UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
POSGRADO EN DERECHO

Análisis del autor mediato en el delito de fraude en la Ciudad de México

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:
ANDRÉS MAXIMINO PÉREZ HICKS

Tutor:
M. en D. José Gregorio Vázquez Pérez.
Facultad de Estudios Superiores Aragón

Ciudad de México, noviembre de 2017.

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN…….…….....…….…... I

CAPÍTULO 1. "ANTECEDENTES"

1.1. El delito de fraude…….....…… 1
1.1.1. En la legislación internacional, hasta el siglo XIX.....….... 1
1.1.2. En la legislación nacional.……....…….....…… 8
1.1.2.1. En el Código Penal de 1871.……...…….....…… 8
1.1.2.2. En el Código Penal de 1929…….....…… 9
1.1.2.3. En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931.....…… 10
1.1.2.4. En el Código Penal para el Distrito Federal de 2002..…. 15
1.2. Autor mediato…….....…….....…… 19
1.2.1. En la legislación nacional.……..…….....…… 19
1.2.1.1. En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931..... 19
1.2.1.2. En el Código Penal para el Distrito Federal de 2002..... 23

CAPÍTULO 2. "EL DELITO DE FRAUDE EN LA CIUDAD DE MÉXICO"

2.1. Fraude…….....….…….. 25
2.2. Elementos Objetivos (conducta, sujeto activo, sujeto pasivo, calidad específica del sujeto activo o pasivo, bien jurídico tutelado, objeto material, nexo causal y resultado)……....…….....…….. 34
2.3. Elementos Subjetivos (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos)..... 61
2.4. Elementos Normativos (de valoración jurídica y cultural).....… 78
2.5. Antijuridicidad…….....…….....…….... 81
2.6. Culpabilidad…….....….....…….…….. 87
2.7. Punibilidad……...…….....…….....……..... 89

CAPÍTULO 3. "FORMAS AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, EL AUTOR MEDIATO"

3.1. Autoría y Participación…….....…….... 103
3.2. Autor material (lo realicen por sí)……..…….....…… 122
3.3. Coautor (lo realicen conjuntamente con otro u otros autores).....…… 125
3.4. Autoría mediata (lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento)..... 131
3.5. Instigador (determinen dolosamente al autor a cometerlo)..... 157
3.6. Auxiliador (dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su

comisión)..... 168
3.7. Cómplice (con posterioridad a su ejecución auxilien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito)..... 168

CAPÍTULO 4. "EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL, EN LOS CASOS DEL DELITO DE FRAUDE COMETIDO POR AUTORÍA MEDIATA"

4.1. El Ministerio Público..... 178
4.2. El denunciante o querellante..... 180
4.3. El procedimiento penal..... 184
4.3.1. El objeto del procedimiento penal..... 185
4.3.2. La etapa de investigación..... 186
4.3.2.1. El objeto de la investigación..... 189
4.3.2.2. Formas de inicio de la investigación..... 191
4.3.2.3. Audiencia de control de la detención..... 196
4.3.2.4. La formulación de la imputación..... 200
4.3.2.5. Hecho que la ley señala como delito..... 201
4.3.2.6. La vinculación a proceso..... 203
4.3.2.7. Plazo para el cierre de la investigación..... 205
4.3.2.8. El sobreseimiento..... 210
4.3.2.9. La suspensión del proceso..... 217
4.3.2.10. Criterios de oportunidad..... 222
4.3.3. La etapa intermedia..... 224
4.3.3.1. La acusación..... 233
4.3.3.2. La prueba..... 257
4.3.3.3. La prueba ilícita..... 262
4.3.3.4. Teoría de la supresión hipotética..... 267
4.3.3.5. Los Acuerdos Probatorios..... 270
4.3.3.6. La admisión y exclusión de medios de prueba..... 275
4.3.4. La argumentación en el procedimiento penal..... 276
4.4. La teoría de la imputación objetiva..... 282
4.4.1. Críticas a la teoría de la imputación objetiva, doctrina kantiana de la imputación, y doctrina funcionalista de la imputación..... 286
4.5. El concepto funcionalista de imputación..... 298

CONJETURAS..... 304

FUENTES DE INFORMACIÓN..... 319

INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo, lo que se pretende es realizar un análisis sustancial, de la autoría mediata en el delito de fraude genérico, esto a la luz de la legislación vigente en la ahora, Ciudad de México, para acreditar que se ha cometido un hecho y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, tendiente a la obtención del auto de vinculación a proceso, y la formulación de la acusación por el Ministerio Público; por ello, se estudiaran dos grandes temas que se relacionarán y vincularán dentro del desarrollo de la investigación, siendo éstos, la forma de autoría denominada en la doctrina como *autoría mediata*, y el tipo penal del delito de *fraude*, tópicos que además de interesantes, tiene cada uno su grado de complejidad; de ahí, el título de nuestra investigación **"Análisis del autor mediato en el delito de fraude en la Ciudad de México"**.

En la dogmática penal, se establece que hay casos en que el autor de un delito, es decir, el sujeto activo de éste, no necesita ejecutar el hecho por sus propias manos, se puede servir, amén de instrumentos mecánicos, del accionar de otra persona, en cuanto sólo ella posea el dominio de la realización del tipo; en este último caso, se habla de autoría mediata. Es autor mediato, quien comete el hecho por medio de otro, quien para la ejecución de un hecho punible que se cometa con dolo se sirve de otro ser humano como instrumento; por eso, si algo caracteriza a la autoría mediata, es el dominio de la voluntad, ya que en estos supuestos, el sujeto activo realiza el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona –el instrumento– que le sirve a sus fines porque no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del autor mediato, con lo cual aparece como una herramienta de las manos de aquél. En esta clase de autoría, lo relevante está dado por la voluntad del hombre de atrás, que aprovecha su información, la mayor inteligencia, la fuerza o el estatus diferente.

El autor mediato no causa o colabora en un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo el hecho propio, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho. Su autoría se funda en el dominio del hecho, objetivamente tiene las manos en el curso del acontecimiento típico y subjetivamente conoce y quiere este dominio. Por ello, deben concurrir en él tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos del dominio del hecho.[1]

Así, la autoría mediata se encuentra prevista en el Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, en el Libro Primero "Disposiciones Generales", Título Segundo "El Delito", Capítulo III "Autoría y Participación", al indicar en el artículo 22 fracción III, que: "Son responsables del delito, quienes: […] III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento; […]".

Ahora bien, existe el delito de fraude, "cuando con ánimo de lucro y por medio de engaño o aprovechamiento del 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".[2]

Por su parte, el delito de fraude se encuentra previsto y sancionado en el Código Penal para el Distrito Federal vigente, dentro del Libro Segundo "Parte Especial", Título Décimo Quinto "Delitos contra el Patrimonio", Capítulo III "Fraude", al establecer en su artículo 230, que: "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 […]".

---

[1] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *La Autoría y la Participación Criminal*, 3ª ed., Santa Fe, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, pp. 49 y 50.

[2] LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y Luis O. Porte Petit Moreno, *El Delito de Fraude (Reflexiones)*, 7ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 1.

Los elementos del delito de fraude se dividen en objetivos (conducta, sujeto activo, sujeto pasivo, calidad específica del sujeto activo o pasivo, bien jurídico, objeto material, nexo causal y resultado); subjetivos (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos); y normativos (de valoración jurídica o cultural); y dentro de estos, se encuentran los presupuestos engaño y aprovechamiento del error. Debiendo aclarar, que de acuerdo con la teoría Causalista o Finalista que se adopte, dependerá entre otros aspectos, dentro de qué elemento se estudiara la conducta dolosa o culposa, ya sea en los elementos objetivos o subjetivos.

Por engaño, se entiende la falta de verdad en lo que se dice o en lo que se hace creer, consiste en dar a la mentira apariencia de verdad, inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas, es sinónimo de ardid, enredo, trampa, treta, artimaña, mentira, maquinación, falacia, mendacidad, argucias o falsedad; por lo tanto, dicho engaño no tiene límites, pues depende de la imaginación humana, y por ser un delito eminentemente intencional y premeditado, el sujeto activo, hace uso de recursos intelectuales y de su astucia, a fin de obtener un provecho económico en perjuicio de su víctima.

Ahora bien, el aprovechamiento del error, deriva de un estado de error, del cual a su vez, se percata el sujeto activo, y se vale, se beneficia de esta circunstancia, incrementando su patrimonio o el de un tercero. Esto porque el error, es el conocimiento inexacto, el concepto equivocado, al faltar en el sujeto pasivo, la adecuación entre la realidad y lo que el sujeto cree que es la realidad; situación de la que en su momento se percata el sujeto activo, y lejos de sacar a su víctima del error en que se haya, se sirve de ésta circunstancia para obtener del sujeto pasivo su patrimonio. Luego entonces, en este supuesto, el defraudador no engaña al pasivo, pues no provoca el error en que éste se encuentra, pero si tiene conocimiento de la existencia de dicho error, y actúa aprovechándose de ello, para determinar a la víctima a tomar un acto de disposición patrimonial en beneficio del delincuente o de un tercero, e incluso en algunos casos, el agente refuerza y aviva el error en que se encuentra el pasivo, y activamente impide que salga de él, permitiendo que resulte

en su ilícito beneficio, pues el sujeto activo tenía el deber jurídico de manifestar la verdad, sacando de su error al ofendido.

El delito de fraude, es una conducta de acción dolosa que depende de la habilidad del sujeto activo, se traduce en lograr infundir confianza en el sujeto pasivo, para que éste haga entrega de su patrimonio; no estamos ante la presencia de un delito violento, por lo que en éste, el autor no utiliza la fuerza de su cuerpo, sino su inteligencia, por ende, se dice que el hombre ha aprendido a utilizar su mente, tanto para la bondad como para la maldad, para el vicio y la virtud; lo que nos interesa, es cuando la persona aplica esa inteligencia a la obtención de beneficios indebidos, ilícitos, cuando a través de la astucia, con engaño o por error, se hace de alguna cosa o de un lucro indebido, se trata de una conducta de los más audaces, los más ingeniosos o intelectuales, aquí la propia víctima coopera con la entrega de su patrimonio a favor del sujeto activo, en virtud de la confianza generada a través de los medios comisivos.

Dada la naturaleza del delito, fácilmente se le confunde con los denominados incumplimientos de naturaleza civil, surgiendo la discusión entre los denominados dolo civil y dolo penal; la represión penal, se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social, y su objeto es que se imponga una pena; y la responsabilidad civil, se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada; de ahí, la indudable e innegable importancia del estudio del presente delito, con lo que se evitará la impunidad en las conductas que afectan a la sociedad, y al patrimonio de los ofendidos, ya que una absolución a un delincuente puede derivar de errores en la acusación por parte de la autoridad ministerial, la institución del Ministerio Público.

En los delitos de resultado material, como el que nos ocupa, debe mediar una relación de causalidad, un vínculo entre la acción y el resultado, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Ello, naturalmente sin perjuicio de exigir

después la presencia de otros elementos, a efecto de deducir una responsabilidad penal. La relación de causalidad entre acción y resultado, y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado, son por tanto, el presupuesto mínimo para exigir en los delitos de resultado una responsabilidad por el resultado producido.[3]

Sin embargo, no todas las relaciones son sencillas de resolver, pues en el particular, se analiza que la conducta (engaño o aprovechamiento del error) del activo (autor mediato), no recae sobre el pasivo directamente, sino que ésta se lleva a cabo sirviéndose de otro como instrumento, es decir, es el instrumento quien lleva a cabo la conducta de engaño o aprovechamiento del error sobre el sujeto pasivo, porque así se lo determinó el autor mediato del delito. De ello se desprende, una evidente problemática para acreditar que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió, y que se acredite la relación de causalidad, el nexo causal entre la conducta y el resultado, para que el Ministerio Público obtenga del Juez de Control el dictado del auto de vinculación a proceso, y posteriormente, formule su acusación.

