiencia previa, que a su vez debe concluir, en su caso, con el mandamiento del juez en el que ordena la pena para el sujeto que lo realiza.

De la misma manera, el artículo 194 citado, implica que en flagrancia, cualquier persona puede detener a quien está cometiendo un delito, siempre y cuando lo conduzca a la presencia del juez; es importante esta aclaración en el precepto legal, porque de lo contrario, estaríamos ante la permisibilidad de hacer justicia por mano propia; actualmente dicta nuestra Constitución poniéndolo sin demora ante la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud al ministerio

⁹ Artículo 26. A ninguno podrá imponerse pena alguna sin su previa audiencia.

Artículo 27. Ninguno podrá ser reconvenido ni castigado en ningún tiempo por meras opiniones.

¹⁰ Díaz de León, Marco Antonio, Op cit. pp. 34

público, eso es aún más preciso ya que indica que se debe poner al delincuente ante la presencia de la autoridad inmediatamente después de su detención, y ésta, sea la que fuere, debe presentarla inmediatamente ante el ministerio público para que lleve a cabo las actuaciones judiciales correspondientes.

El Estado de México, antes que ninguna otra entidad de la Federación, dispuso normas penales para punir las conductas antisociales en el centro de la República, así como establecer la prevención del delito para tratar de controlar este ilícito. Fue el Estado de México quien dictó en nuestro país las primeras leyes para combatir la criminalidad, como demuestra la citada Ley de Texcoco del 23 de abril de 1827 sobre el manejo de armas de fuego, o el proyecto de la Comisión Redactora del Código Penal para el Estado de México de 1831, siendo el primero emitido en nuestro país, mismo que demuestra una alta técnica legislativa en materia y servirá de modelo en nuestro país.¹¹

En este Proyecto de Código Penal para el Estado de México de 1831, importante en este estudio por ser la primer legislación penal en México, encontramos las estafas y engaños tipificados en el Capítulo III Delitos contra la propiedad de la Parte Segunda Delitos contra los particulares, que aunque fue denominado como estafas y no como el actual fraude, corresponde a éste y veremos que en las legislaciones posteriores a 1831, es llamado de ambas formas, dependiendo de la legislación en tema.

2.- Código penal del Estado de Veracruz de 1835.¹²

La importancia de incluir el estudio del Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835, radica en que es el primero de los códigos penales mexicanos en palabras de Raúl Carrancá y Trujillo, así como el distinguido penalista Celestino Porte-Petit Candaudap afirma que el primer Código Penal mexicano es el del Estado de Veracruz de 1835, sin embargo, existen opiniones en sentido contrario, como considera Irma Amuchategui Requena al Código Penal de Veracruz de 1869

¹¹ *Ibidem*, p. 40.

¹² Martínez y Martínez, "El Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835", en Barrón Cruz, Martín Gabriel (coord.), Cinco ordenamientos penales del siglo XIX, INACIPE, México, 2010.

como el primero; y Eugenio Raúl Zaffaroni opina que debido a que éste no llegó a cobrar trascendencia nacional [...] tampoco ha sido una obra de aclimatación original de una ideología, sino que ha seguido el modelo español.¹³

Este Código entró en vigor por Decreto de fecha 28 de abril durante la era de Santa Anna. Su redacción tuvo lugar unos años antes y fue concluido más allá de 1835, entrando en vigor por segunda ocasión en 1849. Fue un código que se construyó en el marco de la Constitución Política de México de 1824 y que puso en movimiento el sistema judicial moderno.¹⁴

Soberanes Fernández señala respecto a esta legislación que “dentro del periodo independiente, fueron dos los modelos de Suprema Corte entre los cuales se debatió nuestro país, al igual que el resto de las instituciones políticas fundamentales; nos referimos lógicamente al modelo federalista propuesto por la Constitución de 1824 y su correspondiente ley reglamentaria de 1826 y el modelo centralista de la carta magna de 1836 y su ley reglamentaria de 1837. Huelga decir que triunfó el primero, en 1847, cuando nacía la institución jurídica más entrañable para los mexicanos, la cual le da sentido y vigor a nuestra Suprema Corte, por supuesto nos referimos a nuestro juicio de amparo.”¹⁵

Este Código Penal de 1835 es la primera expresión legislativa-penal en el marco de la construcción de una nación moderna, es memorable por su participación en la instauración de un paradigma jurídico moderno. Al respecto, Moisés Moreno Hernández señala:

El Código Penal de 1835, como es característico en los primeros Códigos latinoamericanos, revela claramente las ideas de un derecho penal liberal, ampliamente garantizador en lo fundamental, debido sin duda a la decisión política de quienes lo diseñaron y aprobaron. Contiene expresamente ciertos principios, que en los tiempos actuales todavía se lucha por la consagración y su vigencia como los pilares el Derecho Penal de un Estado Democrático de Derecho.¹⁶

¹³ *Ibidem*, p.50.

¹⁴ *Ibidem*, p.55

¹⁵ Soberanes Fernández, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX (notas para su estudio)*, México, UNAM, 1992, p.18.

¹⁶ Martínez y Martínez, *Op cit.* pp.58.

Se trata de un código de dureza extrema, con penas elevadas, es un código penal autoritario y severo, y por ello, brindó un alto grado de prevención.

El delito que corresponde a este estudio dogmático se encuentra localizado en la Tercera Parte (De los delitos contra los particulares), Título III (De los delitos contra las propiedades), Sección III (De las estafas, engaños y deudas fraudulentas), artículo 717, que a la letra señalaba:

Artículo 717. El que por medio de cualquier trampantojo¹⁷, juego de manos u otras supercherías¹⁸ semejantes, sonsacare de otro algún valor, sea la especie que fuere, habiendo engaño pero no circunstancia alguna que constituya hurto o algún otro delito, sufrirá la pena de ocho días de prisión a seis meses de trabajos de policía, y una multa importante hasta el doble de los que hubiere sonsacado, la cual se aplicará al engañado o engañados si fueren personas designables, y en caso contrario a los **establecimientos públicos**.

3.- Código Penal Corona de 1869¹⁹.

A diferencia del código penal del Estado de Veracruz de 1835, que fue el primer código penal mexicano siendo también casi una copia fiel del Código Penal Español de 1822, el código penal del Estado de Veracruz de 1869 (también llamado Código Corona) es el reflejo de la necesidad de tener una legislación propia y acorde con el régimen federal que sustituyera las leyes españolas vigentes; que aunque desde el código anterior ya el país era una nación independiente, no había identidad legislativa en materia penal, subsistía la tendencia de copiar las leyes españolas y es con el Código Corona que cambia esta tendencia.

El 18 de enero de 1862, debido a la intervención francesa que dio lugar a la Guerra Francomexicana, el Congreso del Estado de Veracruz declaró la

¹⁷ Trampa o ilusión con la que se engaña a alguien haciéndole ver lo que no es, Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁸ Engaño, dolo, fraude. Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=FLGoM4q> 25 de noviembre 2014 1:15 horas.

¹⁹ Álvarez Montero, José Lorenzo, "El Código Penal del estado de Veracruz Llave de 1869" en Barrón Cruz, Martín Gabriel (coord.), *Op. Cit.*, México, INACIPE, 2010. pp 145.

suspensión de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. En ese entonces era Ignacio de la Llave el gobernador de dicho Estado. El 4 de octubre de ese mismo año, se suspendió el ejercicio de las funciones de toda autoridad en los estados de Puebla, Tlaxcala y Veracruz, sólo subsistiría la autoridad militar, además de que los ciudadanos eran obligados a prestarles auxilio o servicio que la situación y los militares exigieran, en relación con la defensa del territorio mexicano.

Una vez concluida la invasión francesa, cinco años después, el general Ignacio R. Alatorre, entonces gobernador y comandante militar del Estado de Veracruz, en su informe ante la legislatura en 1867, declaró en relación a la ausencia y necesidad de legislación propia, que durante 5 años se crearon hábitos y prácticas que no eran conforme con las leyes vigentes y que variaban según las localidades.

La mexicanización de la legislación nacional fue un largo proceso que se vio afectado por las situaciones que detalla Álvarez Montero: 1) El esfuerzo enfocado en estructurar constitucionalmente el Estado mexicano, relegando la legislación secundaria; 2) los múltiples levantamientos armados que provocaron el desconocimiento de los presidentes y sus gabinetes; 3) la disolución o suspensión de los congresos; 4) las invasiones extranjeras; 5) las diferentes formas de estados y de gobierno adoptadas (imperio, república federal y central); 6) la enseñanza jurídica basada en la legislación española; 7) las prácticas judiciales observadas por jueces, agentes del ministerio público y abogados postulantes.

El entonces presidente, Benito Juárez, convocó a elecciones federales y locales para el restablecimiento de los poderes públicos y la reorganización administrativa de la República. En el estado de Veracruz, en acato a la convocatoria hecha por el presidente de la República Mexicana, fueron efectuadas las elecciones y el Congreso del estado libre y soberano de Veracruz decretó el 18 de noviembre de 1867 a Francisco Hernández Hernández como gobernador constitucional y a Fernando J. Corona como presidente del H. Tribunal Superior de Justicia, entre otras autoridades.

Ante la necesidad de tener una legislación propia, acorde con el régimen federal, el 13 de marzo de²⁰ 1868, el Congreso local nombró una comisión especial para examinar, concordar, reformar y adicionar las leyes vigentes sobre administración de justicia en el estado de Veracruz, redactando los códigos civil, penal y de procedimientos penales; esta comisión fue coordinada por Fernando de Jesús Corona, quien redactó los textos originales que fueron revisados por los licenciados Moreno, Hernández Carrasco, Valdés, Alba, Rivadeneira, Azcoytia, Aguilar, Núñez, López Escalera, Oliver, Calero, Alcolea, Caraza y los diputados Jáuregui y Mena.²¹

Una vez concluidos los proyectos, don Fernando de Jesús Corona y Arpide, en su calidad de presidente del Tribunal Superior de Justicia, los presentó a la legislatura el 15 de noviembre de 1868, siendo el 17 de diciembre del mismo año, fecha en que el Congreso los aprobó y al día siguiente el gobernador publicó el Decreto 127, en el cual se ordenaba la obligatoriedad de los mismos a partir del 5 de mayo de 1869.

Un dato importante, es que una de las mayores aportaciones a la legislación penal mexicana de este código, fue la abolición de la pena de muerte; de hecho, durante la *vacatio legis* de los Códigos Corona, fue necesario declarar la vigencia del artículo 77 del Código Penal, que declaraba la abolición de dicha pena para todos los delitos del cuerpo legislativo, debido a que había un número importante de reos en espera de su ejecución en fechas anteriores al inicio de la vigencia de estos códigos, por lo que era sumamente necesario aplicar dicho artículo sin dilación alguna. La pena de muerte fue conmutada por la pena mayor extraordinaria.²²

El Código Penal Corona fue integrado por 761 artículos, distribuidos en tres libros: el Libro Primero, dedicado a los delitos y las penas en general; el Libro Segundo, que regula los delitos contra la sociedad y el Tercer Libro, referido a los delitos contra los particulares y las propiedades.

²⁰ Idem.

²¹ Ibidem, pp. 162.

²² Ibidem, pp. 170.

Es importante señalar que este código tuvo una fuerte tendencia a establecer dentro del catálogo de penas, los trabajos forzados. Y además de la prohibición de la pena de muerte que mencionamos anteriormente, se prohibieron las penas de mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento, multa excesiva, confiscación de bienes y cualquier otra no establecida por la ley penal. Estas prohibiciones se reflejaron a nivel constitucional, en la Constitución de 1917.

Respecto al delito objeto de este estudio, encontramos en el Libro tercero Delitos contra los particulares y las propiedades, Título Decimotercio De las estafas, engaños y deudas fraudulentas, el artículo 724 señala veinte tipos de conductas que configuran el delito de estafas y engaños, en donde nuevamente no encontramos ninguna fracción en la que se tipifique lo que al día de hoy y en este estudio conocemos como fraude de consumo.

Llama la atención el tipo penal que establece el Título Undécimo De los fraudes contra las propiedades y de los hurtos y robos, en el que se menciona en el artículo 703, que Cualquier fraude de los no mencionados expresamente en este código, que tenga por objeto apropiarse o disminuir o apocar la propiedad ajena, se castigará con pena de ocho días de arresto a seis meses de trabajos de policía, según el objeto del fraude, los medios con que se haya intentado y sus resultados en su caso, considerando el fraude a la colusión de los rematantes o adjudicatarios en almoneda que se concierten con otros para impedir que suban las posturas. Podemos ver que en este código son contemplados tanto el fraude como la estafa de manera distinta e independiente, en donde fraude se enfoca a las conductas de los rematantes y adjudicatarios respecto a la almoneda; y las estafas, aunque no nos brinda el código una definición genérica para este tipo de conducta, son señaladas, en fracciones, las conductas específicas que configuran el delito. Es en las estafas en donde ubicamos lo que hoy en día es el fraude y que, reiterando, no contempla el fraude de consumo.

4.- Código penal de 1871.

Este código penal fue el primero del México independiente, en materia federal, y fue promulgado por el entonces presidente de la República Mexicana,

Benito Juárez, el 7 de diciembre de 1871, entrando en vigor el día 01 de abril de 1872; antes de este, se dictaban leyes y disposiciones producto de las circunstancias y regidas por las normas contenidas en la Novísima Recopilación, la Recopilación de las Leyes de Indias, las Leyes de Partidas y en la real Ordenanza de los Intendentes.

Esta legislación penal de 1871, conocida como Código “Martínez de Castro” o Código “Juárez”²³ se constituyó, en palabras de Gustavo Malo Camacho, como un ordenamiento bastante benigno, con penas moderadas, que recogió algunos aspectos conservadores y otros de orientación más liberal, como lo demuestra el haber iniciado la parte especial con los delitos contra la propiedad, evidente indicador del interés preponderante. En relación con las penas, previno la prisión máxima en veinte años y también incorporó instituciones jurídicas avanzadas del correccionalismo como la libertad preparatoria, la conmutación y la sustitución.²⁴

La necesidad de codificar es lo primero que establece Martínez de Castro en la exposición de motivos de este Código Penal, para dar fin al caos legislativo que había en esa época. Solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro, según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el sólo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron.²⁵

Con inspiración del Código Español de 1870, el código mexicano combinó la teoría de la justicia absoluta y de la utilidad social combinadas, miró el delito como entidad propia y consideró la pena como una medida con doble objetivo: ejemplar y correctivo.²⁶ Es decir, tuvo una inspiración directa de la Escuela Clásica.

“Por ello reglamentó la participación en el delito conforme a las categorías de autor, cómplice o encubridor, estableciendo enumerativamente la definición de

²³ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7a ed., México, Porrúa, 2010, p 161.

²⁴ *Ídem*.

²⁵ González de la Vega, Francisco, *El código penal comentado*, 10ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 20.

²⁶ *Ibidem*, p. 21.

cada una; igualmente, reglamentó los grados del delito intencional distinguiendo entre el conato, el delito intentado, el frustrado y el consumado, y estableciendo penas variables respectivamente, si bien se apuntó el mérito de haber creado la figura del delito intentado, como intermedio entre el frustrado y el conato, estimando que cuando se intenta un delito para cuya ejecución hay imposibilidad, sea absoluta o relativa, revela el reo una perversidad que causa alarma y que no debe quedar sin castigo. [...] La métrica penal se estableció en base de la enumeración de circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad, con valor correlativo apreciable en unidades cuyas sumas debía el Juez enfrentar unas a otras obteniendo como resultado del balance la medida matemática de la pena imponible.”²⁷

En su artículo 413, decía: *Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél.*, localizado este tipo penal dentro del capítulo V Fraude contra la propiedad en el Libro de los Delitos contra la propiedad.

Esta definición de fraude, es la misma que posteriormente emplearían los Códigos de 1929 y 1931, sin más modificaciones que eliminar éste último (‘con perjuicio de aquél’), con razón, la exigencia de que el lucro se alcanzara con perjuicio de la víctima del engaño, permitía la impunidad en todos aquellos casos en que no coinciden el engañado y el titular del patrimonio.”²⁸ Mientras que el Doctor en Derecho, Jesús Zamora Pierce, afirma que el Código Penal de 1929 conservó la reglamentación, *sin más modificaciones* que la de denominarlo estafa; así también, nos dice que el código de 1931 cambió radicalmente la estructura de la reglamentación del fraude, pasando a ocupar la definición genérica la primera de las trece fracciones del artículo 386, desapareciendo la distinción entre fraude genérico y fraudes específicos, solamente se tipificaban trece conductas defraudatorias y la primera fracción determinaba el eje del sistema. Posteriormente, por Decreto de 31 de Diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de 9 de Marzo de 1946, se reformó el Código, devolviendo al fraude

²⁷ *Ídem.*

²⁸ Zamora Pierce, Jesús, *El Fraude*, 9a ed., México, Porrúa, 2000, p. 6 y 7.

genérico, en el artículo 386, el papel principalísimo que le corresponde y regulando los fraudes específicos al artículo 387.²⁹

Tomaba el nombre de estafa, cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad.³⁰

Recopila de esta legislación, el Dr. Eduardo López Betancourt, una serie de delitos específicos respecto al fraude: “Sancionaba dentro de este capítulo: al que por título oneroso enajenare una cosa y entregara intencionalmente otra distinta de la que contrató (art. 418); el que por título oneroso enajenara una cosa en precio mayor del que realmente tenía (art. 419); cuando intervenía a nombre del dueño otra persona y cometiera el engaño (art. 420); al que engañara al comprador sobre la cantidad o peso de la cosa vendida (art. 421); el que se propusiera defraudar sin acuerdo con el falseador haciendo uso de moneda falsa o alterada, de pesas o medidas falsas o alteradas, o de algún documento falso, agravándose la pena su se tratara de empleado público (art. 422); al que vendiera medicinas o comestibles falsos, entre otros.”³¹

Podemos ver, que entre los tipos de fraude que son tipificados en el Código Martínez de Castro, no se encuentra regulado el fraude de consumo, sin embargo, en el artículo 432, se hace referencia a *cualquier otro fraude que no sea de los especificados en este capítulo*, que se castiga con una multa igual al 25 por 100 de los daños y perjuicios ocasionados, sin que exceda de mil pesos.

Cabe destacar que en el mencionado código, se imponía a la estafa la misma pena que si se hubiera cometido un robo con violencia, según el artículo 415; misma pena se aplicaba también al fraude genérico, que a los fraudes específicos.

Definir genéricamente el fraude era en tal forma innovador, que al parecer, el propio autor del Código no fue consciente de todas las consecuencias que de

²⁹ *Ibidem*, p. 8 y 9

³⁰ Código Penal de 1871. Artículo 414.

³¹ López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, 13a ed., México, Porrúa, 2010, tomo I, p.312 y 313.

ello derivaban. Por eso, en posteriores artículos, enumera una serie de conductas que llevan aparejada la misma pena del robo sin violencia que corresponde al estafador, tales como: enajenar una cosa como si fuera de oro o plata, sabiendo que no lo es; enajenar una cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o arrendarla, hipotecarla, empeñarla o gravarla de cualquier modo, si se ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que se la gravó, o un cosa equivalente; valerse del fraude para ganar en un juego de azar o de suerte; defraudar a alguno una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta, o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarlas, etc. Todos estos tipos, antecedentes de los fraudes específicos que hoy se alojan en el artículo 387 del Código, se antojan inútiles en presencia del trascendental avance legislativo que representa la conceptualización genérica del fraude.³²

El mérito de ser los autores de la primera definición genérica del fraude en la historia de las codificaciones occidentales, corresponde a un grupo de juristas mexicanos, los licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala, y Carlos María Saavedra, quienes se ocuparon de esta labor entre los años de 1861 y 1868. Al entrar en vigor, en 1871, comparte con el Código Penal Alemán del mismo año la gloria de ese logro.³³

5.- Código penal de 1929.

Este código, conocido como *Almaráz*, derogó el de 1871 y fue el primer ordenamiento penal del periodo posrevolucionario [...] y propuso un ordenamiento jurídico penal, bastante casuista, con 1228 artículos, influido por el positivismo criminológico sostenido a fines del siglo anterior.³⁴

Encontramos como innovación, la incorporación del día multa que posteriormente recogió el código de 1831, y la eliminación de la pena de muerte implementada en el código anterior.

³² Zamora Pierce, Jesús, *Op Cit*, pp. 7.

³³ *Ibidem*, pp. 8.

³⁴ Malo Camacho, Gustavo, *Op Cit*, pp. 163.

La redacción en este código aparece idéntica a la del código de 1871³⁵, salvo que en éste código es denominado estafa; en palabras de Roberto Reynoso Dávila incurriendo en el defecto de denominar al género por su especie.

CÓDIGO PENAL DE 1929
Título Vigésimo
De los delitos contra la propiedad
Capítulo V
De la estafa

Art. 1151.- Hay estafa:

- I. Siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquél;
- II. Cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios.

En esta redacción (debido a que a diferencia del código de 1871, integran dentro del concepto de estafa, al fraude) el artículo es dividido en dos fracciones, entonces la diferenciación de tipos ya no es en cuanto al nombre del mismo, sino que maneja dos especies de estafa.

La sanción, de acuerdo al artículo 1153 de este código, es al igual que en el de 1871, la que se imponía al robo sin violencia, pero se le añadió el aumento en una tercera parte.

Le fueron agregadas 2 formas de equiparación a la estafa, los actos violatorios de los derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en el Código Civil, sancionados en relación al perjuicio ocasionado; y el lucro obtenido por comerciantes o empresas que por sorteos, rifas, loterías,

³⁵ Código Penal de 1929. Título vigésimo, capítulo V. Artículo 1151.

promesas de venta o por cualquier otro medio y sin entregar la mercancía u objeto del contrato, se queden con las cantidades recibidas, en todo o en parte, u obliguen al que las hubiere entregado a recibir otros objetos en pago.³⁶

De igual manera que en el código de 1871, no se regula expresamente el fraude de consumo, pero se contempla *cualquier otra estafa que no sea de las especificadas en este capítulo*, sancionándose con una multa igual al duplo de la cantidad que resulte estafada.

6.- Código penal de 1931.

Este código, actualmente en vigor, fue promulgado el 13 de agosto de 1931 y entró en vigor el día 17 de septiembre del mencionado año.

Se integró con 400 artículos y 3 transitorios divididos en dos libros: en el primero, del artículo 1 al 122 se refiere al ámbito de aplicación de la ley, a las reglas generales sobre los delitos y responsabilidad, a las penas y medidas de seguridad, a la aplicación de las sanciones, la ejecución de las sentencias, la extensión de la responsabilidad penal y los menores. En el libro segundo, de los artículos 123 a 400, habla de los delitos o tipos penales en particular. Siendo los artículos 386 a 390 los referentes al Fraude, que es el tema que nos compete en este estudio.

CÓDIGO PENAL DE 1931 (TEXTO ORIGINAL)

Título Vigésimo segundo

Delitos en contra de las personas en su patrimonio

Capítulo III

Fraude

³⁶ Código Penal de 1929. Artículo 1168.

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

- I. Al que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido;*
- II. Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa, ofreciendo cargarse de la defensa de un procesado o de un reo, si no efectúa ésta, sea que no se haga cargo legalmente de la misma, o porque la renuncie o abandone sin causa justificada;*
- III. Al que, por título oneroso, enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;*
- IV. Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador, contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo;*
- V. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague su importe;***
- VI. Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado y rehúse, después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exige lo primero dentro de seis días de haber recibido la cosa del comprador.*
- VII. Al que venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o raíz, y reciba el precio de la segunda venta o parte de él;*
- VIII. Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtiene de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado;*

- IX. *Al que, para obtener un lucro indebido, ponga en circulación fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquier materia, como signos convencionales en sustitución de la moneda legal;*
- X. *Al que hiciera un contrato, un acto o escrito judicial simulados, con perjuicio de otro, o para obtener cualquier beneficio indebido;*
- XI. *Al que por sorteos, rifas, loterías, promesas de venta o por cualquier otro medio, se quede en todo o en parte con las cantidades recibidas, sin entregar la mercancía u objeto ofrecido;*
- XII. *Al que aproveche indebidamente energía eléctrica o cualquier otro fluido, alterando por cualquier medio los medidores destinados a marcar el consumo o las indicaciones registradas por esos aparatos, y*
- XIII. *Al que, con objeto de lucrar en perjuicio del consumidor, altere por cualquier medio los medidores de energía eléctrica o de otro fluido, o las indicaciones registradas por esos aparatos.*

Como podemos ver, en este código es donde por primera vez aparece contemplado, en la fracción V, el fraude de consumo. El fraude genérico está tipificado en la fracción primera.

Lo que anteriormente se denominaba estafa, lo contempló este código en el artículo 389, imponiéndole *prisión de tres meses a siete años y multa de veinte a mil pesos, o sólo la prisión*³⁷.

En el texto actual del Código Penal Federal, el artículo 386 define lo que es el fraude genérico. Observemos que la definición actual de este delito, es casi idéntica a la que se presenta desde el Código de 1871 Martínez de Castro, y de igual manera en el Código de Almaráz (1929) en su artículo 1151 fracción primera, salvo la frase con perjuicio de aquél, y además, en el texto vigente, impone la pena a cada caso según el valor de lo defraudado; mientras que en el artículo 387, existen veintiún fracciones de conductas que constituyen fraudes específicos.

A pesar de que desde 1931 a la fecha, el código ha sufrido diversas reformas en relación al delito de fraude, la fracción correspondiente al fraude de consumo,

³⁷ Código Penal de 1931 (Texto Original). Artículo 389.

no ha presentado cambios, manteniéndose el texto idéntico desde el inicio de la vigencia de este código.

CÓDIGO PENAL FEDERAL

Texto Vigente

Libro Segundo

Título Vigésimo Segundo

Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio

Capítulo III

Fraude

Artículo 386³⁸. - Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

- I. Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;*
- II. Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de 500 veces el salario;*
- III. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.*

Artículo 387³⁹. - 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*

³⁸ Zamora Pierce, Jesús, *Op Cit*, p. 18 y 19: "Reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1946, y nuevamente por decreto de 26 de diciembre de 1981, publicado en el Diario Oficial de 29 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente y corregido según fe de erratas en Diario Oficial de 13 y 15 de enero de 1982, y nuevamente por decreto de 21 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de 30 de diciembre de 1991, en vigor al día siguiente de su publicación".

³⁹ Ídem: "Reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1946, en vigor tres días después."

- o patrocinio en un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquélla o no realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma, o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado;*
- II. Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;*
- III. Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquiera otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle;*
- IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe;**
- V. Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado y rehúse después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exigiere lo primero dentro de quince días de haber recibido la cosa del comprador;*
- VI. Al que hubiere vendido una cosa mueble y recibido su precio, si no la entrega dentro de los quince días del plazo convenido o no devuelve su importe en el mismo término, en el caso de que se le exija esto último.*
- VII. Al que vende a dos personas una misma cosa, sea mueble o raíz y recibe el precio de la primera o de la segunda enajenación, de ambas o parte de él, o cualquier otro lucro con perjuicio del primero o del segundo comprador.*
- VIII. Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usuarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.*
- IX. Al que para obtener un lucro indebido, ponga en circulación fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquier materia como signos convencionales en substitución de la moneda legal;*

- X. *Al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial, con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido.*
- XI. *Al que por sorteos, rifas, loterías, promesas de venta o por cualquiera otro medio, se quede en todo o en parte con las cantidades recibidas, sin entregar la mercancía u objeto ofrecido.*
- XII. *Al fabricante, empresario, contratista, o constructor de una obra cualquiera, que emplee en la construcción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de él;*
- XIII. *Al vendedor de materiales de construcción o cualquiera especie, que habiendo recibido el precio de los mismos, no los entregue en su totalidad o calidad convenidos;*
- XIV. *Al que venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella, o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que estos últimos resulten insolutos. Cuando la enajenación sea hecha por una persona moral, serán penalmente responsables los que autoricen aquella y los dirigentes, administradores o mandatarios que la efectúen;*
- XV. *Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.*
- XVI. *(Se deroga).*⁴⁰
- XVII. *Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente entrega.*⁴¹

⁴⁰ DOF, 24 de diciembre de 1996.

⁴¹ Zamora Pierce, Jesús. *Op Cit*, pp. 20: "Creada por decreto de 31 de diciembre de 1954, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1955, en vigor al día siguiente."

XVIII. *Al que habiendo recibido mercancías con subsidio o franquicia para darles un destino determinado, las distrajere de este destino o en cualquier forma desvirtúe los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia.*⁴²

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

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

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

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

*Cuando el sujeto activo del delito devuelva a los interesados las cantidades de dinero obtenidas con su actuación, antes de que se formulen conclusiones en el proceso respectivo, la pena que se le aplicará será la de tres días a seis meses de prisión.*⁴³

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibidem*, pp. 21: "Creada por el artículo novena del decreto de 2 de enero de 1968, publicado en el Diario Oficial de 8 de marzo del mismo año, en vigor quince días después."

XX. *A los constructores o vendedores de edificios en condominio que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro.*⁴⁴

XXI. *Es aplicable a lo dispuesto en esta fracción, lo determinado en los párrafos segundo a quinto en la fracción anterior.*⁴⁵

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

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

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

En el Código Penal para el Distrito Federal, el fraude es tipificado en el artículo 230 de la siguiente manera:

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

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *“Creada por el artículo primero del decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de 13 de enero de 1984, en vigor a los 90 días de su publicación.”*

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente, o no sea posible determinar su valor;

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente;

III. Prisión de dos años seis meses a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente;

IV. Prisión de cuatro a seis años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil pero no de diez mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente; y

V. Prisión de seis a once años y de ochocientos a mil doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de diez mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente.

Podemos observar que en primer lugar se le añade la frase “en beneficio propio o de un tercero”, así como la cuantía de pena versus valor de lo defraudado se realiza bajo parámetros distintos.

El artículo 231 en su fracción IV que es el fraude específico que nos comete, se redacta de la siguiente forma:

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

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

Esta fracción también es redactada por el legislador local añadiendo el importe debidamente pactado comprobado, analizaremos las implicaciones de esta frase más adelante. El estudio dogmático del fraude de consumo del presente

trabajo se realizará sobre la legislación para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

7. Síntesis Evolución Legislativa.

Desde el inicio de la humanidad y con el intercambio de bienes y valores, se han llevado a cabo conductas ilícitas encaminadas a obtener una ganancia que no corresponde por medio de engaños, es lo que hoy en día conocemos como fraude; estas conductas han sido tratadas de evitar desde legislaciones antiguas, como es el ejemplo del Código de Hammurabi.

Es importante conocer la historia de la legislación mexicana y la forma en la que se ha desarrollado el texto que sanciona las conductas delictivas, debido a que, conociendo los antecedentes, se puede planificar mejor el futuro de los pueblos y se puede perfeccionar y adecuar efectivamente a la evolución de la sociedad en el tiempo; se pueden enmendar errores sucedidos y aprovechar los aciertos conseguidos.

Como vimos en este capítulo, los antecedentes de nuestra legislación actual, son principalmente las Constituciones de Cádiz, Apatzingán, la de 1824, que a su vez fueron consecuencia de la influencia del constitucionalismo estadounidense; el Código Penal de Veracruz de 1835, considerado el primero de su naturaleza en nuestro país; el Código de 1871, 1929 y finalmente el de 1931 con sus respectivas reformas, hasta llegar al Código Penal Federal que nos rige hoy en día.

En nuestro país, es desde el Código Penal del Estado de México de 1831 (que aunque nunca estuvo vigente, y sólo fue un proyecto, como su nombre lo indica) donde se regula el delito de fraude, considerándolo con el nombre de estafa como un delito contra la propiedad de los particulares; siendo hoy localizado el delito de fraude en el título correspondiente a los delitos contra las personas en su patrimonio, y aunque la redacción del texto no es idéntica, corresponde a la misma especie de delitos la propiedad de los particulares, es decir, delitos patrimoniales distintos a los efectuados contra el Estado. Aunque fue un proyecto de Código, el estudio de esta legislación es importante para la

dogmática, debido a que como entidad federativa, su ubicación geográfica se vio afectada por la criminalidad de entidades federativas colindantes, por lo que requirió una serie de medidas de política criminal para combatir el delito cometido en su territorio.

Posteriormente, la entrada en vigor del primer código penal del México independiente, el Código penal para el Estado de Veracruz de 1835, implica la construcción de una nación moderna en la expresión legislativa penal, señala penas y fija el proceder para su averiguación y sanción, con la finalidad de mantener la tranquilidad pública y la seguridad de los particulares en dicha entidad pública. Este código se caracterizó por ser autoritario, cargado de una dureza extrema y sanciones excesivas, pues se pretendía que a través del castigo en exceso, se solidificara la tutela del Estado; siendo que varias décadas antes habían sido reconocidos ya los derechos del hombre, se implementan penas en este código que van en contra de estos. Con la promulgación del Código Penal Corona de 1869, se logra la legislación propia y acorde con el ideario del liberalismo mexicano, siendo por lo tanto, aunque no el primer código penal del México independiente, sí el primer código penal acorde con la situación mexicana y no un código copia del español como lo fue el de 1835, que si bien los textos españoles cubrieron la necesidad legislativa en su momento, era una legislación elaborada para otros tiempos y lugares; este código de 1869, fue el primero de la República Mexicana que abolió la pena de muerte, así como también prohibió otras penas excesivas como, la mutilación, azotes, palos, entre otras.

En el ámbito federal, con el Código de 1871, las penas se vuelven moderadas y se establece la pena máxima la prisión durante 20 años, fue el primer código en materia federal con el que se inició la independencia legislativa respecto a las leyes españolas. Es de llamar la atención, que el delito de estafas, engaños o deudas fraudulentas como es llamado en esta legislación, es penado con prisión y multa, en donde ésta correspondía al doble del valor de lo defraudado que se entregaba al engañado o engañados, o si no es persona designable, a los establecimientos públicos. La mención de establecimientos públicos es un adelanto al tema que nos corresponde, debido a que se hace

entender que desde entonces se contemplaba el fraude realizado en perjuicio de un establecimiento además del realizado contra una persona física, y esta característica no es contemplada sino hasta 1931, dejando un vacío en este aspecto durante más de medio siglo, en donde de acuerdo a la legislación sólo podía contemplarse en base a las redacciones del tipo cualquier otro fraude no contemplado.

Como pudimos observar, la redacción del delito de fraude de manera genérica (que en algunas legislaciones lo llamaron estafa y en otras fraude), pasó por diferentes formas, siendo siempre una constante el elemento del engaño, y desde 1871, la ilicitud en la obtención de alguna cosa y el lucro indebido; siendo hasta 1931 en donde se tipifica el Fraude de Consumo en la legislación penal federal, conservando desde entonces, idéntica redacción en el Código penal federal de nuestro país, sin embargo, la diferencia entre el texto original de 1931 y el vigente, es que en el primero, se establece la misma pena para cualquiera de los tipos de fraude señalados en el artículo, y en el vigente se establece la magnitud de la pena en relación con el valor de lo defraudado, aspecto que de manera personal creo que es lo más conveniente, ya que no debe imponérsele la misma pena a un delito cuyo valor es bajo que a otro cuyo valor es más cuantioso. De esta manera es como se ha llegado a la tipificación actual del fraude de consumo.

CAPÍTULO SEGUNDO.- TEORÍA DEL DELITO Y MARCO CONCEPTUAL.