De lo anterior, surge el siguiente cuestionamiento. ¿Por qué la presente investigación, se desarrolla hasta la acusación del Ministerio Público, que formula dentro de la etapa intermedia, y no hasta el alegato de apertura en el Juicio Oral?; bien, lo que se pretende es un análisis del autor mediato en el delito de fraude en la Ciudad de México, pero desde una perspectiva del Ministerio Público, desde el punto de vista del cómo podrá acreditar el investigador, que estamos ante la comisión de un hecho que la ley señala como delito de fraude, y que además, obran datos de prueba suficientes, dentro de la carpeta de investigación, de los que se obtenga la probabilidad de que el indiciado lo cometió sirviéndose de otro como instrumento.

---

[3] *Cfr.* MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, 3ª ed., Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., 2010, p. 20.

Así, la investigación del Ministerio Público para lograr esos fines, iniciará desde la presentación de la denuncia o querella, investigación inicial, continuara durante la etapa de investigación complementaria, y concluirá con el cierre de la investigación; para dar paso a la etapa intermedia, o de preparación del juicio, de conformidad con el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales; en donde el Ministerio Público debe valor de forma objetiva, sí con los datos de prueba recabados, cuenta con los elementos para formular su acusación.

Esto es, sí de la investigación se desprende que se ha cometido el hecho que la ley señala como delito de fraude, y existe la probabilidad de que el imputado lo cometió, sirviéndose de otro como instrumento, formulará su acusación; cabe aclarar, que para esta etapa, ya existe previamente el dictado del auto de vinculación a proceso, en el que se analiza que no se actualice alguna causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito, el cual además, se dicta por los hechos que fueron motivo de la imputación.

Por lo que, cuando el Ministerio Público, después de cerrada su investigación, determina que es procedente formular su acusación, tiene la certeza de estar ante la probable comisión del delito de fraude, pues de lo contrario, puede optar por solicitar el sobreseimiento total o parcial, o bien, pedir la suspensión del proceso; empero, en nuestro tema a estudio, lo que se pretende es que el Ministerio Público cuente con los elementos necesarios, con indicios razonables que permitan suponer que estamos ante la comisión de un hecho que la ley señala como delito de fraude, y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió sirviéndose de otro como instrumento.

De ahí, que los datos de prueba, los indicios razonables, que se obtienen durante la investigación inicial o complementaria del Ministerio Público, y se anuncian, o se mencionan en el escrito de acusación, serán éstos los que pretenda desahogar en la etapa de juicio, y con los que genere convicción al Tribunal de enjuiciamiento, de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable; que

prueben, que el acusado es el responsable de la comisión del delito de fraude, sirviéndose de otro como instrumento.

Es por ello, que nuestra investigación, al enfocarse al Ministerio Público en la investigación, se acota hasta el escrito de acusación, pues después de éste, ya no podrá realizar actos de investigación por esos mismos hechos y autores, salvo los casos de medios de prueba nueva, sobre hechos supervenientes, pero siempre que se justifique no haber conocido previamente su existencia.

Por otro lado, en los alegatos de apertura, que se presentan en la etapa de juicio, lo que realiza el Ministerio Público, es exponer de manera concreta y oral la acusación, y una descripción sumaria de las pruebas que utilizará para demostrarla. En consecuencia, al ser éstos una exposición de la acusación, al acto al que nos enfocaremos es a la acusación del Ministerio Público, que formula en la etapa intermedia, y no a los actos posteriores, por considerar que nuestra investigación se agota hasta la tan mencionada acusación; incluyendo por supuesto, la coadyuvancia de la víctima en la acusación, el descubrimiento probatorio, y los acuerdos probatorios, por estar vinculados con nuestro estudio, y además, porque pueden repercutir en ella, como los vicios formales de la acusación para su corrección, que puede señalar la víctima u ofendido, incluso el propio acusado.

Es conveniente aclarar, que el tema de análisis no se centra en la existencia o no del medio comisivo engaño o aprovechamiento del error en el delito de fraude, pues estimamos que sobre este punto, existe doctrina que lo aborda, sino que, nos enfocaremos, en la forma de comisión, cuando la conducta es materializada por el instrumento, por estar determinado por el hombre de atrás, por el autor mediato.

Se comenzará en el **primer capítulo**, con una reseña de los antecedentes y evolución del delito de fraude en la ahora Ciudad de México; así como de la figura del autor mediato, para arribar a su descripción típica actual; posteriormente, en el **segundo capítulo**, se realizará un análisis del delito de fraude a la luz del autor

mediato (cuando el sujeto activo actúa sirviéndose de otro como instrumento), comentando cada uno de los elementos, tanto objetivos, subjetivos y normativos, así como la antijuridicidad, culpabilidad e imputabilidad del sujeto activo; en el **tercer capítulo**, se estudiará lo relativo a la autoría y participación, como son las figuras de autor material (lo realicen por sí), coautor (lo realicen conjuntamente con otro u otros autores), autoría mediata (lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento), instigador (determinen dolosamente al autor a cometerlo), auxiliador (dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y con posterioridad a su ejecución auxilien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito), para estar en posibilidad de diferenciar cada una de las formas de autoría y participación, y ubicarnos únicamente en la autoría mediata, esto porque en la práctica comúnmente la conducta de este tipo de sujetos, puede confundirse con alguna otra forma de autoría y participación; todo ello, tendiente a establecer claramente cuándo estamos ante la presencia del autor mediato en el delito de fraude, puesto que con en el capítulo anterior, se realizó un análisis de todos y cada uno de los elementos del tipo penal, tanto los objetivos, subjetivos y normativos que requiera, así como de los elementos del delito, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Es importante reiterar, que el presente trabajo se desarrolla desde la perspectiva del Ministerio Público, al ser dicha Institución, la que cuenta con la carga de la prueba, es decir, es el encargado de demostrar que existió la comisión de un hecho que la ley señala como delito de fraude, y determinar si los datos de prueba hacen probable la comisión del hecho por el indiciado a través de la autoría mediata; para lo cual, debe realizar un análisis de todos y cada uno de los elementos del tipo penal, tanto los objetivos, subjetivos y normativos que requiera, así como de los elementos del delito, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; pues no debe perderse de vista, que la finalidad del proceso penal, es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente y procurar que el culpable no quede impune, para asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos

humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

De tal forma que, si del análisis de los elementos del delito, se advierte alguna causa de exclusión del delito, establecidas en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, o en el diverso 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales, tendrá que actuar en consecuencia, y terminar la investigación con alguna de las formas que establece el propio Código Nacional de Procedimientos Penales; es por ello, que resulta forzoso para nuestro tema, el analizar los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal de fraude, así como la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, con sus consecuentes aspectos negativos, como se les ha denominado en la dogmática penal, relacionándolos con el delito de fraude; mismos que, como se ha establecido, son objeto de análisis en el segundo capítulo.

Igualmente resulta ineludible, el estudio de las etapas de investigación, inicial y complementaria, y la intermedia o de preparación del juicio, que comprende el procedimiento penal, pues la primera de ellas, comienza con la presentación de la denuncia, querella u otro requisito equivalente, y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de Control para que se le formule imputación; la investigación complementaria comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación; y la última, abarca desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio.

Siendo obligatorio el análisis del denunciante o querellante, establecer sus diferencias; lo que es el procedimiento penal, su etapas, su objeto, y los principales actos que en cada una de ellas se actualizan por las partes procesales, como son: la audiencia de control de la detención; la formulación de la imputación; la vinculación a proceso; el plazo para el cierre de la investigación; la acusación; sin olvidar, dada su trascendencia, los temas referentes a las pruebas, su admisión, exclusión, la prueba ilícita; ya que, como se verá, es en la acusación, que forma parte de la etapa intermedia o de preparación del juicio, donde el Ministerio Público solicita la

imposición de una determinada consecuencia jurídica como resultado de la existencia de un delito y la intervención del imputado en el mismo; en el particular del delito de fraude cometido por autoría mediata, y además, es en la acusación donde el Ministerio Público materializa el ofrecimiento del material probatorio respectivo, y efectúa entre otros, el relato circunstanciado de los hecho atribuidos al imputado, así como la clasificación legal respectiva, la forma de intervención del imputado, y los preceptos legales aplicables.

Por lo que, el estudio de los elementos del delito, y de las formas de autoría y participación, se debe enlazar con las etapas del procedimiento penal acusatorio y oral, lo que nos va a permitir, que el Ministerio Público, de considerarlo procedente, formule su acusación, al estimar de manera razonada que los hechos que motivaron su intervención, constituyen el delito de fraude, hechos que deben ser claros, precisos, circunstanciados, específicos, y adecuarse al tipo penal de fraude, lo que exige indudablemente la aplicación de una teoría del delito, y el respeto de la garantía de exacta aplicación de la ley penal, pues se requiere una adecuación de la conducta al tipo penal; y no debe pasar inadvertido, que los hechos que motiven la acusación, deben ser los mismos a los plasmados en la formulación de imputación que dieron lugar al dictado del auto de vinculación a proceso.

Es así, que en el **cuarto capítulo**, se abordara el estudio de las formas de inicio de la investigación, de las etapas de investigación, inicial y complementaria, y la intermedia o de preparación del juicio, y de los principales actos procesales que se pudieran presentar, todas ellas relacionadas con nuestro tema.

Finalmente es importante mencionar, la importancia de poder acreditar y generar convicción en el juzgador, de cuando estamos en presencia de un autor mediato en el delito de fraude, lo que nos servirá para evitar casos de impunidad; esto porque, el Ministerio Público no solo como acusador, sino como órgano técnico, es quien debe demostrar con datos de prueba idóneos, pertinentes, suficientes y razonables, que los hechos que estima constitutivos de delito, se cometieron por el

imputado a través de la autoría mediata. Por ello, durante el desarrollo de la investigación se analizaron dos grandes temas, el delito de fraude, y las formas de autoría y participación, desde sus antecedentes históricos, hasta como se encuentran regulados actualmente, mismos que se enlazan con el procedimiento penal, pues se comentarán diversos temas del sistema acusatorio y oral, como es la formulación de imputación y la acusación, al ser éstos actos, en los que el Ministerio Público argumenta ante el Juez de Control y hace del conocimiento del imputado, que los hechos que cometió son constitutivos del delito de fraude, y que se le atribuyen a título de autor mediato, al servirse de un instrumento para su comisión.

Esperamos, que los comentarios que se realicen durante el desarrollo de la investigación, contribuyan en la práctica a resolver los casos en los que estamos en presencia de un autor mediato en el delito de fraude, y generen una reflexión, que nos lleve a argumentar el por qué estimamos se presenta un autor mediato en el delito de fraude; que las afirmaciones que se realicen en torno a determinados temas, surja del análisis de lo que se investigue, y de lo que ocurre en la práctica, en el ejercicio de la profesión, en el particular, en el desempeño como servidor público adscrito desde diciembre de 2008 a la fecha, en la Fiscalía Central de Investigación para la Atención de Delitos Financieros, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, área encargada de la investigación y conocimiento de los delitos de fraude cuando el monto es superior a quince mil veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, de conformidad con el artículo 56 fracción VI del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

CAPÍTULO 1. “ANTECEDENTES”

1.1. Delito de fraude.

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.*

Reynoso Dávila, nos dice que el fraude pertenece a los delitos de la inteligencia, dado que el estafador debe tener experiencia de la vida, sentido psicológico y buen criterio para captar la ocasión oportuna y elegir el procedimiento engañoso más indicado frente a la víctima en el caso concreto. La estafa proporciona, por término medio, el más alto botín de todos los delitos contra la propiedad; es el delito contra la propiedad del mundo moderno, el procedimiento de empujar la voluntad humana por una falsa vía y determinarla a hacer algo que parece provechoso cuando en realidad es perjudicial.[4]

1.1.1. En la legislación internacional, hasta el siglo XIX.

Surgen las primeras manifestaciones del fraude, cuando es indispensable la tutela de la honestidad en las relaciones comerciales; “el Código de Hamurabi (Hammurabi fue el sexto rey de la dinastía amorrea de Babilonia, 1730-1688, a. de C.) sanciona la venta del objeto robado y la alteración de pesas y medidas. Las Leyes de Manú (la India, 1000 a. de C., aproximadamente) 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”.[5]

---

[4] *Cfr.* REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Delitos Patrimoniales*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 201.