Los seres humanos vivimos en una sociedad, esto implica que en todo momento interactuamos unos con otros, tenemos relaciones comerciales, de amistad, educativas, familiares, etc. Para que esta sociedad funcione de manera adecuada, debe tener un orden y ese orden se logra a partir de normas, ya sean normas morales, religiosas y jurídicas, específicamente para el interés de este trabajo, las leyes penales, que son las establecidas por el Estado para proteger los bienes jurídicos primordiales, para reprimir las conductas delictivas y en tanto, mantener el orden social; imaginemos lo contrario, que no hay leyes represivas, que las personas pudiéramos realizar cualquier conducta sin temor a ser acreedores a una pena, entonces la sociedad sería un caos, no habría control y reinaría la violencia. Sin la protección del Estado en este sentido, simplemente la sociedad no podría subsistir.

“Es el Estado el que crea los delitos, atendiendo a los bienes jurídicos que considera dignos de protección, y es también el Estado el que en uso del *ius puniendi* señala las penas o las medidas de seguridad que deben imponerse a los individuos que transgredan las normas penales”, citando al maestro Orellana⁴⁶.

Debido a que el Derecho Penal gira en torno a la sociedad, su función es restablecer el orden afectado por la transgresión a la norma cuando ya ha sucedido ésta; y por otro lado, prevenir esta transgresión al conocer la sociedad las penas a las que pueden ser acreedores en el caso de que realicen las conductas tipificadas por la ley penal como delitos.

1. Teoría del delito

Antes de explicar lo que es la teoría del delito, empezaremos por definir lo que es el delito. Primero, debemos considerar que la palabra delito deriva del verbo latino *delinquere* que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por ley⁴⁷.

⁴⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2a edic., México, Porrúa, 1999, p. 7.

⁴⁷ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 48a edic., México, Porrúa, 2008, p. 125.

La Real Academia Española, define al delito como la acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley⁴⁸.

Este concepto ha sido objeto de numerosas definiciones, pero, como menciona Orellana, el común de la gente concibe el delito como aquella conducta que reviste una gravedad que amerita una sanción, generalmente una pena de prisión⁴⁹. En el Código Penal Federal, el delito es definido de una forma muy sencilla, el artículo 7 señala que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, ésta definición no aclara lo que es el delito, solo, en otras palabras, dice que es una conducta sancionada por las leyes penales, no explica forma, implicaciones, circunstancias, etc.

Del delito se han ocupado otras ramas del conocimiento humano como la filosofía y la sociología. La primera lo estima como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal, mientras la segunda lo identifica como la acción antisocial y dañosa⁵⁰.

Pavón Vasconcelos define al delito como la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Considero que no es una definición como tal, sino que describe al concepto por sus elementos, mostrando una clara tendencia al sistema clásico. El mismo autor cita la definición de delito de Edmundo Mezger, señalando que éste lo considera una acción típicamente antijurídica y culpable⁵¹.

Para estudiar a fondo lo que es el delito, y más allá, lo que éste implica, es indispensable el estudio de la Teoría del Delito, que es la parte del Derecho Penal que se encarga del estudio de los aspectos comunes de los hechos delictivos, esto es, es un instrumento conceptual mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley⁵².

Para Orellana, el objetivo primordial de la teoría del delito es delimitar cuál conducta es o no delictiva y lograr llevar a la realidad que únicamente puede ser

⁴⁸ Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=delito> 21 de noviembre 2014 15:06 hrs..

⁴⁹ Orellana Wiarco, Octavio, *Op Cit*, pág. 145.

⁵⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 21 edición, México, Porrúa, 2010, p. 193.

⁵¹ *Ibidem*, p. 195.

⁵² Daza Gómez, Carlos, *Teoría general del delito, sistema finalista y funcionalista*, quinta edición, México, Flores editor y distribuidor, 2012, pág. 27

delictiva una conducta si la misma se adecúa exactamente a la conducta prevista en la ley o tipo⁵³. Señala dos principales funciones de ésta: primero, que permite conocer con exactitud qué conducta es delictiva y cuál pena le es aplicable, y por otro lado, es una garantía de que únicamente la conducta que se ubique exactamente a la ley penal podrá ser penada, y que la pena no podrá exceder los límites que la propia ley establezca.

La teoría del delito no se encarga de estudiar cada delito en particular, sino que estudia las partes comunes de todo hecho delictivo para determinar su existencia o inexistencia. Estas partes comunes son: la conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, punibilidad: así como sus elementos negativos: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias respectivamente⁵⁴.

Para Carlos Daza, la teoría del delito es un instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. La teoría del delito se encarga de estudiar las características o elementos comunes de todo hecho que pueda ser considerado como delito⁵⁵. Considera que la Teoría del Delito se compone por elementos, que deben ser comunes a todos los delitos.

López Betancourt, cita a Maggiore Giuseppe: Si la teoría del delito es ciencia, con los mismos títulos que la ciencia general del derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad; determinar esa estructura, señalar la organización interna de la doctrina del delito, es la parte más delicada de la ciencia del Derecho Penal y también a causa de esa delicadeza, la parte más controvertida⁵⁶.

Para Márquez Piñero, la teoría del delito constituye una de las grandes bases, probablemente la más importante para el derecho penal, donde se puede comenzar a hablar de la parte sustancial del mismo⁵⁷.

⁵³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op cit*, p. 146.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Daza Gómez, Carlos, *Op Cit*, p. 27.

⁵⁶ López Betancourt, Eduardo, *Op Cit*, pág 4, Cfr. Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Vol I, 2ª Ed, Temis, Bogotá, 1989, p. 268.

⁵⁷ Márquez Piñero, Rafael, *Teoría del delito*, México, Porrúa, 2006.

Con estas bases, considero que la Teoría del Delito es la herramienta del Derecho Penal que se encarga de estudiar los elementos que validan la existencia de un delito, mediante una sistematización y metodología establecida para determinar efectivamente las características comunes de todos los delitos. Todos los delitos deben cumplir con ciertos elementos para ser considerados como tales, ante la ausencia de alguno de estos elementos, que trataremos más adelante, estamos ante la inexistencia del delito.

a) Sistemas que fundamentan la teoría del delito.

Dentro de la teoría del delito, se han formulado dos teorías para conocer la composición del delito: la totalizadora y la analítica. Dentro de la teoría totalizadora, cuyos principales exponentes son Antolini y Carneliutti en Italia, y Schaffstein, Dahm y Kemperman en Alemania, identifican al delito como una entidad homogénea e indivisible⁵⁸. Entiendo que al considerarlo de esta manera, el delito no se puede dividir; su esencia se encuentra en el todo y no es válido estudiar sus elementos por separado, ya que cada uno de ellos no tiene relevancia si no se estudia el delito como un conjunto, como un todo. Uno de los más fervientes partidarios de la teoría unitaria es el tratadista italiano Francesco Antolisei, quien al respecto escribió que “el delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo es fraccionable”⁵⁹.

La segunda teoría es la analítica, que estudia al hecho criminal desintegrándolo en elementos, pero con una conexión entre sí, que en conjunto forman la unidad del mismo.

De igual forma, el citado autor Orellana Wiarco, dice en su obra que los tratadistas de esta materia resaltan que la teoría analítica representa una garantía al individuo, donde sólo y únicamente aquellas conductas descritas con precisión por el legislador como delictivas se pueden aplicar a los individuos que las

⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 4

⁵⁹ Orellana Wiarco, Octavio, *Op Cit*, pág. 149, *Cfr* Antolisei, Francisco, *El estudio analítico el delito*, Traducción de Ricardo Franco Guzmán, México, Canales de jurisprudencia, 1954, pág. 78.

transgredan, consagrándose así el principio de la exacta aplicación de la ley penal⁶⁰.

A partir de esta teoría analítica, y conociendo ya la tarea de la Teoría del Delito (misma que ha ido evolucionando a través del tiempo en lo relativo a la sistematización y metodología de los elementos del delito, gracias a los cambios en el estudio de la dogmática penal) estudiaremos esta evolución desde el sistema causalista hasta el sistema funcionalista.

1) Sistema clásico⁶¹.

Como afirma Carlos Daza en su obra, la dogmática clásica distingue fundamentalmente el aspecto externo y el interno del delito; dicho de otra forma, el aspecto objetivo y el subjetivo del delito.

Esta teoría presenta los elementos acción, tipicidad y antijuridicidad como elementos objetivos, y la culpabilidad con sus elementos dolo y culpa como elementos subjetivos.

Esta teoría clásica es también llamada teoría causalista, que define la acción como un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado)⁶².

Jiménez de Asúa, determina que la acción se compone de un movimiento corporal (conducta), que produce una modificación del mundo externo (resultado), en donde ambos están unidos por una relación de causalidad, una simple relación causa-efecto donde no existen elementos subjetivos ni de valoración.⁶³

Orellana refiere que el sistema causalista se apoya en la filosofía positivista que proclama que lo fundamental es el conocimiento científico, lo importante es llegar a penetrar en la esencia real, material de las cosas, a lo positivo, a lo físico; así lo positivo resulta opuesto a lo metafísico, a lo ideal, que no es un verdadero

⁶⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op Cit*, p. 150.

⁶¹ Daza Gómez, Carlos, *Op Cit*, pp. 33-36.

⁶² Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Barcelona, Ed. Bosch, 1989, Vol I, p. 292.

⁶³ Daza Gómez, Carlos, *Op Cit*, p. 34.

conocimiento. Lo que debe importar es el saber científico fundado en lo positivo [...] Cualquier transformación del mundo físico, entre ellos los que produce el delito, se presentan como relaciones de causa a efecto.

El mismo autor nos indica, en el mismo sentido que señalé lo expuesto por Carlos Daza, que el hecho delictivo plantea un aspecto objetivo que, en sus palabras, es de carácter naturalístico y corresponde a la acción humana que como causa produce un resultado reprobado por la ley (antijurídico), y un aspecto subjetivo que establece la relación psicológica del sujeto en la producción del hecho, en la voluntad de producir el resultado lesivo.

A finales del siglo XIX, Franz Von Liszt expone la sistemática de la teoría del delito basada en la filosofía positivista a la que llamó *Causalista Naturalista*.

Para Liszt el delito es la conducta (en sentido naturalista) que produce un resultado socialmente dañoso (antijuridicidad material) y que se estima culpable, en la medida en que implica la presencia de una relación psicológica entre la conducta del agente y el resultado producido, sea a título de dolo o de culpa, y que, por lo mismo, se hace merecedor de una pena que debe ser aplicada por el Estado⁶⁴.

Díaz-Aranda refiere que Franz Von Lizst analizó de manera sistemática al delito, y sus características esenciales son⁶⁵:

- i) El delito es siempre un acto humano, es una actuación voluntaria trascendente al mundo exterior; esto es, los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana, no pueden constituir delitos.
- ii) El delito es un acto contrario al Derecho.
- iii) El delito es un acto culpable; quiere decir que es realizado por dolo o culpa de un individuo.

Posteriormente, Beling enriqueció esta teoría aportando la teoría de la tipicidad, que vino a complementar la misma, agregando este nuevo elemento, la tipicidad, que consiste en la exigencia de que la conducta que se considera delictiva se adecúe exactamente a la conducta descrita en la ley o tipo penal. Este elemento fue ubicado como elemento objetivo del delito, es una descripción

⁶⁴ Malo Camacho, Gustavo, *Op Cit*, pág. 249.

⁶⁵ Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del delito*, México, Editorial Straf, 2006, pág. 22.

externa de la acción sin contenido normativo ni subjetivo. Si las conductas no están descritas en el tipo penal, resultan atípicas e intrascendentes para el derecho penal. Como podemos notar, este es el antecedente de la máxima en Derecho: *Nullun crimen, nulla poena sine lege*.

Hay que diferenciar el tipo de la tipicidad, el tipo es la descripción que hace el legislador de una conducta considerada delito. La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal. Si esto no ocurre, si la conducta no es exactamente adecuada al tipo penal, si falta algo que la ley penal exija para considerar la conducta como delito, entonces esa conducta no es contraria a derecho y por lo tanto estaríamos ante un caso de atipicidad y no puede ser sancionado por la ley penal.

En esta corriente, la antijuridicidad es un juicio de valor que recae sobre la acción, contemplada como un aspecto objetivo; en el juicio de valor no se toma en cuenta el elemento subjetivo⁶⁶. La valoración de este proceso de la naturaleza, al considerar el grado de daño social o ataque a bienes jurídicos, es la antijuridicidad, entonces es un elemento objetivo y valorativo, cita el doctor Daza a Bustos Ramírez, en su obra.

La antijuridicidad la podemos definir como: lo contrario a derecho. Consiste en la reprobación jurídica que recae sobre la conducta, al cotejarla con las normas penales que integran el orden jurídico al injusto penal⁶⁷. Mientras que Orellana Wiarco aclara que "...no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario a Derecho."⁶⁸

La culpabilidad es el elemento en el que la corriente clásica estudiaba el aspecto subjetivo del sujeto activo del delito, el dolo y la culpa. Su presupuesto es la imputabilidad.

⁶⁶ Daza Gómez, Carlos, *Op Cit*, p. 35

⁶⁷ Urosa Ramírez, Gerardo Armando, *Teoría de la ley penal y del delito: legislación, doctrina, jurisprudencia, y casos penales*, segunda edición, México, Porrúa, 2011, p. 193.

⁶⁸ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op Cit*, p.24.

Por lo tanto, en esta concepción clásica, principalmente “la acción aparece como lo sustantivo, las demás características aparecen como simples adjetivaciones” cita Daza a Bustos Ramírez.⁶⁹

2) Sistema neoclásico.

Poco tiempo después, afamados penalistas como Frank, Mayer y Mezger entre otros, observaron que la culpabilidad no podía ser entendida únicamente como proceso psicológico y consideraron un nuevo esquema: el Causalismo Valorativo que planteó a la culpabilidad dentro de una nueva normativa, estableció que habría que valorar la voluntad del sujeto dirigida a cometer el delito y debía ser entendida como un reproche al proceso psicológico entre el autor a título de dolo o culpa respecto al resultado delictivo⁷⁰.

Se puso de manifiesto que era erróneo dividir tajantemente el análisis del delito en parte objetivo-material (conducta, tipicidad y antijuridicidad) y parte subjetiva (culpabilidad); además de describir las características objetivas de los elementos conducta, tipicidad y antijuridicidad explicó su significado valorativo, manifestando que la ley no es lo único en el Derecho, sino que se debe de contemplar también su sentido espiritual.⁷¹

Al elemento de la acción, además se le agregó el hecho de que se debe considerar la idoneidad de la conducta para la realización de determinado resultado, esto es, realizar un juicio valorativo de que la acción efectivamente puede producir el resultado obtenido. Sólo podrá sostenerse que una conducta ha provocado un resultado, cuando el juicio de probabilidad (*ex ante*) indique que ese resultado es la consecuencia que se provoca con esa conducta.⁷²

La tipicidad es considerada la *ratio essendi* de la antijuridicidad. La concepción clásica de este elemento como simple descripción se ve afectada por el descubrimiento de los elementos normativos del tipo y los elementos subjetivos del injusto.

⁶⁹ Daza Gómez, Carlos, *Op Cit*, p. 35.

⁷⁰ Orellana Wiarco, Octavio, *Op Cit*, p. 154.

⁷¹ Díaz Aranda, Enrique, *Op Cit*, p. 25.

⁷² *Ibidem*, p. 31.

Respecto a la antijuridicidad, los neoclásicos implementaron la necesidad de valoración del ánimo en las causas de licitud. No basta con que se cumplan los elementos objetivos de dichas causas, además es necesario verificar el ánimo con el que fueron llevadas a cabo.

La culpabilidad, es contemplada como un reproche al autor del delito, es un juicio de desvalor. Para esta doctrina, la imputabilidad, el dolo y la culpa son formas de ella. Se deben valorar tanto las circunstancias materiales del hecho como si puede ser reprochada a la persona el haberse comportado contrario a Derecho, parafraseando a Díaz Aranda.

Además de estudiar al dolo y la culpa dentro de este elemento, fue agregado el importante análisis de la imputabilidad y la existencia de causas excluyentes de responsabilidad.

3) Sistema Finalista.

A partir de 1930, surge una nueva sistemática propuesta por Hanz Welzel, la finalista, quien desechó la división de los elementos del delito en objetivos y subjetivos, señalando que los elementos del delito, desde la conducta, contienen elementos subjetivos y objetivos.

Esto quiere decir que mientras las corrientes clásica y neoclásica consideraban a la acción como mero proceso naturalístico, el finalismo considera que la acción en el momento de su realización también tiene un objetivo concreto.

La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan. Actividad final es obrar orientado conscientemente a un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido a un fin, sino que es resultante de los componentes causales en cada caso. Por eso la finalidad es vidente, la causalidad es ciega, relata Welzel en la obra que dio origen a esta concepción: *Derecho Penal Alemán*.

Carlos Daza simplifica esto, afirmando que la acción es conducta humana conducida por la voluntad hacia un determinado fin.⁷³

⁷³ Daza Gómez, Carlos, *Op Cit*, p. 38.

Con otras palabras, la esencia de la acción consiste en gobernar el suceso externo con un acto interno, psíquico, que anticipa la representación interna, la marca de los acontecimientos causales y los determina, de tal manera en su curso futuro⁷⁴.

Podemos entender entonces que tanto la parte subjetiva (voluntad orientada a un fin) como la objetiva (conducta como simple proceso natural) forman parte de la conducta y deben ser consideradas para integrar efectivamente la acción, ésta es importante para el Derecho, cuando son dirigidas con fines contrarios a él, en otras palabras, al derecho solo le interesan las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes fundamentales cuando estas están dirigidas a la realización de resultados socialmente negativos.

Orellana reduce el aspecto de la acción en lo siguiente: “El sistema causalista fija más su atención en el resultado que produce la acción; el finalismo se centra en la dirección de la acción que produce ese resultado”, complementa explicando que la acción aparece descrita por el legislador en la ley, en ella encontramos cuál es la acción que debe desplegarse para ubicar la conducta en el tipo. Continúa con un ejemplo, en el que en el delito de homicidio cuando la ley dice que el delito se comete al que prive de la vida a otro, la acción es privar, es el verbo rector, el aspecto objetivo, para lo cual, debe el sujeto activo realizar una conducta (apuñalar, disparar, golpear, etc.) con la finalidad de privar de la vida, este es el aspecto subjetivo que no había sido considerado por los clásicos y neoclásicos, fundamental en esta teoría finalista.

El mismo autor, en su curso de derecho penal, cita precisamente a Hans Welzel⁷⁵:

La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos... La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura

⁷⁴ Mezger, Edmund, *Derecho Penal*, Parte General, Valleta Ediciones, Argentina, 2004, p.61.

⁷⁵ Orellana Wiarco, Octavio, *Op Cit*, p 200.

causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando la finalidad es vidente, la causalidad es ciega.

Como sabemos, la conducta tiene un aspecto positivo y uno negativo, el positivo ya fue analizado a la luz de esta corriente, ahora procederé a mencionar el negativo, es decir cuando la conducta es una omisión, en lugar de una acción. La acción se traduce en un hacer y la omisión en un no hacer.

Para Von Liszt, señala Orellana Wiarco, la acción y omisión se pueden equiparar, pues la producción de un resultado y la no evitación de un evento, resultan de la voluntad del sujeto⁷⁶.

Sobre la omisión, Welzel escribe⁷⁷:

El autor de omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado. La confusión ya criticada, de la omisión con la acción y su identificación con ella, hizo que la ciencia penal persiguiera durante casi dos siglos al fantasma de una causalidad de la acción. La omisión como no ejecución de una acción no causa absolutamente nada. La única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución de la acción omitida habría evitado el resultado.

En cuanto a la tipicidad, esta se integró también por elementos objetivos y subjetivos; ubica al dolo y la culpa dentro de este elemento y no en la culpabilidad.

Orellana ubica una triple función del tipo en el sistema analizado⁷⁸:

- i) Función sancionadora, represiva de las conductas que se ubiquen dentro del tipo.
- ii) Función de garantía, sólo las conductas típicas pueden llegar a ser sancionadas (principio de *nullum crimen, sine lege*)

⁷⁶ *Ibidem*, p. 204.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 205.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 235.

iii) Función preventiva, el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.

Estas funciones son acogidas tanto por las corrientes casualistas como por la finalista, sin embargo, la diferencia en el finalismo radica en que el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad en la ley, considerando las acciones socialmente negativas con un sentido finalístico⁷⁹.

Al considerar que en el tipo deben estar subsumidos los elementos objetivos y subjetivos, tenemos que dentro del tipo objetivo encontramos las características externas o jurídicas de naturaleza objetiva, es decir las esenciales, así como los elementos accidentales o calificantes que agravan o atenúan al tipo autónomo; sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico tutelado, acción u omisión, resultado típico, elementos normativos, circunstancias objetivas de agravación o atenuación. Dentro del tipo subjetivo están las condiciones de la finalidad de la acción u omisión, es decir, al dolo o a la culpa⁸⁰.

El dolo, lo explica claramente el autor que hemos venido siguiendo en esta teoría, quien lo define como una voluntad de realizar el hecho típico, en donde la conducta va directamente dirigida a la realización del resultado donde es indiferente el conocimiento de la ilicitud por parte del sujeto activo, de la antijuridicidad. En otras palabras, la persona que realiza cierta conducta, tiene la voluntad de que ésta produzca cierto resultado, quiere o desea el mismo, no importando el hecho de que conozca que la conducta aunada al resultado está constituyendo o no un hecho delictivo descrito en el tipo penal.

Como ejemplo, tenemos a la persona que, teniendo ejemplares de libros de texto gratuito de la Secretaría de Educación Pública, los vende en cincuenta pesos cada uno para obtener una ganancia económica de ellos. Esta persona está realizando la conducta (vender los libros) queriendo obtener la ganancia económica (\$50 pesos por libro), sabe el resultado que producirá su conducta y desea la finalidad de la misma, sin embargo, desconoce que esto constituye un delito de acuerdo al artículo 424 del Código Penal Federal que a la letra dice: Se

⁷⁹ *Ibidem*, p. 236.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 238.

impondrá prisión de seis meses a seis años y trescientos a tres mil días multa: I. Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuito que distribuye la Secretaría de Educación Pública. El hecho de que esta persona desconozca que su conducta es constitutiva de delito, es independiente para la teoría finalista. La afirmación de la existencia de dolo, no exige además el conocimiento de la antijuridicidad.

Las conductas culposas son aquéllas en las que la voluntad de acción no se dirige al resultado típico, o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción; y es el juez quien en cada caso debe investigar cuál era el límite de cuidado requerido. La ley al no detallar las conductas culposas, tenemos que se llaman tipos abiertos⁸¹.

Explico, siendo que la culpa es un elemento subjetivo del tipo en el que el sujeto activo no quiere provocar cierto resultado, sino que éste se produce por la falta de cuidado o previsión que el sujeto debió tener, el fundamento de este elemento es precisamente el deber de cuidado, el juez debe valorar la situación personal del sujeto para responsabilizarlo o no por el resultado obtenido a partir de su falta de cuidado. La culpa fue criticada dentro de la teoría finalista debido a que en el caso de la culpa inconsciente, “el sujeto no representa el resultado, donde se dice que no se puede explicar la finalidad de la conducta dirigida a la consecución de un fin que ni siquiera pasó por la mente del agente”, señala Octavio Orellana nuevamente.

La antijuridicidad, por otro lado, es el elemento del juicio de valor, que expresa que la acción puede ser contraria a la norma y lo será cuando no exista causa de justificación. Toma en cuenta la conducta externa del autor. Al injusto sólo le importa el fin que el sujeto se ha propuesto, es la acción antijurídica personal referida al autor.⁸²

No hubo cambios significativos en esta corriente, debemos estudiar tanto lo objetivo como lo subjetivo de la antijuridicidad y de las causas de licitud.

Dentro del elemento culpabilidad en la corriente finalista, a diferencia de las anteriores corrientes, fue eliminado de este aspecto el dolo y la culpa que como ya

⁸¹ *Ibidem*, p. 240.

⁸² Daza Gómez, Carlos, *Op Cit*, p. 39.

vimos deben ser analizados dentro de la tipicidad. Entonces la culpabilidad ahora es concebida desde un contenido solamente normativo, la reprochabilidad.

El reproche es un juicio que se formula al autor por no haber adecuado su conducta conforme a Derecho, a pesar de que estaba en situación de hacerlo.

“La culpabilidad juega un doble papel, primero consiste en el reproche o proceso valorativo de la conducta y resultado; segundo, como medida de la pena”⁸³.

Los elementos que describe Daza dentro de la culpabilidad son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad.

Estos elementos son descritos de la siguiente manera por Orellana Wiarco⁸⁴:

- i) Imputabilidad. Elemento de la culpabilidad que Orellana llama también capacidad de culpabilidad, y es la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma. Los seres humanos, tenemos la capacidad de regular nuestros impulsos de acuerdo a determinado sentido y valor. Incluye el concepto de libre albedrío entendiéndola como la libertad de actuar en el sentido de la ley. La imputabilidad es sinónimo de capacidad de culpabilidad y se integra, a la vez, de dos sub elementos: la capacidad de comprender lo injusto del hecho (momento cognoscitivo) y la capacidad de determinar la voluntad conforme dicha comprensión (momento volitivo).

Me atrevo a decir en pocas palabras que la imputabilidad es la parte genérica de la capacidad de un sujeto de diferenciar entre lo permitido y lo no permitido, mientras que el elemento a continuación, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es la capacidad específica de entender si determinada conducta es contraria o no a Derecho.

- ii) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho es la posibilidad de comprensión de lo injusto, pero al nivel del hecho singular.

⁸³ Orellana Wiarco, Octavio, *Op Cit*, pág. 337.

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 340 y 341.

Es importante en este punto aclarar que la capacidad de comprensión del injusto del hecho se determina en el sentido en el que el sujeto activo pueda reconocer que la conducta que realiza transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, no es necesario que conozca el hecho de que esa conducta forma parte de un tipo en la ley penal, esta es la diferencia principal entre el reproche dentro de la culpabilidad y el conocimiento de la tipicidad. Si no se da la comprensión que menciono, si la persona no está consciente de que su conducta está transgrediendo normas sociales indispensables para la vida en común, no puede integrarse el elemento de la culpabilidad, es decir, se presenta una causa de inculpabilidad; así como el caso de menores de edad y estados anormales que impiden que el sujeto perciba cognitivamente de manera correcta la gravedad de su conducta y las consecuencias que acarrea.

Aquí me gustaría hacer un paréntesis, para plasmar la interrogante de si realmente la edad es un factor determinante para la capacidad cognitiva del sujeto; hoy en día los jóvenes desde temprana edad, tienen la capacidad para saber si las conductas que realizan son acordes o no a las exigencias sociales; un joven de 16 ó 17 años comparado con uno de 18 años que ya es mayor de edad para la ley, tienen razonablemente la misma capacidad para comprender lo injusto del hecho, algunos meses no son determinantes, por ello, particularmente creo que debe ser el juzgador, quien en su momento determine si el joven menor de edad, comprendió lo injusto de la conducta que realizó y en base a ello establecer la medida de la pena a aplicar, no puede determinarse tajantemente a partir de un número en la edad, debe de analizarse la intención y la comprensión con la que fue realizado, de otra forma es como tolerar la comisión de delitos por parte de los menores de edad capaces de comprender, al imponer penas menos severas que a otros jóvenes con tan solo unos meses más de edad.

iii) Exigibilidad.

Satisfechas las dos conductas anteriores, Orellana Wiarco dice que debe examinarse en cada caso, si le era exigible al sujeto una conducta apegada a

derecho. Esto quiere decir que, el juzgador debe considerar en cada caso concreto si el agente al realizar la conducta, tenía alternativas o no.

Con estos tres elementos, se materializa la culpabilidad de la fórmula “poder en lugar de ello”.

En la doctrina causalista normativista, se suele señalar que en casos excepcionales, pueden concurrir las llamadas “causas de inexigibilidad de otra conducta”, que afirma que al presentarse mencionadas causas, subsiste el dolo o a culpa, aunque la conducta no resultaría culpable⁸⁵.

4) Sistema funcionalista.

El funcionalismo, es una corriente que surge en Inglaterra en los años 1930 en las ciencias sociales, posee un enfoque empirista. Esta corriente es definida por el principio de que es el cumplimiento de una función social, estudia a la sociedad sin tener en cuenta su historia, sino tal y como se encuentra, intentando comprender la manera en que cada elemento de la sociedad se articula con las demás, formando un todo y ejerciendo una función dentro de esa sociedad.⁸⁶

Claux Roxin es el máximo exponente de esta doctrina. El fin de la pena es la prevención general. Carlos Daza afirma que lo más sobresaliente de esta teoría es que pone en tela de juicio la culpabilidad normativa, aportando la imputación personal, sustentada en la prevención general como fin de la pena. Günter Jakobs, continúa, es radical al proponer un funcionalismo que sustituya la base ontológica del finalismo, por un fundamento normativo.⁸⁷

De acuerdo al sistema que estudiamos anteriormente, el sistema finalista, Díaz Aranda nos muestra algunas críticas a éste; primeramente, en la conducta, con la concepción final no se puede sustentar la relevancia de hechos culposos, debido a que la finalidad en ellos estaba dirigida a producir resultados totalmente diferentes de los conseguidos, además de que sólo se llega a representar el resultado

⁸⁵ Orellana Wiarco. *Op Cit.* p343

⁸⁶ Montero Cruz, Estuardo, *El funcionalismo Penal (Una introducción a la teoría de Günter Jakobs)*, Perú, Editorial Trujillo, 2008, p 2.

⁸⁷ Daza Gómez, *Op Cit.* p. 40.

obtenido en la lucha consciente, pero no en la culpa inconsciente o sin representación.⁸⁸

Otra de las críticas expresadas por Aranda, es que la teoría finalista enmarca dentro de la tipicidad al dolo y la culpa, que son aspectos más propios dentro de elemento de la culpabilidad, rompiendo con la neutralidad del concepto de acción propia de la tipicidad. Además de ello, afirma que la ausencia de la finalidad en la culpa es un aspecto decisivo para determinar que el sujeto desarrolla su acción con la finalidad de obtener un resultado distinto al producido, por lo que la simple causalidad no es la que hace relevante la conducta para el derecho penal. Y por último, dentro del tema de la culpabilidad, la crítica más frecuente al sistema finalista, expuesto por Díaz Aranda⁸⁹, es que este sistema deja casi vacía de contenido a la culpabilidad, ya que si nos basamos en el sistema clásico en donde el dolo y la culpa son los únicos elementos que conforman a la culpabilidad, en este sistema quedaría totalmente vacía de contenido la culpabilidad en el entendido de que estos elementos, dolo y culpa, fueron trasladados a la tipicidad; en el sistema neoclásico, conformado por dolo, culpa imputabilidad, consciencia de antijuridicidad e inexistencia de causas excluyentes de culpabilidad, quedarían sólo estos últimos tres elementos para configurar la culpabilidad en el sistema finalista.

Dentro del funcionalismo, podemos destacar la teoría funcional normativista de Jakobs, que consiste en garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad, sobre la base de que al ser la sociedad un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico, cuando una de esas reglas es violada por una persona que no está cumpliendo su rol, está contradiciendo las expectativas sociales; conformando a la pena como un medio de confirmación de la norma violada. Este sistema, en palabras de Díaz Aranda, sería de cuidado considerable si pretendiéramos aplicarlo en nuestro país, en virtud de que al ser un sistema puramente normativo, en donde se entiende que al ser la norma válida y eficaz por el simple hecho de ser una norma emitida por seguir el proceso

⁸⁸ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho Penal. Parte General (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, México, Porrúa, p. 133.

⁸⁹ *Ibidem*, pp 135 y 136.

legislativo, estaríamos admitiendo que el Estado tiene derecho a sancionar lo que sea⁹⁰.

Otra teoría funcionalista es la teoría expuesta por Roxin, que afirma que la dogmática no debe sustentarse exclusivamente en desarrollos lógicos y normativos, sino que tiene que atender a la realidad social y ofrecer soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal.

2. Marco conceptual del fraude de consumo.

Para el estudio de cualquier tema, especialmente en el ámbito jurídico, es muy importante conocer el significado de las palabras, saber su origen y analizar lo que cada una de ellas implica; con el hecho de escuchar una palabra, la mente crea un concepto y le da un significado, por ello, tener claro el concepto y las variantes que existen sobre una misma palabra, ayuda al ser humano a reducir todos esos conceptos a uno solo.

a) Concepto etimológico⁹¹.

La etimología de las palabras, es un instrumento insustituible para todo ejercicio argumentativo, se refiere a la biografía completa de cada palabra, su origen y familia. Una misma palabra, hablando en sentido general pero más aún para este estudio en términos jurídicos, puede tener varios significados, entonces con el estudio de la etimología, se puede diferenciar y conocer la evolución de los significados. Pero, ¿qué es la etimología?

Por su parte, Herrera Zapién, indica que la ciencia que estudia el verdadero significado de las palabras, conociendo los vocablos de los cuales se derivan, los elementos de que constan y las modificaciones que experimentan. En otras palabras, la etimología es la ciencia que estudia el origen, la estructura y la evolución de las palabras. Comenzando a hacer uso de la etimología,

⁹⁰ *Ibidem*, pp 139.

⁹¹ Dehesa Dávila, Gerardo, *Etimología Jurídica*, 5ª Ed, México, Poder Judicial de la Federación, 2008.

comprobaremos que la palabra etimología se deriva de dos voces griegas que son: *étymos* = verdadero y *lógos* = palabra, idea, conocimiento.”⁹²

Para la Real Academia Española, etimología es el “Origen de las palabras, razón de su existencia, de su significación y de su forma” y “Especialidad lingüística que estudia el origen de las palabras consideradas en dichos aspectos.”⁹³

En palabras de Torres Lemus, la etimología de una palabra es el conocimiento de su origen, saber de qué vocablo o vocablos proviene y cómo ha evolucionado en su sonido, escritura y significado.⁹⁴

Cualquier definición que encontremos en diversas fuentes, coinciden en el origen verdadero y la evolución que la palabra ha tenido a través del tiempo; es decir la etimología se enfoca en el origen, la historia, la lengua original.

Para el conocimiento de lo que implica el fraude de consumo, es necesario conocer la etimología de las palabras que componen este concepto, es decir, primero saber el significado de la palabra fraude, así como de consumo y posteriormente en este capítulo, de los elementos que integran la descripción típica.

El fraude, desde su análisis etimológico, proviene del latín *fraus-fraudis* que significa mala fe, falsedad, perfidia, engaño, malicia. En ocasiones delito o falta.⁹⁵

El engaño, que es un elemento fundamental del delito de fraude, tiene su origen en el latín vulgar *innganare* que significa enredar a alguien con charlatanería o burlarse de él, el prefijo *in* implica interioridad, por lo que el engaño tiene valor intensivo.⁹⁶

Más adelante, se hará un análisis más detallado de las palabras que integran el concepto y tipo de fraude de consumo.

⁹² Cfr. Herrera Zapién, Tarsicio, *Etimología grecolatina del español*, México, Porrúa, 1982.

⁹³ Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=etimolog%C3%ADa>. 21 de diciembre 2014 16:22 hrs.

⁹⁴ Cfr. Torres Lemus, Alfonso, *Etimologías grecolatinas*, México, Porrúa. 1984.

⁹⁵ Dehesa Dávila, Gerardo, *Op Cit*, p. 296.

⁹⁶ Diccionario de la Real Academia Española. <http://etimologias.dechile.net/?engan.ar> 11 de enero 2015 16:00 hrs

b) Concepto doctrinal de fraude⁹⁷.

El delito denominado fraude por nuestro Derecho positivo, ha recibido en otras épocas y en otras legislaciones, nombres diversos tales como *estelionato*, *escroquerie*, *truffa* y *estafa*.

- a) Estelionato. El estelionato, se afirma que era una impostura encaminada a la obtención de un hecho indebido y capaz de engañar y causar perjuicio al diligente padre de familia, según el argentino Sebastián Soler⁹⁸. Además de que esta figura se diferenciaba del *falsum* de Derecho Romano, en que con la *Lex Cornelia de falsis*, se reprimían las falsedades en los testimonios y en la moneda; posteriormente se agregaron numerosos casos de falsedad que constituían ofensas a la fe pública; y en el *stellionatus*, se comprendieron los fraudes que no cabían dentro de los delitos de falsedad previstos, en general, se consideraba estelionato a todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra cuantificación delictiva.⁹⁹
- b) Escroquerie. Este es el nombre que el Código Francés le otorga a lo que nosotros conocemos como fraude o estafa, que en su esencia coincide en lo general, caracterizándose por inducir a alguien en error por medio de engaño o artificio para obtener un provecho injusto.
- c) Truffa. El doctor Pavón Vasconcelos, citando a Maggiore, establece que la etimología del nombre de estafa en italiano, *truffa*, es incierta. Unos le hacen derivar del francés truffe, tatufo o trufle, que tiene el doble significado de trufa y burla; otros la hacen derivar del alemán *treffen*, golpear, coger, y por ende, jugar una mala pasada. Independientemente del término, el derecho italiano define a este delito como quien, al inducir a otro en error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno.
- d) Fraude. Para Merkel (citado por Pavón Vasconcelos), el fraude o estafa, es la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y

⁹⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Delitos contra el patrimonio: comentarios de derecho penal*, México, Porrúa, 2001, pp. 247 – 249.

⁹⁸ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, IV, 1951, p.321.

⁹⁹ Pavón Vasconcelos, Op Cit. Pp 245.

mediante engaño, mientras que para Soler, es una disposición patrimonial, perjudicial tomada por un error determinado mediante ardidés tendientes a obtener un beneficio indebido.

“Tomando en consideración los elementos que contiene el delito de fraude aceptamos el concepto del mismo, en los siguientes términos: Existe el delito de fraude, cuando con ánimo de lucro y por medio de engaño o aprovechamiento de error, idóneos, se origina en alguien un error, para que lleve a cabo un acto de disposición patrimonial en su perjuicio o de un tercero y en provecho para el sujeto activo o de un tercero”¹⁰⁰.

Es importante destacar que hay códigos que formulan un concepto general de fraude, otros que además de formular un concepto de fraude, señalan casos específicos del mismo, como es el caso del Código Penal Federal de nuestro país y en diversas entidades, como la legislación para el Distrito Federal; y por último, también hay códigos que señalan únicamente casos específicos de fraude, sin dar un concepto general del delito.

Ya Jiménez Huerta, señalan los autores Betancourt y Porte Petit, ha dicho que tendencia de los modernos códigos, es formular una definición o concepto amplísimo del delito de fraude, en el que puedan subsumirse todos los casos que presenta la viva realidad, nunca agotada por previsiones fácticas específicas y siempre más rica que la casuística contenida en las leyes¹⁰¹.

La Corte ha dicho:

Tradicionalmente, respecto al fraude, tanto los tratadistas como nuestra legislación, antes del Código de 1931, estimaban que cometía el delito el que engañando a una persona o manteniéndola en el error se hacía de una cosa o lograba algún lucro indebido. En las legislaciones actuales, ya no hay fraudes genéricos ni específicos, sino fraudes autónomos, cada uno con elementos propios, y reunidos éstos, se logra la tipicidad, independientemente de que se acredite el referido engaño o mantenimiento en el error; con ese motivo se ha hablado de fraudes puros o fraudes espurios, siendo éstos últimos los que a pesar

¹⁰⁰ López Betancourt, Eduardo y Porte Petit, Luis, *El delito de fraude (reflexiones)*, 2ª Ed, México, Editorial Porrúa, 1996, pág. 1

¹⁰¹ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, La Tutela Penal del Patrimonio*. México, IV, 1963, p. 150.

de ser fraudes, no tienen como elemento el engaño, pudiendo citarse como caso típico, el fraude por usura. Hay otros fraudes que también son espurios; por ejemplo, el fraude del que se haga prestar un servicio y no pague, puede ser espurio, pero también puede ser por engaño, ya sea porque haya existido engaño al obtener el servicio no pagado o que haya habido ausencia del mismo, y sin embargo, obtener el lucro indebido, al no pagar lo consumido.¹⁰²

Si los fraudes espurios son los que no tienen el elemento del engaño, y como podremos ver más adelante, dentro de los elementos del fraude de consumo del artículo 387 fracción IV del Código Penal y el 281 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal no encontramos como tal el engaño, es importante dejar en claro que a pesar de no estar mencionado, está implícito este elemento al pedir el servicio o bien no pagado y tener la intención de no pagarlo.

Se han señalado, en la doctrina, como menciona Pavón Vasconcelos, analogías entre los delitos de fraude, robo y abuso de confianza: la identidad en el ánimo del agente, esto es, la intención de ejercer el dominio sobre la cosa dando lugar a una afectación del patrimonio; el objeto jurídico en los tres casos es el patrimonio como bien tutelado y por último, en todos los casos también existe un enriquecimiento indebido concordante con la disminución patrimonial sufrida por la víctima, en palabras del autor.

González de la Vega, subraya que dichos delitos son infracciones que en sus móviles y en sus efectos tienen la más profunda analogía. Constituyen importante trilogía de delitos de enriquecimiento indebido o apropiación ilícita de los bienes ajenos. Sus resultados coinciden porque todos ellos importan un perjuicio a la víctima por la disminución de su caudal patrimonial y porque causan a sus autores un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece. En otras palabras, los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuirse sus valores patrimoniales, sino que se traducen, de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que recae la infracción. Lo que varía son los procedimientos

¹⁰² SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Primera Sala, Vol. 133-138. Segunda Parte. Pág. 87.

empleados por el agente para apropiarse de lo ajeno (apoderamiento, disposición o recepción por voluntaria entrega)¹⁰³.

c) Concepto jurisprudencial de fraude.

Como lo detalla el artículo 386 del Código Penal Federal, *“comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido”*.

La jurisprudencia que hay en relación a este precepto, establece primeramente, que para que se configure el delito mencionado, es necesario que se cumplan todos los elementos que lo configuran; expongo a continuación las tesis al respecto:

FRAUDE, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. Los elementos constitutivos del delito de fraude por engaño o aprovechamiento de error, son los siguientes; a) engaño, actividad positivamente mentirosa, empleada por el sujeto activo, que hace incurrir en una creencia falsa - error-, al sujeto pasivo; b) el aprovechamiento del error, actitud negativa, consistente en que el autor, conociendo el falso concepto en que se encuentra la víctima, se abstiene de hacérselo saber para realizar su finalidad desposesoria; c) hacerse ilícitamente de alguna cosa, es decir, de bienes muebles corporales, de naturaleza física; d) alcanzar un lucro indebido, esto es, cualquier ilícito benéfico, utilidad o ganancia económicas que se obtienen explotando el error del victimado; y conexión causal; el engaño o el error aprovechado, debe ser el motivo eficiente y determinante de las cosas o de la obtención de los lucros.¹⁰⁴

De esta tesis, podemos destacar que se definen los elementos que lo integran: al engaño como la actividad positivamente mentirosa, es decir el sujeto activo realiza una conducta para que el sujeto pasivo incurra en una creencia falsa, el error; al aprovechamiento del error, lo define la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la actitud negativa del sujeto activo en donde, siendo que el sujeto pasivo se encuentra con anterioridad en una creencia falsa, en un error, el sujeto

¹⁰³ González de la Vega, Francisco, *Derecho Penal Mexicano. Los delitos*, México, Editorial Porrúa, México 1970, pág. 243.

¹⁰⁴ 293494. Primera Sala. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXXVIII, Pág. 287

activo, a sabiendas de esto no realiza conducta alguna para hacerle corregir esa creencia o hacerle saber la realidad, aprovechándose de esa situación anterior para obtener su beneficio. Hacerse ilícitamente de alguna cosa, consiste en que sean bienes muebles corporales de naturaleza física, tangibles. Y alcanzar un lucro indebido, es cualquier ilícito benéfico, utilidad o ganancia económicas.

FRAUDE, ELEMENTOS DEL. Los elementos constitutivos del fraude son: a) engaño a través de una actividad positivamente mentirosa empleada por el sujeto activo y que hace incurrir en una creencia falsa o error al sujeto pasivo o aprovechamiento del error de éste, mediante una actividad negativa de aquél, que conociendo, el falso concepto en que se encuentra la víctima se abstenga de hacérselo saber para realizar su finalidad; b) que mediante tal actividad se haga ilícitamente el sujeto activo de alguna cosa, alcance un lucro indebido, cualquier beneficio ilícito, utilidad o ganancia económica; y c) que tal engaño o error aprovechado sea el motivo eficiente de la entrega de la cosa o de la obtención del lucro.[...] ¹⁰⁵

En esta tesis se señalan los mismos conceptos acerca del error, aprovechamiento del error y lucro indebido; pero a diferencia de la tesis anterior, se señalan solamente tres elementos: el primero integra al engaño o aprovechamiento del error, como conducta positiva o negativa; el segundo, integra de igual forma a la obtención de un bien o alcance de un lucro indebido; y por último lo que conocemos como relación causal entre el elemento primero y el segundo.

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

¹⁰⁵ 233494. SCJN. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta época. Volúmen XLIV, Segunda Parte. 6 febrero 1961. Pág. 82.

o el error deben ser determinantes de la obtención del lucro. La falta de los elementos enumerados, hace inexistente el delito de fraude.¹⁰⁶

Esta tesis señala los mismos elementos mencionados anteriormente.

FRAUDE. CONCEPTOS DE ENGAÑO Y ERROR COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO. El fraude es un delito material por requerir un resultado de la misma índole (la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurren en ella, así como la obtención de un lucro o un beneficio indebido), con independencia de los medios comisivos, engaños o aprovechamiento del error, entendiéndose el primero como la actividad mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción, o sea una acción falaz positiva para lograr la obtención de la cosa o el logro de un beneficio indebido; en el aprovechamiento del error, no es necesario en todo caso, una actividad del sujeto activo, quien se aprovecha de la falsa concepción que una persona tiene sobre un hecho cualquiera para llegar al resultado antijurídico, y a diferencia del engaño que constituye el medio comisivo para provocar el error, en el aprovechamiento de éste que existe con anterioridad, el agente sólo se vale de esa situación para lograr el fin que de antemano se propuso, ya que en estas circunstancias el activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima, sino únicamente se abstiene de hacer saber al pasivo la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para su finalidad dolosa.¹⁰⁷

Por lo que podemos concluir que el delito de fraude se integra por los siguientes elementos:

- 1) El engaño o aprovechamiento del error.
- 2) Hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido
- 3) Relación causal entre el error y el lucro indebido.

Respecto a la relación causal entre el error y el lucro indebido, hay jurisprudencia que señala que es indispensable para la configuración del delito, que “exista en la mente del autor una dañada intención que tienda, [...] a la obtención ilícita de una cosa o alcance de un lucro indebido, es decir, que entre la

¹⁰⁶ 261091. SCJN. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta época. Volumen CV, Segunda Parte. 9 marzo 1966. Pág. 69.

¹⁰⁷ 226311. SCJN. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo V, Segunda Parte-2, Enero-Junio de 1990, Pág. 578

dañada intención del acusado de defraudar y el beneficio ilícito debe haber una relación inmediata de causa a efecto.”¹⁰⁸

Existe, además, la necesidad de distinguir el fraude o dolo civil del fraude o dolo penal, debido a que el artículo 17 constitucional en su último párrafo señala que nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil, por ello, la siguiente tesis de la SCJN señala la clara distinción entre el fraude penal y el fraude civil, en relación a que están orientados a proteger el primero el carácter social de la conducta ilícita y el segundo, a proteger el patrimonio del particular:

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

¹⁰⁸ 195576. Tesis XI.2º. J/30 SCJN.. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena época. Tomo XXIV, Julio de 2006. Pág 941.

este daño en provecho de la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal.¹⁰⁹

Esta distinción es de suma importancia para no confundir el aspecto del tipo de responsabilidad que se genera con la conducta delictiva con la máxima constitucional de que nadie puede ser aprisionado por “deudas de carácter puramente civil”, primeramente, este precepto constitucional al mencionar la palabra “puramente”, está indicando que esto es válido en aquellos casos en que la contravención a la ley solamente implica un incumplimiento frente a la ley civil, solamente se le puede imputar la responsabilidad civil al inculpado, la reparación se ejerce frente al particular que sufrió el agravio. Distinto es, cuando además de existir la responsabilidad civil de la que hablamos, existe una responsabilidad penal por el mismo acto, en este caso no se está aplicando una pena a un acto meramente civil sino que un mismo acto implica tanto responsabilidad civil como responsabilidad penal. Le es otorgado a los actos de carácter civil la tutela penal a cargo del Estado, estableciendo estos como tipos penales para proteger, al igual que a los particulares, a la sociedad, quedando limitada la voluntad de las partes, por la ley penal en casos en los que esta puede verse aprovechada por individuos que mediante el engaño o aprovechamiento del error, logra un beneficio indebido y además premeditado, como lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis siguiente:

DOLO PENAL Y DOLO CIVIL. SUS DIFERENCIAS. En cuanto al problema que plantea el quejoso en el sentido de que se trata en el caso de una cuestión civil derivada de incumplimiento de contratos, cabe considerar que en los procesos penales que se caracterizan por tener como origen un contrato cuyo cumplimiento no realiza una de las partes, la línea divisoria entre la esfera penal y la civil presenta una sutileza tal que puede dar lugar a la confusión de dichos ámbitos. La delimitación existe, sin embargo, y una conducta con naturaleza aparentemente civil puede tener, por el contrario, carácter penal. Para considerar que el contratante que no cumplió el contrato ha incurrido en una infracción de carácter penal, es preciso acreditar que dicha persona, desde que celebró el contrato había

¹⁰⁹ 245276. SCJN. Tesis Vi. 2º. J/146. Semanario Judicial de la Federación. Novena época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo VIII, Septiembre de 1998. Pág. 1075.

decidido dolosamente no cumplirlo; tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil fue engendrada por el dolo penal de una de las partes. La prueba de ese dolo original sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que, debidamente analizados en relación con el contrato de referencia, engendren en el juzgador la convicción plena de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir. Si los elementos de prueba sometidos a la consideración del Juez no poseen esa fuerza retroactiva, en cuanto que mediante ellos pueda establecerse la existencia de un engaño en el pretérito, es decir, en la época en que se celebró el contrato, el Juez no puede atribuir al simple incumplimiento, carácter penal. Pero, si por el contrario, aquellos elementos permiten establecer que el contratante, mediante el engaño o aprovechamiento del error produjo en la otra parte la falsa creencia de que cumpliría con lo convenido, debe considerarse su conducta como penal. En tales casos, el incumplimiento no es otra cosa que la consumación de la conducta delictiva. Así pues, no todo incumplimiento de contrato constituye una mera conducta civil. Adoptar criterio distinto conduciría a la consideración de que basta que dos personas celebren una operación regulada en principio por el derecho privado para que su conducta, no obstante la falacia y mala fe de que esté viciada, no puede ser regulada por el derecho penal. Dicha postura desvirtuaría el derecho civil convirtiéndolo aberrantemente en un escudo para todos aquellos que con el pretexto de celebrar convenios civiles tratan de obtener en forma ilegítima y en perjuicio de otra persona algún lucro indebido, y que al amparo del derecho privado escaparían, con el consecuente perjuicio para la sociedad, a la represión del derecho penal, encargado de defenderla.¹¹⁰

d) Análisis conceptual de los elementos que integran la descripción típica de fraude de consumo.

Antes de analizar los elementos del fraude de consumo, considero necesario hacer un análisis breve de los elementos que integran el fraude genérico, ya que a pesar de ser el primero un fraude específico y por lo tanto

¹¹⁰ 245276. SCJN, Semanario Judicial de la Federación, Sala auxiliar, Séptima Época, Volúmen 199-204. Pág. 415

autónomo, se debe conocer la esencia del delito, es por ello que a continuación detallaremos los elementos conceptuales que señala Zamora Pierce en su obra, autor que considero es el más acertado en la determinación de los elementos del delito en cuestión.

En el artículo 386 de nuestro Código Penal, se afirma que *comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido* y en el artículo 387, fracción IV *Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe*, por lo que procederemos a analizar cada uno de los elementos que integran este tipo penal.

El doctor Zamora Pierce, afirma que de la definición de fraude genérico resultan los siguientes elementos¹¹¹:

1) Cualquier **conducta engañosa**.

El engaño, consiste en la falta de verdad en lo que se dice o en lo que se hace creer. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el engaño es la “falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”, dice también que es la “acción y efecto de engañar”, por lo tanto, el verbo engañar lo define como dar a la mentira apariencia de verdad, inducir a alguien a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas.¹¹² Etimológicamente, como vimos anteriormente, el engaño significa enredar a alguien con charlatanería o burlarse de él. Engaño entonces es sinónimo de mentira, farsa, burla, estafa, trampa, artimaña, truco, falseamiento, confusión, entre otras. Entonces, para que se constituya el delito de fraude, es necesario que el error de la víctima, ya sea inducido o mantenido por la persona que comete el delito, sea llevado a cabo por éste de manera intencional, debe haber esa intención de querer inducir o mantener en el error; este engaño puede llevarse a cabo de forma activa o pasiva, esto es, puede inducir con una conducta al error o simplemente no hacer nada por evitar el error en el que se encuentra la víctima, en este sentido, el elemento primero del que habla el doctor Zamora, sobre la

¹¹¹ Zamora Pierce, Jesús, *El Fraude*, 9ª Ed, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 23.

¹¹² Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=engaño> 22 de febrero de 2015 11:03 hrs.

conducta engañosa, puede ser una conducta de hacer o de no hacer, de provocar el error o de mantenerlo evitando corregir a la víctima sobre el que se encuentra.

“Para que se produzca el engaño en el delito de fraude [...] no es menester que el agente activo del delito produzca o vierta materialmente la mentira o la falsedad y que éstas sean de tal manera importantes, que induzcan al engaño a la víctima, sino que el engaño o falta de verdad en el agente del delito, puede derivarse de la falacia, de la intriga o de la sola malicia, al no revelar las circunstancias verdaderas [...].”¹¹³

“[...] Aun suponiendo que el indiciado haya alcanzado un lucro indebido que trajo como consecuencia necesaria la disminución patrimonial del ofendido, los hechos denunciados no pueden considerarse constitutivos de fraude si en ningún momento se suscitó el elemento característico de este ilícito, consistente en que ese logro o provecho indebido se haya conseguido mediante engaños, o maquinaciones hacia el agraviado, o aprovechándose del error en que éste se hallaba [...].”¹¹⁴

También, para que se acredite el engaño, debe tratarse de una relación ética por todas las partes que conformen la relación que dio lugar a la configuración del delito; es decir, si una persona es víctima de fraude por parte de un vendedor de cocaína, quien le aseguró que le entrega una cantidad y de hecho le entrega menos, no puede la supuesta víctima reclamar ningún derecho debido a que el acto que da lugar al fraude no es lícito, entonces ambas personas están realizando conductas delictuosas; al respecto, la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma lo siguiente: “ [...] la norma jurídico penal al tutelar los bienes que la sociedad estima de suma relevancia, como lo es el patrimonio de las personas, prohíbe y sanciona a todo aquel que, mediante engaños, se hace ilícitamente de una cosa en beneficio propio, pero claro, respecto de situaciones que éticamente son consideradas buenas de acuerdo con los convencionalismos sociales, y no de aquellas que no lo son [...]”¹¹⁵.

¹¹³ SCJN. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta época. Tomo LXXVI. 2 junio 1943. Pág. 3709.

¹¹⁴ SCJN. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava época. Tomo XIV, Julio de 1994. Pág. 595.

¹¹⁵ SCJN. Tesis: I.9o.P.75 P. Semanario Judicial de la Federación. Novena época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXIX, Marzo de 2009. Pág. 2755

Entonces, el engaño puede configurarse de dos maneras: induciendo al error o manteniendo en el estado de error que se encuentra la víctima del delito, esto es, que a sabiendas de que la víctima tiene una noción equivocada de las características del acto (peso, medida, valor, costo, forma, etc.), el sujeto que engaña no realiza ninguna conducta para darle a conocer la verdad.

2) Que produzca en el engañado un estado subjetivo de **error**.

El error se configura cuando el pasivo cree cierto lo que es falso, cuando se forma una representación mental que no corresponde a la realidad, ya sea creada por otra persona o por uno mismo. Zamora Pierce¹¹⁶ destaca que hay que saber distinguir entre el error y la ignorancia, diciendo que error es saber mal y la ignorancia es no saber, y por lo tanto, la doctrina está de acuerdo en afirmar que la existencia de un estado de ignorancia en el pasivo no es suficiente para integrar los elementos del delito de fraude. Para que el pasivo pueda ser engañado, es indispensable que posea la capacidad de entender y de querer, solamente un ser que tiene plena capacidad para comprender puede juzgar, y por lo tanto, únicamente un sujeto pensante puede ser víctima de error. Esto nos lleva a la incógnita de si el engaño a personas morales, como es el caso del delito estudiado en el presente estudio dogmático, puede realizarse o no; ¿puede engañarse a una persona moral? El mismo autor señala que las personas morales, por ser creaciones del Derecho, no pueden ser engañadas, ya que carecen de mente, sin embargo, no es equivalente a decir que no pueden ser víctimas de fraude, porque este delito se lleva a cabo contra la persona moral, a través de sus representantes; entonces, el requisito *sine qua non* del engaño, debe realizarse contra quien represente a la persona moral en el acto.

3) O bien, alternativamente, cualquier conducta de aprovechamiento del error en el que el paciente del delito se halla.

Una segunda hipótesis que señala el tipo penal, es el aprovechamiento del error, en donde el error le es imputable un tercero, esto es, el estafador no

¹¹⁶ Zamora Pierce, Jesús, *Óp. Cit*, pág. 93.

engaña al pasivo, no provoca el error, pero sí tiene conocimiento de la existencia de tal error y actúa aprovechándose del mismo para determinar a la víctima a tomar un acto de disposición patrimonial en beneficio del delincuente; es de esta manera que el maestro Zamora Pierce señala claramente la diferencia (sólo doctrinal, ya que para efectos de la pena, no hay diferencia alguna) entre el fraude por engaño y el fraude por aprovechamiento del error, donde éste último queda reducido a la hipótesis en que el defraudador guarda silencio ante el error del pasivo, permitiendo que el mismo resulte en su ilícito beneficio¹¹⁷.

4) Provocando así un acto de **disposición patrimonial**.

El acto de disposición patrimonial, es presentado en la obra del distinguido autor en consideración, Zamora Pierce, en el entendido de que para que exista la figura de fraude, el engañado ha de realizar una acción u omisión que cause la disminución del propio patrimonio o de un tercero, siendo un delito de auto lesión, en el cual el sujeto víctima del engaño coopera con el estafador, esta auto lesión se lleva a cabo a través de un acto de disposición, concepto que se alude implícitamente en el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal: *se hace* ilícitamente de alguna cosa, terminología que el autor critica debido a que, como menciona en su obra, en el Diccionario de la Real Academia Española el término hacerse con una cosa quiere decir tanto obtenerla como apoderarse de ella por lo que tiende a confundir entre estafa y robo.

Entonces, por acto de disposición, señala que es cualquier conducta que transfiere, grava, extingue, o de cualquier manera afecta alguno de los derechos que integran el patrimonio de la víctima. Otro autor, Valle Muñiz señala que el acto de disposición debe ser tal que cause el daño patrimonial. [...] debe ser un comportamiento del sujeto inducido a error que conllevará de manera directa a la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero. Es el nexo causal entre el engaño y el perjuicio¹¹⁸.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 105.

¹¹⁸ Valle Muñiz, Jose Manuel, *El delito de estafa*, Barcelona, Casa editorial, 1989.

5) Que permite al activo hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un **lucro indebido**.

La disposición patrimonial lograda por el engañado, deberá producir un perjuicio en el patrimonio del engañado o en el de un tercero, y correlativamente, un provecho en el patrimonio del que engaña o en el de otra persona. Así lo menciona el maestro Zamora Pierce, señalando también que dicho perjuicio ha de ser una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo del delito.

El lucro, conforme a la Real Academia Española es “la ganancia o provecho que se saca de algo”, lucramos cuando adquirimos un bien o un derecho, valuable en dinero y que, por ende, aumenta nuestro patrimonio¹¹⁹.

Ahora bien, “Indebido” según el Diccionario de la Academia Española, es algo “ilícito, injusto y falto de equidad”¹²⁰, es decir, al alcanzar el sujeto activo del delito un incremento en su patrimonio, este se está dando de manera indebida, de manera ilícita, sin derecho, por medio del engaño totalmente injusto y con falta de ética por aprovecharse o manipular el error de la víctima, es un lucro indebido, que no es justo.

6) Una **relación causal** entre los elementos anteriores y,

Resulta necesario que para configurarse el delito de fraude, haya relación entre los términos “engaño” y “lucro”, el engaño debe ser idóneo, es decir, solo se consideraran fraudulentos los engaños que sean bastante para producir error en otro. Sostiene el autor que para determinar la idoneidad del engaño, habrá que valorar la calidad personal y cultural del sujeto pasivo concreto, por cuanto no existe para ello un criterio absoluto y apriorístico; todo engaño es idóneo si produce efectivamente error en la víctima.

La relación causal, el nexo causal es la relación media entre la conducta del hombre y el resultado que produce en el mundo material, por ello resulta que el

¹¹⁹ Diccionario de la Real Academia Española.
<http://lema.rae.es/drae/?val=lucro> 30 de enero de 2015 11:07 hrs.

¹²⁰ Diccionario de la Real Academia Española.
<http://lema.rae.es/drae/?val=indebido> 30 de enero de 2015 11:35 hrs

error del que hablamos anteriormente, reviste una doble naturaleza, puesto que es efecto del engaño y causa del acto de disposición.

7) El **ánimo de lucro**, un elemento subjetivo consistente en la intención de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja patrimonial.

Ya vimos en los incisos precedentes, lo que implica el lucro indebido alcanzado por el agente del delito, por lo que este elemento, conceptualmente ya fue determinado al explicar en qué consiste el lucro, solo que ahora es tomado en cuenta como elemento subjetivo, esto es, que la intención del sujeto activo del delito, es lucrar, por ello lleva a cabo las acciones u omisiones necesarias para inducir a error a la víctima y con ello la disposición patrimonial lucrativa. La intención de estafar o defraudar está presente en la mente de la víctima en todo momento, simplemente su forma de llevarla a cabo puede ser mediante acción (fraude por engaño) o por omisión (fraude por aprovechamiento del error).

Los elementos que integran el artículo 387 fracción IV, es decir, el delito de fraude de consumo, son los siguientes:

- a) Hacerse servir alguna cosa o admitir un servicio.
- b) En establecimiento comercial.
- c) Que no pague el importe.

Respecto al inciso primero, quiere decir que el sujeto activo puede llevar a cabo el delito de dos maneras, acudiendo al establecimiento comercial a que se le preste un servicio, entendiendo por servicio la acción destinada a ejercer un empleo o cargo propio o en lugar de alguien¹²¹; o acudir para que le sea servida alguna cosa, tratándose siempre de “mercancías fungibles y de inmediato consumo, como bebidas, alimentos u otras similares”¹²².

Se habla de establecimiento comercial, cuando la conducta delictiva es llevada a cabo en un lugar de dicha naturaleza, en los que se realizan operaciones de compra venta de productos y servicios, no de aquellos que no tienen ese carácter,

¹²¹ Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=servir>

¹²² SCJN. Tesis VIII.1º.19p. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo VII, Mayo de 1998. Página 1019.

como sucede con los que prestan servicios médicos y hospitalarios, en los cuales no se está en presencia de una compra de inmediato consumo, ni se conoce el monto al que ascenderán los servicios prestados¹²³. También existen exclusiones en la Ley Federal de Protección al Consumidor en su artículo 5, que son los “servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil y los servicios que presten las sociedades de información crediticia. [...] los servicios regulados por las leyes financieras que presten las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores; de Seguros y Fianzas; del Sistema de Ahorro para el Retiro o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.”

El hecho de que no sea pagado el importe implica varias cosas. Por un lado, la persona sujeto activo del delito debió conocer previamente el monto de bienes o servicios consumidos, como lo señala La Corte: “la persona previamente conoce el monto de lo que tiene que liquidar, de suerte que si procede a su consumo sabiendo que no va a realizar el pago respectivo, incurre en la comisión de tal antijurídico¹²⁴ .

Por otro lado, el hecho de no pagar el importe y se configure un delito, implica la existencia de un dolo específico, en cuanto a que, al solicitar alguien alguna cosa o al admitir un servicio en algún establecimiento comercial, sepa que no ha de poder pagar y obra de tal manera que determine la conducta del sujeto pasivo¹²⁵. La definición de importe la encontramos en el diccionario de la Real Academia Española, es la cuantía de un precio, crédito, deuda o saldo¹²⁶. En este caso, como es de consumo inmediato y según las costumbres comerciales la cuenta por el servicio prestado o los objetos entregados deba ser pagada de

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ SCJN. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen LVII, Segunda Parte. 19 Marzo 1962. p. 30

¹²⁶ Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=importe> 22 de febrero 2015 13:22 hrs

inmediato¹²⁷, solo nos atenderemos a la cuantía del precio, siendo este el valor pecuniario en que se estima algo¹²⁸.

e) Concepto de consumo.

Aunque el precepto legal que tratamos en este estudio, no menciona la palabra consumo, sino que habla de “se haga servir alguna cosa o admita un servicio”, estamos refiriéndonos al fraude de consumo, es por ello que debemos dejar en claro el concepto de consumo y lo que implica.

Etimológicamente, la palabra consumo es la acción y efecto del verbo consumir, y este viene de latín *consumere* que significa tomar entera y conjuntamente, consumir, agotar, desgastar; consumir es un verbo formado con el prefijo “con” (conjuntamente, del todo) y el verbo “sumere” (tomar o asumir). A su vez, *sumere* es prefijado con “sub” sobre y “emere” tomar, obtener, comprar y ganar.¹²⁹

El diccionario de la Real Academia Española, define al consumo¹³⁰ como la acción y efecto de consumir (comestibles y otros géneros de vida efímera); y al buscar “consumir¹³¹”, lo define como:

1. Destruir, extinguir.
2. Utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos.

Es decir, consumir algo implica que los objetos que van a ser consumidos, sean comestibles o cualquier otro género de vida efímera, esto es, que es pasajero, de corta duración y que no prevalece en el tiempo; en el momento en el que se consume, se extingue. Y de la segunda definición podemos extraer que se consume algo para satisfacer necesidades o deseos.

El artículo segundo de la Ley Federal de Protección al Consumidor, establece que:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por:

¹²⁷ SCJN. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen LVII, Segunda Parte. 19 Marzo 1962. p. 30

¹²⁸ Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=precio> 25 de abril 2015 09:46 hrs

¹²⁹ Diccionario de la Real Academia Española. <http://etimologias.dechile.net/?consumo> 25 de abril 2015 09:46 hrs

¹³⁰ Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=consumo> 25 de abril 2015 09:46 hrs

¹³¹ Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=consumir> 25 de abril 2015 09:46 hrs

I. Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.”

Además, el artículo 5 señala quiénes se exceptúan de ser regidos por dicha ley:

“Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil y los servicios que presten las sociedades de información crediticia.

Asimismo, quedan excluidos los servicios regulados por las leyes financieras que presten las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores; de Seguros y Fianzas; del Sistema de Ahorro para el Retiro o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.”

Podemos observar que por consumidor entiende al destinatario final de bienes, productos o servicios, y que para efectos de consumo, debemos atenernos solamente a los que son llevados a cabo en establecimientos mercantiles que ofrezcan dichos bienes, productos o servicios, por lo tanto podemos hablar de un sinnúmero de lugares en donde puede ser llevado a cabo el delito de fraude de consumo, exceptuando siempre a los señalados en el artículo 5 de la Ley de protección al Consumidor.

Es importante señalar que tomamos en cuenta la Ley Federal de Protección al Consumidor debido a que es la que regula a los establecimientos mercantiles que ofrecen productos o servicios al consumidor, por ello, al ser la ley penal en su artículo 387 fracción IV protectora de los establecimientos comerciales contra conductas abusivas por parte de los consumidores, es necesario que se tomen en cuenta los mismos parámetros para proteger a uno y al otro según sea el caso.

3. Síntesis Teoría del Delito y Marco conceptual del fraude de consumo.

Como vimos, la Teoría del Delito es la parte del Derecho Penal encargada de estudiar los aspectos comunes de los hechos delictivos, la que determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal prevista en la ley. No estudia cada delito en particular, esa es una tarea del juzgador, sino que estudia las partes comunes de todo hecho delictivo para determinar su existencia o inexistencia.

Los sistemas en la teoría del delito a través de la historia son:

El sistema clásico, con sus elementos acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Los tres primeros como elementos objetivos y el último como elemento subjetivo. La característica principal es que la acción es lo sustantivo y las demás características son adjetivaciones de ésta. La tipicidad no tiene contenido normativo ni subjetivo. Tiene un carácter esencialmente objetivo, en el que la acción humana produce un resultado en el mundo material como causa-efecto, es una relación causal, por ello se le conoce también como sistema causalista.

El sistema neoclásico que aportó principalmente la ideoneidad de la conducta para la realización de determinado resultado, y comienza a considerar el juicio valorativo sobre la intención del sujeto activo.

El sistema finalista que eliminó la división tajante entre los elementos subjetivos y objetivos, considerando que todos los elementos del delito tienen un sentido objetivo y uno subjetivo. Traslada al dolo y la culpa a nivel de tipo y la culpabilidad tiene solamente un contenido normativo, la reprochabilidad al sujeto. La característica principal es el actuar orientado conscientemente a un fin, se centra en la dirección de la acción que produce un resultado que lesiona un bien jurídico tutelado.

El sistema funcionalista con un sentido total de función social, en el que intenta comprender la manera en que cada elemento de la sociedad se articula con las demás, formando un todo y cumpliendo una función dentro de la misma. Considera la prevención como fin de la pena y la transgresión

de la norma como una contravención a las expectativas sociales. Tiene un sentido de política criminal.

En relación al marco conceptual del presente estudio, al tratar en primer término el concepto etimológico de fraude, encontramos que para empezar, la etimología siempre se refiere al origen de las palabras, de donde vienen, es decir de su nacimiento y concepto más profundo. Por lo tanto, la definición de fraude que fue presentada (mala fe, falsedad, perfidia, engaño, malicia), corresponde en todo momento a la esencia de lo que es el fraude como delito; el fraude en sí, siempre lleva implícito el engaño para ser realizado, éste engaño siempre es inducido con mala fe, con malicia, como también vemos que en su origen es significado de “enredar a alguien con charlatanería”, por lo que observamos una descripción típica adecuada con el correspondiente concepto etimológico.