[5] ZAMORA-PIERCE, Jesús, *El Fraude*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 3.

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.

Francisco Arroyo Alba, señala que la palabra *fraus*, *fraudis*, significa engaño, malicia, falsedad, dolo. *Fraudare*, significa defraudar, engañar, usurpar, despojar o burlar con fraude, asimismo se usaba por la imprecisión de los conceptos de aquella época, para significar hurtar, quitar, privar, robar, y muy significativamente se daba tal nombre a aquel que se quedaba con la paga de los soldados. Se usa la palabra *fraudator*, que era lo mismo que defraudador, engañador o embustero. En su término más amplio, la palabra *fraus*: fraude, significa acción contraria a la verdad.[6]

La palabra directamente señalada como antecedente del delito de fraude, "es la palabra *stellio*, *stellionis*, que significa estelión (salamandra o salamanquesa), reptil parecido al lagarto cuyo tejido pigmentario subcutáneo, pero a flor de piel, de este curioso saurio, está dotado de unos elementos cromóforos de dos grupos distintos, uno de amarillo claro, otro de pardo oscuro que componen pequeñas estrellitas cuyos colores cambian no sólo según el medio en que se encuentre colocado el animal, sino también según su propio estado interno o con la exposición al sol. Éste fue el nombre que se daba por analogía al hombre engañoso y fraudulento, y que sugirió a los romanos el nombre de estelionato como título de delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctúan entre la falsedad y el hurto. De ahí, que los antiguos autores hablaron de ellos como lagarto de las infracciones".[7]

Pavón Vasconcelos, al decir de Carrara, comenta que parece haber sido el estelión, animal de indefinibles colores, el que sugirió a los romanos el nombre de

---

[6] *Cfr.* REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.,* p. 202.

[7] *Ídem*.

estelionato (stellionatum) como título delictivo aplicable a los hechos criminosos realizados en perjuicio de la propiedad ajena, los cuales fluctuando entre la falsedad y el hurto no se identifican, sin embargo ni con la una ni con el otro. Según esta versión, la palabra *estelionato* se habría inspirado en un concepto intelectual, habiéndose querido expresar la índole aviesamente distinta del hecho mismo, más bien que la figura ambigua del delincuente que artificiosamente toma diverso color; y, de tal modo, habría generosidad en atribuir a aquel animal méritos que no tiene, suponiendo ingenuamente que ha dado el nombre de estos delitos por su particular astucia, la cual, por otra parte, no le reconocen los naturalistas.

Continua diciendo, el estelionato, según Sebastián Soler, era una impostura encaminada a la obtención de un hecho indebido y capaz de engañar y causar perjuicio al diligente padre de familia, pero se diferenciaba del *falsum*, aun cuando suponía la falsedad en forma impropia, dado el alcance que este término tenía en el Derecho Romano. La diferencia entre el fraude y los otros delitos patrimoniales principia en el Derecho Romano con la *Lex Cornelia de falsis*, en que 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. Además, en el *stellionatus* se comprendieron los fraudes que no cabían dentro de los delitos de falsedad previstos, como gravar una cosa ya gravada ocultando la primera afectación, la alteración de mercancías, la doble venta de una cosa, etc. En general, se consideraba *estelionato* todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra cualificación delictiva.[8]

Para los romanos, el fraude era el dolo malo, definido como toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros, se perseguía por medio de una acción privada de dolo que daba lugar a una *actio doli famosa*, productora de infamia, de carácter civil, con tal que tuviera los elementos de una astucia grande y evidente (*magna et evidens calliditas*). Dentro del concepto del

[8] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Delitos contra el patrimonio*, 11ª ed., México, Porrúa, 2005, pp. 255 y 256.

furtum, se incluye tanto la apropiación indebida como la sustracción de cosas y las violaciones de la posesión logradas mediante astucia y engaño, entre las que se señala el hecho de hacerse entregar dinero simulándose acreedor. Además, el *falsum* encierra una noción genérica bastante homogénea en torno a la idea de engaño (*fallere*), dentro de la cual se comprenden las más diversas variedades de delitos que presentan el elemento común del engaño como procedimiento, sea que se trate de un testimonio, que con ello se lesione el derecho de propiedad o la fe pública, sea que se trate de un medio circunstancial o de un delito concurrente.[9]

También el dolo malo se incluía dentro del *crimen falsi*, resultado de leyes, senadoconsultos y constituciones diversas, que representaban, en general, un conglomerado inorgánico de especies criminosas diferentes que dificultaban la determinación de los elementos jurídicos que lo integraban. No se podía realmente hablar de una autonomía de la incriminación de la estafa. Fue en la época imperial, en el segundo siglo de la era cristiana en tiempo de Adriano, cuando al lado de la acción privada de dolo (*actio doli*), se creó una acriminación especial, como *crimen extraordinarium*, que tomó el nombre de estelionato (*crimen stellionatus*), que era a la vez el más amplio y poliforme de los delitos del Derecho Romano, puesto que allí se comprendía todo delito patrimonial que no encajara en otra calificación delictiva; cuando el dolo era malo, o sea capaz de engañar a un prudente padre de familia. Este *stellionatus* lo cometía el que vendía por suyo lo que no lo era, o como libre y franco lo hipotecado o sujeto a alguna servidumbre, y al que engañaba en general a otro en cualquier contrato o proceso. En este mismo orden *stellionatus*, comprendía la venta de cosa vendida a otro, o gravar una cosa ya gravada usando el gravamen, pero era asimismo una especie de delito suplente para todas las disimulaciones u ocultaciones, y llegó a ampliar su significado en tal forma, que en él se catalogaba todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra calificativa delictiva o que careciera de nombre propio. Su pena era el trabajo en las minas para los *humiliores* (categoría o clase social de las personas de rango inferior) y el destierro

[9] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.,* p. 3.

temporal para los *honestiores* (categoría de personas de rango elevado integrado por los senadores, caballeros y decuriones).[10]

El Digesto, menciona como casos de estelionato la enajenación a otro de la cosa disimulando la obligación existente; el empleo insidioso de locuciones oscuras en las negociaciones y contratos; vender la cosa ya vendida a otro; sustituir las mercancías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición, lucrándose indebidamente con el precio; dar en prenda cosas no propias; y en general, se consideró como *stellionatus* todo género de actos de improbidad no realizados de modo franco y manifiesto, cuando no constituyeran otro delito. De lo expuesto resulta que, en Roma, había una superposición normativa en la represión de los engaños fraudulentos, los cuales eran considerados, en ocasiones, como *furtum*, otras veces como *falsum* o bien como *stellionatus*; a más de poder ser reclamados en vía civil mediante la *actio doli*. Esta falta de límites claros entre la materia civil y la penal va a enmarcar la problemática del estudio del fraude hasta nuestros días.[11]

Los franceses lo llaman *escroquiere*, los españoles *estafa*, que equivale a *escroquiere* y a engaño, los portugueses *trampa* o *burla*.

El legislador medieval español, no tiene más éxito que el romano en establecer un concepto genérico del fraude, ni en fijar límites claros entre los delitos de falsificación, robo y fraude. En las Partidas, el título XVI de la Partida VII enumera una serie de conductas asimilables a lo que fue el estelionato romano y comprendibles en el actual delito de fraude, bajo la denominación de *engaños*, a los que define diciendo: *Dolus en latín, tanto quiere decir en romance como engaño: é engaño es enartamiento que facen algunos omes los unos á los otros, por palabras mentirosas ó encubiertas e coloradas, que dicen con intención de los engañar é los decebir*. Esta definición no pretende ser un concepto general del fraude, las Partidas

[10] *Cfr.* REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.,* pp. 202 y 203.

[11] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.,* p. 4.

enumeran varios ejemplos de engaño, dejando la puerta abierta a la incriminación de conductas análogas, pues *non podría ome contar en quantas maneras fazen los omes engaños los unos a los otros*. Las principales maneras de engañar son dos: la primera, es cuando se hace por palabras mentirosas o arteras; la segunda, es cuando preguntan a un hombre sobre alguna cosa y él calla engañosamente, no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas. Se admite, pues, el engaño por omisión, hoy tan discutido, y en la acción se separa la simulación de la disimulación, como en algunos conceptos modernos de la estafa.[12]

El vocablo *estafa*, fue "empleado en el primer Código Penal español de 1822, es de origen relativamente moderno, probablemente de lengua de germanía, en que *staffare* hacía mención de *escapar o perder los estribos*".[13]

Pavón Vasconcelos, citando a Giuseppe Maggiore, nos dice que la etimología del nombre de estafa en italiano, *truffa*, es incierta. Unos le hacen derivar del francés *truffe*, tartufo, o de *trufle*, que tiene el doble significado de trufa (hongo subterráneo comestible) y de burla; otros la hacen derivar del alemán *treffen*, golpear, coger, y por ende, jugar una mala pasada (en español existe también la palabra *trufa* en el sentido de engaño o patraña). No obstante, cualquiera que sea su origen, tal término es el que da individualidad en el Derecho Italiano al delito de estafa que, al decir del propio Maggiore, consiste en el hecho de *quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno*.[14]

Escroquerie, "es la designación que le otorga al fraude o estafa el Código Francés, aun cuando su esencia coincide en lo general con nuestra figura, ya que se

---

[12] *Cfr. Ibídem*, pp. 4 y 5.

[13] REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.*, p. 203.

[14] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* pp. 256 y 257.

caracteriza por el hecho de inducir a alguien en error por medio de engaño o artificio para obtener un provecho injusto".[15]

Sólo a principios del siglo XIX se logró la separación del fraude, como delito contra el patrimonio, de las falsedades que protegen la fe pública. En esta creación de un concepto genérico del fraude tiene importancia la Ley francesa de julio de 1791, que inspiró el artículo 405 del Código Penal Francés Napoleónico de 1810, conforme al cual, comete el delito de *escroquerie*: Cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas calidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente, o de cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, o ha intentado hacerse remitir o entregar, fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, recibos o descargos, y que, por cualquiera de estos medios, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro […]. El legislador francés abandonó la imposible labor de enumerar uno por uno todos los engaños, para referirse, tan sólo, a tres medios genéricos: Hacer uso de falsos nombres, hacer uso de falsas calidades o emplear maniobras fraudulentas, pero también es cierto que no logró la meta última, el concepto general que comprendería todos los fraudes posibles. El sistema del Código francés sigue siendo ejemplificativo y, en consecuencia, limitativo. Muchas conductas engañosas quedan fuera de los límites del tipo.[16]

Quedó para la segunda mitad del siglo XIX el lograr un concepto genérico del fraude, el Código Penal Alemán de 1871, en su artículo 263, dispone que comete el delito de fraude quien, con la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero, un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando, o no evitando, un error, bien por la simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos. Ese mismo camino siguieron los Códigos Italianos de 1889 y 1930, conforme a cuyo artículo 640 comete *truffa* quien, con

[15] *Ibídem*, p. 256.

[16] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.,* p. 5.

artificios o engaños, induciendo a alguno a error, procura para sí o para otro un provecho injusto con daño ajeno. El Código Suizo, en su artículo 146, establece que comete el expresado delito el que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, astutamente induce en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladoras de hechos verdaderos, o explota el error en que ésta se halla, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero. El legislador español, quien durante largos años mantuvo el sistema de enumerar en el Código casos específicos de fraude, sin dar un concepto general del delito, ha dado, finalmente, oídos a las críticas de la doctrina y, por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal, ha reformado el artículo 528 para disponer que: *cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero*.[17]

1.1.2. En la legislación nacional.

1.1.2.1. En el Código Penal de 1871.

En el ámbito nacional, el Código Penal de 1871, también conocido como el Código Martínez de Castro de 1871, denominó el Libro Tercero, Título Primero a los *Delitos contra la propiedad*, abarcando el delito de fraude en el Capítulo V *Fraude contra la propiedad*, estableciendo en su artículo 413:

> "*ART. 413.- Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquel.*
> *ART. 414.- El fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en*

[17] *Cfr. Ibídem*, pp. 5 y 6.

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.