De igual manera, la raíz latina de la palabra consumo, que significa “tomar entera y conjuntamente, consumir, agotar, desgastar” refleja que algo que puede ser consumido, es algo que al momento de realizarse dicha acción se agota; al consumir algo, éste se extingue y por lo tanto no puede ser recuperado o restituido el mismo. A manera de ejemplo: al consumir un refresco, ESE refresco ya no puede regresar a su estado original porque ya fue consumido, hay otros refrescos iguales, del mismo sabor, tamaño y marca, pero no exactamente el mismo refresco que ya fue consumido. Entonces, en el momento en el que una persona consume un bien o servicio en un establecimiento mercantil y no paga el importe, lo consumido debe tener la característica de no poder ser restituido, porque ya se agotó. Por otro lado, surge la interrogativa siguiente: ¿Qué pasa si ese bien o servicio es consumido de manera parcial? ¿Y si ese consumo parcial es de esta forma debido a que el bien o servicio no cumple con las características de calidad pactadas o esperadas por el cliente?

Trasladándonos al concepto doctrinal de fraude, las denominaciones que ha tenido éste, independientemente de la época y el país, en todos los casos podemos ver que el elemento del engaño está presente.

El concepto que señala el distinguido doctor en derecho López Betancourt, considero que es el más completo: “*Cuando con ánimo de lucro y por medio del*

engaño o aprovechamiento de error, idóneos, se origina en alguien un error, para que lleve a cabo un acto de disposición patrimonial en su perjuicio o de un tercero y en provecho para el sujeto activo o de un tercero”. Como podemos observar, presenta en su definición el ánimo de lucro; el medio, que es el engaño indudablemente o el aprovechamiento del error; además menciona la idoneidad que ya analizamos anteriormente, esta idoneidad se presenta cuando el engaño efectivamente produce el error en la víctima (o el aprovechamiento del error) suficiente para que ejerza por sí misma un acto de disposición patrimonial en su perjuicio; el acto de disposición patrimonial que especifica ser en su perjuicio o de un tercero; y el provecho, también considerado como lucro indebido, para el sujeto activo del delito o de un tercero. Esta definición es muy completa por el hecho de abarcar todos los elementos en ella de manera adecuada y completa.

Respecto a las formas de legislar el fraude en los códigos, como mencionamos en el punto correspondiente, según el criterio del eminente Pavón Vasconcelos, la mejor técnica adoptada es la de aquellos códigos que formulan un concepto general de fraude, sin señalar casos específicos, en cuya fórmula quedan comprendidas todas las situaciones fraudulentas. En mi opinión, comparto esta postura, ya que al comprender todas las situaciones específicas en una buena descripción del delito, evitamos caer en descripciones innecesarias así como en limitar los supuestos que se pudieran dar en la práctica con los que expresamente mencione el código, situación que da lugar a vacíos legales y posteriormente a la imposibilidad de que las autoridades persigan de hecho el delito, por no estar contemplado en el texto legal.

Aunque por otro lado, la forma en la que nuestro Código Penal formula el concepto de fraude, brinda veintiún casos específicos de fraude, además de tener un concepto general en el artículo 386 donde además de conceptualizarlo, determina las penas según las cantidades defraudadas; por lo que independientemente de que un caso concreto no pueda ser ubicado en alguna de las situaciones específicas, puede ser ubicado eficazmente en el tipo penal del artículo mencionado, esto es, dentro del fraude genérico.

Finalmente cualquiera de las dos formas me parecen correctas, siempre y cuando en el caso de que sólo se tipifique el fraude genérico, sea un concepto bien estructurado, es decir, que sea un concepto genérico como lo que se pretende, pero también cuyos elementos sean ordenados, claros, precisos y que no den lugar a interpretaciones ambiguas, que no haya lugar a confusiones o vacíos legales, esto con la finalidad de que a pesar de que en este caso no se contaría con tipos específicos, el tipo genérico debe englobar los distintos tipos de fraude que se pueden presentar en los hechos, sin necesidad de describir cada una de las posibilidades. El caso de los códigos que solamente definen fraudes específicos sin dar un concepto general del mismo, me parece que, como mencionamos anteriormente, limita la posibilidad de perseguir conductas fraudulentas que no sean expresamente mencionadas en el listado.

Importante también es el tema de la distinción entre el dolo civil y el dolo penal en el fraude, que atendiendo a la soberanía de las partes para regir su voluntad en un contrato, ésta también está limitada con las exigencias del orden público, esto es, la tutela penal a cargo del Estado. Si bien la responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, protegiendo la ley civil a unos frente a otros, la ley penal protege a la sociedad de los actos que puedan dañar el orden público, independientemente de que sean llevados a cabo contra un particular, es decir, protege frente a los particulares y frente a la sociedad en general; además de que como hemos visto, la ley penal es también una forma de detener la comisión de delitos al conocer la sociedad que al actuar de forma delictuosa, corresponde una pena y esto funciona como represión del delito.

CAPÍTULO TERCERO.- ESTUDIO DOGMÁTICO DEL FRAUDE DE CONSUMO.

1.- Fraude de consumo a la luz del sistema finalista.

Para empezar con el análisis dogmático del fraude de consumo, quiero exponer las razones por las que fue elegido este sistema dogmático penal y no algún otro.

El sistema finalista, a diferencia del causalista, por ejemplo, tiene la voluntad del agente, la intención final como característica principal, que considero es un elemento básico para determinar la responsabilidad penal de un sujeto.

Como menciona Daza Gómez en su artículo *Evolución Doctrinal del Finalismo* refiriéndose a lo afirmado por Welzel: “La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan”¹³². Podemos cuestionarnos qué pasa para los casos en los que sin que haya intención de que se produzca cierto resultado en el mundo material, un sujeto comete un delito, un delito culposo; para la teoría finalista la culpa se encuentra al igual que el dolo dentro de los elementos de tipicidad, siendo la forma en la que se viola un deber de cuidado que aparece como una clase de tipo de injusto, expresión que se emplea para calificar acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad¹³³.

Muñoz Conde denomina Juicio Normativo a la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente, en la situación del autor, y la observada realmente. Es decir, la divergencia entre la acción realizada y la debidamente realizada. Aunque el sujeto no deseaba que se produjera cierto resultado en el mundo material, debió haberse conducido en cierto sentido y esa capacidad de discernimiento es lo que inserta la culpa como elemento del tipo¹³⁴.

¹³² Daza Gómez, Carlos, “Evolución Doctrinal del Finalismo”, *Acervo de la biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 53 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/209/dtr/dtr4.pdf>

¹³³ Cruz Camacho Brindis, María, La regulación de la Culpa en el Código Penal Mexicano, citando a Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 84.

¹³⁴ *Idem*

Por otro lado, nuestro actual Código Penal para el Distrito Federal está redactado con un sentido finalista. Esto podemos verlo claramente en el artículo 29 Causas de Exclusión del Delito, en donde antes de la reforma del 18 de Diciembre de 2014¹³⁵ se desglosaban nueve fracciones en las que el sentido era causalista, mientras que después de la reforma se clasificaron las causas en tres rubros, causas de atipicidad, causas de justificación y causas de inculpabilidad.

A continuación se citan de manera textual ambas versiones del artículo 29 del CPDF (cuadro 1), y posteriormente las diferentes localizaciones de estas causas de exclusión del delito antes y después de la reforma mencionada (cuadro 2):

Cuadro 1

Art 29 CPDF. Antes de la Reforma	Art 29 CPDF. Después de la Reforma
El delito se excluye cuando:	El delito se excluye cuando concorra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.
I. La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;	A.- Habrá causas de atipicidad cuando: I.- La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente;
II. Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate	II.- Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;
III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.	III.- El agente obre con error de tipo: a).- Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa. En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de éste Código; o b).- Invencible.
IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.	IV.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

¹³⁵ Gaceta Oficial del Distrito Federal, Decima Séptima Época, 18 de Diciembre de 2014, No. 2010, pág. 13.

<p>V. Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;</p>	<p>B.- Habrá causas de justificación, cuando: I.- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión;</p>
<p>VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;</p>	<p>II.- El agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;</p>
<p>VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.</p>	<p>III.- El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo;</p>
<p>VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.</p>	<p>IV.- Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo; o</p>
<p>XI. En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso. Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.</p>	<p>V.- Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.</p>
	<p>C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando: I.- Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;</p>
	<p>II.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código. No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación;</p>
	<p>III.- El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto: a).- Desconozca la existencia de la ley; b).- El alcance de la ley; o c).- Porque crea el agente que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.</p>
	<p>IV.- Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso. Si el agente se excede en los casos de legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un deber y cumplimiento de un deber se estará a lo previsto en último párrafo del artículo 83 de este Código.</p>

Cuadro 2

	2013	2015
La actividad/inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente	CONDUCTA Ausencia de Conducta I.	TIPICIDAD Atipicidad (por ausencia de conducta) A.I
Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate	TIPICIDAD Atipicidad II.	Atipicidad por falta de elementos del tipo penal A.II
El agente obre con error de tipo: a) Vencible. Que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa. En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de este Código; b) Invencible		Atipicidad por error de Tipo A.III a) y b)
Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular esté legitimado para consentir, tenga la capacidad para disponer libremente del bien; c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.	Atipicidad por consentimiento disponibilidad del bien jurídico III.	Atipicidad por consentimiento disponibilidad del bien jurídico A.IV
Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.	Atipicidad por consentimiento disponibilidad del bien jurídico III. Párrafo segundo.	ANTI JURIDICIDAD Antijuridicidad. Consentimiento Presunto B.V
Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de los que exista la misma obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.	ANTI JURIDICIDAD Antijuridicidad. Legítima defensa IV.	Antijuridicidad. Legítima Defensa B. I
Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo .	Antijuridicidad. Estado de Necesidad V.	Antijuridicidad. Estado de Necesidad Justificante (BIEN DE MENOR VALOR) B.II
La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.	Antijuridicidad. Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho VI.	Antijuridicidad. Cumplimiento de un deber. B.III Antijuridicidad. Ejercicio de un derecho. B.IV
El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo.		
Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo.		
Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo .		CULPABILIDAD Estado de necesidad disculpante o exculpante (BIEN DE IGUAL VALOR) C.I
Cuando al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.	IMPUTABILIDAD Inimputabilidad y acción libre en su causa. VII.	Inimputabilidad y acción libre en su causa. C.II
Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este código.	Inimputabilidad y acción libre en su causa. VII. Párrafo segundo.	Inimputabilidad y acción libre en su causa. C.II
Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito que se trate; b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores son vencibles se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este código .	CULPABILIDAD Error de tipo y error de prohibición VIII.	Error de prohibición C.III
El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto: a) desconozca la existencia de la ley; b) el alcance de la ley, o ; c) porque crea el agente que está justificada su conducta. Si los errores a los que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpatibilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.		
Cuando el agente en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho. Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.	Inexigibilidad de otra conducta IX	Inexigibilidad de otra conducta C.IV

El primer cambio que observamos es que la conducta del sujeto pasa de ser un elemento independiente a integrarse como parte de la tipicidad. El consentimiento presunto pasa de la tipicidad a la antijuridicidad, debido a que para la teoría finalista el hecho de que se suponga que de haberse consultado al titular del bien, este hubiera otorgado su consentimiento no es una cuestión de tipo penal, es una causa de justificación; los elementos del tipo se integran, sin embargo, este consentimiento justifica el resultado.

Otra diferencia es que a partir de la reforma se distingue entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad disculpante. El estado de necesidad justificante se presenta dentro de la antijuridicidad, es decir es una causa de exclusión por justificación, cuando por salvaguardar un bien jurídico se lesiona otro de menor valor, con sus demás características correspondientes; esto se refiere a que al cometer un delito se dice que se salvaguarda otro por necesidad justificante siempre y cuando el primero sea de menor valor que el segundo. Un ejemplo para dejar más clara esta idea es el caso de una persona que irrumpe en una casa que se está quemando porque dentro de ella se encuentra un bebé solo; el bien jurídico protegido en el allanamiento es menor al bien jurídico de la vida del bebé que claramente está en riesgo. El estado de necesidad disculpante se localiza dentro de las causas de inculpabilidad al referirse a la lesión de un bien jurídico de igual valor que el salvaguardado, vida por vida, patrimonio por patrimonio, etc.

También se separa la antijuridicidad en cumplimiento de un deber de la antijuridicidad en ejercicio de un derecho, aunque prevalecen en el mismo sentido.

El error de tipo y error de prohibición antes se encontraban dentro de la misma fracción referente a causas de inculpabilidad; a partir de 2014 el error de tipo acertadamente se reubica en las causas de atipicidad, mientras que el error de prohibición permanece en las causas de inculpabilidad. Esta es la vértice principal del finalismo, en donde se traslada la culpa (y por lo tanto el dolo) de la culpabilidad a la tipicidad.

En la última parte del artículo, en ambas versiones, existe un párrafo en el que prevé que en caso de que el agente se exceda en los casos de legítima

defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un deber y cumplimiento de un deber, se estará a lo previsto en el último párrafo del artículo 83, que señala:

“En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII del artículo 29 de este Código, la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate.

Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito.”

Lo que pretende el artículo 83 es determinar, en primer lugar, que los errores de tipo vencibles, prevalecerán cuando en el tipo específico se señale la realización culposa; en segundo lugar, si es invencible, entonces se aplicará una pena menor (la tercera parte); y finalmente señala las fracciones IV, V y VI que se refieren a las causas de justificación legítima defensa, estado de necesidad y cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, en caso de excederse en este sentido se aplicará también una pena pero menor. El último párrafo del multicitado artículo está redactado considerando las fracciones anteriores a la reforma, el legislador omitió erróneamente adecuar este artículo a la misma, en donde se debió hacer referencia a las fracciones actuales correspondientes a estas causas o citar textualmente las mismas. Aunque en el artículo 29 ya se realizó de esta última forma, puede generar conflicto en la aplicación de la legislación.

Teniendo en cuenta estas principales diferencias, vamos a analizar el artículo 230 del Fraude y específicamente el que nos compete 231 fracción IV Fraude de Consumo, del Código Penal para el Distrito Federal:

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

Artículo 231. IV) Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado comprobado.

a) Tipo

En la teoría finalista, se difiere principalmente del causalismo, al rechazar que la acción sea sólo la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal, o la ausencia de ese movimiento, que produce un resultado, pues sostiene Hanz Welzel que toda acción u omisión penalmente relevante es una unidad constituida por momentos objetivos y subjetivos (el hecho y la voluntad)¹³⁶. Es por ello que para estudiar la tipicidad, tenemos que dividir en tipo objetivo y tipo subjetivo respectivamente.

La Corte señala estos elementos en la tesis que a continuación inserto:

DELITO. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL QUE DEBEN ANALIZARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA. En la jurisprudencia 1a./J. 143/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 2, diciembre de 2011, página 912, de rubro: "ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SÍ. SUS DIFERENCIAS.", la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que en toda sentencia definitiva debe analizarse si existe o no delito, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable. Una conducta es típica cuando tiene adecuación a los elementos del tipo penal. Así, de la interpretación sistemática de los artículos 7o., 8o., 9o., 12, 13, 15, fracciones II y VIII, inciso a) y 17 del Código Penal Federal, se advierte que los elementos del tipo penal que deben examinarse en la sentencia son: i) los elementos objetivos de la descripción típica del delito de que se trate; ii)

¹³⁶ García Jiménez, Arturo, Dogmática Penal en la Legislación Mexicana, Ed. Porrúa, México 2003, pp. 160

si la descripción típica los contempla, los elementos normativos (jurídicos o culturales) y subjetivos específicos (ánimos, intenciones, finalidades y otros); iii) la forma de autoría (autor intelectual, material o directo, coautor o mediato) o participación (inductor o cómplice) realizada por el sujeto activo; y, iv) el elemento subjetivo genérico del tipo penal, esto es, si la conducta fue dolosa (dolo directo o eventual) o culposa (con o sin representación)¹³⁷.

i) Tipo Objetivo

1. Conducta.

En la sociedad, todas las personas tienen un móvil para realizar ciertas acciones, es decir actúan casi siempre conscientes de un fin, proponérselo, elegir los medios y ponerlos en movimiento para lograr el fin, esta actividad final conforma la acción.

Las normas jurídicas no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, como lo afirma Welzel, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final.

Por esta razón, el finalismo inserta esta acción dentro de la tipicidad, porque las normas sólo pueden regular acciones cuando éstas van dirigidas a la realización de un fin, cuando fue generado voluntariamente por el sujeto. Esto no quiere decir que en todos los casos el sujeto voluntariamente deseó que se produjera el resultado lesivo de un bien jurídico, es decir, puede tener en su mente claro que va a realizar cierta acción, que esta acción va a producir un resultado "X" y lleva a cabo la acción pensada, sin embargo, al momento de consolidarse el resultado éste es diverso al planeado y configura un delito, lo que no quiere decir que el sujeto tenía la intención de delinquir, pero sin duda tenía la intención de llevar a cabo cierta conducta aunque el resultado haya sido claramente distinto al planeado. Una acción se convierte en delito cuando el resultado producido es previsto en el

¹³⁷ SCJN. Tesis XXVII.3º. J/5. Semanario Judicial de la Federación. Décima época. Noviembre 2014. Pág. 2711.

ordenamiento jurídico como tal, es por ello que este elemento se localiza dentro de la tipicidad y no como elemento aislado.

La creación de la norma punitiva obedece a que del conjunto inagotable de acciones posibles de una época, el ordenamiento jurídico escoge y prohíbe, en primer lugar, aquellas en las cuales al voluntad de realización (“dolo”) está dirigida a la producción de una situación o un proceso (“resultado”) socialmente no deseado, indiferentemente que ese resultado sea el fin, el medio o un efecto concomitante de la acción.¹³⁸

En un primer momento vamos a desmembrar los elementos del tipo penal que nos compete de acuerdo a la clasificación por elementos objetivos, subjetivos y normativos:

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

- 1) Elementos Objetivos. Los elementos objetivos son aquellos que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos, son tangibles, externos, materiales, por lo que se puede decir que son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante. Son las exigencias de índole material o externo previstas por el tipo penal¹³⁹.

En el delito que nos compete, los elementos objetivos que encontramos son:

- Cosa, lo que el sujeto activo se hace servir, es decir cualquier objeto que como vimos anteriormente sea de inmediato consumo.
- Servicio, lo que el sujeto activo admite, y de acuerdo a la definición de la real Academia Española, un servicio es la función o prestación desempeñadas por organizaciones y su personal¹⁴⁰.

Estos elementos encuadran también en la clasificación de elementos normativos ya que es la propia ley la que señala lo que debe considerarse una cosa o servicio.

¹³⁸ *Ibidem.* p. 161.

¹³⁹ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p. 106.

¹⁴⁰ Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=XhXvJqs> 14 de julio de 2015 17:55 hrs

- 2) Elementos Subjetivos. Los elementos subjetivos pertenecen al mundo síquico del agente o de un tercero, son intangibles, inmateriales. Son las especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles que exige el tipo penal al sujeto activo.¹⁴¹.

Bajo esta definición también de Plascencia Villanueva, vemos que en el caso del fraude de consumo, éstos no son marcados por el tipo penal, no señala expresamente que requiera para su realización un elemento subjetivo tal como en el caso del robo por ejemplo, donde se especifica que debe ser con el ánimo de apoderamiento. Aunque algunos de estos elementos, como el dolo, se requieran necesariamente para poder hablar de un delito, en el sentido de elemento subjetivo de la tipicidad, no se exige expresamente en el tipo y es por ello que para efectos de esta clasificación se considera en este sentido.

- 3) Elementos Normativos. Los elementos normativos son los que requieren valoración por parte del intérprete o juez que ha de aplicar la ley¹⁴². Juan del Rosal, penalista español, afirma que son los elementos necesitados de complementación, aquellos en los que el tribunal de justicia no se satisface con la descripción efectuada por la ley sino que se ve obligado a realizar otra para concretar más de cerca la situación del hecho¹⁴³.

- **Hacerse servir una cosa.** Una cosa es todo lo que ocupa un lugar en el espacio pero para efectos jurídicos, son considerados bienes, mismos que la ley entiende como todo aquello que pueda ser objeto de apropiación y son todos aquellos que no son excluidos del comercio conforme al artículo 747 del Código Civil. En el caso del delito en estudio, estos bienes deben de ser consumibles por el primer uso,

¹⁴¹ *Ibidem*, Pág.105.

¹⁴² *Ibidem*, Pág. 103.

¹⁴³ Del Rosal Fernández, Juan, Tratado de Derecho Penal Español, Editorial Darro, 3ª Edición, Madrid, 1960. Pág. 782

aquellas que se agotan en la primera ocasión en que son usadas. Recordemos que las no consumibles son aquellas que permiten el uso reiterado y constante ¹⁴⁴.

- **Admitir un servicio.** Como vimos en el marco conceptual, cuando se habla de servicio nos referimos a las actividades que no son exceptuadas como tal de acuerdo al artículo 5 de la ley Federal de Protección al Consumidor. Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil y los servicios que presten las sociedades de información crediticia. Por lo tanto, únicamente se considerarán los servicios de carácter mercantil, es decir, los que se presten en un establecimiento con tal característica.

El hecho de hacerse servir una cosa o admitir un servicio, quiere decir como ya dijimos, que debe llevarse a cabo sobre bienes de inmediato consumo o bien sobre la admisión de servicios, por lo que no entraría por ejemplo casos en los que los bienes son libros, aparatos electrónicos, ropa, etc. Es decir, no aplica para bienes que permanezcan en el tiempo, por lo que los casos más comunes en los que se presenta este tipo de delito es en restaurantes con el consumo de alimentos y bebidas, y lugares donde se ofrecen servicios como salones de belleza, centros de masajes, autolavados, estacionamientos públicos, y podríamos enlistar muchos más ejemplos.

- **Establecimiento comercial.** Aunque no se cuenta con una definición como tal en la ley, el establecimiento comercial es el lugar fijo en el que se realizan operaciones de carácter comercial y que regulan las leyes mercantiles, de acuerdo al Código de Comercio:

Artículo 3o.- Se reputan en derecho comerciantes:

¹⁴⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 15ª edición, México, Porrúa, 2012, p. 271-273.

- I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Artículo 4o.- Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria, o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.

El sujeto acude a un establecimiento comercial a hacerse servir una cosa o admitir un servicio con la intención de no cubrir el importe del mismo, en este caso tenemos que visualizarlo desde distintos panoramas: primero que el sujeto desde que planea acudir al establecimiento, ya sabe que va a consumir alguna cosa o recibir un servicio, pero que una vez terminado no va a pagarlo; o segundo, que el sujeto acuda a este lugar con la intención de pagar el monto por el bien o servicio pero que antes de que esto suceda, algo pase por su mente que lo haga cambiar de parecer y decida no cubrir el importe.

En estos dos casos, el momento de la intención, de la finalidad de la acción se da de formas diferentes. Tenemos dos momentos en este delito, el

hecho de acudir al establecimiento comercial es uno, esta acción tiene una finalidad clara que es hacerse de un bien consumible o servicio (me parece importante hacer un paréntesis en el sentido de que la norma sólo hace mención al establecimiento comercial sin especificar la naturaleza del mismo, por lo que de acuerdo a lo mencionado en el capítulo segundo que debe entenderse como establecimiento comercial a aquél en el que se puede disponer de un bien o servicio y que se conozca previamente su importe, para que ésta conducta sea fraude de consumo debe ser realizada en un lugar físicamente instalado de acuerdo a las leyes mercantiles, de lo contrario no sería un establecimiento comercial; por lo que dada la literalidad del texto, da lugar a diferentes interpretaciones sobre si en el caso de un bien consumible, ¿debe ser en el lugar el que se ofrece comúnmente? ¿o también aplica para bienes consumibles y servicios prestados mediante servicio a domicilio?

Considero que podría aplicarse en ambos casos, ya que si una persona acude al lugar de trabajo de otra para realizarle un servicio por ejemplo de lavado de auto, donde el sujeto pasivo del delito no tiene un establecimiento, no cuenta con un registro fiscal, no tiene una lista de precios al público, sino que el pacto del precio se realiza de manera verbal, entonces el sujeto activo puede libremente decidir si paga o no paga la limpieza de su auto? Considero que el término establecimiento comercial delimita mucho el campo de protección de la norma penal, dejando fuera a este tipo de servicios).

En principio y de acuerdo a la literalidad de la ley, el servicio y el delito no requieren llevarse a cabo dentro del establecimiento mercantil, según la naturaleza del servicio (por ejemplo, un servicio de colocación de piso que se lleva fuera del establecimiento), sin embargo, de acuerdo a la naturaleza del tipo, considero que sí requiere que sea en el establecimiento, y si el criterio indica lo contrario, entonces debe aplicarse el principio de mínima intervención (última ratio) en el que el derecho penal participa como última instancia, por lo que primero se debería acudir a la autoridad civil o la que

corresponda. No se debe criminalizar a un sujeto por una conducta que puede ser resuelta mediante mecanismos igual o más efectivos y menos graves para las partes.

Por su parte, no cubrir el importe es el segundo momento en el que la finalidad de la acción sale a relucir, esta conducta de omisión es la que genera el delito aquí señalado, no así el hecho de acudir al establecimiento, entonces la omisión es la que se tiene que analizar para determinar la configuración del delito, su intención es obtener un lucro indebido por la falta de pago. Luego entonces más adelante tendremos que prever el caso en el que el sujeto tiene la intención de cubrir el monto, pero por alguna razón ajena a su voluntad, no puede hacerlo; cuestión que no da a lugar a este delito.

- **Pago del importe debidamente pactado y comprobado.** Por último y particularmente sostengo que es el elemento vertebral del fraude de consumo, es la omisión del pago del importe debidamente pactado comprobado, ¿qué quiere decir el legislador con esto? La norma jurídica protege al establecimiento mercantil que previamente hace del conocimiento de sus clientes los precios de sus bienes o servicios. El costo del mismo debe ser del conocimiento previo del cliente al consumo o admisión del mismo, por lo que en el caso de que se lleve a cabo por ejemplo el mismo servicio de autolavado que mencionaba anteriormente, pero el proveedor del mismo no le dijo el precio antes de llevarlo a cabo o le ofreció un precio menor al que le exigió al finalizar el lavado, entonces el cliente no está legalmente obligado a pagar el monto o la diferencia, respectivamente (por lo menos no desde la óptica penal).

Este es un aspecto que considero muy importante para analizar. El precio debe ser debidamente pactado, significa que ambas partes deben de tener consciencia y voluntad de realizar la transacción por un precio especificado antes de llevarlo a cabo, que ambas partes están de acuerdo. Si el cliente desde un principio sabe que tal o cual bien o servicio le va a costar “x” cantidad y no está de acuerdo en el precio que el establecimiento exige, no debe consumirlo, no debe admitirlo o en su caso tendrá el deber jurídico de pagarlo en su totalidad, porque

previamente sabía lo que le costaría y al admitirlo consciente y está de acuerdo con el pago, por ello mismo, si al exigirle el pago del mismo éste se niega, está violando la norma jurídica penal, realizando un fraude de consumo. Además de ser debidamente pactado, debe ser comprobado, este elemento implica que el precio en todos los casos debe ser comprobable, la manera más sencilla y evidente de hacerlo es que el precio del servicio sea expuesto al público en general, una lista de precios de bienes y/o servicios que sea de total acceso a todo interesado en adquirirlos, como lo ordena el artículo 7 y 7bis de la Ley Federal de Protección al Consumidor:

Artículo 7.- Todo proveedor está obligado a informar y respetar los precios, tarifas, garantías, cantidades, calidades, medidas, intereses, cargos, términos, plazos, fechas, modalidades, reservaciones y demás condiciones conforme a las cuales se hubiera ofrecido, obligado o convenido con el consumidor la entrega del bien o prestación del servicio, y bajo ninguna circunstancia serán negados estos bienes o servicios a persona alguna.

7 bis.- El proveedor está obligado a exhibir de forma notoria y visible el monto total a pagar por los bienes, productos o servicios que ofrezca al consumidor.

Dicho monto deberá incluir impuestos, comisiones, intereses, seguros y cualquier otro costo, cargo, gasto o erogación adicional que se requiera cubrir con motivo de la adquisición o contratación respectiva, sea ésta al contado o a crédito.

También en el artículo 57 de la citada ley se establece la obligación de determinar los precios de los servicios: "Artículo 57. En todo establecimiento de prestación de servicios, deberá exhibirse a la vista del público la tarifa de los principales servicios ofrecidos, con

caracteres claramente legibles. Las tarifas de los demás, en todo caso, deberán estar disponibles al público.”

Esto a su vez ayuda a probar que el precio fue pactado previamente ya que el cliente tenía el acceso total al conocimiento del precio; lo podemos ver muy claro en las cartas de alimentos y bebidas de los restaurantes, donde viene el nombre del producto, una descripción breve del mismo y el precio que se deberá de pagar por él. Si yo pido un refresco, por ejemplo, que excede por mucho el precio de acuerdo a otros lugares, digamos trescientos pesos, por un lado el establecimiento pudiera ser sancionado por la PROFECO y/o autoridades correspondientes, sin embargo si yo lo ordeno, lo consumo y al cobrarme me niego al pago del mismo, estoy llevando a cabo un fraude al establecimiento comercial, porque al ordenarlo, estoy aceptando ese costo y yo previamente pude decidir si voy a pagarlo o no.

Por lo que en el momento en el que el sujeto va a decidir, tiene clara la finalidad, veamos: Sabe qué producto es, conoce el precio que le va a ser cobrado, no está de acuerdo porque a todas luces es un precio excesivo, y no es su voluntad pagar ese precio por un refresco, pero aun así lo ordena para finalmente no pagarlo alegando el exceso, pero en su mente previamente sabía lo que iba a hacer, consumirlo para no pagarlo y por lo tanto obtener un lucro indebido (elemento que aunque no se menciona en el fraude específico, es propio del fraude genérico). Este es un ejemplo en el que se pueden exponer muchos puntos de vista, pero desde el propio, creo que el deber ser es que el cliente o no lo ordene, o pague por lo que ordenó, y luego exponga la queja correspondiente ante las autoridades mercantiles para que se tomen cartas en el abuso por parte del establecimiento, pero penalmente, el sujeto está obligado a cubrir el importe del mismo, porque fue debidamente pactado y comprobado.

Entonces podemos concluir que en cuanto a la conducta del agente, el delito fraude de consumo es un delito plurisubsistente, porque requiere de una acción por parte del sujeto, hacerse servir una cosa o admitir un servicio; y requiere también una comisión por omisión, es decir, no realizar la

conducta esperada (el pago del importe), produciendo un daño en el mundo material, específicamente en el patrimonio del establecimiento comercial.

Dentro del tipo objetivo además podemos determinar al sujeto activo y sujeto pasivo del delito. El sujeto activo es el cliente que se hace servir una cosa o admite un servicio, el sujeto que acude al establecimiento mercantil con este fin.

El sujeto pasivo es el establecimiento mercantil, con las características que ya observamos anteriormente. En esta fracción del código penal no se concibe que una persona física sea la afectada por esta conducta de omisión en el pago, necesariamente debe de ser un lugar regulado por las leyes mercantiles. No hace falta mencionar que debe ser un establecimiento con actividades y servicios lícitos.

2. Resultado / Lesión del Bien Jurídico.

El resultado en la visión del finalismo es el punto principal por el que el sujeto activo lleva a cabo la conducta con sus medios. En el siguiente apartado veremos la implementación del dolo como elemento del tipo en este sistema, que es la intención de que se produzca el resultado a través de conductas y medios encaminados para ello.

Al acudir a un establecimiento comercial, consumir un bien o admitir un servicio y no cubrir el importe, la finalidad es la obtención de un lucro indebido. Este beneficio indebido es la razón principal por la que el sujeto lleva a cabo todo lo necesario para conseguirlo, la anticipación y selección de medios llevan a este resultado.

El bien jurídico tutelado en el fraude de consumo es el patrimonio. El patrimonio del establecimiento mercantil, no el del empleado que lo llevó a cabo directamente sino el del titular de dicho comercio, aquel que se ve afectado directamente. Es por dicha afectación que estamos ante un delito de lesión y no de peligro, ya que efectivamente se lesiona el bien jurídico, e instantáneo ya que se consuma en un solo momento, no requiere que se

prolongue en el tiempo o que se realice en varios actos sino en el momento en el que no se paga el importe, se consuma el delito.

ii. Tipo Subjetivo

El tipo se compone de dos partes, de la objetiva que ya analizamos líneas arriba y por otro lado está la parte subjetiva que es la que nos acontece en este apartado. El tipo, además de conformarse por los elementos descriptivos objetivos que deben llevarse a cabo para la configuración del delito, requiere de elementos intrínsecos al autor que deben integrarse en el pensamiento del mismo, en la intención del resultado.

García Jiménez, cita a Maurach en donde explica que "...el tipo no se limita al acontecer exterior perceptible, sino que comprende también la orientación volitiva del autor en cuanto al hecho psicológico, en la medida en que se precise de éste para la constitución del tipo delictivo"¹⁴⁵.

El dolo, cuyo carácter de elemento configurador objetivo de la acción quedó de manifiesto mediante la doctrina del sistema finalista, haciéndolo un elemento esencial del concepto de lo injusto. Anteriormente este elemento se encontraba dentro del estudio de la teoría del delito en la culpabilidad, siendo ésta la que determinaba el carácter subjetivo en la comisión de un delito, incluyendo el dolo y la culpa, como vimos al principio de este capítulo. En este sistema se traslada al estudio de la tipicidad porque para el finalismo, como su nombre lo indica y lo hemos reiterado, el fin de la acción es el motivo del actuar del sujeto activo, la intención del resultado.

En el fraude de consumo, surgen varios ejemplos en los que se lleva a cabo la descripción típica, sin embargo sin la intención de lesionar el patrimonio del establecimiento mercantil.

Para que se acredite la intención, el sujeto activo debe tener en su mente la intención de obtener un lucro indebido mediante la omisión del pago del bien/servicio. Es decir, que con intención, la persona acuda al establecimiento, conozca el precio y lo acepte, consuma el bien o admita el

¹⁴⁵ *Ibidem.* pp. 182.

servicio y se niegue a realizar el pago. Así que en este punto es importante diferenciar el hecho de que por alguna razón externa a su voluntad no pueda ser realizado el pago y el que la persona tenga los medios pero se niegue expresamente a hacerlo o simplemente abandone el lugar sin cubrir el monto.

Hay razones por las que una persona puede hallarse en cierto momento imposibilitada de cubrir determinado importe, es el caso por ejemplo de la falla en el sistema de cobro mediante tarjeta bancaria, la falta de admisión de billetes de ciertas cantidades en el establecimiento, el olvido del dinero con el que se pretendía cubrir el monto, etc. Sin embargo todos estos ejemplos y los que se nos pudieran ocurrir para ejemplificar cuentan con un denominador común, y este es que no existe la intención de no pagar por lo obtenido. En todas esas causas son ajenas a la voluntad del sujeto, incluso la de no llevar consigo el dinero con el que se “pretendía” pagar, esta palabra alude totalmente al querer realizar el pago, pero por alguna causa no puede ser posible. Claro que ninguna de ellas son justificación para que la persona salga del establecimiento sin el pago, libremente y sin ninguna consecuencia, ya que al no tener la intención de delinquir, simplemente busca la manera de cubrir el importe, que en la práctica se puede pedir apoyo al acompañante, llamar a algún familiar o amigo que lleve dinero, utilizar otra tarjeta bancaria si es el caso, pero siempre con la intención de cubrir el importe.

¿Cómo se comprueba el dolo? Como es un elemento que atañe a la *psique* del sujeto, comprobarlo es una tarea única de la autoridad competente, salvo que hubiera confesión del agente, como lo manifiesta la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis siguiente:

DOLO DIRECTO. SU ACREDITACIÓN MEDIANTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. El dolo directo se presenta cuando el sujeto activo, mediante su conducta, quiere provocar directamente o prevé como seguro, el resultado típico de un delito. Así, la comprobación del dolo requiere necesariamente la acreditación de que el sujeto activo tiene conocimiento de

los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley. Por ello, al ser el dolo un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito. Empero, ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios, la cual consiste en que de un hecho conocido, se induce otro desconocido, mediante un argumento probatorio obtenido de aquél, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

En efecto, para la valoración de las pruebas, el juzgador goza de libertad para emplear todos los medios de investigación no reprobados por la ley, a fin de demostrar los elementos del delito -entre ellos el dolo-, por lo que puede apreciar en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena. Esto es, los indicios -elementos esenciales constituidos por hechos y circunstancias ciertas- se utilizan como la base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos, hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde la óptica causal o lógica.

Ahora bien, un requisito primordial de dicha prueba es la certeza de la circunstancia indiciaria, que se traduce en que una vez demostrada ésta, es necesario referirla, según las normas de la lógica, a una premisa mayor en la que se contenga en abstracto la conclusión de la que se busca certeza. Consecuentemente, al ser el dolo un elemento que no puede demostrarse de manera directa, excepto que se cuente con una confesión del sujeto activo del delito, para acreditarlo es necesario hacer uso de la prueba circunstancial que se apoya en el valor incriminatorio de los indicios y cuyo punto de partida son hechos y circunstancias ya probados¹⁴⁶.

En el delito que nos atañe, la forma de acreditarlo serían los testimonios del personal del establecimiento y de los demás clientes del

¹⁴⁶ SCJN. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Novena época. Tomo XXIII, Marzo de 2006. Pág. 205.

mismo, videos de cámaras de seguridad en caso de que hubieran, etc., en que se observe la resistencia o negativa a pagar.

Es por esto que el dolo en el fraude de consumo es un elemento determinante para ver si se adecua la conducta con la norma, porque requiere necesariamente de la intención de obtener un lucro indebido y no se sujeta a cuestiones circunstanciales ajenas a la voluntad del actor, es la finalidad tipificada.

Ahora bien, dentro de los elementos subjetivos en la teoría del delito también encontramos a la culpa. Un delito culposo es aquél en el que se genera un resultado lesivo de un bien jurídico tutelado por la norma penal, cuando la conducta del agente representa el incumplimiento a un deber objetivo de cuidado, esto quiere decir que el sujeto lleva a cabo la conducta sin la intención de que el resultado se produzca.

En el fraude de consumo, considero de manera particular, que no puede darse por culpa ya que en el caso de que el sujeto no pague el bien o servicio por una razón ajena a su voluntad, como las ejemplificadas anteriormente, no se está cumpliendo con la intención de lograr el resultado del delito, y además porque casuísticamente el sujeto activo buscaría cualquier alternativa para realizar el pago; para el sistema finalista, necesariamente el sujeto debe querer y desear el resultado, su finalidad en este caso es el lucro indebido, cuestión por la cual no se admiten justificantes independientes.

iii. Atipicidad.

i. Ausencia de conducta. De acuerdo a lo establecido en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, inciso A, fracción primera, el delito se excluye cuando *la actividad o inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente*, vemos claramente que cuando la conducta, es decir la falta de pago del bien o servicio obtenido en el establecimiento mercantil, no es llevada a cabo con plena voluntad del agente, con la intención de obtener el lucro indebido (finalidad), entonces no se adecua la conducta al tipo y por

lo tanto estamos ante una conducta atípica. Es aquí donde encuadran los ejemplos mencionados en el apartado anterior, en el que por cuestiones ajenas a la voluntad del sujeto, éste se ve imposibilitado para cubrir el pago, y por lo tanto se requiere necesariamente la intención, el dolo para llevar a cabo el delito.

Los delitos culposos, son establecidos en el Código Penal para el Distrito Federal en sus artículos 19 y 76:

Artículo 19 (Principio de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos culposos). Los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

Artículo 76 (Punibilidad del delito culposo). En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código. Además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso, por un término igual a la pena de prisión impuesta.

Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad, aprovechará esta situación al responsable del delito culposo.

Sólo se sancionarán como delitos culposos los siguientes: Homicidio, a que se refiere el artículo 123; Lesiones, a que se refiere el artículo 130 fracciones II a VII; Aborto, a que se refiere la primera parte del párrafo segundo del artículo 145; Lesiones por Contagio, a que se refiere el artículo 159; Daños, a que se refiere el artículo 239; Ejercicio Ilegal del Servicio Público, a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 259, en las hipótesis siguientes: destruir, alterar o inutilizar información o documentación bajo su custodia o a la cual tenga acceso; propicie daños, pérdida o sustracción en los supuestos de la fracción IV del artículo 259; Evasión de Presos, a que se refieren los artículos 304, 305, 306 fracción II y 309

segundo párrafo; Suministro de Medicinas Nocivas o Inapropiadas a que se refieren los artículos 328 y 329; Ataques a las Vías y a los Medios de Comunicación a que se refieren los artículos 330, 331 y 332; Delitos contra el Ambiente a que se refieren los artículos 343, 343 bis, 344, 345, 345 bis y 346; Delitos cometidos por actos de maltrato o crueldad en contra de animales no humanos a que se refieren los artículos 350 Bis y 350 Ter, y los demás casos contemplados específicamente en el presente Código y otras disposiciones legales.

Podemos ver que tanto el fraude genérico como el fraude de consumo no son contemplados en este *numerus clausus*. Al final del artículo 79 se deja abierto a “los demás casos contemplados en el presente Código y otras disposiciones legales”, casos en los que el artículo, para determinado tipo penal, señala la posibilidad de realización culposa, no así en el caso del delito que nos compete.

ii. Falta de elementos del tipo penal. “Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate” relata el Código y artículo citado, en su inciso A, fracción segunda. Analicemos elemento por elemento.

Primeramente debe hacerse servir alguna cosa o admitir un servicio. Si el sujeto lo que obtiene es un bien no consumible en el momento, por ejemplo, una prenda de vestir, un aparato electrónico, o cualquier cosa que no se consuma en el mismo acto, como lo estudiamos en el capítulo correspondiente, entonces no se puede configurar este tipo de fraude específico, porque para ello necesariamente debe ser cualquiera de estas opciones que la norma penal detalla específicamente. Puede sujetarse a otras disposiciones legales o a otros tipos penales, pero no podría ser el regulado en el artículo 231 fracción cuarta.

Además, debe llevarse a cabo en cualquier establecimiento comercial. Este tema lo cuestionamos párrafos arriba, considero que la norma delimita demasiado el campo de protección penal al restringir la misma solamente para los establecimientos mercantiles, dejando fuera a los prestadores de

servicios independientes, a los servicios a domicilio, a los vendedores ambulantes. Aunque todas estas personas pueden ser protegidas por el fraude genérico del artículo 230, más adelante analizaremos si sería conveniente o no hacer una reforma al artículo de fraude específico en establecimientos mercantiles, para ampliar el campo de protección del mismo, o si la naturaleza del mismo es simplemente proteger e ese sector económico que es vulnerable por diferentes aspectos.

El tercer elemento es que no pague el importe, donde el mismo tiene inmersas las características de que debe haber sido debidamente pactado y comprobado.

Si el sujeto paga el importe, evidentemente no estaríamos ante un delito, porque estaría realizando la conducta esperada y no causaría ninguna lesión al patrimonio del establecimiento, este es un elemento bastante lógico, pero además de ello, como la norma prevé que el importe sea debidamente pactado y comprobado, si el costo del mismo no fue convenido con anterioridad al consumo o prestación del servicio, o por otro lado, este no pudiera ser comprobable, no se configura el mismo. Esta especificación da una protección tanto al consumidor como al comercio, ya que da la pauta para que el establecimiento mercantil tenga disponible en todo momento el acceso a los precios de bienes o servicios del comercio y éste se proteja comprobando que el cliente tuvo conocimiento del precio desde antes de tomarlo, y para el cliente es una protección tácita para que el establecimiento no abuse en el cobro de lo otorgado. Si no hubo pacto en el precio con anterioridad y este no es comprobable, no estamos ante la comisión de este delito.

Finalmente, otros elementos que podemos incluir como componentes del tipo penal, sin duda son los siguientes:

1. Ausencia de calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activos. Este delito no exige calidad específica para el sujeto activo del mismo, puede ser realizado por cualquier persona.

2. Ausencia de calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos pasivos. La ley exige que el delito necesariamente sea llevado a cabo en un establecimiento mercantil, en un comercio, bajo la regulación de las leyes mercantiles, por lo que si éste se lleva a cabo en un establecimiento informal o en un domicilio particular, por ejemplo, no se encontraría dentro del ámbito de protección de la norma penal.

3. Falta del objeto material. Si no hay un bien consumible o un servicio prestado, entonces no se configura el delito, o bien, si éste se realiza sobre un bien con otras características, como puede ser un bien público por ejemplo. O si se realiza sobre un servicio con características ilegales, como la prostitución, por lógica tampoco se configura el delito porque la norma penal no protege las actividades ilícitas.

A. Error de tipo (vencible o invencible). El artículo 29 del CPDF fracción tercera señala “El agente obre con error de tipo: a) Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa”.

El error de tipo es en Derecho penal el desconocimiento de algún elemento objetivo del tipo, existe una diferencia entre lo que desea hacer (plano subjetivo) y lo que realmente hace (plano fáctico). Por ello, todo error de tipo excluye siempre el dolo respecto del hecho objetivo que se desconoce.

El error de tipo vencible es aquél en el que el sujeto podía haber conocido la prohibición, pero puede considerarse que se llevó a cabo de manera culposa si aplicando la diligencia exigible, podría haber evitado el error. En estos casos no hay dolo pero sí hay imprudencia, porque su comportamiento fue descuidado. En este punto podemos ubicar el hecho de que una persona se vea imposibilitada a pagar el importe debido a que la tarjeta bancaria que le proporcionó al establecimiento no tuviera los recursos suficientes para cubrir el monto.

La ley penal no especifica el motivo por el cual una persona no está cubriendo el importe, simplemente lo establece de manera general. El hecho

de que la persona no sepa que está obligado a cubrir el pago, independientemente de la forma en que se haga o la razón por la que puede verse imposibilitada a hacerlo, no exime de su obligación de solventarlo, por lo que se considera que sería un delito culposo; ahora bien, anteriormente comentamos el hecho de que la persona por el simple hecho de acudir al lugar y conocer el monto de lo deseado, sabe que debe pagarlo.

¿Puede existir error en el precio? En este caso podemos plantearnos dos supuestos: primero que el cliente se niegue a pagar la totalidad del importe y segundo que se niegue a pagar la diferencia del mismo, que es sobre lo que se origina el error.

Por ejemplo, en el caso de que un sujeto comúnmente acuda a un establecimiento en el que se le da servicio de mantenimiento a su automóvil, y en ocasiones anteriores le ha sido cobrada la cantidad de dos mil pesos, en esta ocasión sin hacer del conocimiento del cliente el aumento del costo a tres mil pesos, deja su automóvil para el mencionado servicio creyendo que pagará dos mil pesos. Al recoger el auto, con el mantenimiento realizado, el responsable del establecimiento le cobra la cantidad con aumento, por lo que el cliente se niega a pagar dicha cantidad debido a que no le fue informado previamente el cambio en el costo del mismo. Puede darse el caso de que el cliente se niegue a pagar la diferencia de mil pesos o que se niegue a pagar la totalidad del precio. De acuerdo al Código Penal para el Distrito Federal que en su artículo 83 señala que “en caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a) fracción VIII del artículo 29 (El delito se excluye cuando, se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos objetivos que integran la descripción del ilícito) la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización”, por lo tanto no puede admitirse realización culposa en este delito y por lo tanto tampoco exclusión en el mismo, ya que reiteramos que es derecho y obligación del cliente el conocimiento previo del precio a pagar.

Más adelante del artículo 83 en mención, señala que “si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción (29 fracción VIII que prevé la exclusión del delito cuando caiga en error invencible la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta), la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate”, en este supuesto y considerando solamente que el sujeto se niegue a pagar la diferencia del precio, considero que aunque no puede justificarse el error en el mismo, se justifica la forma de actuar cuando se niega a pagar la diferencia, creyendo que está justificada su conducta, sin embargo el mismo artículo señala la disminución de la pena y no la exclusión del delito, por lo que será sujeto de penalidad aunque en una tercera parte. Sin embargo, si el sujeto se niega a pagar la totalidad del precio, es evidente que de ninguna manera está justificada su creencia, ya que previamente tenía consciencia de que debía cubrir el monto del servicio otorgado, por lo que en este caso, no habría ni exclusión ni disminución de la pena.

El error de tipo invencible es aquél en el que el sujeto no habría podido evitar el resultado de ninguna manera, no hay dolo ni imprudencia. En el delito en estudio, no cabe ninguna especie de error por la cual el sujeto no pueda evitar pagarlo sin dolo ni imprudencia. La teoría finalista señala que las acciones de la persona que comete un ilícito van encaminadas a la realización del fin del mismo, por lo que el sujeto capaz tiene conocimiento de que al recibir un bien o servicio, se tiene que pagar, de lo contrario, está consciente y voluntariamente obteniendo un beneficio indebido que a su vez daña el patrimonio del titular del establecimiento.

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

- Que se trate de un bien jurídico disponible;

- Que el titular del bien jurídico o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.”

Como podemos ver, el ejemplo citado anteriormente en el que el empleado o dueño del establecimiento están conscientes de que el cliente desea consumir el servicio y no está dispuesto a pagarlo se consolida en esta causa de atipicidad. El hecho de que el titular del bien jurídico afectado tenga conocimiento de la situación y aun así brinde el servicio, exime de responsabilidad penal al sujeto, porque entonces éste no se está aprovechando de aquél, ni está obteniendo un lucro *indebido*, se le está dando consciente y voluntariamente por parte del prestador, pero cabe mencionar que para que esto sea factible, debe de ser el titular (como lo menciona la norma) el que brinde el consentimiento, no así los empleados, familiares, conocidos, etc., sino solamente la persona en la que recaigan las consecuencias directamente en su patrimonio.

Los requisitos, primero que sea un bien jurídico disponible. El patrimonio propio es un bien jurídico disponible, es por ello que solamente el titular del establecimiento mercantil puede otorgar su consentimiento para que el cliente no pague lo recibido. No así el personal del mismo, porque la ganancia o disminución de los mismos no recaen directamente sobre su patrimonio.

Este titular, además, debe tener la capacidad jurídica para disponer libremente del bien. Debe ser único titular por ejemplo, si está asociado con otra persona o más de ellas, todos deben consentir la falta de pago del cliente, de otra manera por la decisión de una persona se vería afectado el patrimonio de los demás, o podría ser también que en caso de que fueran varios socios, mediante un acto previo ellos hayan consentido que una sola persona puede tomar este tipo de decisiones.

Que el consentimiento sea expreso o tácito, no se marca preferencia. Lo que no debe ocurrir es que al otorgarlo medie algún vicio del

consentimiento como pudiera ser la violencia, en la que el sujeto amenaza con afectar la integridad física del titular del comercio para que lo deje irse del mismo sin cubrir el pago, por ello éste otorga su consentimiento porque se plantee a sí mismo como mayor valor el bien jurídico consistente en su integridad física que el de una pérdida económica. El hecho de que el consentimiento esté viciado invalida la posibilidad de excluir la responsabilidad penal del delincuente frente al consentimiento de quien dispone del bien jurídico tutelado y afectado.

b) Antijuridicidad

En el tratamiento de la antijuridicidad, la teoría de la acción final ha considerado que el autor que ha realizado objetiva y subjetivamente la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado en forma antinormativa, por ello, la tipicidad y la correspondiente antinormatividad es un indicio de la antijuridicidad, sin embargo, ambas cuestiones mantienen su propia esencia pues no se trata de cosas idénticas, afirma García Jiménez¹⁴⁷.

La antinormatividad es un concepto que enlaza la tipicidad de la conducta con el deber normativo, entonces cuando la conducta del agente encuadra en los elementos del tipo, se entiende que esta conducta se ha colocado en contra del contenido normativo caracterizado por el deber típico y se actúa antinormativamente, en pocas palabras, contrario a lo que la norma establece como deber ser (o la conducta que se debe evitar para mantener el deber ser). Pero no es lo mismo que la antijuridicidad, porque aquella es un indicio de ésta¹⁴⁸.

Si se parte de la idea de que el ordenamiento jurídico pretende establecer, con sus normas y preceptos, un orden valioso de la vida social, manteniendo en su contenido deberes ético-sociales, por ello, la realización antijurídica del tipo es una conducta que contraría ese orden jurídico valioso,

¹⁴⁷ García Jiménez, Arturo. Op Cit. Pág. 190

¹⁴⁸ *Idem*.

con lo anterior, la teoría de la acción final caracteriza a la antijuridicidad como un juicio negativo de valor sobre la conducta típica¹⁴⁹.

Welzel sostiene que la antijuridicidad es un juicio de valor “objetivo” en tanto se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico¹⁵⁰. Es una contradicción entre la realización del tipo y las exigencias del derecho.

Por ello en la práctica, el que una persona cometa el delito de fraude de consumo, al encuadrar todos los elementos de la acción con el tipo penal y con ello cumplir la tipicidad del mismo, se considera que esto está previsto en una norma penal debido a que es una conducta que a todas luces contraviene el orden jurídico penal afectando a la sociedad y en particular al afectado directamente por la conducta, ¿qué seguridad podría tener una persona que invierte su dinero, tiempo y esfuerzo en instalar un establecimiento comercial con todo lo que implica, si cualquier persona pudiera acudir a éste, tomar lo que brinda el comercio y decidir unilateralmente al final si lo paga o no? Sería un caos y nadie optaría por tener un comercio ya que en determinado momento las ganancias serían mucho menores que las pérdidas por estos abusos, la naturaleza humana lamentablemente dirige la conducta de las personas a recibir las mayores ganancias sin importar los medios, la ambición humana es la generadora de miles de delitos patrimoniales y entonces la norma penal funciona como un regulador, como un freno a los clientes abusivos y una protección a los establecimientos comerciales.

Por esta razón, al encuadrar la conducta en el tipo penal se entiende que además es antijurídica, siempre y cuando no existan las causas de licitud que ya conocemos, pero que veremos para el caso particular a continuación:

- i. Causas de justificación de licitud

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial jurídica de Chile, 4ª edición, Santiago de Chile, 1993, Pág. 61.

1. Legítima defensa. El artículo 29 del CPDF señala que hay legítima defensa cuando “se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o su defensor”. En el caso que nos concierne, suponiendo que el cliente sea agredido por alguien del personal del establecimiento, y este trate de huir para evitar dicha agresión, ¿es considerado que está omitiendo el pago en legítima defensa?; el personal no debe agredir al cliente, es correcto, pero tampoco esto es una justificante para que el cliente no pague el bien o servicio, aunque el que realice la agresión sea el titular del establecimiento. Sin embargo no es justificante desde la óptica de la legítima defensa porque el hecho de no realizar el pago no es un acto de defensa contra la agresión, más bien es una causa de no exigibilidad de otra conducta, que veremos en el apartado de culpabilidad, en donde la agresión pone en peligro la integridad física del cliente de tal manera que no se le puede exigir que con la finalidad de realizar el pago, corra el riesgo al permanecer en el lugar.

Se considera que para el fraude de consumo no hay justificantes para que se considere la negativa de pago como defensa directa a una agresión.

2. Estado de necesidad justificante. “El agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo” señala el inciso B fracción segunda del artículo citado.

He pensado en un caso para ejemplificar el supuesto en el que se puede dar un estado de necesidad justificante: Una mujer embarazada, que se encuentra en una estética para corte de cabello y de repente comienza a tener dolor en el útero y sangrado, por lo cual necesita salir urgentemente del establecimiento, es evidente que primero está la necesidad de

salvaguardar su vida y la del producto de la concepción antes que pagar por el servicio. En el caso de tener que elegir, ella no va preferir quedarse en el lugar tomándose el tiempo para el cobro y pago del mismo, en lugar de salir inmediatamente a conseguir ayuda médica, por lo que el daño patrimonial al comercio pasa a un segundo plano, porque éste es un bien de menor valor que el de la vida de cualquiera de los dos mencionados. Por supuesto que esta circunstancia tiene que ser verdadera y comprobable, ya que pudiera utilizarse también como excusa para evitar pagar lo obtenido.

Cualquiera que sea la razón de peso que evite que se pague el importe, debe ser de mayor valor que el patrimonio.

3. Cumplimiento de un deber. “Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo”.

“En el derecho positivo, en particular en el *ius-normativismo*, la descripción hipotética de la norma impone deberes jurídicos a los hombres. En atención a los cargos públicos, en razón de su oficio o condición de subordinado. La ley exige imperativamente el cumplimiento de esos deberes, en los cuales no pueden valorarse como antijurídicas las conductas realizadas para su cumplimiento, siempre que exista necesidad racional del medio empleado y no se realice con el propósito de perjudicar a otro. El fundamento de la excluyente del delito en estudio se hace consistir en el hecho de que quien obra en cumplimiento de los deberes o en ejercicio de las facultades establecidas en la propia ley, actúa de manera legítima, conforme a Derecho; en consecuencia, su comportamiento no puede ser antijurídico. Por ende, a fin de que la causa de justificación en mención produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley”¹⁵¹.

¹⁵¹ Aguilar López, Miguel Ángel, *Defensa legítima y cumplimiento del deber en la persecución de la delincuencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Pág 8 y 9. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/12.pdf>

Por lo explicado por Aguilar López, el caso específico del fraude de consumo no da lugar a que pueda ser realizado en cumplimiento de un deber, ya que no hay un mandato de no pagar por algo obtenido con precio pactado y comprobado que sea justificado en atención a un deber.

4. Ejercicio de un derecho. Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista una necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo.

Estos se dan por lo general en ejercicio de un deporte, profesión, etc. El daño patrimonial en el delito que estudiamos, no es efecto de algún derecho que se esté ejerciendo o de alguna actividad en particular.

5. Consentimiento presunto. El artículo 29 del CPDF describe al consentimiento presunto “cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento”.

En este supuesto sí entran varias circunstancias por las que una persona no cubre el importe pactado por un bien o servicio, por ejemplo, pudiera darse el caso en el que una persona cuenta con un familiar que tiene un local comercial de alimentos, en donde acude ocasionalmente o frecuentemente a desayunar y este familiar, quien siempre se encuentra ahí, no le cobra los alimentos consumidos; entonces un día acude esta misma persona pero no se encuentra su familiar en el comercio, consume como siempre y al terminar se niega a realizar el pago al empleado porque nunca paga por dicho consumo.

En este ejemplo por la relación familiar, por la costumbre de que puede acudir y sabe que el mismo no le va a exigir el pago, y porque si estuviera ahí seguramente sería de esa manera porque así ha sido en todas las ocasiones anteriores, se presume que aún en su ausencia, estaría otorgando el consentimiento para que siguiera sucediendo de esa manera, por lo que sería causa lícita que el sujeto no lo pagara, no está obrando de manera dolosa y tampoco se da el pacto previo del pago del precio

(elemento que estudiamos en la tipicidad). Además de que seguramente en cuanto el titular, que es el familiar, estuviera al tanto de la situación, otorgaría expresamente su aprobación para que esto sucediera.

Es importante recalcar que para que se dé dicha presunción deben haber antecedentes fehacientes de que esto pudiera ser posible, para este y cualquier otro ejemplo, que se cuente con razones que den legalidad al acto y no meramente una suposición que se realice sin fundamento de que se otorgaría el consentimiento.

c) Culpabilidad

Para llegar a este punto, la conducta que realiza el sujeto debe haber sido típica y antijurídica. En ocasiones suelen confundirse los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad, cabe aclarar que “mientras la antijuridicidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere, además, la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor¹⁵². En palabras de Hans Welzel, “la responsabilidad por las acciones antijurídicas es la culpabilidad”¹⁵³.

Plascencia define la culpabilidad como el juicio de reproche que se dirige en contra del sujeto activo de un delito, en virtud de haber ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no obstante, que tenía otras posibilidades de actuación menos lesivas o dañinas del bien jurídico¹⁵⁴.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma:

DELITO. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD QUE DEBEN ANALIZARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA.

En la jurisprudencia 1a./J. 143/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 2, diciembre de 2011, página 912, de rubro: "ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SÍ. SUS DIFERENCIAS.", la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que en toda

¹⁵² Plascencia Villanueva, Raúl, *Op.Cit.*, Pág. 157

¹⁵³ García, Jiménez, Arturo, *Op Cit.*, Pág. 197.

¹⁵⁴ *Ibidem.* Pág. 158.

sentencia definitiva debe analizarse si existe o no delito, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable. Una conducta típica, antijurídica es culpable cuando al autor o partícipe del delito le es reprochable el haber contravenido el orden jurídico. Luego, del artículo 15, fracciones V, VII, VIII, inciso B) y IX del Código Penal Federal, se advierte que el autor o partícipe del delito es culpable cuando: i) es imputable (capacidad de culpabilidad); ii) conocía la antijuridicidad de su conducta; y, iii) le resultaba exigible otra conducta. Los anteriores elementos se excluyen por: a) La inimputabilidad. Consiste en que al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender su carácter ilícito o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente lo hubiere provocado dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre que lo haya previsto o le fuere previsible; b) El error de prohibición invencible. Se presenta cuando se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o su alcance (error directo), o porque crea que está justificada su conducta (error indirecto o sobre las causas de justificación); c) El estado de necesidad inculpante; en él, el sujeto activo obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y, d) La inexigibilidad de otra conducta. Cuando en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho¹⁵⁵.

Con el finalismo, la culpabilidad dejó de ser considerada como continente de todo lo subjetivo y se movió a nivel de tipo el elemento del

¹⁵⁵ SCJN. Jurisprudencia (Penal), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV, Pág. 2709.

dolo, quedando reducida a los siguientes elementos enlistados por la jurisprudencia en comentario:

- i) Que el autor sea imputable (capacidad de culpabilidad);
- ii) Que haya tenido conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.
- iii) Que le resultaba exigible otra conducta.

En cuanto a la imputabilidad, el reproche en contra del autor del delito se encuentra a nivel de su comportamiento típico y antijurídico, quedando dentro de la culpabilidad sólo las condiciones que permiten atribuirle dicho reproche a su autor. Cabe mencionar que lo que puede reprochársele al autor son los resultados de una voluntad consciente, con el querer, por lo que no se le podría atribuir reproche sobre una voluntad en la que no deseaba que se ejecutara el resultado delictivo.

En síntesis, la imputabilidad se integra por la capacidad de comprender lo injusto del hecho (comprender que la omisión del pago es una conducta contraria a derecho y a las buenas costumbres) y la capacidad de determinar la voluntad conforme dicha comprensión (además de conocer que actúa contrario al deber ser, tiene el deseo y la decisión de omitir el pago de lo debido).

La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho. La falta de la misma no excluye el dolo, sino la culpabilidad. El hecho de que la persona desconozca la norma, no conforma una conducta culpable, podemos pensar que es totalmente lógico y sabido que cuando consumes o adquieres algo por lo que es exigible un pago, tiene que cubrirse. Pero como mencioné en un ejemplo anterior, ¿qué sucede si la persona viene de un país en el que esto no es una conducta regulada penalmente y se siente con la libertad de hacerlo en el nuestro? No se considera que sea intencional, sí desea el resultado y sí todas sus acciones y omisiones van encaminadas a ello, pero no le puede ser atribuible ese reproche ya que él dentro de su mentalidad, no está realizando un delito, y más aún, cree que está realizando algo que no está prohibido. De cualquier manera se debe tener

presente el principio de *ignorantia juris non excusat* (la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley).

Para la exigibilidad, debe analizarse si en cada caso el agente que comete la conducta delictiva tenía alternativas o no. Si el sujeto tiene que salir del lugar de los hechos (del comercio) porque abruptamente se inició en el mismo un ataque con armas de fuego, el instinto de supervivencia obliga a las personas a salir del lugar, a alejarse de él para salvaguardar su vida, por lo que no podría reprochársele al agente que salga del mismo sin haber cubierto el monto de los mismos. El sujeto sí podía actuar de otro modo, podía haber permanecido en el lugar y esperar a que el peligro cesara, para poder cumplir con sus obligaciones de pago, pero considero que el derecho penal no podría reprocharle no haber actuado de esa manera, ya que no tenía intención de que el resultado se produjera, fue un resultado circunstancial y guiado por el instinto de supervivencia, donde lo material pasa a otro plano menos importante.

El principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre, pues sólo si existe la posibilidad en el hombre de actuar de modo distinto podrá deslindarse sobre de él responsabilidad penal¹⁵⁶. En mi entender, esta posibilidad en el hombre de actuar de un modo distinto, debe implicar que las opciones sujetas a valoración deben de ser equiparables, si no son equiparables, no se le puede exigir que actúe de cierta manera cuando no es congruente con las necesidades de la persona humana o en este caso su instinto de supervivencia.

Si el sujeto pudiera elegir entre salir o permanecer en el establecimiento, como vimos, va a depender de la peligrosidad del evento que está causando dicha determinación, si en cierto momento el sujeto considera que es más seguro para él permanecer en el mismo, pero se negara a pagar por lo sucedido, entonces no es una causa de inculpabilidad porque él puede elegir entre cumplir su deber de pago o no hacerlo, cuando su deber como consumidor es el de realizarlo, independientemente de las

¹⁵⁶ *Ibidem*, Pág. 169

circunstancias que en determinado momento podrían atenuar la pena, pero no hacen permisible la falta de pago.

Las causas de exclusión de culpabilidad son las siguientes:

1. Estado de necesidad disculpante o exculpante. El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal lo describe de la siguiente manera: “Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

En el estado de necesidad exculpante, los bienes jurídicos son equiparables, en este caso el bien salvaguardado por el que se omite el pago también es el patrimonio. Creo que en este caso no puede realizarse este supuesto, ya que un sujeto no tiene permitido evitar un pago del que previamente tenía conocimiento de que debía realizarlo, conocía el monto y estuvo de acuerdo en obtener el consumo con un cargo; con estos supuestos que ya analizamos anteriormente, entonces no podría argumentar que no lo pagará porque su patrimonio se vería afectado, incluso aunque el monto cobrado sea excesivo, recalcamos que previamente él conocía estos detalles por lo que entonces tiene la obligación legal de cubrirlo. No hay necesidad de proteger el patrimonio propio o de un tercero que evite reprochársele al sujeto dicha omisión.

2. Inimputabilidad y acción libre en su causa. La inimputabilidad existe “cuando al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código”.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Código Penal para el Distrito Federal, artículo 29, inciso C, fracción II.

La acción libre en su causa existe cuando “el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación”.

La inimputabilidad tal como lo describe el artículo en mención, contempla que la disminución de comprensión se debe a dos razones únicamente: trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

INIMPUTABILIDAD. NO IMPLICA, NECESARIAMENTE, LA AUSENCIA TOTAL DE DETERMINISMO DEL SUJETO, SINO ÚNICAMENTE QUE ESTÁ IMPEDIDO PARA COMPRENDER LA ILICITUD DE SU ACTUAR.

Si en un procedimiento especial se considera al encausado como inimputable, eso se traduce o debe interpretarse en el sentido de que aquél no es capaz de advertir la trascendencia moral y social de sus actos, es decir, que se encuentra impedido para comprender el carácter ilícito del hecho que cometió, mas, en modo alguno implica la diversa afirmación de que el activo carece en absoluto de la facultad de actuar por sí mismo y de buscar obtener sus propios objetivos o fines, pues no es lo mismo padecer un trastorno mental que un desarrollo intelectual atrofiado o retardado; de manera que resulta insuficiente el solo hecho de que al quejoso se le haya declarado inimputable para estimar que, en los términos que refiere el artículo 497 del Código Federal de Procedimientos Penales (en cuanto de dicho precepto se deriva que aun cuando alguien vaya a ser considerado inimputable debe comprobarse la infracción penal y que en ella tuvo participación el inculpado), no fue capaz de realizar la conducta ilícita descrita, pues, a lo sumo, no advirtió la trascendencia moral y social de ese acto, es decir, sólo estaba impedido para comprender que era ilícito el hecho que cometió¹⁵⁸.

Podemos ver que en la tesis de la SCJN transcrita, se afirma que el sujeto activo del delito al tener un trastorno mental “carece en absoluto de la

¹⁵⁸ 179878. III.1o.P.67 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX, Diciembre de 2004, Pág. 1366.

facultad de actuar por sí mismo y de buscar obtener sus propios objetivos”, quiere decir que una persona que no tiene la capacidad de comprender que está realizando un ilícito o más aún de comprender por qué debe de cubrir un monto económico y omite el pago en un comercio, no se le puede reprochar dicha conducta ya. Recalca la diferencia entre un trastorno mental y un desarrollo intelectual retardado, en donde el primero es una alteración del funcionamiento normal de la mente, mientras que el segundo es una detención o demora en el desarrollo del mismo, la persona no tiene un alteración en el funcionamiento sino es un aspecto temporal, puede funcionar y entender situaciones pero no acorde a su edad. En ninguno de estos dos casos se le puede reprochar el hecho en cuestión.

EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. ACCION LIBRE EN SU CAUSA. REQUISITOS PARA SU INTEGRACION.

El artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal, al señalar que "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente", recoge lo que la doctrina ha definido como "acción libre en su causa", consistente en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo de un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad), cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad consciente y espontáneamente manifestado; excluyente de responsabilidad que para poder ser operante requiere de la demostración de un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que impida comprender el hecho ilícito, que sea concomitante a la época de comisión del injusto y que además no haya sido procurado intencional o imprudencialmente.

Un ejemplo claro de esta situación, es el caso de una persona que se encuentra bajo la influencia de algún tipo de droga que no le permite comprender momentáneamente el hecho delictuoso que está realizando. Al

omitir el pago de algo consumido, pudiera no serle reprochable como vimos anteriormente, ya que no tiene la capacidad de comprender en el momento a causa de un trastorno mental, sin embargo, con el uso voluntario de las drogas esto no puede ser una excluyente de culpabilidad porque el sujeto consciente y voluntariamente las consumió, aunque el resultado de defraudar al establecimiento no haya sido intencional al realizar dicho consumo.

Hay que tener en cuenta que es común que en establecimientos de tipo bar, se pueden presentar casos en los que se le coloca alguna droga en la bebida a otra persona, sin que ésta esté consciente de esto y por lo tanto no la esté ingiriendo voluntariamente. Si este es el caso y por esta razón dicha persona no realiza el pago de un bien o servicio del tipo que hemos mencionado, entonces no le sería tampoco reprochable la conducta, porque no fue su voluntad el consumo de la droga, sin embargo se deberá probar esta circunstancia ante la autoridad judicial.