ART. 415.- El estafador sufrirá la misma pena que, atendidas sus circunstancias y las del caso, se le impondría si hubiera cometido un robo sin violencia." [18]

El proyecto de reformas al Código de 1871, reglamentó los delitos contra la propiedad dentro del Título Primero del Libro Tercero, incluyendo al fraude contra la propiedad.

1.1.2.2. En el Código Penal de 1929.

En el Código Penal de 1929, observamos idéntica redacción al Código de 1871, salvo que al delito se le denomina estafa; así, bajo la misma denominación de delitos contra la propiedad, incluye en el Título Vigésimo *De los delitos contra la propiedad*, Capítulo V *De la estafa*, indicando:

"*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 aquel;

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

[18] *Ibídem*, p. 11.

ART. 1152.- Si las maquinaciones o artificios constituyen un delito de falsedad, se acumulará éste al delito de estafa, observándose las reglas de acumulación para la imposición de la sanción.
ART. 1153.- Al estafador se le aplicará la sanción que, atendidas sus circunstancias y las del caso, se le impondría si hubiera cometido un robo sin violencia, aumentada en una tercia parte."[19]

En efecto, como lo refiere Reynoso Dávila, "el error de ambos Códigos estriba en que la víctima del engaño o el aprovechamiento del error, debía ser el que resultare afectado patrimonialmente, lo que impedía la consumación del fraude en todas aquellas hipótesis en las que el engañado y el perjudicado son personas distintas".[20]

1.1.2.3. En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el viernes 14 de agosto de 1931[21], que entró en vigor el 17 de septiembre de 1931, según declaración hecha en su artículo segundo transitorio, promulgado por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en uso de las facultades que le fueron concedidas por el Decreto del Congreso de la Unión de 2 de enero de 1931, siguiendo la corriente moderna cambió la terminología utilizada por los Códigos de 1871 y 1929, de *Delitos contra la propiedad*, adoptó el término *Delitos*

[19] *Ibídem*, p. 14.

[20] REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.,* p. 214.

[21] Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_orig_14ago31_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

en contra de las personas en su patrimonio, estableciendo en su Libro Segundo, Título Vigesimosegundo *Delitos en contra de las personas en su patrimonio*, Capítulo III *Fraude*, artículo 386, que:

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

Dicho ordenamiento cambió radicalmente la estructura de la reglamentación del fraude, pues la descripción general del delito de fraude genérico dejaba de ser eje del sistema para convertirse tan solo en uno más de los diversos tipos especiales de fraude. La definición genérica de la conducta delictuosa pasó a ocupar la primera de las trece fracciones del artículo 386; el tipo de fraude genérico, dejaba de ser eje del sistema para convertirse tan solo en una entre trece hipótesis específicas de conductas defraudatorias.

Por Decreto del 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 9 de marzo de 1946[22], se reformó el Código, devolviendo al fraude

[22] Ley que Reforma el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1946, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref12_09mar46_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014; y Fe de erratas a la Ley que Reforma el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de julio de 1946, disponible en

genérico, en el artículo 386, el papel principalísimo que le corresponde y relegando los fraudes específicos al artículo 387, al señalar:

> "*ARTICULO 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.*
>
> *El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:*
>
> *I.- Con prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad.*
>
> *II.- Con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a quinientos pesos, cuando el valor de lo defraudado excediere de cincuenta pesos, pero no de tres mil; y*
>
> *III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de diez mil pesos, si el valor de lo defraudado fuere mayor de tres mil pesos.*
>
> *Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los artículos anteriores, se aumentará con prisión de tres días a dos años.*"

En los Códigos de 1871 y 1929, se definía por separado un especial delito, la antigua *estafa*, consistente en el fraude calificado de *maquinaciones o artificios*, que dificultaba enormemente la interpretación de los casos previstos. Cierto es que *l'escroquerie* del Código Napoleónico es el antecedente más cercano de nuestro delito de estafa, pero nuestra legislación, después de 1871, se ha separado en gran parte del Derecho Francés.

Este delito, llamado estafa en la legislación de 1871 y en la doctrina, constituye un caso de fraude calificado, con agravación de la penalidad comparándola con la

---

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_fe_16jul46_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

del fraude genérico, en consideración a que el agente, para defraudar lo ajeno, no se conforma con el simple engaño causante del error de la víctima, sino que utiliza maquinaciones o artificios, es decir, apoya su mentira en falsas comprobaciones exteriores que le dan mayor apariencia de verosimilitud.

El Código Penal de 1871 mencionaba las maquinaciones y artificios como los únicos medios de cometer la estafa, y el Código Penal de 1929, añadió la locución *engaños*, error que inadvertidamente pasó al artículo 386 del Código Penal de 1931, que acarreaba cierta confusión entre los elementos del fraude previsto en el párrafo primero del artículo 386 y la estafa, pues las dos fracciones incluyen el engaño como constitutiva; sin embargo, dado que las maquinaciones y artificios son conceptos jurídicos similares, la interpolación que entre ellos se hacía del concepto de engaños, debía interpretarse lógicamente como una redundancia en la que el legislador quiso referirse a los engaños aparentes, apoyados en combinaciones de hechos exteriores, que dan a la mentira un carácter tangible por su presentación en forma material y concreta, y no a los engaños ordinarios tales como las simples alegaciones mentirosas, reticencias, falsas promesas, exageraciones en el lenguaje hablado o escrito, abuso de credulidad, etc. Como ejemplos de estafas, por la presencia de maquinaciones o artificios, podemos mencionar: la presentación de documentos falsos o imaginarios para defraudar, la exhibición de nombramientos, credenciales o certificados no verdaderos; la intervención de terceros “paleros”, que dan crédito a la mentira ante la víctima; la presentación de bultos, portafolios, o bolsas aparentemente llenos de dinero para hacer creer en una riqueza imaginaria; la preparación escénica para prácticas supersticiosas; la falsificación de un objeto para asignarle un valor de que realmente carece; la entrega de muestras de mercancías falsas o imaginarias; la simulación por el asegurado de grandes existencias de mercancías en un incendio para defraudar al asegurado, etc.[23]

[23] *Cfr.* GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 39ª ed., México, Porrúa, 2014, pp. 256 y 257.

Compartimos lo manifestado por González de la Vega a este respecto, quien refiere que, esta figura queda comprendida también en el fraude de engaño o aprovechamiento del error descrito en el primer párrafo del artículo 386 reformado del Código Penal, porque las maquinaciones o artificios son siempre manifestaciones dolosas del engaño, salvo que elaboradas objetivamente y que dan por resultado obtener lo ajeno. La estafa es, pues, una especie del fraude limitada a la recepción de cosas por medio de actitudes engañosas, no simples, sino acompañadas de hechos exteriores que las hacen fácilmente creíbles. Entre el primer párrafo del artículo 386 y la estafa, existe una relación de género a especie: el fraude de engaño o aprovechamiento del error, es la regla general y se aplica para la defensa de toda suerte de engaños; la estafa, es un caso especial limitado a la protección de los bienes contra las falacias preparadas objetivamente, es decir, maquinadas o artificiosas. En nuestro Derecho, la estafa se destaca por separado para poder aumentar los márgenes de la penalidad común del fraude. Esto, porque el estafador representa mayor peligro que el vulgar defraudador, ya que en la preparación artificial de sus engaños muestra mayor malicia dificultando la previsión del atentado y su posible evitamiento por la víctima.[24]

Por reforma de 29 de diciembre de 1981 desapareció la llamada estafa, que se encontraba considerada en la segunda parte del artículo 386, que señalaba:

> "[…] *Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores, se aumentará con prisión de tres días a dos años*."

Así, el Código Penal Federal vigente, establece en su Libro Segundo, Título Vigésimo segundo *Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio*, Capítulo III *Fraude*, artículo 386, lo siguiente:

[24] *Cfr. Ibídem*, pp. 255 y 256.

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

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de 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.”

1.1.2.4. En el Código Penal para el Distrito Federal de 2002.

El Código Penal para el Distrito Federal, promulgado por el Jefe de Gobierno el 11 de julio de 2002, y publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, estableció en su Libro Segundo *Parte Especial*, Título Décimo Quinto *Delitos contra el patrimonio*, Capítulo III *Fraude*, artículo 230, que:

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

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

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

III. Prisión de dos años seis meses a cinco años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y
IV. Prisión de cinco a once años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo."[25]

Posteriormente, mediante Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal; del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, del día 4 de junio de 2004, se adicionó al artículo 230, el último párrafo, para quedar así:

"Artículo 230. […]
I a IV […]
Cuando el delito se cometa en contra de dos o más personas, se impondrá además las dos terceras partes de las penas previstas en las fracciones anteriores."[26]

Seguidamente, los rangos de punibilidad del delito, fueron reformados mediante el Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Nuevo

[25] Decreto de Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, disponible en http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/julio_16_96.pdf. Consultado el 21 de julio de 2016.

[26] Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal; del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 4 de junio de 2004, disponible en http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/junio04_04_50.pdf. Consultado el 21 de julio de 2016.

Código Penal para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal y de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 9 de junio de 2006, para indicar:

> *"Artículo 230.-* […]
> *I a II.* […]
> *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 el salario mínimo;*
> *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 el salario mínimo; 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 el salario mínimo."*[27]

Finalmente, mediante el Decreto por el que se reforman diversos artículos de Códigos y Leyes Locales, que Determinan Sanciones y Multas Administrativas, Conceptos de Pago y Montos de Referencia, para Sustituir al Salario Mínimo por la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, de Manera Individual o por Múltiplos de ésta, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 28 de noviembre de 2014, se reformo el contenido del artículo 230, para quedar como sigue:

[27] Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal y de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 9 de junio de 2006, disponible en http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/junio06_09_66bis.pdf. Consultado el 21 de julio de 2016.

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

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces 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."[28]

Cabe señalar, que dicha reforma fue con la finalidad de que el valor que se considera para cada una de las fracciones, es decir, para fijar la pena, ahora sea determinado conforme a la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, ya que la pena que prevé cada fracción es la misma a la anterior a la reforma.

[28] Decreto por el que se reforman diversos artículos de Códigos y Leyes Locales, que Determinan Sanciones y Multas Administrativas, Conceptos de Pago y Montos de Referencia, para Sustituir al Salario Mínimo por la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, de Manera Individual o por Múltiplos de ésta (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de noviembre de 2014, disponible en http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/6885511eb855178216793bed3fc1eeba.pdf. Consultado el 21 de julio de 2016.

1.2. Autor mediato.

1.2.1. En la legislación nacional.

1.2.1.1. En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el viernes 14 de agosto de 1931, que entró en vigor el 17 de septiembre de 1931, estableció en su Libro Primero, Título Primero *Responsabilidad penal*, Capítulo III *Personas responsables de los delitos*, en su artículo 13, lo siguiente:

> *"ARTICULO 13.- Son responsables todos lo que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo.*
> *Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados por la ley, según la participación de cada delincuente."*[29]

De acuerdo con el contenido del artículo anterior, no podríamos hablar que en dicho ordenamiento se regulara la forma de autoría, autor mediato, esto porque el autor mediato, es aquel sujeto que comete el hecho por medio de otro, es decir,

[29] Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_orig_14ago31_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

quien para la ejecución de un hecho punible que se cometa con dolo se sirve de otro ser humano como instrumento; aquí el sujeto activo realiza el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona –el instrumento– que le sirve a sus fines porque no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del autor mediato, con lo cual aparece como una herramienta de las manos de aquél. De ahí, que hasta este momento, solo podríamos establecer las formas de autoría y participación; autor y coautores (lo que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito), del auxiliador (prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior), y del instigador (inducen directamente a alguno a cometerlo).

A continuación, mediante el Decreto Ley que Reforma el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal del 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 9 de marzo de 1946, se reformó el artículo 13 del referido Código, para establecer:

> *"ARTICULO 13.- Son responsables de los delitos:*
> *I.- Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.*
> *II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.*
> *III.- Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y*
> *IV.- Los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa."*[30]

[30] Ley que Reforma el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1946, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref12_09mar46_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014; y Fe de erratas a la Ley que Reforma el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de julio de 1946, disponible en

En esta reforma, el legislador divide las formas de autoría y participación, estableciendo las hipótesis respectivas en cuatro fracciones, sin embargo, como en el caso anterior, no se podría establecer en este punto, que existiera la regulación de la figura del autor mediato, ya que las formas que prevé dicha disposición son, como en el anterior: autor y coautores (los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos), instigador (los que inducen o compelen a otro a cometerlos), del auxiliador (los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución; y los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa).

Mediante el Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, nuevamente se reformó el artículo 13 del Código en comento, para regular:

"ARTICULO 13.- Son responsables del delito:
I.- Los que acuerden o preparen su realización;
II.- Los que los realicen por sí;
III.- Los que lo realicen conjuntamente;
IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

---

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_fe_16jul46_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado."[31]

Es hasta la entrada en vigor de la reforma antes mencionada, cuando ubicamos el antecédete de regulación de la forma de autoría, autor mediato, al señalar la fracción IV, del artículo 13 del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, que son responsables del delito los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro. Si bien, la redacción no resulta del todo adecuada, de conformidad con lo que la doctrina define como autor mediato, si se desprende de su contenido que el legislador hace referencia a aquellos sujetos activos que cometan hechos que sean considerados como delito, por medio de otro, de aquellos que de manera dolosa se sirven de otro ser humano como instrumento; de quienes actualizan el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona, el instrumento, que le sirve a sus fines.

Finalmente, mediante el Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del 23 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, reiteradamente se reformó el artículo 13, para indicar:

"ARTICULO 13.- Son autores o partícipes del delito:
I.- Los que acuerden o preparen su realización;
II.- Los que los realicen por sí;
III.- Los que lo realicen conjuntamente;
IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

[31] Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref46_13ene84_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo."[32]

Siendo el contenido antes transcrito, el que actualmente se encuentra vigente dentro del Código Penal Federal; y del que se desprende que por cuanto hace a la forma de autoría, autor mediato, prevista en la fracción IV, no sufrió adición alguna con relación a la última reforma del 30 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984.

1.2.1.2. En el Código Penal para el Distrito Federal de 2002.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, promulgado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal el 11 de julio de 2002, y publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, establece en su Libro Primero *Disposiciones Generales*, Título Segundo *El Delito*, Capítulo III *Autoría y Participación*, artículo 22, que:

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

I. Lo realicen por sí;

[32] Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref63_10ene94.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;

III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;

IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;

V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y

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

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código."

De lo anterior se establece, que para efectos de la presente investigación, la figura de la autoría mediata en la Ciudad de México, actualmente se encuentra prevista en el Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, en el Libro Primero *Disposiciones Generales*; Título Segundo *El Delito*; Capítulo III *Autoría y participación*, artículo 22 fracción III, que precisa: "Son responsables del delito, quienes: […] III.- Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento; […]".

CAPÍTULO 2. “EL DELITO DE FRAUDE EN LA CIUDAD DE MÉXICO”

Es necesario comentar, que se abordará en la presente investigación el concepto genérico del fraude, que comprende todas y cada una de las concretas formas que puede revestir este delito, esto porque, como lo refiere Zamora-Pierce, hay una inutilidad de enumerar específicas conductas fraudulentas, puesto que todas ellas cabían en la definición genérica, y lejos de eliminar los fraudes especiales, hemos multiplicado su número; entre los tipos penales hay de todo, lo mismo fraudes especiales que delitos autónomos que ninguna relación guardan con el fraude. Son fraudes especiales los tipificados en las fracciones I, II, III, IV, VII, XI, XII, XIII, XV y XXI del artículo 387 del Código Penal Federal, que son pues, meros ejemplos de la conducta sancionada como fraude genérico, y, por ello, podrían y deberían ser derogados por inútiles. Los fraudes especiales están subordinados a la figura básica del fraude genérico, luego entonces, para su configuración deben reunirse todos y cada uno de los elementos de éste último.

Son delitos autónomos, en cambio, los tipificados en las fracciones V, VI, VIII, IX, X, XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX y XX del referido artículo, que tipifican delitos por completo independientes, cuyos elementos no coinciden con los elementos del fraude, y cuya única relación con este último consiste en que les son aplicables las mismas penas.[33]

2.1. Fraude.

Reynoso Dávila, refiriéndose a Francesco Carrara, nos comenta que el fraude es una forma especial de delitos contra el patrimonio económico ajeno, y que su carácter es precisamente configurar un despojo injusto de la propiedad ajena que no

[33] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *El Fraude*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011, pp. 221 y 222.

es ni verdadero hurto ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad, pero que participa del hurto, porque ataca injustamente la propiedad ajena; del abuso de confianza, porque se abusa de la buena fe de otros, y de la falsedad, porque a ella se llega mediante engaños y mentiras.

López Betancourt, nos dice que existe el delito de fraude, cuando con ánimo de lucro y por medio de engaño o aprovechamiento del 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.

Por su parte, Zamora-Pierce, propone el siguiente texto por lo que hace al tipo del fraude genérico: Comete el delito de fraude el que, con ánimo de lucro, engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla, lo induce a realizar un acto de disposición patrimonial, en perjuicio de sí mismo o de un tercero. Este texto toma en cuenta los adelantos de la doctrina jurídica, de la legislación extranjera y de la jurisprudencia nacional, y presenta, en comparación con el texto vigente, las siguientes ventajas:[34]

1) Menciona expresamente, como elemento del delito, el ánimo de lucro;
2) Menciona expresamente el acto de disposición patrimonial como elemento del delito;
3) Menciona expresamente el fraude en triángulo, hipótesis en la que el engañado y el perjudicado no son la misma persona;
4) Elimina la inútil mención de la *cosa* de la que puede hacerse el defraudador, pues ésta cabe dentro de los conceptos genéricos de *lucro* y *perjuicio patrimonial*, empleados; e
5) Identifica la consumación del delito con el momento en que el bien jurídico protegido es lesionado, aún en la infrecuente hipótesis de que el activo no haya obtenido lucro alguno.

[34] *Cfr. Ibídem*, pp. 222 y 223.

También constituye fraude, el omitir hacer saber a la víctima el estado de error en que se encuentra y del cual se aprovecha el sujeto activo para obtener la entrega de una cosa o cualquier otro lucro indebido, pero ello implica la afirmación de que el activo tiene un deber jurídico de manifestar la verdad, sacando así de su equivocación al defraudado.

En la infinita variabilidad de las astucias humanas es, en efecto, imposible enumerar taxativamente todos los modos con los cuales se puede cometer este delito, engañando a otro para inducirlo a realizar una convención obligatoria en contra suya o que importe abdicar de su propiedad. Es éste uno de los delitos de más difícil regulación.

Pavón Vasconcelos, expone que, la dificultad consiste en discernir cuándo la mentira o el engaño constituyen el delito de fraude y cuándo no. Según la expresión de Quintano Ripollés, las opiniones vertidas respecto de esta cuestión, podemos resumirlas en los siguientes criterios:

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

En relación al primer criterio podemos citar, entre otros, a los siguientes autores: Carmignani, creó una teoría diferenciadora para la cual la distinción entre el fraude penal y el fraude civil se hallaba en una impostura grande y evidente, apta para eludir la perspicacia de las personas más sagaces, la cual, como lo hizo notar Impallomeni, choca contra los principios mismos del Derecho Penal, que protege con mayor severidad la menor defensa individual.

Impallomeni, afirmó la existencia del fraude criminal cuando el error de la víctima recae sobre el ser o la identidad del objeto; en tanto la del fraude puramente civil se da cuando el error recae sobre las cualidades accesorias del objeto. El propio

autor desconoció más tarde esa solución, confesando que no existe diferencia entre ambos fraudes, de manera que la acción penal puede ejercitarse aun cuando también lo sea la acción civil.

La posición doctrinal que propugnó diferencias esenciales entre el fraude civil y el penal, fue sostenida principalmente por autores de fines del siglo XIX y principios del XX, quienes acudieron a criterios diversos. Así Chauvau y Hellie declararon esa diferencia en función del *propósito* y del *ánimo* del agente, pues mientras en el dolo civil, éste se propone obtener lucro (simulación en los contratos, exageración del precio o de la calidad de la cosa vendida, etc.), en el dolo penal el empleo de las maniobras fraudulentas y de los elementos consignados con la ley, obedecen al *ánimo de causar un daño*. Para Mittermayer el fraude o estafa ha menester de una *coacción psicológica* en las facultades de la víctima, un *hombre prudente*, a través de artificios con potencia o aptitud adecuada para engañar, o mediante falacias que induzcan a error. Para Unger, la diferencia radica en la naturaleza del derecho violado: si con la acción se lesiona un *derecho subjetivo*, surge un ilícito civil, y si en vista de en un *derecho subjetivo*, se origina un ilícito penal.

Tales actitudes doctrinarias fueron combatidas y superadas: no es exacto que en el dolo penal existe el ánimo de causar un daño, pues aun admitiendo la concurrencia de esa actitud subjetiva ¿Cómo es posible concebir un fraude penal sin ánimo de lucrar? Respecto a que en el ilícito civil se lesiona un derecho subjetivo y en el penal un derecho objetivo, cabría aducir, como se ha hecho en el pasado, que a todo derecho subjetivo corresponde uno de carácter objetivo, siendo imposible vulnerar aquel sin lesionar éste. De igual manera, es inadmisible la posición doctrinal que ve la diferencia en el interés violado que se estima público y social en el dolo penal y meramente individual en el dolo civil, pues en ambos casos se lesiona un interés general.

Dentro del segundo criterio, Maggiore expresa: Debemos concluir que entre el fraude civil y el fraude penal –como en general entre el ilícito penal e ilícito civil- no

hay ninguna diferencia cualitativa, solo existe una diferencia cuantitativa en el sentido de que la ley penal sólo interviene para reprimir el fraude cuando éste se presenta con aquella intensidad especial que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos. Cuando existe este elemento, establecido por la ley positiva para acriminar el fraude, este delito se convierte en estafa. Pero en esta transferencia –que hace que el hecho caiga bajo sanciones penales, más bien que civiles-, el fraude no cambia de naturaleza.[35]

Jiménez Huerta, se adhiere al segundo criterio; el delito de fraude, constituye un fraude civil, y cuando en un hecho concurren los elementos propios de dicho delito, ningún interés ni valor tienen las diversas teorías, plenas de doctrinarismo escolástico, elaboradas para dividir, metafísica y artificiosamente, en regiones diversas el ámbito de la antijuridicidad.[36]

Francisco González de la Vega, por su parte expone que, siendo la esencia jurídica jurídico-doctrinaria del delito de fraude propiamente dicho –salvo casos especiales tipificados expresamente en la ley- *el engaño*, o sea la mutación o alteración de la verdad, y presentándose a menudo en materia de obligaciones civiles esta falacia, los autores encuentran obstáculos para una certera distinción entre el dolo y el fraude puramente civiles, originadores de sanciones privadas de nulidad, rescisión o indemnización, y el *fraude delictivo*. Garraud, zanja prolongada discusión con los siguientes magistrales conceptos: Es necesario separar por una línea suficientemente precisa el *fraude* o el *dolo civiles*, que abren simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio, del *fraude penal* o *dolo penal*, que hace incurrir, además, al que lo emplea, en una pena pública. La demarcación entre el dominio del Derecho Criminal y el del Civil es tan difícil de fijar que los juristas de todos los siglos lo han ensayado sin éxito. El doble criterio más a menudo propuesto para distinguir el dolo criminal del civil, y que consiste, por una

---

[35] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Delitos contra el patrimonio*, 11ª ed., México, Porrúa, 2005, pp. 257 a 260.

[36] *Cfr. Ibídem*, pp. 260 y 261.

parte, en que los medios empleados para equivocar deban ser de tal naturaleza que se haga razonable la mentira, y, por otra parte, en que esos medios deben ser tales que hagan ilusión a un hombre de una prudencia ordinaria, nos parece insuficiente y peligroso.