3. Error de prohibición. “el agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto: a. desconozca la existencia de la ley; b. el alcance de la ley; c. Porque crea el agente que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.

Primeramente el error sobre la ilicitud de la conducta debe ser invencible, es decir, que no pudo ser evitado de ninguna manera; además debe desconocer la existencia de la ley, el cliente del comercio que realiza el acto delictuoso no debe tener conocimiento de que existe una ley, en este caso un tipo penal, que regula el pago de bienes consumibles o servicios en establecimientos mercantiles, puede que conozca la existencia pero no el alcance de la misma, por ejemplo, el sujeto sabe que hay una ley que obliga al pago para evitar fraudes en los establecimientos mercantiles, pero no sabe que tiene el carácter de delito, es decir que es protegido por la ley

penal y que es sujeta a una pena de prisión; un tercer supuesto es que crea que está justificada su conducta, puede acudir a un comercio de mariscos por ejemplo, y estos no fueron de su agrado, no considera que deban ser pagados debido a su mala calidad o simplemente a que no cumplieron con sus expectativas culinarias, y piensa que por esa razón la ley no le exigiría el pago del importe, sin embargo ésta no es una razón para omitir legalmente el mismo.

¿Qué pasa en este mismo caso de alimentos, si más allá de que no sean del agrado personal del comensal, los alimentos son preparados en condiciones de mala calidad en sus ingredientes o en cuanto a la higiene de los mismos y pudieran estar echados a perder? ¿Le sería exigible el pago al cliente? En este mismo caso ¿El cliente debe reclamar el estado de los alimentos desde que los prueba o puede alegar lo mismo una vez terminado el platillo? Estos son casos específicos que se deben considerar en el momento en el que el juzgador realiza de manera particular el análisis del mismo. Pero de manera general, estos supuestos son causa de inculpabilidad siempre y cuando sean errores invencibles, que el agente no tenga la posibilidad de conocer que su conducta es contraria a la ley penal, en caso de que así fuera, y creo que sería en la generalidad de los casos, se considerará la conducta como culpable.

4. Inexigibilidad de otra conducta. “Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho”.

No significa ausencia de una prohibición; al contrario, la cuestión de la inexigibilidad sólo se plantea en el ámbito de la culpabilidad y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho.

Esta causa de inculpabilidad exige que la persona que la realiza esté bajo un estado psíquico de temor, veamos una tesis de la SCJN:

INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. CASO EN QUE ES INNECESARIO EL DICTAMEN PERICIAL PARA DEMOSTRARLA.

Cuando existen elementos de prueba para justificar que la quejosa se encontraba en un estado psicológico de inhibición que le vedó el perfecto raciocinio y la libre determinación de su voluntad, ante un posible mal real y grave que la amenazaba y que hizo inexigible que actuara de manera distinta, es innecesaria la aportación de la prueba pericial para demostrar el grado de inquietud, ansiedad y perturbación psicológica en que se encontraba; en consecuencia, al existir las pruebas suficientes para demostrar estas circunstancias, el juzgador tiene la facultad de apreciarlas mediante el razonamiento adecuado y concederles o negarles valor probatorio¹⁵⁹.

En este caso, para que la persona que está cometiendo el fraude al comercio pudiera ser inculpada por su actuar, requiere que la omisión de pago previamente pactada y comprobada, haya sido en consecuencia a una amenaza o algún tipo de presión que le provoque un estado psicológico de temor tal, que la única manera de protegerse sea realizando la conducta delictiva que le está siendo exigida por el agresor. Los juzgadores, teniendo en cuenta la situación de hecho por la que fue realizado el fraude, no puede exigirle que actúe de una manera distinta por el peligro o temor al que estaba siendo expuesta la persona que lo realiza.

Esto aplica de la misma forma en el ejemplo mencionado en la legítima defensa, en donde el sujeto activo abandona el establecimiento mercantil por un ataque del personal, no es justificante desde la óptica de la legítima defensa, pero sí como no exigibilidad racional de otra conducta, causa de inculpabilidad.

El profesor alemán Günter Stratenwerth estima que, de conformidad con la legislación positiva alemana, “la culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena. Las consecuencias de la pena

¹⁵⁹ 183518. VIII.3o.9 P. SCJN. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVIII, Agosto de 2003, Pág. 1764

en la vida futura del autor en la sociedad también deben tenerse en cuenta”¹⁶⁰.

En caso de que no se cumpla alguna de las causas de inculpabilidad mencionadas, al sujeto se le reprocha la realización del delito y con ello se cumplen los 3 elementos necesarios para considerarse penalmente acreedor a una sanción de tipo penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), atendiendo siempre el juzgador cada caso particular con sus circunstancias para establecer la medida de la pena.

2.- Síntesis del Estudio Dogmático del Fraude de Consumo.

En el fraude de consumo, estudiado bajo el sistema finalista, se integra por:

Tipo: Dentro del cual, el tipo objetivo contiene a la conducta comisión por omisión en la que al no cubrir el importe se genera un daño en el patrimonio del establecimiento comercial. Los elementos del tipo objetivo son, que sea en un establecimiento comercial, que se haga servir una cosa o admita un servicio, que no pague el importe debidamente pactado y comprobado. A su vez este importe debe ser del conocimiento previo del cliente y ambas partes deben tener voluntad de realizar la transacción; y el importe también debe de ser comprobado, que sea de libre conocimiento de los clientes interesados.

El resultado es el daño al patrimonio del titular del establecimiento mercantil, para el activo es la obtención del lucro indebido

El tipo subjetivo contiene al dolo, la intención del cliente de obtener dicho lucro para lo cual las acciones y omisiones que realiza son encaminadas al mismo.

La antijuridicidad se cumple con la actuación antinormativa de omisión en el pago, es una conducta contraria a las exigencias del derecho que en este caso protege al establecimiento comercial de abusos por parte de los clientes.

¹⁶⁰ Márquez Piñero, Rafael, *La problemática de la culpabilidad*, revista Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LXII, No. 1, México, Porrúa, 1996.

La culpabilidad es el juicio de reproche en el que se atribuye el hecho antijurídico al autor del mismo siempre que le sea imputable (que comprenda y quiera omitir el debido pago), que tenga conocimiento de la antijuridicidad de la conducta (conoce que está contraviniendo a una norma penal) y que le resultaba exigible otra conducta (tenía alternativas en su actuar que evitaran la lesión al patrimonio por la falta de pago).

CAPÍTULO CUARTO. PROPUESTA REDACCIÓN DEL TIPO PENAL FRAUDE DE CONSUMO.

En este capítulo se realizará la propuesta de redacción del tipo fraude de consumo contenido en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción IV.

Primero se realizará un panorama de lo estudiado, mostrando sus principales ambigüedades para, posteriormente analizar cifras sobre la frecuencia de este delito, los montos señalados en el código penal para determinar la pena que corresponda al mismo, para finalmente exponer la propuesta de redacción del tipo penal.

1. Panorama del tipo penal fraude de consumo.

En el estudio dogmático realizado del tipo penal fraude de consumo, veremos ahora elemento por elemento los puntos débiles o ambiguos de los mismos:

Tipicidad.

Primero, dentro del tipo objetivo encontramos a la conducta. Para el finalismo, las normas sólo pueden regular acciones cuando éstas van dirigidas a la realización de un fin, como se mencionó en el capítulo anterior: “La creación de la norma punitiva obedece a que del conjunto inagotable de acciones posibles de una época, el ordenamiento jurídico escoge y prohíbe, en primer lugar, aquellas en las cuales la voluntad de realización (dolo) está dirigida a la producción de una situación o un proceso (resultado) socialmente no deseado, indiferentemente que ese resultado sea el fin, el medio o un efecto concomitante de la acción.”¹⁶¹

La conducta del agente en el fraude de consumo es plurisubsistente, requiere de una acción (hacerse servir una cosa o admitir un servicio) y una omisión (pago del importe).

Dentro de los elementos objetivos en el fraude de consumo encontramos: la cosa que el sujeto activo se hace servir, esto se cumple siempre y cuando sea de

¹⁶¹ García Jiménez, Arturo, *Op Cit*, Pág. 161.

inmediato consumo y no prevalezca en el tiempo; el servicio que se admite y el establecimiento comercial.

El consumo, etimológicamente indica que se debe “tomar conjunta y enteramente, agotar, desgastar”¹⁶² implica que el bien o servicio debe agotarse; gramaticalmente, de acuerdo a la Real Academia Española es la acción y efecto de consumir (comestibles y otros géneros de vida efímera), definiendo “consumir” como¹⁶³: Destruir, extinguir. Utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos.

La Ley Federal de Protección al Consumidor establece que “consumidor” es “la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios”¹⁶⁴.

Luego entonces, bajo estos tres parámetros, el hecho de que los bienes o servicios sean consumibles implica que dicho consumo deba ser total o puede considerarse el consumo parcial para que se configure la obligación del pago? Esa es la primer imprecisión que encontramos. Este aspecto aunado a la interrogante de ¿Qué pasa en los casos en los que se “sirve” un bien pero este no cumple con los estándares de calidad o es diferente a lo ofrecido por el establecimiento?, en este caso ¿el cliente está obligado a pagarlo?

Vimos también que el tipo penal no exige en su redacción la presencia de elementos subjetivos, aunque consideramos que el dolo es un elemento esencial para estar ante la presencia de este delito.

Como elementos normativos se presentan:

- El bien (cosa). De acuerdo al Código Civil es todo aquello que pueda ser sujeto de apropiación, y por la naturaleza del delito debe ser consumible, es decir que se agotan en la primera ocasión en que son usadas¹⁶⁵.
- El servicio. Las actividades que no son exceptuadas como tal de acuerdo al artículo 5 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, esto es, únicamente los que se consideren de carácter mercantil.

¹⁶² Diccionario de la Real Academia Española. <http://etimologias.dechile.net/?consumo> 17 de julio 2016 11:22 hrs

¹⁶³ Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=AT3QP6H> 17 de julio 2016 11:22 hrs

¹⁶⁴ Ley Federal de Protección al Consumidor. Artículo 2, fracción I.

¹⁶⁵ Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Pág 271-273

- Establecimiento comercial. Aunque no se cuenta con una definición como tal en la ley, el Código de Comercio establece lo que son los comerciantes en el artículo 3, mientras que en el artículo 4 afirma que las personas con o sin establecimiento fijo hagan alguna operación de comercio, aunque en derecho no son comerciantes, quedan sujetas a las leyes mercantiles.
- Pago del importe debidamente pactado comprobado. En este elemento es sobre el que se presenta la negativa del pago. El monto del mismo debe ser del conocimiento previo del cliente (la forma más fehaciente de hacerlo es con los precios expuestos al público en general, de acuerdo al artículo 7 y 7 bis de la Ley Federal de Protección al Consumidor) y ambas partes deben tener consciencia y voluntad de efectuar la transacción.

Es en el elemento “establecimiento comercial” en donde surge la principal interrogante de este trabajo ¿Qué pasa con los comercios informales, que debido a ello no pueden denominarse específicamente establecimientos comerciales? ¿Se consideran bajo este criterio “las personas con o sin establecimiento fijo hagan alguna operación de comercio, aunque en derecho no son comerciantes, quedan sujetas a las leyes mercantiles”? Si la respuesta es afirmativa se señala como sujetas a las personas físicas, no así al establecimiento de acuerdo a la literalidad del texto; y por otro lado las sujeta a las leyes mercantiles, de este modo ¿también a las leyes penales bajo la óptica de ser comerciantes?

¿Qué pasa con los establecimientos comerciales en donde el servicio o el bien es prestado/servido a domicilio? La negativa de pago no se configuraría físicamente en el establecimiento comercial como tal, aunque el daño patrimonial sea contra el establecimiento ¿Qué tipo penal entonces protegería a este tipo de fraudes de consumo que no se consideran en establecimientos comerciales? Segunda imprecisión.

El resultado es la obtención de un lucro indebido del sujeto activo y el daño patrimonial del sujeto pasivo.

Dentro del tipo subjetivo, en donde se comprende la intención volitiva del autor, el sistema finalista hace del dolo un elemento esencial del concepto de lo injusto. En el fraude de consumo, el dolo es requisito *sine qua non*, porque requiere necesariamente de la intención de obtener un lucro indebido, que no sea sujeto a cuestiones circunstanciales ajenas a la voluntad del actor. Sobre la culpa, señalamos que el delito en estudio no puede ser configurado mediante culpa, ya que aunque la falta de pago fuese por causas ajenas a su voluntad, de acuerdo a la óptica finalista, requiere que la realización del acto u omisión sean con la intención de obtener el resultado. Y de acuerdo a los artículos 19 y 76 del Código Penal para el Distrito Federal, no está señalado este tipo como delito culposo.

Recordemos que las causas de atipicidad son: i) Ausencia de conducta ii) Error de tipo; iii) Consentimiento disponibilidad del bien jurídico.

Antijuridicidad

La teoría de la acción final ha considerado que el autor que ha realizado objetiva y subjetivamente la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado en forma antinormativa.¹⁶⁶

Es una contradicción entre la realización del tipo y las exigencias del derecho. Es el reproche que recae sobre el hecho delictivo.

Esta se configura siempre y cuando no se presente alguna de las causas de licitud, que son:

- i) Legítima defensa. No aplica para el fraude de consumo
- ii) Estado de necesidad justificante. Debe acreditarse la lesión de un bien de menor valor que el salvaguardado.
- iii) Cumplimiento de un deber. No aplica para el fraude de consumo
- iv) Ejercicio de un derecho. No hay derecho que ejercer para efectuar el delito fraude de consumo.
- v) Consentimiento presunto. Siempre que sea fundadamente el hecho de que de haberse consultado al titular o a quien esté legitimado para consentir, estos hubiesen otorgado su consentimiento.

¹⁶⁶ García Jiménez, Arturo, *Op. Cit*, Pág. 190.

Culpabilidad.

La culpabilidad es la posibilidad de atribución del hecho delictivo a su autor¹⁶⁷, la responsabilidad por las acciones antijurídicas¹⁶⁸. Es el reproche al autor.

Los elementos para que haya culpabilidad son: Que sea imputable; que haya tenido conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y, que le resultaba exigible otra conducta.

Por lo que las causas de exclusión de culpabilidad son las siguientes:

- i) Estado de necesidad disculpante o exculpante. Debe acreditarse la lesión de un bien de igual valor que el salvaguardado.
- ii) Inimputabilidad y acción libre en su causa. Que no tenga capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho por trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, salvo que voluntariamente se haya inducido en ese estado.
- iii) Error de prohibición. Que la conducta sea realizada bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, por desconocimiento de la existencia o alcance la ley (en este caso del tipo penal del art 231 fracción IV), o porque crea que está justificada su conducta (la omisión del pago).

2. Aplicación de la pena para el fraude de consumo de acuerdo al monto, según artículo 230 Código Penal para el Distrito Federal.

De acuerdo a la redacción del artículo 230 del Código Penal local, se aplicarán las siguientes sanciones al delito de fraude, así como a las fracciones listadas en el artículo 231:

¹⁶⁷ *Íbidem*, pág. 197.

¹⁶⁸ Plascencia Villanueva, Raúl, *Op. Cit.*, Pág. 157.

Cuantía (Unidades de Cuenta vigentes en la CDMX)	Equivalencia "De"	Equivalencia "Hasta"	Días Multa	Prisión
No exceda de 50		\$ 3,652.00	25 a 75	X
De 51 a 500	\$ 3,725.04	\$ 36,520.00	75 a 200	4 meses - 2 años 6 meses
De 501 a 5,000	\$ 36,593.04	\$ 365,200.00	200 a 500	2 años 6 meses - 4 años
De 5,001 a 10,000	\$ 365,273.04	\$ 730,400.00	500 a 800	4 - 6 años
Cuando exceda de 10,000	\$ 730,400.00		800 a 1,200	6 - 11 años

**Valor de la Unidad de Cuenta vigente para la Ciudad de México: \$73.04
Establecido por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos mediante resolución publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de diciembre de 2015. Vigente a partir del 1 de enero de 2016.*

Podemos observar que cuando se omite el pago en un establecimiento comercial por hasta 50 veces la unidad de cuenta para la Ciudad de México, no hay pena de prisión, solamente pena económica. Esto es importante destacarlo debido a que la mayoría de los fraudes de consumo, de acuerdo a la naturaleza del mismo y por los lugares en donde puede presentarse más comúnmente (restaurantes, cafeterías, servicios de estética, etc.), podemos suponer que son por cantidades inferiores a esta cantidad, consumos de un costo no tan significativo para considerarse acreedores a pena privativa de libertad.

Sin que ello minimice el hecho de que se está cometiendo un hecho delictivo, no es correcto criminalizar o perjudicar al sujeto que se niega a pagar una hamburguesa, por ejemplo y privarlo de su libertad equiparándolo con sujetos que se encuentran prisioneros por la comisión de delitos más graves.

Incluso el segundo parámetro de cuantía, de 50 a 500 veces la unidad de cuenta para la Ciudad de México, y las subsecuentes, que ya son acreedoras a pena privativa de prisión, ¿Es correcto criminalizar a un sujeto por una cantidad como esa? ¿Qué costo/beneficio para la sociedad, para el imputado y para el perjudicado tiene aprisionar al sujeto activo del delito por este monto, considerando si es primodelicente, por ejemplo? Son considerables las soluciones alternas del procedimiento, tal como lo indica el Código Nacional de Procedimientos Penales¹⁶⁹:

Artículo 184. Son formas de solución alterna del procedimiento:

I. El acuerdo reparatorio, y

¹⁶⁹ En vigor en la Ciudad de México desde el 20 de Agosto de 2014 por publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de la Declaratoria de incorporación del sistema procesal penal acusatorio y del Código Nacional de Procedimientos Penales al orden jurídico del Distrito Federal que emitió la Asamblea Legislativa del Distrito Federal con fecha 13 de Agosto de 2014. <http://cgsservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/5402.htm>

II. La suspensión condicional del proceso.

Artículo 185. El procedimiento abreviado será considerado una forma de terminación anticipada del proceso.

Artículo 186. Los acuerdos reparatorios son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso.

Artículo 187. Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes:

- I. Delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida;
- II. Delitos culposos, o
- III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.

No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza jurídica, salvo que hayan transcurrido cinco años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas.

Artículo 191. Por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este Capítulo, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

Artículo 192. La suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, procederá en los casos en que se cubran los requisitos siguientes:

- I. Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años, y
- II. Que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido.

Quedan exceptuados de suspensión condicional del proceso los casos en que el imputado en forma previa haya incumplido una suspensión condicional del proceso, salvo que hayan transcurrido cinco años desde el cumplimiento de la resolución a la primera suspensión condicional del proceso, en cualquier fuero del ámbito local o federal.

Estas soluciones alternas son medios altamente considerables efectivos para evitar causar un mayor daño a la persona que comete un delito cuya gravedad o naturaleza no sea factible para privar de la libertad a la misma.

Como requisito para los acuerdos reparatorios están:

- 1) Que sean delitos que se persiguen por querrela o equivalente de parte ofendida. El caso del fraude de consumo;
- 2) Los delitos culposos. No aplica según lo estudiado para el fraude de consumo, y;
- 3) Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas. Si la negativa de pago se realiza sin violencia por parte del sujeto activo, entonces aplica para el mismo.

Estos son los casos en los que se aplica, además de que se cumplan con los demás requisitos y procedimientos que marca la legislación en mención.

Como requisito de procedencia para la suspensión condicional del proceso es que el auto de vinculación a proceso se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años, que en el caso del fraude de consumo, de acuerdo a las penas descritas en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, aplicaría para todas las cuantías excepto para la que excede de 10,000 Unidades de Cuenta vigentes para la Ciudad de México, ya que la pena de prisión tiene una media aritmética de ocho años y medio, siendo la única que excede la media aritmética de cinco años.

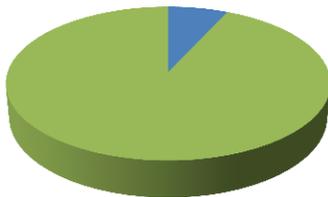
Algunas de las condiciones que el imputado deberá cumplir durante el periodo de suspensión condicional del proceso son: residir en lugar determinado, frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas, aprender profesión u oficio, prestar servicio social a favor del Estado, entre otras de las

catorce fracciones del artículo 195 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

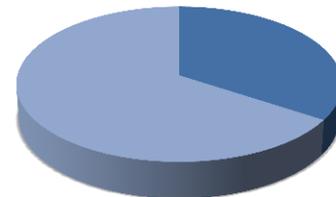
3. Frecuencia de presencia del delito fraude de consumo en la Ciudad de México.

Por solicitud de información ante la Oficina de Información Pública del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, fueron brindadas bases de datos de los casos consignados por delito de fraude durante 2015 y 2016 (enero a julio), mismos que se anexan íntegramente al final de este trabajo, en donde pudimos observar que el número de casos consignados por el delito de fraude a establecimientos comerciales específicamente es muy bajo.

2015		
Casos Consignados		
Fraude		
549		
Fraude de Consumo		Otros
38		511
6.92%		93.08%
Graves	No graves	
13	25	



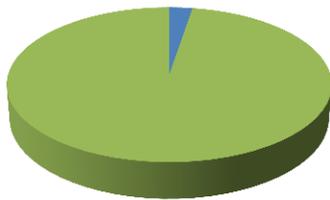
■ Fraude de Consumo
■ Otros Fraudes Consignados



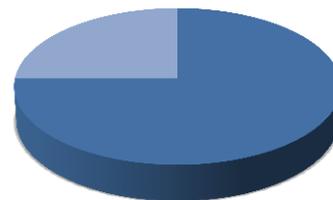
■ Fraudes de Consumo No graves
■ Fraudes de Consumo Graves

Solamente uno fue con detenido, y pudimos observar que los meses de Mayo, Julio y Diciembre son los que presentan mayor presencia de este delito, aunque sigue siendo bajo (7 casos en Mayo, y 5 en Julio y Diciembre cada uno).

2016 (Enero a Julio) Casos Consignados		
Fraude 306		
Fraude de Consumo 8 2.61%		Otros 298 97.39%
Graves 6	No graves 2	



■ Fraude de Consumo
■ Otros Fraudes Consignados



■ Fraudes de Consumo No graves
■ Fraudes de Consumo Graves

Ninguno de ellos fue con detenido y pudimos observar que enero fue el mes que presentó mayor número de este delito (4 casos), mientras que durante el mes de mayo no hubo ningún caso, contrario a 2015.

En la misma respuesta brindada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, se sugirió presentar solicitud ante la Unidad de Transparencia de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México, dependencia a la cual se encuentra adscrito el ministerio público, para solicitar información sobre el número de denuncias que se presentan por el delito tipificado en el artículo 231 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal, por lo que se realizó dicha solicitud, sin embargo la respuesta de la Unidad de Transparencia de la

Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México fue en el sentido de que la información solicitada no se tiene a ese nivel de desagregación, contando solamente con el fraude genérico, por lo que no resultó útil para la finalidad del presente estudio.

De la misma manera, fue consultada la base de datos de incidencia delictiva del fuero común en la página de internet del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, encontrando las siguientes cifras, solamente para el caso de delito de fraude genérico, sin embargo considero importante mencionarlo como dato complementario.

Denuncias presentadas por delito de fraude			
2015		2016 (Enero a Octubre)	
Nacional	Ciudad de México	Nacional	Ciudad de México
58,225	11,690	48,488	9,757

Se anexan también estas estadísticas al final del presente trabajo.

Como podemos observar, el delito fraude de consumo es un delito con un número muy bajo de consignaciones y muy probablemente bajo número de denuncias ante el ministerio público, mientras que en la realidad considero que el número de casos en los que una persona se niega a pagar el consumo de una cosa o servicio es mucho mayor que los que se hacen del conocimiento de las autoridades penales. Es por ello que se debe difundir el conocimiento de esta protección en materia penal para proteger a los establecimientos comerciales de clientes que se aprovechan de la ignorancia de este precepto (aunque ellos mismos tampoco la conozcan) y aunque no se les debería de criminalizar como mencionamos anteriormente y de acuerdo al principio de mínima intervención (*última ratio*) en el que el derecho penal participa como última instancia, se debe acudir ante autoridades no penales o en caso de hacerse del conocimiento de estas y el caso sea consignado, puedan siempre preferentemente aplicarse las formas de solución alterna del procedimiento penal.

4. Propuesta redacción del tipo penal fraude de consumo.

De acuerdo a las imprecisiones mencionadas en la primera parte del presente capítulo, se exponen a continuación las siguientes posibles soluciones.

- a) ¿El hecho de que los bienes o servicios sean consumibles implica que dicho consumo deba ser total o puede considerarse el consumo parcial para que se configure la obligación del pago? ¿qué pasa en los casos en los que se “sirve” un bien pero este no cumple con los estándares de calidad o es diferente a lo ofrecido por el establecimiento?, en este caso ¿el cliente está obligado a pagarlo?

En este caso sugiero que de primera instancia, si al cliente se le sirve algo que no cumple con lo ofrecido o al probarlo, nota que no cumple con los estándares de calidad, primero el consumidor debe hacer la petición al establecimiento de que le sea servido de la manera ofrecida o de lo contrario, devolver inmediatamente o negarse a recibir el producto, de tal manera que no pueda ostentarse una aceptación del mismo en las malas o diferentes condiciones, según sea el caso.

Consideramos que para que se configure el delito de fraude de consumo, debe ser evidente que: 1) la cosa o servicio corresponden a la naturaleza de los mismos, 2) corresponde a la calidad ofrecida y esperada, y 3) corresponde el costo con las características del mismo. Explicaremos más adelante en la propuesta de redacción del tipo penal.

Si se cumplen estos tres requisitos, el consumo no debe de ninguna manera ser total para que se configure la obligación de pago, por lo que ésta se presenta si el consumo es parcial o total.

- b) ¿Es correcto que el tipo penal establezca que el delito sea llevado a cabo en establecimientos mercantiles únicamente, para que sea efectivamente protegido por este tipo penal? ¿qué pasa en los casos en los que se realiza un fraude de consumo en un comercio informal o en un servicio a domicilio? ¿En este caso quedaría un vacío legal al delimitar establecimientos mercantiles?

Primeramente realizaremos un análisis de los delitos patrimoniales en los que podrían encuadrar estos supuestos:

- Robo. “Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena.”

La diferencia sustancial entre el robo y el fraude de consumo se encuentra en el verbo “apoderar”. De acuerdo a criterio de la Corte: “Apoderamiento [...] conducta en la que el sujeto dispone del objeto con el ánimo de ejercer sobre él una plena disposición en su beneficio, sacándolo de la esfera del dominio de quien legalmente lo posee, esto es, ejercer un desapoderamiento de aquél que tiene su legítima tenencia orientado al ánimo, impidiendo que ejerza su libre disposición”¹⁷⁰.

“En el delito de fraude, el elemento engaño debe ir dirigido a la entrega de la cosa; pero cuando a través de él solo se logra que el sujeto pasivo abandone al cosa, sin hacer entrega al infractor y éste se apodera de ella, se configura el delito de robo”¹⁷¹. Esto quiere decir que para que se configure el fraude de consumo es indispensable la entrega voluntaria del sujeto pasivo al sujeto activo, que a diferencia del abuso de confianza que veremos a continuación, requiere que exista engaño, en donde el personal parte del establecimiento comercial al servir una cosa, cree que el consumidor pagará la cosa. Mientras que en el robo, el apoderamiento implica que el sujeto pasivo no hace entrega de la cosa, sino que quien comete el delito toma la cosa sin consentimiento de quien corresponda.

FRAUDE GENÉRICO Y ROBO. EXAMEN DISTINTIVO¹⁷².

De un examen distintivo de los delitos de fraude genérico y robo, se aprecia que si bien en uno y otro ilícito el autor alcanza un lucro indebido, que implica disminución patrimonial para el pasivo, lo que

¹⁷⁰ 2009644 SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 20, Julio de 2015, Tomo II, Pág. 1761.

¹⁷¹ 250068 SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Vol. 163-168, Sexta Parte, Pág. 78.

¹⁷² 186008 SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XVI, Septiembre 2002, Pág. 1373.

es esencial para diferenciar uno del otro, es que en el robo el bien sale del ámbito de disposición del ofendido, sin su consentimiento, en tanto que en el fraude, el agraviado hace la entrega voluntaria del bien, en virtud de los engaños que fueron vertidos por el activo, lo que significa que mientras que en el robo se requiere la ausencia del consentimiento de la víctima, en el fraude se requiere contar con dicho consentimiento para hacerse del bien. Con motivo de ello, en el delito de robo el infractor se apodera del bien, mientras que en el fraude se dispone del mismo, esto es, en el primero se da un acto de apoderamiento y, en el segundo, un acto de entrega del bien por parte del pasivo, en virtud del engaño en que se encuentra.

- Abuso de confianza. “Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de una cosa mueble ajena, de la cual se le haya transmitido la tenencia pero no el dominio.”

De igual manera, no puede equipararse el fraude a un comercio con el abuso de confianza, en virtud del verbo “disponer” y de la “transmisión de la tenencia”. De acuerdo a la SCJN:

ABUSO DE CONFIANZA, CONFIGURACION DEL DELITO DE, Y NO DE FRAUDE¹⁷³.

Del análisis del artículo 382 del Código Penal Federal, se advierte que para que exista el delito de abuso de confianza, se requiere que la posesión de la cosa que detente el activo del delito, sea lícita, y no hacerse de ella a través de un engaño, ya que si sucede esto, no será abuso de confianza, sino fraude. En efecto, en el delito de abuso de confianza, el abusador obtiene la cosa sin necesidad de engaños, maquinaciones o artificios y su actividad

¹⁷³ 195472. SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo VIII, Julio de 1991, Pág. 119. Número de registro 222208.

dolosa sobreviene después, en el momento de la disposición. En cambio, el defraudador recibe la cosa a consecuencia de una conducta engañosa y el dolo en su proceder surge con anterioridad a la posesión de la cual es causa.

Como podemos ver la principal diferencia marcada en este criterio es el momento del dolo, en el fraude el dolo se presenta desde antes de tener la posesión de la cosa, en nuestro caso, el dolo está desde que solicita se le haga servir o se le realice un servicio; mientras que en el abuso de confianza el dolo se presenta posteriormente a la entrega de la tenencia de dicha cosa.

Otra diferencia radica en la confianza:

ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE. DIFERENCIAS¹⁷⁴.

Una cosa es disponer de la cosa entregada en confianza y otra lograr la confianza de alguien para que entregue la cosa; si en el primer caso se dispone del objeto se está en presencia del abuso de confianza; en el segundo, lo que existe es el agotamiento del delito de fraude genérico, pues la disposición gratuita u onerosa recae sobre el bien obtenido mediante el proceso engañoso.

FRAUDE Y ABUSO DE CONFIANZA, DIFERENCIA SUBSTANCIAL ENTRE LOS DELITOS DE¹⁷⁵.

Una de las diferencias substanciales entre el abuso de confianza y el fraude, consiste en que, mientras en el primero el infractor dispone de una cosa que ya tiene en su poder a título de la confianza en él depositada, en el segundo la cosa es obtenida

¹⁷⁴ 259306. SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Volúmen XCVII, Segunda Parte, Pág. 30.

¹⁷⁵ 292905 SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo CXXX, Pág. 157.

empleando el engaño, o aprovechándose del error en que la víctima se encuentra, medios sin los cuales no alcanza ese objeto, o el lucro propuesto.

- Administración fraudulenta. “Al que por cualquier motivo, teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores empleándolos indebidamente, a sabiendas, realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero.”

Este delito es de naturaleza totalmente diferente al fraude de consumo ya que se refiere a operaciones administrativas en nombre de un tercero, no de bienes consumibles o servicios.

- Insolvencia fraudulenta en perjuicio de acreedores. “Al que se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir las obligaciones a su cargo con respecto a sus acreedores.”

Este tipo penal pudiera estar un poco relacionado en el sentido de que el cliente al recibir un bien para su consumo o servicio, provoque el estado de insolvencia para eludir el pago del mismo, sin embargo, en estricto sentido, el fraude de consumo no requiere que el cliente se coloque en estado de insolvencia, simplemente especifica que éste no paga el importe, indistintamente de la razón por la que se niega a realizarlo.

- Extorsión. “Al que obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro causando a alguien un perjuicio patrimonial.”

Este delito implica una coacción para realizar una conducta u omisión y de esta forma el sujeto activo obtenga un lucro, en el fraude de consumo el

sujeto activo no realiza ninguna coacción, más bien lo configura la negativa del pago.

- Despojo. “Al que de propia autoridad, por medio de violencia física o moral, el engaño o furtivamente ocupe un inmueble ajeno, haga uso de él o de un derecho real que no le pertenezca.”

Este delito es sobre bienes inmuebles por lo que no es posible encuadrarlo con el fraude de consumo.

- Daño a la propiedad. “Al que destruya o deteriore una cosa ajena o una propia en perjuicio de otro “

La conducta delictiva en el daño a propiedad es la destrucción o deterioro, no el consumo, por lo que no podemos encuadrar el fraude de consumo.

- Encubrimiento por receptación. “A quien después de la ejecución de un delito y sin haber participado en él, adquiera, posea, desmantele, venda, enajene, comercialice, trafique, pignore, reciba, traslade, use u oculte el o los instrumentos, objetos o productos de aquél, con conocimiento de esta circunstancia, si el valor de cambio no excede de quinientas veces la unidad de cuenta de la Ciudad de México vigente.”

Este es un tipo penal posterior a la comisión de otro, por lo tanto no puede relacionarse con los supuestos que buscamos (fraude a comercio informal o a domicilio).

Una vez repasados los delitos patrimoniales del Código Penal para el Distrito Federal podemos ver que en ninguno de ellos podemos incluir a quienes se hacen servir una cosa o admiten un servicio y no pagan el importe debidamente pactado y comprobado en comercios informales o a domicilio. Sin embargo, dentro del capítulo de fraude, el legislador previó supuestos no contemplados, redactando el artículo 232 de la siguiente manera: “A quien por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, le cause perjuicio patrimonial, se le impondrán de cuatro meses a dos años seis meses de prisión y de setenta y cinco

a doscientos días multa”, de esta forma engloba todos los demás supuestos que no estén expresamente mencionados en los tipos específicos de fraude. Sin embargo hay que revisar la redacción de este tipo penal al hablar de perjuicio patrimonial.

El perjuicio es, según la Real Academia Española, “efecto de perjudicar” o bien, en derecho, “detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa”; perjudicar es ocasionar un daño y detrimento también es un daño, por lo que gramaticalmente implica efectivamente un daño patrimonial a través del engaño o aprovechamiento del error. Entonces a la luz de los términos gramaticales, está correctamente utilizada la palabra perjuicio como el detrimento patrimonial que es causado al comerciante informal o quien preste servicios a domicilio.

Jurídicamente, el Código Civil para el Distrito Federal define al perjuicio en su artículo 2109 como la privación de cualquier ganancia lícita, que deberá haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Y diferencia el daño en el artículo 2108 como pérdida o menoscabo sufrido por la falta de cumplimiento de obligación. Entonces, daño es la pérdida y perjuicio es dejar de ganar, por lo que a la luz de estos parámetros, para el caso que nos ocupa la palabra perjuicio está bien aplicada ya que el dueño del comercio informal o que presta el servicio a domicilio, que son los no contemplados en el tipo penal de fraude de consumo, está dejando de obtener una ganancia económica debido a la falta de pago del cliente sujeto activo del delito.