Continúa, el fraude consiste ciertamente en el *error* producido por el empleo de ciertas maniobras; más definir los fraudes punibles por la naturaleza de los medios que se han empleado sería un error de la misma naturaleza que el que consistiera en definir el delito de golpes y heridas por la naturaleza del arma de que el agente se sirve. El fraude es un error intencionalmente causado con el objeto de *apropiarse* el bien de otro; todos los artificios, todas las maniobras, todos los procedimientos de cualquier naturaleza que sean propios para llevar a ese resultado entran en la noción general del fraude. Es la ley a la que pertenece, según el progreso y evolución de la civilización, caracterizar las condiciones del fraude punible. Los esfuerzos de los criminalistas para fijarlo *a priori* en fórmulas generales, aplicables a todos los tiempos y a todos los países, serán siempre ilusorios y vanos. Lo que la ley penal siempre ha castigado no es la mentira en la conclusión de un contrato o la deslealtad en su ejecución, sino la apropiación de la cosa de otro cometida por ese medio; es la ratería, tomando esta palabra en su sentido general. El fraude no es un delito más que cuando sirve para hacerse del bien de otro. Los dominios respectivos del Derecho Civil y del Derecho Penal están de esta manera claramente trazados: la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, por engaño, por deslealtad; abandona al Derecho Civil la materia de las convenciones.[37]

La ley, la doctrina y la jurisprudencia hablan de dolo civil y dolo penal, de cláusula penal en los contratos civiles y hay sanciones civiles ligadas a procesos. Deslindar tales fronteras y establecer dónde termina la habilidad del negociante y empieza el terreno delictuoso, no es cosa sencilla y requiere una evidente desproporción entre condiciones personales, ganancias, prestaciones, etc.; de otro

[37] *Cfr.* GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 39ª ed., México, Porrúa, 2014, pp. 244 y 245.

modo no habría relación jurídica que no se pudiera convertir a la postre en un asunto penal. Únicamente en el campo de la tipicidad podemos deslindar lo penal; la diferencia entre el dolo civil y penal puede encontrarse en el terreno de la tipicidad.

A este respecto, Zamora-Pierce muestra, que el acto de disposición no tiene que revestir la forma de un contrato, pero con frecuencia lo hace; y precisamente en los fraudes más cuantiosos, los que se cometen en contra de los comerciantes, de los bancos, de las empresas de seguros, de las casas de bolsa o de cambio, el activo logra su lucrativo propósito engañando a los representantes de la empresa para que otorguen un contrato. Así, el fraude es un delito destinado a proteger el patrimonio ajeno, en tanto que el Código Civil, al configurar el dolo como vicio del consentimiento, pretende asegurar y garantizar la libre manifestación de la voluntad en la formación de los contratos. De donde resulta: que todo contrato fraudulento es, simultáneamente, un contrato nulo, a los ojos de la ley civil; más no todo contrato nulo, por haber, una de las partes, manifestado su consentimiento por error, será típico en términos del Derecho Penal. En el fraude contractual, tanto el engaño como el dolo del activo deben, imperativamente, ser anteriores a la celebración del contrato.[38]

Por su parte, los tribunales federales han establecido mediante tesis de jurisprudencia, lo siguiente:[39]

Tesis: VI.2o. J/146	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	Novena Época	195576
Tribunales Colegiados de Circuito	Tomo VIII, Septiembre de 1998	Pág. 1075	Jurisprudencia(Penal)

[38] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.,* pp. 122, 130 a 132.

[39] Semanario Judicial de la Federación, consulta tradicional (en línea), disponible en http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLl8_tC5MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdIi3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuio5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/tesis.aspx. Consultado el 21 de julio de 2016.

FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL. DISTINCIÓN ENTRE.

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

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

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

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

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

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

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

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

Tesis: VII.P. J/18	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	Novena Época	201569
Tribunales Colegiados de Circuito	Tomo IV, Septiembre de 1996	Pág. 476	Jurisprudencia(Penal)

FRAUDE. CASOS EN LOS QUE UNA CONDUCTA NORMALMENTE CIVIL CONSTITUYE EL DELITO DE.

Para que una conducta de naturaleza normalmente civil, como es la que le da vida al contrato de compraventa, pueda constituir el delito de fraude, es necesario que la persona que la llevó al cabo tuviera desde el momento de contratar la dolosa intención de engañar al pasivo con el específico fin de hacerse ilícitamente de algo, por lo que si no se demuestra que ello ocurre, como sucede en el caso de que el análisis de los elementos de prueba que obren en el sumario no permitan, dado su contenido, estimar plenamente demostrado que previo a la celebración del contrato se hubiera tenido la dolosa intención de no cumplir con lo pactado, no puede válidamente decirse que los hechos de que se trata sean constitutivos del ilícito en mención.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 428/93. Teresa Martínez Ortega. 3 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco.

Amparo directo 384/94. Joaquín Serrano Gamboa. 27 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco.

Amparo en revisión 216/95. Alberto Martínez Hernández. 21 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra.

Amparo en revisión 465/95. Leticia Méndez Conde y otro. 16 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Ramón Zúñiga Luna.

Amparo en revisión 133/96. Juez Tercero de Primera Instancia de Veracruz, Veracruz. 21 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Ramón Zúñiga Luna.

De lo que desprendemos, que la diferencia entre el dolo civil y el dolo penal deriva de que, la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social, y su objeto es que se imponga una pena; y la responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal. Por lo que, para que una conducta de naturaleza normalmente civil, pueda constituir el delito de fraude, es necesario que la persona que la llevó a cabo tuviera desde el momento de contratar la dolosa intención de engañar al pasivo con el específico fin de hacerse ilícitamente de algo, y de no acreditarse ello, no puede decirse que los hechos de que se trata sean constitutivos del delito de fraude.

Ahora bien, el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 230, define al fraude, diciendo:

> *"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* […]*"*

A ello, Pavón Vasconcelos expone, "reglamentan el delito dando un concepto general de lo que debe entenderse por fraude, en cuya fórmula queden comprendidas todas las situaciones fraudulentas, incluyendo además figuras en las que no dándose necesariamente el elemento del *engaño* ni el *aprovechamiento del error*, causan sin embargo un daño patrimonial, las cuales han sido calificadas como fraudes *específicos* o asimiladas en su sanción a aquéllas por diversas razones".[40]

2.2. Elementos Objetivos (conducta, sujeto activo, sujeto pasivo, calidad específica del sujeto activo o pasivo, bien jurídico tutelado, objeto material, nexo causal y resultado).

Pavón Vasconcelos explica, que el delito de fraude constituye un *tipo autónomo*, por no requerir para su formación de elementos de otro u otros tipos, funcionando en forma independiente y no subordinada. Por razón evidente el fraude es un *tipo anormal*, según el contenido dado al mismo (se hace *ilícitamente* de una cosa o alcanza un lucro *indebido*), teniendo este elemento naturaleza normativa, en el amplio sentido del término, por implicar un juicio valorativo de él por el juzgador. El fraude es, asimismo, un *tipo de formulación casuística y alternativamente formado*, por incluir en su descripción los medios comisivos de engaño y aprovechamiento del error. Igualmente *alternativo* debe considerarse con referencia al resultado exigido en el tipo, pues éste lo hace consistir en la obtención de la entrega de la cosa (se hace

[40] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* p. 261.

ilícitamente de una cosa) o en alcanzar un lucro indebido; es decir, que cualquiera de tales resultados integra el hecho.[41]

Difiere de esta opinión, Zamora Pierce, pues tomando en cuenta el alcance de la tutela jurídica, el fraude es un *tipo simple*, por proteger como único bien el del patrimonio. Recordemos aquí que Jiménez Huerta, al intentar una clasificación de los tipos penales y apoyándose en el criterio de la unidad o pluralidad de los bienes tutelados, expresa: Algunos tipos de delitos tutelan, contemporáneamente no uno, sino dos o más bienes jurídicos, los tipos de delito que tutelan un solo bien jurídico se denominan simples; complejos, los que tutelan dos o más bienes jurídicos.[42]

La **conducta**, desde el punto de vista del Finalismo, es la manifestación de voluntad finalísticamente determinada; y aparece conformada por dos fases:

- *La fase interna, subjetiva o psicológica*, que se conforma con la voluntad, en sentido amplio, a su vez integrada con los componentes cognoscitivo (conocimiento) y volitivo (voluntad en sentido estricto).
- *La fase externa, objetiva o material*, implica la exteriorización o manifestación exterior de la voluntad (fase interna).[43]

Los momentos de la fase interna son: a) *Ideación o germinación*.- De la idea criminosa en la mente del autor, como primer momento de la fase interna; b) *Deliberación*.- Se manifiesta la deliberación psicológica del sujeto frente a sí mismo, en donde valora los pros y contras acerca de su conducta delictiva posible a realizar; y c) *Resolución*.- Que es la determinación que adopta el individuo acerca de su próximo actuar, y es el momento a partir del cual habrá de exteriorizarse esa voluntad.

---

[41] *Cfr. Ibídem*, pp. 286 y 287.

[42] *Cfr. Ibídem*, p. 287.

[43] *Cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7ª ed., 2ª reimp, México, Porrúa, 2013, pp. 341 y 345.

Los elementos que estructuran la voluntad son: i) *El conocimiento o representación*.- Para tener voluntad de algo o querer algo, es necesario que el individuo sepa qué es lo que quiere, que se haya representado un cierto fin, que es aquello sobre lo que habrá de recaer su voluntad o querer; ii) *El querer de la voluntad, o voluntad en sentido estricto*.- La voluntad implica siempre una finalidad. No es posible pensar en una voluntad vacía; la voluntad es siempre voluntad de algo y ese algo es el contenido de la finalidad del querer. Por esta razón el análisis estructural y sistemático de la conducta y, consecuentemente del delito, resulta más claro y preciso en la orientación de la teoría finalista de la acción, ya que no es concebible la presencia de una voluntad sin finalidad o lo que es lo mismo una voluntad sin contenido, como tampoco es posible una conducta sin voluntad. Así la conducta necesariamente es siempre final.

Concluido esto, se inicia la fase externa de la conducta, que comienza a partir del momento en que ésta se exterioriza, cuando la voluntad se manifiesta y que consiste en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción de un resultado.[44]

De manera similar, Jiménez Martínez Javier expone que, las fases o aspectos de la acción, son dos:

- *Aspecto interno*.- Se lleva a cabo en el pensamiento, es psíquico; ahí son perceptibles diversos momentos lógicos de representación mental requeridos por la configuración del concepto finalista de la conducta humana. Las fases de la acción, son los siguientes:
    - Objetivo (finalidad) a alcanzar;
    - Selección mental de los medios necesarios;
    - Previsión de unos efectos concomitantes;
    - Puesta en movimiento de los medios de la acción para llevarla a efecto.

[44] *Cfr. Ibídem*, pp. 346 y 347.

- *Aspecto externo*.- Se compone por la manifestación en el mundo real; es decir, la realización externa de lo que el hombre se ha propuesto. Si por alguna razón no se logra el objetivo final en el mundo real, la acción final es solo intentada (y entonces se hablará de tentativa). [45]

Es necesario diferenciar la conducta, del denominado *iter criminis* o *camino del delito*, así el *iter criminis*, es "el camino que sigue el delito desde que se inicia, al nacer en la mente del autor, la nueva idea criminosa, y que termina con la comisión del delito o incluso con el agotamiento, delincuencial, desde la perspectiva criminológica".[46]

Por lo cual, existen diferencias entre acción delictuosa e *iter criminis*, que son:

a) La acción criminal comprende dos fases: fase interna y fase externa; el *iter criminis*, por el contrario, se habla de dos, tres y hasta cuatro fases.
b) La literatura penal nacional y extranjera, estudia la acción como un elemento general del delito, ya sea como entidad autónoma o con referencia al tipo penal; por el contrario, el *iter criminis* se estudia únicamente al momento de analizar la tentativa.
c) El *iter criminis* es acción u omisión de la realización de la realización del evento delictivo y, por tanto, la acción es un concepto de referencia para el estudio del *iter criminis*. El *iter criminis* está contenido en la acción.
d) El *iter criminis* es más amplio que la acción delictiva. La acción delictiva, comienza una vez que el sujeto ha resuelto cometer su hecho criminoso.
e) El *iter criminis* empieza mucho antes que la acción. La acción comienza una vez que el sujeto ha resuelto llevar tal o cual conducta. [47]

---

[45] *Cfr.* JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *La Teoría del Delito –aproximación al estado de la discusión-*, México, Porrúa, 2010, pp. 355 y 356.