La redacción del artículo 232 menciona únicamente el “perjuicio patrimonial” y aunque vimos que puede ser efectivamente aplicado al tema que nos concierne, sería conveniente que el legislador ampliara la expresión por “daño y/o perjuicio patrimonial” o simplemente “afectación patrimonial”, esto para que dicho artículo pueda cubrir ambos aspectos, el daño además del perjuicio, o de manera general la afectación patrimonial.

De este análisis, concluyo que la fracción IV del artículo 231 en estudio, prevé una protección específica para los establecimientos comerciales. El punto no es que deja fuera otros tipos de comercio o servicios, que como hemos visto

son protegidos por el artículo 232, sino que en esta fracción la ley le da una protección especial a los establecimientos comerciales, una razón para ello, se me ocurre que pudiera ser el hecho de que la Ley Federal de Protección al Consumidor brinda una protección a éste frente a los establecimientos comerciales, y se protegen a ellos de vuelta (en el aspecto del pago) a partir del tipo penal estudiado. Exponiendo otro argumento, como vimos en palabras de Zamora Pierce las personas morales, por ser creaciones del Derecho, no pueden ser engañadas, ya que carecen de mente, entonces el tipo de fraude de consumo protege específicamente a los establecimientos con carácter comercial o mercantil, ya que serían estos los que quedarían fuera de la protección penal si a falta de este fraude específico se pretendiera aplicar o el fraude genérico del artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal o el artículo 232 mencionado ya que ambos contemplan como elemento el engaño.

Por lo que concluyo en este sentido que es correcta la tipificación específica y delimitada a este tipo de establecimientos comerciales.

De acuerdo a ello, para cubrir las imprecisiones expuestas, se propone la redacción del artículo de la siguiente manera:

Al que se haga servir una cosa o admita un servicio de cualquier establecimiento comercial, y no pague el importe debidamente pactado comprobado. Las características deben corresponder a la naturaleza, calidad y costo de la cosa y/o servicio.

La primera modificación es cambiar la preposición “en” por “de” para hablar de “a quien se haga servir una cosa o admita un servicio de cualquier establecimiento comercial...” esto en razón de que al utilizar la preposición “en”, según la Real Academia Española “denota en qué lugar, tiempo o modo se realiza lo expresado por el verbo a que se refiere”¹⁷⁶, en nuestro caso denota que el servicio o la cosa servida se está llevando a cabo en un determinado lugar, dentro

¹⁷⁶ Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=EuPaWdO> 22 de noviembre 2016 13:28 hrs

de éste, dejando fuera entonces a los servicios a domicilio prestados por los establecimientos mercantiles. Si por el contrario utilizamos la preposición “de”, que la Real Academia Española define como “prefijo que indica origen o procedencia”¹⁷⁷ deja de delimitar el hecho de que la cosa o servicio se presten dentro del establecimiento mercantil para que se cuente con la protección de la ley penal, abarcando entonces a los servicios a domicilio prestados por este tipo de comercios.

Ejemplo, una empresa que se dedica a la colocación de pisos, presta el servicio a una persona en su domicilio, y al terminar el trabajo ésta se niega a cubrir el importe del mismo; si nos limitamos a la forma en la que actualmente está redactado el tipo penal, no podría encuadrar este hecho al supuesto descrito por la ley, pero si por el contrario cambiamos la redacción utilizando la preposición “de” entonces sí se protege penalmente este tipo de servicios porque el establecimiento comercial, la empresa, está prestando un servicio a través de la persona que lo realiza, pero proviene de ésta independientemente del lugar físico en el que se lleve a cabo.

Otra modificación consiste en agregar al tipo penal que las características correspondan a la naturaleza, calidad y costo de la cosa o servicio.

Como primer punto, que corresponda a la naturaleza de la cosa o servicio. Ernesto Garzón Valdés menciona que por “naturaleza” suele entenderse las características específicas o distintivas de un objeto¹⁷⁸, por lo tanto la cosa o servicio que se está recibiendo debe coincidir en cuanto a sus características naturales con las ofrecidas por el establecimiento. Si un sujeto se hace servir una cerveza michelada, por ejemplo, se le debe servir una cerveza en un vaso o tarro preparada con limón y sal, porque es la naturaleza del producto, es lo que se está ofreciendo por el establecimiento y jurídicamente es lo pactado previamente por ambas partes, como vimos en el capítulo tercero.

¹⁷⁷ Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=BtJ9Zbw> 22 de noviembre 2016 13:30 hrs

¹⁷⁸ Garzón Valdés, Ernesto, La Naturaleza de las Cosas en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN Versión Electrónica 2448-4873. [S.l.], Jan. 1970. ISSN 2448-4873. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/718/978> 02 de enero de 2017 22:45 hrs

Otro ejemplo, si el sujeto acude a que le realicen un *pedicure*, debe realizársele un tratamiento que consista en el aseo y reparación estética de los pies, no en las manos. Son aspectos sencillos y hasta cierto punto lógicos pero que al ser detallados por el tipo penal evitan que en determinado momento pudiera el sujeto activo del delito pretender deslindarse de su obligación de pago por argumentos como los que estamos presentando.

Segundo punto, que corresponda a la calidad de la cosa o servicio. Como mencionamos anteriormente, se debe cumplir con los estándares de calidad, un parámetro objetivo es el que establecen las Normas ISO (International Standardization Organization) a nivel mundial. Por otro lado, la coincidencia o correspondencia con lo ofrecido, quiere decir que debe servirse el bien o el servicio debe consistir exactamente en lo que fue ofrecido por el establecimiento, si en un salón de belleza ofrecen realizar un trabajo de uñas que incluye tratamiento nutritivo y aplicación de color de “x” marca, debe ser eso el trabajo que es realizado al cliente, de ninguna manera tendría que pagar el importe cobrado por ese servicio si solamente le ponen crema humectante, por ejemplo.

Y como tercer punto, que corresponda al costo de la cosa o servicio. En este punto, hablando de parámetros generales, nos referimos a que debe coincidir la calidad y tipo de establecimiento comercial con el costo exigido y que este sea el previamente pactado, como ya vimos. Es decir, si un servicio de depilación femenina es realizado en un lugar A con cera y en un lugar B con tecnología de luz pulsada, entonces no pueden compararse los costos porque evidentemente será más caro el servicio con luz pulsada aunque la naturaleza del servicio y la zona a depilar sea exactamente la misma; incluso si la depilación es prestada con cera en el lugar A y B pero el lugar A está en una colonia popular y el lugar B en una colonia residencial de nivel alto, el costo en la primera será menor en comparación del costo en la segunda.

Se mantiene el “hacerse servir una cosa o admitir un servicio” sin especificar que haya consumo, incluso total o parcial, por parte del cliente. Se contempló, como vimos líneas atrás que se agregara la especificación de total o parcial al consumo, sin embargo, esto no es necesario, e incluso sí limitaría

entonces la aplicación del mismo, debido a que puede solicitar le sea servida una cosa, y está cumple con los puntos señalados en el párrafo anterior, pero el cliente por razones personales no realiza el consumo, ni siquiera parcialmente, no hay responsabilidad para el establecimiento comercial por lo que el cliente está obligado a realizar el pago.

Se mantiene también el elemento “establecimiento comercial”, siendo que se cuestionó en el presente trabajo si la limitación a este tipo de establecimientos por parte del legislador, dejaba sin protección a los comercios informales. Sin embargo, de acuerdo a los argumentos expuestos, este fraude específico protege especialmente a los establecimientos mercantiles ya que debido al elemento del engaño que no puede configurarse frente a personas morales, entonces quedarían fuera de la protección de la ley penal este tipo de comercios, siendo que los informales pueden encuadrar en los supuestos del tipo penal de fraude genérico del artículo 230 del Código Penal Federal o en el supuesto que contempla a los demás casos no mencionados expresamente en el mismo (artículo 232 del Código mencionado).

El “importe debidamente pactado comprobado” se mantiene también, no habiendo sido considerado ningún cambio o especificación en el mismo a lo largo de este estudio.

CONCLUSIONES

PRIMERA. A lo largo de la historia, el delito de fraude ha sido regulado en los ordenamientos jurídicos, con diversos nombres, características, etc. Tanto el fraude como lo conocemos el día de hoy, como el fraude de consumo (como fraude específico), se encuentran tipificados desde el Código Penal de 1931.

SEGUNDA. La teoría del delito se encarga del estudio de los aspectos comunes de todo hecho delictivo. Tiene dos principales funciones: conocer con exactitud qué conducta es delictiva y su pena aplicable; y fungir como garantía de exacta aplicación de la ley penal. Ha evolucionado a través de sus distintos sistemas, desde el clásico causalista hasta el funcionalista. Esta evolución se ha dirigido de acuerdo a las necesidades e ideas vigentes en la sociedad.

TERCERA. Los sistemas de la teoría del delito son: Sistema clásico o causalista, sistema neoclásico, sistema finalista y sistema funcionalista. El sistema clásico tiene un carácter esencialmente objetivo, entiende el movimiento corporal como proceso desprovisto de finalidad en el que la acción humana produce un resultado en el mundo material como causa-efecto. Es una relación causal.

El sistema neoclásico implementa la ideoneidad de la conducta para la realización de determinado resultado, y comienza a considerar el juicio valorativo sobre la intención del sujeto activo. El sistema finalista da contenido a la voluntad, su característica principal es el actuar orientado conscientemente a un fin. Traslada el dolo y la culpa dentro del elemento de la tipicidad. El sistema funcionalista, por su parte, se dirige hacia una función social, bajo el esquema de que cada elemento de la misma tiene un rol individual y se articula con las demás formando un todo.

CUARTA. La conducta del agente en el fraude de consumo es plurisubsistente, requiere de una acción (hacerse servir una cosa o admitir un servicio) y una omisión (pago del importe). El resultado es la obtención de un lucro indebido del sujeto activo y el daño patrimonial del sujeto pasivo.

QUINTA. El tipo objetivo demarca que los elementos son: la cosa que se hace servir y/o el servicio que se admite, el establecimiento comercial y el importe debidamente pactado comprobado. Dentro del tipo subjetivo, aunque en el fraude

de consumo, sólo se configura de manera dolosa, ya que requiere la intención del sujeto activo para que se lleve a cabo, no sujetando el hecho a circunstancias ajenas a la voluntad del mismo. El fraude de consumo no puede ser configurado mediante culpa, ya que de acuerdo a la óptica finalista requiere que exista intención de obtener el resultado final que es el lucro indebido del sujeto activo.

SEXTA. La antijuridicidad es el juicio de desvalor que recae sobre el hecho delictivo. Para el fraude de consumo solamente pueden presentarse las siguientes causas de licitud: estado de necesidad justificante (que se cometa el delito acreditándose que el daño patrimonial del fraude de consumo configura una lesión de menor valor que el daño que puede provocarse por el salvaguardado) y consentimiento presunto (con fundamento en el hipotético consentimiento del legitimado para otorgarlo) ; no puede acreditarse mediante defensa legítima, cumplimiento de un deber ni ejercicio de un derecho.

SÉPTIMA. La culpabilidad es el reproche al autor del delito, requiere que sea imputable, que haya conocido la antijuridicidad de la conducta y que le resultara exigible otra conducta, con sus respectivas causas de exclusión de culpabilidad. Todos ellos pueden acreditarse para el fraude de consumo.

OCTAVA. Las causas de exclusión de culpabilidad para el fraude de consumo pueden ser: el estado de necesidad disculpante (acreditación de la lesión de un bien de igual valor que el salvaguardado); la acción libre en su causa (que no exista posibilidad de comprender el hecho de que negarse al pago de una cosa u objeto recibido implica un delito, siempre y cuando sea debido a un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, o que voluntariamente el sujeto activo se haya puesto en esa condición); y el error de prohibición (que el sujeto esté en el error invencible de que la conducta de fraude al establecimiento comercial constituye una prohibición por la ley penal, ya sea porque no conoce su existencia o su alcance o porque crea que por alguna razón está justificada su conducta)

NOVENA. No puede considerarse justificación la calidad ofrecida o esperada con la brindada por el establecimiento comercial si el consumidor no manifiesta su inconformidad inmediatamente o de forma que no pudiera ostentarse una aceptación del mismo.

DÉCIMA. Independientemente del monto por el que se cometa el fraude de consumo, considerando que para el monto mínimo (hasta 50 veces la unidad de cuenta para la Ciudad de México) no es aplicable pena privativa de libertad, se debe aplicar la mínima intervención penal y en su caso preferir evitar criminalizar al sujeto activo mediante penas privativas de prisión, aplicando las formas de solución alternas al procedimiento que contiene el Código Nacional de Procedimientos Penales: el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso.

DÉCIMA PRIMERA. Aun cuando no contamos con datos concretos y específicos de la frecuencia de denuncias interpuestas ante el Ministerio Público por el delito de fraude de consumo, los registros de casos consignados son pocos, suponiendo que en la práctica son más frecuentes, por lo que concluimos que debe difundirse la información sobre la implicación de un delito ante esta conducta y a la par nuevamente observamos que no es una conducta que deba criminalizarse *per se*.

DÉCIMA SEGUNDA. La diferenciación con el robo radica principalmente en que éste requiere que el sujeto activo se apodere de la cosa, contrario al fraude de consumo en donde el sujeto pasivo entrega voluntariamente la misma. Y entre el fraude de consumo y el abuso de confianza, mientras que en ambos hay entrega voluntaria del sujeto pasivo, la diferencia radica en el engaño presente en el fraude de consumo y en el abuso de confianza implica la transmisión de la tenencia de la cosa, no así su propiedad, surgiendo el dolo no desde el inicio como en el fraude de consumo sino una vez que se tiene la posesión de la cosa. Además de la consideración de los servicios obtenidos que considera el fraude específico en tema.

DÉCIMA TERCERA. Para que se configure el delito de fraude de consumo, la cosa servida o el servicio prestado por el establecimiento comercial debe corresponder con la naturaleza, calidad y costo de los mismos. Al añadir estos elementos en el tipo penal se protege al establecimiento frente a posibles argumentos en este sentido por parte del sujeto activo para pretender evitar el pago del importe.

DÉCIMA CUARTA. La delimitación del tipo penal a establecimientos comerciales es una protección específica que otorga la ley a este tipo de establecimientos, debido a que de no existir este fraude específico, quedarían fuera de la protección penal ya que sobre personas morales no puede acreditarse el elemento del engaño. Es por ello que comerciantes informales no encuadran en este tipo, mismos que se sitúan en los supuestos de fraude genérico o el artículo 232 del Código Penal para el Distrito Federal, con su reserva para que el legislador sustituya la expresión “perjuicio patrimonial” por “afectación patrimonial”.

PROPUESTA

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTA
<p><i>Artículo 230. Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán:</i></p> <p><i>I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente, o no sea posible determinar su valor;</i></p> <p><i>II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente;</i></p> <p><i>III. Prisión de dos años seis meses a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el</i></p>	<p><i>Artículo 230. Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán:</i></p> <p><i>I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente, o no sea posible determinar su valor;</i></p> <p><i>II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente;</i></p> <p><i>III. Prisión de dos años seis meses a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el</i></p>

valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente;

IV. Prisión de cuatro a seis años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil pero no de diez mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente; y

IV. Prisión de seis a once años y de ochocientos a mil doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de diez mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente.

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

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

valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente;

IV. Prisión de cuatro a seis años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil pero no de diez mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente; y

Prisión de seis a once años y de ochocientos a mil doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de diez mil veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente.

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

IV. Al que se haga servir una cosa o admita un servicio de cualquier establecimiento comercial, y no pague el importe debidamente pactado comprobado. Las características deben corresponder a la naturaleza, calidad y costo de la cosa y/o

	<u>servicio.</u>
--	-------------------------

La primera modificación es cambiar la preposición “en” por “de” para hablar de “a quien se haga servir una cosa o admita un servicio de cualquier establecimiento comercial...” esto en razón de que al utilizar la preposición “en”, según la Real Academia Española “denota en qué lugar, tiempo o modo se realiza lo expresado por el verbo a que se refiere”¹⁷⁹, en nuestro caso denota que el servicio o la cosa servida se está llevando a cabo en un determinado lugar, dentro de éste, dejando fuera entonces a los servicios a domicilio prestados por los establecimientos mercantiles. Si por el contrario utilizamos la preposición “de”, que la Real Academia Española define como “prefijo que indica origen o procedencia”¹⁸⁰ deja de delimitar el hecho de que la cosa o servicio se presten dentro del establecimiento mercantil para que se cuente con la protección de la ley penal, abarcando entonces a los servicios a domicilio prestados por este tipo de comercios.

Ejemplo, una empresa que se dedica a la colocación de pisos, presta el servicio a una persona en su domicilio, y al terminar el trabajo ésta se niega a cubrir el importe del mismo; si nos limitamos a la forma en la que actualmente está redactado el tipo penal, no podría encuadrar este hecho al supuesto descrito por la ley, pero si por el contrario cambiamos la redacción utilizando la preposición “de” entonces sí se protege penalmente este tipo de servicios porque el establecimiento comercial, la empresa, está prestando un servicio a través de la persona que lo realiza, pero proviene de ésta independientemente del lugar físico en el que se lleve a cabo.

Otra modificación consiste en agregar al tipo penal que las características correspondan a la naturaleza, calidad y costo de la cosa o servicio.

Como primer punto, que corresponda a la naturaleza de la cosa o servicio. Ernesto Garzón Valdés menciona que por “naturaleza” suele entenderse las

¹⁷⁹ Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=EuPaWdO> 30 de agosto de 2016 11:20 hrs

¹⁸⁰ Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=BtJ9Zbw> 30 de agosto de 2016 11:20 hrs

características específicas o distintivas de un objeto¹⁸¹, por lo tanto la cosa o servicio que se está recibiendo debe coincidir en cuanto a sus características naturales con las ofrecidas por el establecimiento. Si un sujeto se hace servir una cerveza michelada, por ejemplo, se le debe servir una cerveza en un vaso o tarro preparada con limón y sal, porque es la naturaleza del producto, es lo que se está ofreciendo por el establecimiento y jurídicamente es lo pactado previamente por ambas partes, como vimos en el capítulo tercero.

Otro ejemplo, si el sujeto acude a que le realicen un *pedicure*, debe realizársele un tratamiento que consista en el aseo y reparación estética de los pies, no en las manos. Son aspectos sencillos y hasta cierto punto lógicos pero que al ser detallados por el tipo penal evitan que en determinado momento pudiera el sujeto activo del delito pretender deslindarse de su obligación de pago por argumentos como los que estamos presentando.

Segundo punto, que corresponda a la calidad de la cosa o servicio. Como mencionamos anteriormente, se debe cumplir con los estándares de calidad, un parámetro objetivo es el que establecen las Normas ISO (International Standardization Organization) a nivel mundial. Por otro lado, la coincidencia o correspondencia con lo ofrecido, quiere decir que debe servirse el bien o el servicio debe consistir exactamente en lo que fue ofrecido por el establecimiento, si en un salón de belleza ofrecen realizar un trabajo de uñas que incluye tratamiento nutritivo y aplicación de color de “x” marca, debe ser eso el trabajo que es realizado al cliente, de ninguna manera tendría que pagar el importe cobrado por ese servicio si solamente le ponen crema humectante, por ejemplo.

Y como tercer punto, que corresponda al costo de la cosa o servicio. En este punto, hablando de parámetros generales, nos referimos a que debe coincidir la calidad y tipo de establecimiento comercial con el costo exigido y que este sea el previamente pactado, como ya vimos. Es decir, si un servicio de depilación femenina es realizado en un lugar A con cera y en un lugar B con tecnología de luz pulsada, entonces no pueden compararse los costos porque evidentemente

¹⁸¹ Garzón Valdés, Ernesto, La Naturaleza de las Cosas en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN Versión Electrónica 2448-4873. [S.l.], Jan. 1970. ISSN 2448-4873. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/718/978>>

será más caro el servicio con luz pulsada aunque la naturaleza del servicio y la zona a depilar sea exactamente la misma; incluso si la depilación es prestada con cera en el lugar A y B pero el lugar A está en una colonia popular y el lugar B en una colonia residencial de nivel alto, el costo en la primera será menor en comparación del costo en la segunda.

Se mantiene el “hacerse servir una cosa o admitir un servicio” sin especificar que haya consumo, incluso total o parcial, por parte del cliente. Se contempló, como vimos líneas atrás que se agregara la especificación de total o parcial al consumo, sin embargo, esto no es necesario, e incluso sí limitaría entonces la aplicación del mismo, debido a que puede solicitar le sea servida una cosa, y está cumple con los puntos señalados en el párrafo anterior, pero el cliente por razones personales no realiza el consumo, ni siquiera parcialmente, no hay responsabilidad para el establecimiento comercial por lo que el cliente está obligado a realizar el pago.

Se mantiene también el elemento “establecimiento comercial”, siendo que se cuestionó en el presente trabajo si la limitación a este tipo de establecimientos por parte del legislador, dejaba sin protección a los comercios informales. Sin embargo, de acuerdo a los argumentos expuestos, este fraude específico protege especialmente a los establecimientos mercantiles ya que debido al elemento del engaño que no puede configurarse frente a personas morales, entonces quedarían fuera de la protección de la ley penal este tipo de comercios, siendo que los informales pueden encuadrar en los supuestos del tipo penal de fraude genérico del artículo 230 del Código Penal Federal o en el supuesto que contempla a los demás casos no mencionados expresamente en el mismo (artículo 232 del Código mencionado).

El “importe debidamente pactado comprobado” se mantiene también, no habiendo sido considerado ningún cambio o especificación en el mismo a lo largo de este estudio.

FUENTES

BIBLIOGRAFÍA

1. ANTOLISEI, Francisco, *El estudio analítico el delito*, Traducción de Ricardo Franco Guzmán, Edición de Canales de Jurisprudencia, México, 1954.
2. CASTELLANOS Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 48ª edición, México, Porrúa, 2008.
3. MUÑOZ Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989.
4. DEHESA Dávila, Gerardo, *Etimología Jurídica*, 5ª Ed, Poder Judicial de la Federación, México.
5. DEL ROSAL Fernández, Juan, *Tratado de Derecho Penal Español*, Editorial Darro, 3ª Edición, Madrid, 1960.
6. DAZA Gómez, Carlos, *Teoría general del delito, sistema finalista y funcionalista*, 5ª edición, México, Flores editor y distribuidor, 2012.
7. DÍAZ Aranda, Enrique:
 - *Derecho Penal Parte General (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, México, Editorial Porrúa, 2004.
 - *Teoría del delito*, México, Editorial Straf, 2006.
8. BARRÓN Cruz, Martín Gabriel (coord.), *Cinco ordenamientos penales del siglo XIX*, México, INACIPE, 2010.

- DÍAZ de León, Marco Antonio, "Bosquejo General de Código Penal para el Estado de México de 1831".
 - MARTÍNEZ y Martínez, "El Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835".
 - ÁLVAREZ Montero, José Lorenzo, "El Código Penal del estado de Veracruz Llave de 1869".
9. GARCÍA Jiménez, Arturo, *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*, México, Porrúa, 2003.
10. GONZÁLEZ de la Vega, Francisco, *El código penal comentado*, Décima edición, Editorial Porrúa, México, 1992.
11. GONZÁLEZ de la Vega, Francisco, *Derecho Penal Mexicano. Los delitos*, México, Editorial Porrúa, 1970.
12. HERRERA Zapién, Tarsicio, *Etimología grecolatina del español*, México, Editorial Porrúa, 1982.
13. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1989, Vol I.
14. JIMÉNEZ Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, La Tutela Penal del Patrimonio*, México, Editorial Porrúa, tomo IV, 1963.
15. LÓPEZ Betancourt, Eduardo:
- *Delitos en particular*, décima tercera edición, México, Editorial Porrúa, 2010, Tomo I.
 - *Teoría del Delito*, Decimoséptima edición, México, Editorial Porrúa, 1994.

16. LÓPEZ Betancourt, Eduardo y Porte Petit, Luis, *El delito de fraude (reflexiones)*, 2ª Ed, México, Editorial Porrúa, 1996.
17. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, 2ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1989, Vol I.
18. MALO Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Séptima edición, México, Editorial Porrúa, 2010.
19. MONTERO Cruz, Estuardo. *El funcionalismo penal (Una introducción a la teoría de Günter Jakobs)*, Perú, Editorial Trujillo, 2008.
20. ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
21. PAVÓN Vasconcelos, Francisco, *Delitos contra el patrimonio: comentarios de derecho penal*, México, Porrúa, 2001.
22. PLASCENCIA Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.
23. REYNOSO Dávila, Roberto, *Delitos Patrimoniales*, segunda edición, México, Editorial Porrúa, 2001.
24. SOBERANES Fernández, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX (notas para su estudio)*, México, UNAM, 1992.
25. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Tipográfica, 1951, tomo IV.

26. TORRES Lemus, Alfonso, *Etimologías grecolatinas*, México, Editorial Porrúa, 1984.
27. UROSA Ramírez Gerardo Armando, *Teoría de la ley penal y del delito: legislación, doctrina, jurisprudencia, y casos penales*, Segunda edición, México, Editorial Porrúa, 2011.
28. VALLE Muñíz, Jose Manuel, *El delito de estafa*, Barcelona, Casa editorial, 1988.
29. WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 4ª edición, Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
30. ZAMORA Pierce, Jesús, *El Fraude*, 9ª edición, México, Editorial Porrúa, 2006.

HEMEROGRAFÍA

1. CAMACHO Brindis, María Cruz, *La regulación de la Culpa en el Código Penal Mexicano*, Revista Alegatos, México D.F, 1994, No. 28.

LEGISLACIÓN

2. Código Penal de 1871.
3. Código Penal de 1929.
4. Código Penal de 1931.
5. Código Penal Federal.

6. Código Penal para el Distrito Federal.
7. Ley Federal de Protección al Consumidor.
8. Gaceta Oficial del Distrito Federal, Decima Séptima Época, 18 de Diciembre de 2014, No. 2010.

JURISPRUDENCIA

1. 179878. III.1o.P.67 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX, Diciembre de 2004, Pág. 1366.
2. 2009644 SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 20, Julio de 2015, Tomo II, Pág. 1761.
3. 250068 SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Vol. 163-168, Sexta Parte, Pág. 78.
4. 186008 SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XVI, Septiembre 2002, Pág. 1373.
5. 293494. SCJN. Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Quinta Época. Tomo CXXVIII, Pág. 287
6. 226311. SCJN. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo V, Segunda Parte-2, Enero-

Junio de 1990, Pág. 578

7. 261091. SCJN. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta época. Volumen CV, Segunda Parte. 9 marzo 1966. Pág. 69.
8. 226311. SCJN. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo V, Segunda Parte-2, Enero-Junio de 1990, Pág. 578
9. 195576. Tesis XI.2º. J/30 SCJN.. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena época. Tomo XXIV, Julio de 2006. Pág 941.
10. 245276. SCJN. Tesis Vi. 2º. J/146. Semanario Judicial de la Federación. Novena época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo VIII, Septiembre de 1998. Pág. 1075.
11. 183518. VIII.3o.9 P. SCJN. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVIII, Agosto de 2003, Pág. 1764
12. 195472. SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo VIII, Julio de 1991, Pág. 119. Número de registro 222208.
13. 259306. SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Volúmen XCVII, Segunda Parte, Pág. 30. 292905 SCJN. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo CXXX, Pág. 157.

PÁGINAS DE INTERNET

1. AGUILAR López, Miguel Ángel, Defensa legítima y cumplimiento del deber en la persecución de la delincuencia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 8 y 9. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/12.pdf>
2. Código de Hammurabi. Versión basada en la edición de Joaquín Sanmartín, Barcelona, 1999. <http://leyderecho.org/codigo-de-hammurabi/>
3. Diccionario de la Real Academia Española. <http://www.rae.es/>
4. DAZA Gómez, Carlos, “Evolución Doctrinal del Finalismo”, Acervo de la biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/209/dtr/dtr4.pdf>
5. GARZÓN Valdés, Ernesto, La Naturaleza de las Cosas en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN Versión Electrónica 2448-4873. [S.I.], Jan. 1970. ISSN 2448-4873.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/718/978>

ANEXOS



Incidencia Delictiva del Fuero Común 2015

SEPTIEMBRE
2016

CENTRO NACIONAL DE INFORMACIÓN

PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO
DENUNCIAS PRESENTADAS ANTE AGENCIAS DEL MINISTERIO PUBLICO
2015
DISTRITO FEDERAL

CONCEPTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DECIEMBRE	TOTAL
GRAN TOTAL	12,203	12,433	14,271	13,282	14,280	14,819	15,877	14,380	14,647	15,254	14,432	14,083	186,701
1 TOTAL DE ROBOS	6,104	6,138	6,794	6,417	6,577	6,646	6,893	6,373	6,421	6,674	6,320	6,294	77,435
CON VIOLENCIA	1,827	1,778	2,025	2,071	1,989	2,119	2,047	1,962	1,966	2,021	1,825	1,843	23,718
SIN VIOLENCIA	4,277	4,360	4,769	4,346	4,588	4,527	4,846	4,411	4,455	4,653	4,495	4,451	53,717
1.1 ROBO COMUN	6,088	6,125	6,771	6,417	6,577	6,646	6,893	6,373	6,411	6,673	6,315	6,291	77,410
1.1.1 CON VIOLENCIA	1,812	1,778	2,025	2,071	1,989	2,119	2,046	1,962	1,966	2,021	1,825	1,843	23,693
A CASA HABITACION	37	40	56	40	52	36	44	49	47	37	40	45	535
A NEGOCIO	314	286	286	281	267	282	260	274	302	214	270	264	3,468
DE VEHICULOS	344	294	325	292	302	331	364	350	354	318	336	277	3,914
A TRANSPORTISTAS	17	8	24	8	10	13	12	10	16	12	20	12	160
A TRANSLANTES	1,094	1,020	1,187	1,227	1,220	1,259	1,191	1,118	1,121	1,182	1,114	1,162	13,836
OTROS	118	143	158	154	138	164	123	182	173	154	131	142	1,784
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
1.1.2 SIN VIOLENCIA	4,182	4,349	4,745	4,346	4,587	4,527	4,849	4,411	4,489	4,632	4,397	4,348	50,724
A CASA HABITACION	321	328	407	360	361	453	462	420	424	503	467	420	6,323
A NEGOCIO	701	732	807	881	840	945	928	1,012	964	879	867	820	10,982
DE VEHICULOS	817	794	832	721	690	707	718	672	717	739	676	716	8,201
A TRANSPORTISTAS	1	1	1	1	1	1	2	1	1	0	0	0	13
A TRANSLANTES	261	320	371	282	215	280	241	280	269	278	267	291	3,363
OTROS	2,001	2,178	2,214	2,101	2,380	2,172	2,285	2,026	2,027	2,182	1,967	1,822	25,870
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
1.2 ROBO DE GANADO (ASIDEATO)	0												
1.3 ROBO EN INSTITUCIONES BANCARIAS	4	2	3	0	1	1	3	3	2	1	2	4	26
1.3.1 CON VIOLENCIA	4	2	3	0	1	1	3	3	2	1	2	4	21
A BANCOS	4	2	3	0	0	1	2	0	2	0	1	4	19
A CASA DE BOLSA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
A CASA DE CAMBIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
A EMPRESA DE TRASLADO DE VALORES	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	0	2
OTROS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
1.3.2 SIN VIOLENCIA	0	5											
A BANCOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
A CASA DE BOLSA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
A CASA DE CAMBIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
A EMPRESA DE TRASLADO DE VALORES	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
OTROS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
1.4 ROBO EN CARRETERAS	0												
1.4.1 CON VIOLENCIA	0												
A CAMIONES DE CARGA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
A AUTOMOVILES	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
A VEHICULOS PARTICULARES	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
OTROS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
1.4.2 SIN VIOLENCIA	0												
A CAMIONES DE CARGA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
A AUTOMOVILES	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
A VEHICULOS PARTICULARES	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
OTROS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2 TOTAL DE LESIONES	626	678	696	674	661	685	645	664	664	669	666	662	11,262
2.1 DOLOSAS	487	488	542	582	564	479	487	517	549	517	525	429	6,748
CON ARMA BLANCA	64	70	96	82	81	74	74	100	89	72	81	72	803
CON ARMA DE FUEGO	106	80	87	111	104	100	113	104	114	83	106	132	1,284
OTROS	322	320	346	362	329	320	310	320	346	329	330	222	3,960
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2.2 CULPOSAS	139	417	443	422	407	388	449	429	427	462	430	523	6,514
CON ARMA BLANCA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CON ARMA DE FUEGO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
OTROS	332	417	443	422	407	388	449	429	427	462	430	523	6,514
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
3 TOTAL DE HOMICIDIOS	106	150	134	145	167	132	141	141	123	131	130	134	1,841
3.1 DOLOSOS	56	82	86	81	84	73	73	78	74	82	75	72	954
POR ARMA DE FUEGO	42	31	36	30	42	34	39	41	36	37	40	39	465
POR ARMA BLANCA	4	13	4	16	15	15	14	13	18	14	14	15	156
OTROS	10	38	46	35	27	24	20	21	22	36	21	26	333
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
3.2 CULPOSOS	50	68	48	64	83	59	68	63	49	59	55	62	787
POR ARMA DE FUEGO	3	4	4	3	3	5	3	4	1	3	7	3	40
POR ARMA BLANCA	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
OTROS	44	63	43	56	80	54	63	59	48	56	50	59	744
SIN DATOS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
4 DELITOS PATRIMONIALES	1,933	1,823	2,291	2,202	2,238	2,473	2,873	2,262	2,496	2,669	2,394	2,277	27,801
4.1 ABUSO DE CONFIANZA	194	177	198	207	182	202	281	246	242	268	242	262	2,708
4.2 DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	621	646	790	761	802	813	821	772	878	854	871	877	9,810
4.3 EXTORSION	46	52	54	58	48	52	57	48	48	58	52	52	636
4.4 FRAUDE	854	859	1,012	820	878	1,097	1,083	967	967	1,067	912	807	11,891
4.5 DESPOJO	188	191	248	249	219	228	241	229	221	269	216	219	2,349
CON VIOLENCIA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
SIN VIOLENCIA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
SIN DATOS	188	191	248	249	219	228	241	229	221	269	216	219	2,349
5 PRIV. DE LA LIBERTAD (SECUESTRO)	3	4	3	2	5	2	8	3	5	9	4	6	63
6 DELITOS SEXUALES (VIOLACION)	36	36	57	47	77	51	58	72	61	74	53	50	711
7 OTROS DELITOS	3,758												