[46] MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.,* p. 345.

[47] *Cfr.* JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.,* pp. 356 y 357.

Aclarado lo anterior, hay **ausencia de acción** cuando el sujeto no plantea la realización de un fin típico, no ha seleccionado los medios para lograrlo, no ha considerado los efectos concomitantes, y el resultado se produce como un mero proceso causal. Desprendiéndose, del artículo 15 del Código Penal Federal, dos hipótesis de ausencia de acción, que son:

a) *Falta de la voluntad del agente*.- Quien ejecuta un acto sin voluntad no ejecuta un acto humano, sino que es asiento de un hecho que ocurre fuera de su dominio y, a veces, contra su propia determinación y por ser vencidas sus propias fuerzas. No existe acción cuando el agente no ha dirigido su voluntad hacia la obtención de un fin determinado y como consecuencia su obrar no tiene sentido, no tiene dirección, no tiene ni persigue un fin, es un proceso causal, producto de sus funciones vitales. Las principales causas de falta de voluntad del agente, son:

   i. *Fuerza irresistible* (*vis absoluta* y *vis maior*).- La fuerza irresistible se presenta cuando una fuerza exterior e irresistible actúa sobre una persona y lo convierte en un simple instrumento o fuerza mecánica de un proceso causal, que produce como consecuencia un resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente tutelados. Según la fuerza irresistible provenga de la naturaleza y de seres irracionales o de la mano del hombre se distinguen dos clases: la fuerza física irresistible (*vis absoluta*) también se le conoce como fuerza material, violencia o constreñimiento físico, y es aquella que procede del hombre, y su consecuencia principal de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido, y el que actúa violentado por la fuerza irresistible no sólo responde, sino que su actuación es irrelevante penalmente, siendo un mero ejecutor en manos de otro. La (*vis maior*), se presenta cuando el agente se ve coaccionado por una fuerza sub-humana, es decir, aquella que proviene de la naturaleza (ciclones, terremotos, etc.) o de seres irracionales (animales, perros, bueyes, etc.), en relación a la intensidad de la fuerza se exige que sea irresistible para el hombre, es

decir, que no haya ningún tipo de posibilidad para que el individuo pueda manifestar su voluntad.

ii. *Movimientos reflejos*.- Son respuestas automáticas del sistema nervioso a ciertos estímulos externos que, por consiguiente, la voluntad del sujeto no puede gobernar. No constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad (convulsiones epilépticas, movimientos instintivos de defensa, desmayos, calambres, el cierre del ojo ante la aproximación de un objeto, la momentánea paralización o movimiento primario producido por una picadura de un insecto o el contacto con una corriente eléctrica.

iii. *Estados de inconsciencia*.- En este supuesto, se presenta una total ausencia de las funciones mentales superiores del hombre; no hay presencia de la conciencia, su ausencia es plena. Tampoco existe acción si un sujeto ofende un bien jurídico en estado de inconsciencia a la que llegó involuntariamente por accidente (sueño, sonambulismo, hipnotismo e intoxicación involuntaria).

b) *Caso fortuito*.- Es la inexistencia del delito, por falta de conducta típica, al haber actuado sin dolo ni culpa, suceso accidental en donde el sujeto produce un resultado dañoso, sin intención de causarlo, ni imprudencia alguna, al estar llevando a cabo un acto lícito con el debido cuidado; se presenta cuando el agente realiza un actuar que no puede ser previsto o que habiéndolo sido no era evitable en condiciones normales. Es un hecho imprevisible por el hombre. Para que exista se necesitan de los siguientes elementos:

i. Actuar lícito del agente;
ii. Actuar cuidadoso;
iii. Actuar precavido;
iv. Existencia de un resultado impredecible;
v. Existencia de un resultado típico ajeno al agente. [48]

[48] *Cfr. Ibídem*, pp. 359 a 366.

La **omisión simple**, se define como inactividad actuante; omite el que no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción. Consiste en el no hacer, voluntario (dolo) o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado. No es la ausencia de una acción activa, positiva, sino la infracción de un deber de actuar de determinada manera; en consecuencia, se define por la usencia de una acción esperada, debida y exigida u ordenada por un tipo penal, y no por el mero dato naturalístico de la inactividad o ausencia de movimiento.

Para alcanzar el fin de la omisión, el sujeto tiene que conocer la situación en la que ella debe producir sus efectos, además, tiene que estar en condición de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo (capacidad de planteamiento); por último, tiene que tener la posibilidad real física de emplear los medios elegidos y de ejecutar el acto planteado.

En la omisión simple, no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación causal; en éstos, se determina comprobando que con la hipotética interposición de la conducta debida, desaparece el resultado (evitación); el nexo de evitación funciona en la tipicidad omisiva como el equivalente del nexo de causación.

Las causas que excluyen la acción, son también al mismo tiempo, **causas de exclusión de la omisión**; así, falta en los siguientes casos:

a) Cuando el sujeto no actúa porque carece del poder para hacerlo;
b) No hay omisión si el sujeto ignora la situación que la acción producirá sus efectos (salvavidas no se percata de que una persona se está ahogando);
c) No hay omisión, si el agente carece de poder para seleccionar los medios aptos para alcanzar el objetivo (si la madre, ciega y abandonada a sus propias fuerzas, no consigue encontrar los recursos necesarios para alimentar a la criatura);

d) Tampoco hay omisión, si la persona no tiene la posibilidad física de emplear los medios elegidos (si el sujeto no sabe nadar, y el bote del que podría echar mano para salvar al que se ahoga se halla a una distancia tan grande, que no podrá llegar hasta él oportunamente).[49]

La **omisión impropia**, también se le conoce como **comisión por omisión**, delito espurio, falso delito de omisión u omisión cualificada. Es definida como actividad actuante, o como la no evitación de un resultado; en éstos, la sanción se origina no porque el sujeto haya evitado el resultado, sino porque no lo evitó.

Javier Jiménez Martínez expone, que la omisión impropia comprende los siguientes elementos:

a) Una voluntad o culpa;
b) Inactividad;
c) Deber de obrar (una acción esperada y exigida). [50]

Continúa, en los tipos de omisión impropia se encuentran dos aspectos, uno objetivo y otro subjetivo. El aspecto *objetivo*, comprende los siguientes elementos:

- *Situación típica generadora del deber*.- Lo primero que se necesita es, que tenga lugar la situación típica base del deber de actuar, de la que pueda deducirse el deber de realizar el comportamiento para evitar el resultado.
- *No realización de la acción mandada*.- El tipo de omisión impropia, espera una acción del agente. La ausencia de esa acción, que el derecho exige con arreglo a la situación típica, es lo que constituye la omisión del agente.
- Poder final del hecho de ejecutar la acción mandada *(capacidad para evitar el resultado)*.- La capacidad general de acción, esto es, la posibilidad de que alguien, al que debe imaginarse en la plena posesión de todos los

[49] *Cfr. Ibídem*, pp. 376 a 379.

[50] *Cfr. Ibídem*, pp. 395 a 396.

conocimientos y facultades propios del hombre medio, pudiera realizar la acción exigida.

- *Calidad o calificación del autor (garante)*.- Serán autores en el delito de comisión por omisión, solo aquellos que tienen el dominio final del hecho (para los delitos dolosos) o la dominabilidad final del hecho (para los delitos culposos); solo puede ser autor quien se encuentra obligado a un deber especial (garante) de evitar perjuicios a determinados bienes jurídicos. Son garantes los individuos que asumen deberes específicos para evitar que se genere el resultado típico, esto es, lo que se denomina posición de garante; y para determinar la calidad de garante, se han elaborado las siguientes teorías:

La t*eoría formal del deber jurídico*, establece que el garante tiene sus fuentes en las siguientes instituciones: a) La ley; b) El contrato; c) El actuar precedente; d) Las relaciones especiales de comunidad; y e) La libre aceptación.

La t*eoría material o de las funciones* (Armin Kaufmann), establece que las fuentes del garante se encuentran en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. Explica la posición de garante conforme a las siguientes tesis:

a. *Deberes de protección de determinados bienes jurídicos*.- El garante está encargado de la defensa de un bien jurídico absolutamente determinado contra cualquier ataque independientemente de cual sea su procedencia (función de protección de un bien jurídico), puede fundamentarse en la vinculación natural, en la estrecha relación de comunidad o en la idea de la asunción. Aquí las fuentes del garante son: i) Especiales relaciones naturales familiares; ii) Obligación de controlar una fuente de peligro; y iii) Asunción voluntaria de custodia.
b. *Deberes de control respecto a determinadas fuentes de peligro*.- Se trata de la vigilancia de una determinada fuente de peligro (función de vigilancia de una fuente de peligro), en cuyo caso es indiferente cuáles son, en particular, los

bienes jurídicos concretos a los que les amenazan los peligros procedentes de esa fuente. Según esta tesis, las fuentes del garante en el deber de control de una fuente de peligro, comprende: i) Actuar precedente (injerencia); ii) Deber de control de fuentes de peligro situados en el propio ámbito de dominio; y iii) Responsabilidad por conductas de otras personas.

El derecho penal mexicano, adopta la teoría formal, es decir, para la producción de un resultado, se requiere de un resultado material en sentido físico; la tesis del nexo de evitación. Se dice que el criterio dominante es que el autor deba tener la capacidad suficiente de poder realizar la conducta que ha omitido, es decir, debe existir un nexo de evitación; este nexo de evitación funciona en la tipicidad omisiva como el equivalente típico del nexo de causación; el nexo de evitación, se determina comprobando que con la hipotética interposición de la conducta debida, desaparece el resultado (evitación).

Para la posibilidad de evitar el resultado, es importante establecer que en el caso particular, el garante hubiese podido evitar el resultado, es decir, que en el caso de que el autor hubiera interpuesto la acción indicada el resultado no se hubiera producido.

Respecto del aspecto *subjetivo* de la omisión impropia a que hace mención Jiménez Martínez, señala que, tanto en los tipos penales de comisión, omisión propios e impropios, el aspecto subjetivo es idéntico.[51]

En el delito de omisión impropia, el Juez tiene que definir las condiciones en las cuales la omisión es equivalente a la producción activa del resultado.

Hechos los comentarios anteriores, estudiaremos la forma de realización del delito de fraude. Así, el delito de fraude es de acción, es decir, se requiere de un actuar del sujeto activo, una conducta consciente, voluntaria, con la finalidad de

[51] *Cfr. Ibídem*, pp. 399 a 416.

hacerse de una cosa u obtener un lucro indebido por medio del engaño o aprovechamiento del error en el que se encuentra el sujeto pasivo.

Francisco Pavón Vasconcelos, utiliza la palabra *hecho* al aludir, con relación al fraude genérico, al propio elemento del delito, **conducta**, por tener la más profunda convicción de que en esta figura delictuosa el tipo requiere, necesariamente, un resultado material, *hacerse ilícitamente de alguna cosa* o *alcanzar un lucro indebido*.

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

Continúa, el fraude *comisivo* ha sido aceptado en la ley y la doctrina, ya que la causación del perjuicio patrimonial mediante los medios ordinarios para lograr el engaño (en nuestra legislación, además el aprovechamiento del error) no excluyen la posibilidad de su consumación mediante la omisión impropia o comisión por omisión: el silencio y la ocultación, dice Creus, juegan, pues, como el ardid propio de una estafa, señalando que Núñez, indica que, como fraude determinante del error ajeno, basta que el autor calle u oculte la verdadera condición del bien […] El silencio engañoso y patrimonialmente perjudicial, teniendo el autor la obligación de hablar diciendo la verdad, constituye un caso de comisión de una defraudación por omisión, agregando aquél, como opinión propia, que tal tesis le parece correcta; la disimulación no puede tener otra finalidad que el engaño pero está presente también en el silencio: el agente calla para que el sujeto pasivo no conozca la condición del

bien y contrate como si ella no existiera o fuera distinta. Por su parte, Damianovich de Cerrero, considera que una de las manifestaciones concebibles de la conducta que busca el error determinante de la prestación patrimonial *es el silencio*. Si el agente actúa omisivamente, y este sería un caso de omisión impropia, la solución del problema es la aplicación de las reglas del tipo doloso de omisión. El silencio podría constituir el ardid o engaño, pero para eso, quien lo observa tendría que tener una posición de garante emanada de la ley o del contrato.