Incidencia Delictiva del Fuero Común 2016

**NOVIEMBRE
2016**

CENTRO NACIONAL DE INFORMACIÓN

PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO
 DENUNCIAS PRESENTADAS ANTE AGENCIAS DEL MINISTERIO PUBLICO

2018
 CASOS DE MEXICO

FORMATO CIBEP-2018

CONCEPTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	TOTAL
GRAN TOTAL	15,339	15,344	15,371	15,285	15,382	15,337	14,989	15,329	15,368	15,303			182,283
TOTAL DE DENUNCIAS	1,871	1,844	1,827	1,845	1,825	1,798	1,761	1,829	1,811	1,800			22,213
CON VOLUNTAD	1,871	1,795	1,848	1,805	1,781	1,713	1,743	1,829	1,811	1,789			21,213
CON VOLUNTAD	4,201	4,214	4,281	4,302	4,344	4,387	4,418	4,391	4,427	4,397			48,836
CON COMISARIOS	1,871	1,844	1,827	1,845	1,825	1,798	1,761	1,829	1,811	1,800			22,213
CON VOLUNTAD	1,871	1,728	1,845	1,805	1,781	1,713	1,743	1,829	1,811	1,787			21,203
A CAMBIO DE HABITACION	30	48	31	40	34	41	31	37	35	30			299
A BARRIO	271	242	242	242	237	188	101	134	180	200			1,594
DE VEHICULO	263	287	244	271	283	227	278	249	254	288			3,004
A TRANSPORTES	14	0	0	0	0	0	0	0	0	0			14
A TRANSPORTES	282	1,021	1,138	1,185	1,200	878	792	867	1,204	1,200			10,078
OTROS	329	114	114	114	114	81	83	83	83	119			1,038
RENTAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
CON VOLUNTAD	4,201	4,214	4,286	4,306	4,347	4,387	4,418	4,391	4,427	4,397			48,836
A CAMBIO DE HABITACION	421	408	477	483	484	488	503	484	503	500			4,729
A BARRIO	383	361	371	373	383	317	1,028	1,213	1,221	1,208			10,883
DE VEHICULO	371	408	428	452	472	388	488	511	518	542			4,832
A TRANSPORTES	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A TRANSPORTES	365	380	398	421	385	432	500	503	547	474			4,588
OTROS	1,021	1,041	1,142	1,188	1,183	1,208	1,091	1,091	1,218	1,208			10,111
RENTAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
CON DE DENUNCIANTES (EXTRANJEROS)	0			0									
CON DE DENUNCIANTES NACIONALES	1			11									
CON VOLUNTAD	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1			11
A BARRIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A CASA DE BARRIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A CASA DE CAMBIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A EMPRESA DE TRABAJO DE VALORES	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
OTROS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
RENTAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
CON VOLUNTAD	0			0									
A CAMBIO DE HABITACION	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A BARRIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A CASA DE BARRIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A CASA DE CAMBIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A EMPRESA DE TRABAJO DE VALORES	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
OTROS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
RENTAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
CON DE DENUNCIANTES	0			0									
CON VOLUNTAD	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A CAMBIO DE HABITACION	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A BARRIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A CASA DE BARRIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A CASA DE CAMBIO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
A EMPRESA DE TRABAJO DE VALORES	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
OTROS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
RENTAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
TOTAL DE DENUNCIAS	781	800	871	872	804	804	804	871	808	1,071			8,878
COLABORAR	282	288	327	341	304	304	327	311	320	362			4,170
CON AREA DE PUEBLO	84	78	122	87	84	101	133	123	113	172			1,042
OTROS	198	210	205	254	220	203	208	208	207	209			3,128
RENTAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
COLABORAR	481	512	544	531	499	499	477	458	488	499			4,706
CON AREA DE PUEBLO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
OTROS	481	512	544	531	499	499	477	458	488	499			4,706
RENTAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
TOTAL DE DENUNCIAS	114	118	130	120	127	127	127	134	118	138			1,204
COLABORAR	84	84	78	78	81	77	77	88	84	88			770
CON AREA DE PUEBLO	17	15	30	17	17	17	18	18	18	19			148
OTROS	67	69	48	61	64	60	59	70	66	69			622
RENTAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
COLABORAR	30	33	52	43	46	50	49	46	30	50			334
CON AREA DE PUEBLO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
OTROS	30	33	52	43	46	50	49	46	30	50			334
RENTAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
DELEITOS PATRIMONIALES	2,041	2,000	2,048	1,987	2,081	2,004	1,988	2,032	2,018	2,008			24,280
ABUSO DE CONFIANZA	209	210	242	205	205	209	210	210	209	241			2,094
CONTRATO PROMISORIO FURTO	789	804	789	821	804	781	819	819	808	814			9,020
ROBATORIO	47	45	52	58	47	51	58	49	48	51			501
ESTAFAS	382	382	1,000	987	1,004	1,002	988	974	1,018	978			11,701
ROBOS	264	212	248	267	264	268	261	261	267	267			2,834
CON VOLUNTAD	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
CON VOLUNTAD	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			0
RENTAS	264	212	248	267	264	268	261	261	267	267			2,834
PREL DE LA LIBERTAD (INCLUTRO)	4	0			0								
DELEITOS SEXUALES (VIOLENCIA)	30	30	29	40	34	36	37	38	30	34			389
OTROS DELITOS	1,871	1,844	1,827	1,845	1,825	1,798	1,761	1,829	1,811	1,800			22,213
RENTAS DELEITOS OTROS	1,871	1,844	1,827	1,845	1,825	1,798	1,761	1,829	1,811	1,800			22,213
ABUSO DE CONFIANZA	209	210	242	205	205	209	210	210	209	241			2,094
ROBOS	264	212	248	267	264	268	261	261	267	267			2,834
OTROS DELITOS	1,871	1,844	1,827	1,845	1,825	1,798	1,761	1,829	1,811	1,800			22,213
RENTAS DELEITOS OTROS	1,871	1,844	1,827	1,845	1,825	1,798	1,761	1,829	1,811	1,800			22,213



P/DUT/3994/2015

Folio: 6000000140516

**C. JANET MIRIAM LUCA TEJEDA
P R E S E N T E.**

Con relación a su solicitud de información, recibida en esta Dirección con el número de folio arriba citado, mediante la cual requiere lo siguiente: ***"Requiero estadísticas sobre la recurrencia durante 2015 y 2016 del delito tipificado en el artículo 231 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal ("Al que se haga servir una cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado y comprobado").***

Cuántas denuncias se presentan ante el Ministerio Público?

Información de Ministerios Públicos o incluso de otras autoridades no penales como la Junta Local de Conciliación y Arbitraje. Casos en los que no se pagan los servicios por parte de los consumidores.", se hace de su conocimiento el pronunciamiento emitido por la Dirección de Estadística, unidad concentradora de la información de la que se generan los datos estadísticos oficiales que proporciona este H. Tribunal, tras una búsqueda minuciosa y exhaustiva de la misma:

"En términos de los artículos 7, párrafo tercero; y 219 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, y en el marco de la competencia de esta Dirección de Estadística, a fin de dar una respuesta, se envía en el archivo electrónico anexo, la Base de Datos de las Personas Consignadas de Enero del año 2015 al mes de Julio del año 2016."

Al respecto, en las relaciones cuantitativas que se envían, mismas que se ofrecen en filas y columnas, se indican mediante notas a pie, diversas observaciones referentes a los datos ofrecidos, para que usted las tenga presente. Cabe agregar que la información ofrecida es la única que recaba la Dirección de Estadística, respecto a los temas de su interés.

Ahora bien, con base en el pronunciamiento emitido por la Dirección de Estadística, se transcribe a continuación el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, que a la letra indica:

"Quiénes soliciten información pública tienen derecho, a su elección, a que ésta les sea proporcionada de manera verbal, por escrito o en el estado en que se encuentre y a obtener por cualquier medio la reproducción de los documentos en que se contenga, sólo cuando se encuentre digitalizada. En caso de no estar disponible en el medio solicitado, la información se proporcionará en el estado en que se encuentre en los archivos de los sujetos obligados y cuando no implique una carga excesiva o cuando sea información estadística se procederá a su entrega."

Asimismo, se transcribe el contenido del artículo 219 de la mencionada Ley de Transparencia, que indica lo siguiente:

"Los sujetos obligados entregarán documentos que se encuentren en sus archivos. La obligación de proporcionar información no comprende el procesamiento de la misma, ni el presentarla conforme al interés particular del solicitante. Sin perjuicio de lo anterior, los sujetos obligados procurarán sistematizar la información."



En efecto, es oportuno precisar a usted que en los registros oficiales de este H. Tribunal, no se contemplan otros rubros en los que se consignen para efectos estadísticos datos relativos al tema de su interés "Requiero estadísticas sobre la recurrencia durante 2015 y 2016 del delito tipificado en el artículo 231 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal ("Al que se haga servir una cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado y comprobado")", más que los proporcionados en su pronunciamiento por la Dirección de Estadística.

En este sentido, la información relacionada con el tema de su interés se entrega procesada conforme a los parámetros utilizados por la Dirección de Estadística, que como ya se hizo referencia, es la unidad concentradora de la información de la que se generan los datos estadísticos que proporciona este H. Tribunal.

Por consiguiente, para obtener la información que desea, TAL CUAL, tendrían que revisarse físicamente la totalidad de las causas ingresadas en el conjunto de los juzgados penales y penales de delitos no graves que integran este H. Tribunal durante el periodo indicado (del año 2007 en adelante), para identificar aquellos en los que se hubiera presentado el supuesto que a usted le interesa. Acto seguido, recabados los mencionados datos, elaborar con éstos las relaciones cuantitativas correspondientes.

Estas acciones en su conjunto implicarían realizar un procesamiento de datos elaborado *ex profeso*, es decir, la sistematización de una diversidad de datos dispersos, para ofrecerlos con un orden concreto a un petionario específico. Procesamiento que este H. Tribunal se encuentra impedido para realizar, de acuerdo con los artículos 7 y 219 de la Ley de Transparencia, citados en párrafos precedentes.

Resulta oportuno destacar que la Dirección de Estadística de la Presidencia, área competente encargada de consolidar la información numérica en el Poder Judicial de la Ciudad de México, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que el Estado contará con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica cuyos datos serán considerados oficiales. Para la Federación, Estados, Distrito Federal y municipios, los datos contenidos en el Sistema serán de uso obligatorio en los términos que establezca la ley.

Por su parte, el artículo 122, Apartado C, Base Cuarta, fracciones II y III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo 83 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, establecen las bases para la organización y funcionamiento del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, quien tiene encomendada la administración, vigilancia y disciplina del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, encontrándose facultado para expedir acuerdos generales que permitan el adecuado ejercicio de sus funciones.

Asimismo, los artículos 36, fracciones IX y XI y 201, fracciones I, XXI y XXIV de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como el artículo 10, fracciones XIII y XIX del Reglamento Interior del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México (antes del Distrito Federal), facultan al Consejo de la Judicatura para emitir normas tendientes a regular la materia estadística del Tribunal Superior de Justicia y del propio Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México.



Atendiendo a sus facultades, el 27 de noviembre del año 2008, mediante Acuerdo 20-79/2008, el Pleno del Consejo de la Judicatura del entonces Distrito Federal, autorizó la creación de la Subdirección de Estadística de la Presidencia del Consejo de la Judicatura del entonces Distrito Federal y por Acuerdo 12-04/2009, se nombra a la Subdirectora de Estadística de la Presidencia del Consejo de la Judicatura, ahora Dirección de Estadística de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia.

Dicho dictamen se fundamentó en la necesidad ineludible de impulsar la construcción del Sistema de Información y Modernización de Procesos del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura ambos del entonces Distrito Federal, autorizado también mediante Acuerdo 20-03/2009 de fecha 14 de enero del 2009 y a la luz del Programa Estratégico de Modernización del Tribunal que se deriva del Plan Institucional 2008-2011 y 2012-2015

En ese sentido, la hoy Dirección de Estadística de la Presidencia, dentro de su dictamen se conformó con el objetivo de:

Coordinar los trabajos para que la integración de la información estadística del Tribunal Superior de Justicia, cumpla con los parámetros de calidad, oportunidad y comparabilidad necesarias, a través de la aplicación de las mejoras prácticas en la materia y el uso de las tecnologías de la información, de manera que se atiendan las necesidades de información para una mejor evaluación, planeación y toma de decisiones en materia de impartición de Justicia.

Asimismo, se fijó como misión:

Garantizar que el Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura ambos del entonces Distrito Federal, cuenten con información estadística de calidad, relevante para la planeación, presupuestación y toma de decisiones del Poder Judicial del Distrito Federal, ahora de la Ciudad de México, por parte de diversos funcionarios(as) e incluso por la propia ciudadanía.

Y como visión:

Contar con un Sistema Integral de Información en línea para que diversos usuarios(as) puedan realizar análisis con los resultados que se presentan en todos los sectores, ya sea el académico, el institucional ó el empresarial.

Asimismo, dicha Dirección de Estadística tiene como funciones primordiales entre otras:

- ✓ Promover la aplicación del avance de la tecnología en la captura, procesamiento y publicación de la estadística.
- ✓ Trabajar en la identificación de las necesidades de información estadística y de los indicadores del Tribunal.
- ✓ Poner a disposición del Consejo de la Judicatura y de la sociedad de manera completa y oportuna la información estadística del Tribunal, así como los indicadores de gestión del mismo que se aprueben para su difusión.

Por tanto, de conformidad con el Acuerdo 39-32/2010, el Pleno del Consejo de la Judicatura del entonces Distrito Federal autorizó, las Políticas y Lineamientos a los que se sujetará la información estadística del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura.



Asimismo, de conformidad con el artículo 1, de las Políticas y Lineamientos en cita, se establece que dicho acuerdo tiene por objeto:

Proporcionar criterios uniformes y elementos que permitan a todas las áreas productoras e integradoras de la información, coadyuvar con la Dirección de Estadística de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia, para presentar de manera confiable y oportuna, la información estadística que se genere, con la intención de mantener actualizado el Sistema Integral de Información del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura.

Bajo ese contexto, la Políticas y Lineamientos en comento, en su artículo 3, establece los principios básicos para la generación de información estadística, a saber:

"Artículo 3.- Los principios básicos para la generación de información estadística son los siguientes:

a. Accesibilidad: Situar la información al alcance de los interesados, sin excepción, mediante mecanismos eficaces y modernos.

b. Imparcialidad: Esto implica, que las estadísticas estén disponibles sin distinción, para todos los usuarios.

c. Oportunidad: Dar a conocer la información estadística a los usuarios en el plazo más breve posible (el mínimo posible entre el periodo referencia de recolección y el de difusión), con el fin de evitar que pierda importancia por la dinámica de ciertos fenómenos.

d. Economía: Establecer mecanismos de difusión que permitan lograr una mayor cobertura de usuarios y que signifique bajos costos tanto para los productores como para los demandantes.

e. Secreto estadístico: Proteger los datos relacionados con las unidades estadísticas individuales que se obtengan directamente con fines estadísticos o indirectamente a partir de fuentes administrativas u otras, contra toda infracción del derecho a la intimidad. Esto implica la prevención de la utilización de datos para fines no estadísticos y de su divulgación ilícita.

f. Transparencia: Los resultados estadísticos estarán acompañados de la documentación metodológica de los procesos utilizados en la elaboración de la información estadística, así como las indicaciones de los alcances y limitaciones de la información (metadatos).

g. Automatización: La puesta en marcha y utilización de nuevas tecnologías será fundamental en cada uno de los proyectos de difusión, dado que es una forma de asegurar una accesibilidad más amplia y rápida de la estadística a un costo más bajo.

h. Cultura estadística: La existencia de diferentes tipos de usuarios(as) exige que se diseñen diversos mecanismos para que mejore la capacidad de uso e interpretación de la información estadística, por parte del público interesado e instituciones." (sic)

De lo anteriormente expuesto tenemos que las Áreas Administrativas, de Apoyo Judicial, los Órganos Jurisdiccionales, la propia Dirección de Estadística y en general el Tribunal Superior de Justicia, así como el Consejo de la Judicatura, **al generar información deben atender a estos principios básicos**, que son llevados a la práctica de manera puntual, situación notablemente visible en la página web oficial de la Dirección de Estadística de la Presidencia de este Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, <http://estadística.tsjdf.gob.mx/portal/>, accesible a todo público en general de manera eficaz, moderna, actualizada y oportuna, sin tener ningún costo; en ese sentido cualquier persona puede descargar toda la información estadística que se genera, ya sea de manera electrónica o impresa, según la preferencia de cada individuo, protegiendo en todo momento el derecho a la intimidad, pero permitiendo la transparencia de la información estadística, de conformidad con las normativas ya precisadas.



Ahora bien, por su parte el artículo 4, del ordenamiento en cita, dispone que se entenderá por Estadística del Tribunal y Consejo, al disponer que es la aplicación de técnicas matemático-estadística para la descripción o la inferencia, sobre los datos que generan los órganos jurisdiccionales, las áreas de apoyo judicial y administrativas, tanto del Tribunal como del Consejo.

Asimismo, los artículos 12 y 13, permiten a la DIRECCIÓN DE ESTADÍSTICA de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia, DEFINIR Y ESTABLECER EN COORDINACIÓN con las áreas de apoyo judicial, administrativas y ORGANOS JURISDICCIONALES, el FORMATO UNICO DE REPORTE ESTADISTICO, a TRAVES DEL CUAL ENVIARAN SU INFORMACION a la misma Dirección de Estadística, a través de los medios que se definan para ello, con la cual se PROCURARA ATENDER TODOS LOS REQUERIMIENTOS DE CARACTER ESTADISTICO.

Bajo ese contexto, la Dirección de Estadística de la Presidencia, ha desarrollado y tiene a disposición de funcionarios del propio Tribunal y público en general un "Portal Estadístico" en el cual se pública información de tipo estadístico para los intereses que convengan a sus consumidores. De igual forma el Portal alberga un Sistema de Información para Áreas Administrativas, de Apoyo Judicial y Órganos Jurisdiccionales que tienen como finalidad la recopilación de información estadística que se desprende del accionar diario y continuo de cada uno de ellos, para su integración y generación de informes y reportes.

Así entonces, en base a estos elementos expuestos, se brindó una respuesta puntual y categórica revestida de plena autenticidad, validez y certeza respecto de lo requerido a este H. Tribunal, por el área facultada para tales efectos, tras una búsqueda minuciosa y exhaustiva de la información.

Una vez más, se puntualiza que la información estadística que es proporcionada por este H. Tribunal, es la que se procesa de acuerdo con parámetros establecidos previamente y que se sustentan en ordenamientos legales como la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, así como en las *Políticas y Lineamientos a los que se sujetará la Información Estadística del Tribunal*, a través de los cuales se diseñan e implementan las estadísticas oficiales que generará el mencionado Tribunal, de acuerdo a las necesidades propias del referido ente además de las de la sociedad en general.

Por consiguiente, ESTE H. TRIBUNAL NO GENERA DATOS ESTADÍSTICOS MEDIANTE OTROS PROCESAMIENTOS QUE NO SEAN LOS QUE PARA EL EFECTO REALIZA LA DIRECCIÓN ESTADÍSTICA.

En este sentido, cabe reiterar que la única área interna concentradora de este H. Tribunal encargada de generar estadísticas oficiales relacionadas con actividades propias de dicho Tribunal, es la Dirección de Estadística, por lo que ninguna otra puede procesar u ofrecer datos estadísticos de un tema o temas concretos requeridos a través de una solicitud de información.

Cabe agregar que usted puede consultar todas las estadísticas disponibles que genera este H. Tribunal, mismas que se encuentran basadas en los criterios que para el efecto ha establecido el Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, de acuerdo con la normatividad indicada en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal.



Para realizar entonces la consulta señalada, debe abrir el Portal Web del Poder Judicial de Distrito Federal, cuya dirección es <http://www.poderjudicialdf.gob.mx/>. Una vez abierta esta página, elegir liga de "transparencia", desplegada ésta escoger "Portal de Transparencia del Tribunal Superior de Justicia", posteriormente seleccionar "obligaciones de transparencia"; después específicamente optar por "[Artículo 17, fracción I, inciso f\) Estadística Judicial](#)".

Siguiendo esta ruta de acceso, usted tendrá la posibilidad de conocer la información estadística relacionada con las actividades jurisdiccionales de este H. Tribunal.

Asimismo, usted cuenta con el micrositio de la Dirección de Estadística de este H. Tribunal, en el cual también se publica en formato digital información estadística derivada de actividades diversas de este H. Tribunal, a través de documentos como los anuarios estadísticos y los informes anuales del Magistrado Presidente, entre otros. Para consultar dicha información, usted debe abrir el Portal Web del Poder Judicial de Distrito Federal, cuya dirección electrónica es <http://www.poderjudicialdf.gob.mx/>. Una vez abierta esta página, elegir el link de "ESTADÍSTICA JUDICIAL", ubicada en la parte central inferior de la página inicial. Esta enlazará al "MICROSITIO DE LA DIRECCIÓN DE ESTADÍSTICA DE LA PRESIDENCIA".

Siguiendo esta ruta de acceso, usted también contará con la información estadística que genera este H. Tribunal, en su compromiso de formar parte de una ciudad abierta.

Por último, a fin de cumplir cabalmente con el principio de máxima publicidad, se hace de su conocimiento que los Juzgados Penales llevan un registro denominado *Libro de Gobierno*, el cual conforme lo precisa el Manual de Procedimientos de Juzgados de Primera Instancia y de Paz, en Materia Penal, señala lo siguiente:

"Para llevar un control de los asuntos nuevos que ingresan a cada Juzgado Penal, el Tribunal ha establecido un libro que tiene por objeto registrar los principales datos de los escritos iniciales que le son turnados"

Este libro, denominado "de Gobierno", será requisitado por el servidor público que tenga a su cargo la Oficialía de Partes del juzgado cada vez que ingrese un asunto nuevo para su conocimiento y trámite, antes de ser acordada su radicación, y la información ahí plasmada quedará a disposición del juzgado para apoyar la elaboración de los informes de avances estadísticos que periódicamente deben rendirse al Tribunal.

De lo anteriormente se desprende que en dicho registro se realizan diversas anotaciones, mismas que sirven para apoyar la elaboración de informes estadísticos los cuales como lo cita el manual de referencia son rendidos periódicamente al Tribunal, registro que constituye un documento público de acceso general a todo el que lo solicite.

Por lo que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 127, párrafo primero, de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, que señala:

"Artículo 127. De manera excepcional, cuando, de forma fundada y motivada, así lo determine el sujeto obligado, en aquellos casos en que la información solicitada que ya se encuentre en su posesión implique análisis, estudio o procesamiento de Documentos cuya entrega o reproducción sobrepase las



capacidades técnicas del sujeto obligado para cumplir con la solicitud, en los plazos establecidos para dichos efectos, se podrán poner a disposición del solicitante los Documentos en consulta directa, salvo la información clasificada."

Se informa que usted puede acudir al local de cada juzgado penal a la consulta directa de los libros de gobierno, para revisar la información ahí contenida. Esta revisión la podrá realizar en días hábiles en horarios de lunes a jueves de 9:00 a 15:00 horas y viernes de 9:00 a 14:00 horas en los domicilios siguientes, en los que se encuentran distribuidos los 69 juzgados penales de primera instancia:

Reclusorio Preventivo Varonil Norte

Jaime Nuño 155, Col. Guadalupe Chalma, Cuauhtepc Barrio Bajo, Del. Gustavo A. Madero, C.P. 07210. Tel. 5306 4540 / 5306 2540.

Reclusorio Preventivo Varonil Oriente

Reforma Oriente No. 100, Col. San Lorenzo Tezonco, Del. Iztapalapa, CP 09900. Tel. 5426 3288.

Reclusorio Preventivo Varonil Sur

Circuito Javier Piña y Palacios y Circuito Martínez Castro s/n, Col. San Mateo Xalpa, Del. Xochimilco. Tel. 2156 1073.

Penitenciaría del Distrito Federal (Santa Martha)

Calzada Ermita Iztapalapa s/n, Col. Santa Martha Acatitla, Del. Iztapalapa. CP 09510. Tel. 5429 0085.

También usted tiene la posibilidad de acudir al local de cada Juzgado Penal de Delitos no Graves para la consulta directa de los libros de gobierno en los horarios antes señalados. Cabe señalar que los 8 Juzgados Penales de Delitos no Graves se encuentran distribuidos en el edificio ubicado en Isabel la Católica Número 165, pisos del 2° al 3°; Col. Obrera, Delegación Cuauhtémoc, Ciudad de México.

Ahora bien, referente al segmento de su petición que diga: "**Cuántas denuncias se presentan ante el Ministerio Público**" respecto al delito de su interés, se hace de su conocimiento que este H. Tribunal carece de competencia para proporcionar la información requerida, por lo que se sugiere presentar su petición ante la Unidad de Transparencia de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México, dependencia a la cual se encuentra adscrito el ministerio público, quien entre otras funciones, se encarga de recibir la denuncia de un delito, integrar la averiguación previa y solicitar la orden de aprehensión correspondiente. Al respecto, los datos de identificación de la mencionada oficina son los siguientes:

Unidad de Transparencia de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México

Responsable: Mtro. Enrique Salinas Romero.

Domicilio: Dr. Gabriel Hernández Núm. 56, 5° Piso, Esquina Dr. Río de la Loza, Colonia Doctores, Código Postal 06720, Delegación Cuauhtémoc.

Números telefónicos: 5345 5200 Ext. 11003, y 5345 5208.

Correo electrónico: oipt@pgjdf.gob.mx y oipt.pgjdf@hotmail.com

En lo que concierne a "**...otras autoridades no penales como la Junta Local de Conciliación y Arbitraje.**", se hace de su conocimiento que este H. Tribunal carece de competencia para proporcionar la información requerida, por lo que se sugiere presentar su petición ante la Unidad de Transparencia de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje. Al respecto, los datos de identificación de la mencionada oficina son los siguientes:



Transparencia
Oficina de Información Pública
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DF

"Independencia judicial, valor institucional y respeto a la autonomía"

Unidad de Transparencia de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje

Responsable: Lic. María Norma Santana Suzán.

Domicilio: Dr. Río de la Loza, Núm. 68, 2º Piso, Esquina Dr. Río de la Loza, Colonia Doctores, Código Postal 06720, Delegación Cuauhtémoc.

Números telefónicos: 51341781, extensión 1781 y 51341600, extensión 1668.

Correo electrónico: oip@jca.df.gob.mx y oip.jca@yahoo.com.

Atento a lo dispuesto por el artículo 201 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, con relación al artículo cuadragésimo cuarto de los Lineamientos para la Implementación y Operación de la Plataforma Nacional de Transparencia, se comunica a usted que en caso de inconformidad con la respuesta otorgada, puede presentar un Recurso de Revisión ante el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, en apego a los artículos 233, 234, 235, 236 y demás correlativos de la ley referida. El Recurso de Revisión es un medio de defensa que tienen los particulares en contra de las respuestas o la falta de ellas, derivadas de la gestión de las solicitudes de acceso a la información pública.

El Recurso de Revisión deberá presentarse por medios electrónicos, por escrito libre o a través de los formatos establecidos por el Instituto para tal efecto o mediante el Sistema de Solicitudes de Acceso a la Información (SISA), o por conducto del correo electrónico recursoderevision@infodf.org.mx, dentro de los 15 días hábiles posteriores contados a partir de la notificación de la respuesta a su solicitud de información; o el vencimiento del plazo para la entrega de la respuesta de la solicitud de información, cuando dicha respuesta no hubiera sido entregada, conforme al artículo 236 de la ley citada.

Lo que se hace de su conocimiento, con fundamento en el artículo 5, fracción XLII, de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México,

Reciba un saludo cordial.

A T E N T A M E N T E
CIUDAD DE MÉXICO, 19 DE SEPTIEMBRE DE 2016.
DICTAMINADOR DE TRANSPARENCIA

MTRO. ALEJANDRO GARCIA CARRILLO

C.c.p. Mtra. Martha Beatriz Vargas Rojas.- Directora de Estadística de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.-
Para su conocimiento.- Presenta.
Expediente/mqf

Ciudad de México, a 25 de octubre de 2016.
Oficio No. DGPEC/OIP/713516-10.

C. JANET MIRIAM LUCA TEJEDA

PRESENTE.

Por instrucciones del M. en C. Enrique Salinas Romero, Director General de Política y Estadística Criminal y Titular de la Unidad de Transparencia de esta institución y en respuesta a su petición recibida en esta Unidad de Transparencia con el folio **0113000290016** de fecha 11 de septiembre del 2016, en la cual solicitó lo siguiente:

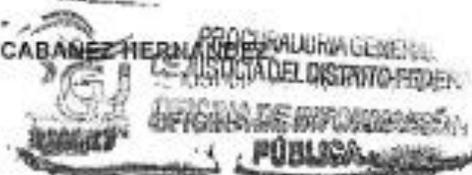
"Necesito información sobre el número de denuncias presentadas ante el Ministerio Público por el delito de fraude a estas instituciones comerciales (tipificado en el artículo 231 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal) durante 2015 y 2016." S.c.

Al respecto me permito manifestar a usted que una vez realizada la solicitud de información que usted requiere el área correspondiente, ésta emite contestación con: **Oficio No. DGPEC/DPPC/303 /16-10**, de fecha 21 de octubre de 2016, suscrito por Lic. Luis Morelos Yañez Director de Política y Prospectiva Criminal (tres fojas simples) Lo anterior con fundamento en el artículo 93, fracción VII de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México.

Se hace de su conocimiento que si no está satisfecho con la respuesta que se le otorga, podrá inconformarse por medio de un Recurso de Revisión ante el Instituto de Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, o ante esta Unidad de Transparencia, lo anterior de conformidad con lo previsto en los artículos 233, 234 y 236, de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, para el cual dispondrá de un término de 15 días hábiles.

ATENTAMENTE
SUBDIRECTORA DE CONTROL
DE PROCEDIMIENTOS Y RESPONSABLE
OPERATIVO DE LA UNIDAD DE TRANSPARENCIA

LIC. CAROLINA ESTERANÍA CABANÉZ HERNÁNDEZ



PGJ



3320
CDMX
CIUDAD DE MEXICO

Ciudad de México, a 21 de octubre de 2016

Oficio No. DGPEC/DPPC/ 303 /16-10

LIC. CAROLINA ESTEFANÍA CABAÑEZ HERNÁNDEZ
SUBDIRECTORA DE CONTROL DE PROCEDIMIENTOS Y
RESPONSABLE OPERATIVO DE LA OFICINA DE
INFORMACIÓN PÚBLICA
P R E S E N T E

En atención a su similar DGPEC/OIP/7306/16-10, de información a través del número de folio 0113000290016, solicitado por la C. JANET MIRIAM LUCA TEJEDA, mediante el cual solicita lo siguiente:

"Necesito información sobre el número de denuncias presentadas ante el Ministerio Público por el delito de fraude a establecimientos comerciales (tipificado en el artículo 231 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal) durante 2015 y 2016." Sic.

Me permito informar que la Dirección General de Política y Estadística Criminal, de conformidad a las atribuciones legales que le otorga el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, tiene que realizar, entre otras, las siguientes acciones:

"Artículo 43.- Al frente de la Dirección General de Política y Estadística Criminal habrá un Director General, quien ejercerá por sí o a través de los servidores públicos que le estén adscritos, las atribuciones siguientes:

VI. Recabar y sistematizar la información generada en materia de incidencia delictiva, para ser utilizada en las acciones de coordinación y la toma de decisiones para el combate a la delincuencia y la disminución del índice delictivo;..."

Ahora bien, por incidencia delictiva se debe entender el número de delitos que se cometen en la Ciudad de México y que se tienen registrados en esta Procuraduría, a través de una averiguación previa.

Ahora bien, el Artículo 7 en el tercer párrafo y el Artículo 219 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas en la Ciudad de México, señalan:

Artículo 7

...

Quiénes soliciten información pública tienen derecho, a su elección, a que ésta les sea proporcionada de manera verbal, por escrito o en el estado en que se encuentre y a obtener por cualquier medio la reproducción de los documentos en que se contenga, sólo cuando se encuentre digitalizada. En caso de no estar disponible en el medio solicitado, la información se proporcionará en el estado en que se encuentre en los archivos de los sujetos obligados y cuando no implique una carga excesiva o cuando sea información estadística se procederá a su entrega.

PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL
OFICINA DE INFORMACIÓN PÚBLICA
24.10.16 19.30



Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
Escuela Especial de Policía y Estudios Científicos
Carretera México-Toluca y Progreso 3430000

Sección de Información Pública
Calle 20 de Julio
C.P. 06700, México, D.F.



Artículo 219. Los sujetos obligados entregarán documentos que se encuentren en sus archivos. La obligación de proporcionar información no comprende el procesamiento de la misma, ni el presentarla conforme al interés particular del solicitante. Sin perjuicio de lo anterior, los sujetos obligados procurarán sistematizar la información.

En lo que respecta a su petición de informarle lo siguiente:

- **El número de denuncias presentadas ante el Ministerio Público por el delito de fraude a establecimientos comerciales (tipificado en el artículo 231 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal) durante el 2015 y 2016.**

Me permito informar que la información solicitada por el ciudadano no se tiene a ese nivel de desagregación, solo se cuenta con el delito de Fraude de forma general.

De todo lo anterior, cabe señalar que la información que solicita la C. JANET MIRIAM LUCA TEJEDA, no se cuenta en los bancos de datos de esta Dirección a mi cargo con la desagregación y las características que requiere el solicitante, respecto al delito de fraude a establecimientos comerciales (tipificado en el artículo 231 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal), ya que no se cuenta con las variables para poder dar cumplimiento a lo solicitado, motivo por el cual no es posible proporcionarla del modo en que la solicita.

A mayor abundamiento se cita la siguiente tesis jurisprudencial, que es aplicable al caso concreto.

Novena Época, Registro: 167607, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXIX, Marzo de 2009, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.Bo.A.136 A, Página: 2887

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS ARTÍCULOS 1, 2 Y 6 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO DEBEN INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE PERMITIR AL GOBERNADO QUE A SU ARBITRIO SOLICITE COPIA DE DOCUMENTOS QUE NO OBRAN EN LOS EXPEDIENTES DE LOS SUJETOS OBLIGADOS, O SEAN DISTINTOS A LOS DE SU PETICIÓN INICIAL.

Si bien es cierto que los artículos 1 y 2 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establecen, respectivamente, que dicho ordenamiento tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal y cualquier otra entidad federal, así como que toda la información gubernamental a que se refiere dicha ley es pública y los particulares tendrán acceso a ella en los términos que en ésta se señalen y que, por otra parte, el precepto 6 de la propia legislación prevé el principio de máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados; **también lo es que ello no implica que tales numerales deban interpretarse en el sentido de permitir al gobernado que a su arbitrio solicite copia de documentos que no obran en los expedientes de los sujetos obligados, o sean distintos a los de su petición inicial**, pues ello contravendría el artículo 42 de la citada ley, que señala que las dependencias y entidades sólo estarán obligadas a entregar los documentos que se



encuentren en sus archivos -los solicitados- y que la obligación de acceso a la información se dará por cumplida cuando se pongan a disposición del solicitante para consulta en el sitio donde se encuentren.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 333/2007. Manuel Trejo Sánchez. 26 de octubre de 2007. Mayoría de votos.

Disidente: Adriana Leticia Campuzano Gallegos. Ponente: Ma. Gabriela Rolón Montaño.
Secretaría: Norma Paola Cerón Fernández.

Por todo lo anterior, se debe concluir que de conformidad, con las atribuciones que tiene esta Dirección de Política y Prospectiva Criminal; lo establecido en el artículo 7 de la Ley de la materia citado y la tesis jurisprudencial referida, queda claro que esta Procuraduría

Solo tiene obligación de entregar información que tenga en sus archivos o bases de datos y que esta se encuentre digitalizada. Esto implica que no existe obligación de procesar información para cubrir las características con las que se solicita la información por el particular.

Sin otro particular, le envío un cordial saludo.

Atentamente



Luis Morelos Yáñez
Director de Política y Prospectiva Criminal