Los mencionados comentaristas de la ley argentina parten del supuesto de que el silencio y la ocultación, un no hacer como callar y ocultar la verdad, puede constituir una forma de *ardid* o *engaño*, dado que las normas positivas no contemplan, como la ley nuestra, el aprovechamiento del error en que se encuentra inmersa la víctima. Si, pues, una omisión se considera medio posible para engañar, no tenemos duda de que silenciar un hecho, omitiendo el deber de aclararlo, es una posible forma de defraudar. Algunos difieren de tal tesis, arguyendo que aun supuesta en el pasivo, la existencia del error, requiérase una actuación positiva de parte del agente para obtener el beneficio patrimonial.[52]

Respetando la opinión vertida por aquellos juristas que se ubican en la negativa de la comisión omisiva del fraude y admitiendo que tales casos resultan *excepción* en la forma de ejecución del delito, hemos apuntado y lo reiteramos, la *posibilidad* de que el aprovechamiento del error, mediante un no hacer, esto es, de una omisión comisiva u omisión impropia, sea apto para llevar a la consumación y perfeccionamiento de un fraude simple o genérico, considerando que, como lo expresa Jiménez Huerta, el silencio es un signo ambiguo, más en ocasiones o circunstancias determinadas está henchido de finalidad fraudulenta y disvalor jurídico; quien recibe de más y, al percatarse del error, devuelve la demasía, no comete ningún hecho reprochable, pero si una vez en su poder el dinero, consecuencia viciada por error, al conocer éste decide quedarse con aquél, incumpliendo el deber jurídico de devolverlo, con violación del mandato de hacer,

[52] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *op. cit.,* pp. 265 y 266.

contenido en la norma preceptiva, está realizando una *conducta omisiva* que le produce, como resultado causal de su omisión, un enriquecimiento ilegítimo. En tal hipótesis la conducta, revestida de ilicitud, consiste en una omisión y no en un actuar positivo.[53]

Contrario a los señalado por Pavón Vasconcelos, estimamos que la forma de realización del delito de fraude por omisión impropia o comisión por omisión, no se actualizaría; esto debido a que, del medio comisivo engaño, sin duda se requiere de un actuar positivo, una conducta de acción; pero para el caso del aprovechamiento del error en que otro se halle, como se desprende de la propia descripción típica, se requiere que el sujeto activo se aproveche del error, y si entendemos por aprovecharse, emplear útilmente algo, hacerlo provechoso o sacarle el máximo rendimiento, lo que ocurre en el aprovechamiento, es que la víctima ya tiene una falsa concepción de la realidad, un error, el cual es conocido por el activo, pero lejos de sacarlo del error, utiliza esa circunstancia, se sirve de ello, para hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido.

En consecuencia, emplea, utiliza dicha circunstancia, y para hacerlo se vale del error, el falso conocimiento, no solo no saca del error a la víctima, sino que obtiene un rendimiento de ello, a través de disimular ese error, o reavivar el mismo; lo que razonamos es una actuar positivo, un hacer del sujeto activo y no, una omisión, o un dejar de hacer, puesto que, insistiendo, se aprovecha de la situación; y el hecho de que su actuar deba ser en el sentido de sacar del error a su víctima y no lo hace, no se traduce en un deber jurídico, sino más bien, ello sería analizado dentro de la culpabilidad, al poder y deber haberse conducido de forma distinta.

Por lo que, al ser el fraude, un delito de acción que requiere la finalidad de engañar o aprovecharse del error en el que se encuentra la víctima, no da lugar a algún supuesto de atipicidad por ausencia de conducta, ya que la actividad en el fraude, necesariamente se realiza con intervención de la voluntad del agente; y no

[53] *Cfr. Ibídem*, p. 268.

sería lógico que, se engañe a alguien o se aproveche del error por una fuerza física exterior irresistible del hombre o de la naturaleza, por un movimiento reflejo, estado de inconciencia o caso fortuito.

Cualquier situación en que el sujeto actúe sin voluntad no es medio adecuado para llegar a la obtención de la cosa o del lucro, puesto que la actitud mentirosa supone *plena conciencia* de su parte, lo que no concurre en ninguna de las conocidas hipótesis de ausencia de conducta, tales como la vis absoluta, la fuerza mayor, el sueño, la sugestión hipnótica, etc. De ahí, que se niega que, en el fraude, puedan presentarse casos que den lugar al aspecto negativo de la conducta.

El **sujeto activo**, "es el autor o el partícipe que ha intervenido en la realización del hecho".[54] El **sujeto activo** en el fraude, es el que engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de alguna cosa o bien alcanzar un lucro indebido; sin embargo, puede acontecer que quien se beneficie sea el que engaña o se aprovecha del error, o un tercero.

El **sujeto pasivo**, "es el titular del bien jurídico".[55] El **sujeto pasivo** del fraude, es la persona que resiente el daño patrimonial, aunque en ocasiones no se identifica con la que ha sido víctima del engaño o del aprovechamiento del error.

El sujeto pasivo "de la estafa –dice Maggiore-, puede ser cualquiera. Pero aquí también hay que distinguir entre el paciente del error y del engaño y el paciente del daño, esto es, entre el estafado y el perjudicado. Estas dos cualidades pueden coincidir, pero también estar separadas, si el sujeto pasivo del engaño es persona distinta del perjudicado; al primero le compete técnicamente la calificación de *paciente".*[56]

---

[54] QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Dogmática Penal Aplicada al Sistema Acusatorio y Oral*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2011, p. 20.

[55] *Ídem.*

[56] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *op. cit.,* p. 282.

La **calidad personal del sujeto activo**, “es la cualidad exigida por el tipo penal, misma que permite distinguir entre delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona (delitos comunes) y delitos especiales (propios, impropios o de propia mano), en los que es preciso acreditar una cierta calidad personal en la persona del sujeto activo; y la **calidad personal de sujeto pasivo**, es la cualidad exigida por el tipo penal en la persona titular del bien jurídico”.[57]

El artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, no establece **calidad especial alguna en el sujeto activo o pasivo** del delito, razón por la que cualquier persona puede colocarse en el supuesto de la ley, con la única excepción de que el activo debe ser un sujeto plenamente capaz, imputable.

El **bien jurídico penal**, “representa el valor o el interés que protege la norma penal”[58]; y en el caso del delito de fraude, es el patrimonio el **bien jurídico tutelado**.

Los autores de Derecho Civil, definen al patrimonio como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho (*universitas juris*). Esto es: el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además, por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valorización pecuniaria. Por su parte, los autores de Derecho Penal debaten si esta rama del Derecho necesita elaborar un concepto propio del patrimonio, o bien, si puede emplear el concepto elaborado por los iuscivilistas. Debemos señalar que esta discusión, meramente doctrinal, parece no tener consecuencias prácticas. No hemos logrado encontrar ejecutorias que se

[57] QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *op. cit.*, p. 20.

[58] *Ídem*.

refieran al tema. Al parecer, nuestros tribunales nunca han tenido dificultades para determinar si la conducta del activo lesionó el patrimonio del pasivo.[59]

El **objeto material**, "es la persona o la cosa sobre la que recae la conducta".[60] Es ese sentido, el **objeto jurídico**, en el fraude, se identifica con el patrimonio, el cual constituye el bien tutelado a través de la punición de la conducta o hecho tipificados. El fraude supone la recepción de la cosa por voluntaria entrega que hace la víctima como consecuencia del estado de error en que se encuentra, bien motivada por la engañosa actividad desplegada por el delincuente, o por una situación anterior que es simplemente aprovechada por éste. La apropiación se logra por la entrega que la víctima hace al infractor de sus cosas o derechos en virtud de la actitud engañosa asumida por éste.[61]

A este respecto, Pavón Vasconcelos menciona, que el **objeto jurídico** del delito queda identificado plenamente con el bien tutelado por la norma prohibitiva, y no es otro que el patrimonio. Claramente se advierte que en este delito el patrimonio constituye el bien jurídico materia de tutela de ley. Con toda razón argumenta Jiménez Huerta, que entre los miembros de la comunidad existe un interés jurídico en que las relaciones económicas se desarrollen libres de engaños, maquinaciones y artificios que puedan inducir en error y en que los errores en que pudieren hallarse determinadas personas no sean aprovechados por otras con fines torticeros. Un interés individual de naturaleza patrimonial –subraya- cuya trasgresión ofende los ideales y aspiraciones de la comunidad es, pues, el bien jurídico protegido en el delito de fraude.[62]

---

[59] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.,* p. 157.

[60] QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *op. cit.*, p. 20.

[61] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* pp. 262 y 263.

[62] *Cfr. Ibídem*, p. 283.

Los resultados, hacerse ilícitamente de una cosa, o bien, el obtener un lucro indebido, de la redacción del precepto se infiere que, tanto las cosas muebles e inmuebles, como los derechos patrimoniales, pueden ser objeto del delito de fraude.

Más no basta para integrar el hecho que exista la conducta, conformada por sus citados elementos y el resultado ya precisado, sino que además, se requiere que entre una y otra exista un *nexo de causalidad*, de manera que si el resultado no es consecuencia de la *acción* del sujeto no puede hablarse del hecho objetivo de fraude.

Esto es, al tipificarse que, comete el delito de fraude el que engañando a uno alcanza un lucro indebido, resulta evidente que debe haber una cierta relación entre los términos *engaño* y *lucro*, y que, cuando esa relación no se dé, no se dará el fraude. Para determinar cuál pueda ser esa relación, la doctrina, inicialmente, estudió la idoneidad del engaño para producir el error, que, a su vez, daría lugar al acto de disposición, que, finalmente, produciría el lucro; posteriormente, abandonando el concepto de idoneidad del engaño. Los autores, se han ocupado de estudiar el **nexo causal** que une a los elementos del fraude.[63]

En esa tesitura, Zamora-Pierce expone para la idoneidad del engaño, que éste debe ser adecuado, dicen los autores que estudian la idoneidad del engaño. Quiere esto decir, que sancionaremos como fraudulentos, únicamente aquellos engaños que sean bastante para producir error en otro. Sólo es engaño fraudulento el que crea un riesgo de lesión del patrimonio ajeno. Y, para determinar si el engaño presenta esas características, los autores se han valido, bien de un criterio objetivo, que estudia al engaño en sí, bien de un criterio subjetivo, que examina la víctima del engaño. Los partidarios del criterio objetivo hacen consistir el fraude penal en una grande y evidente impostura (la *magna et evidens calliditas* de Ulpiano), apta para eludir la perspicacia de las personas más avisadas.

[63] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.,* p. 173.

Partidario de esta teoría, Carrara afirmó que, sólo los artificios materiales tienen carácter fraudulento, en tanto que las meras mentiras quedan reservadas al Derecho Civil; teoría que es equivocada, y que, en todo caso, es inaplicable al Derecho mexicano. Quienes sostienen la teoría subjetiva, aprecian la idoneidad del engaño en relación con la capacidad intelectual de la víctima, a efecto de determinar su eficacia en cada caso determinado; se dijo, el engaño que es susceptible de inducir en error a un sensato padre de familia, al hombre promedio, a un hombre que represente la media intelectual de las personas pertenecientes a la categoría social del sujeto pasivo, etc. Esta teoría, hace un uso arbitrario de la tutela penal, pues la niega a quienes, por sus condiciones personales, más la necesitan, y nos lleva a la insensible conclusión de Goenner, quien afirmaba que a ella no tienen derecho los imbéciles.

La teoría subjetiva de la idoneidad acaba, pues, por sostener que todo engaño es idóneo, si produjo error en la víctima; ello nos obliga a determinar si, en efecto, el engaño causó el error. Por esta razón, la doctrina ha abandonado paulatinamente el estudio de la idoneidad del engaño para ocuparse de estudiar el nexo causal que debe unir a los diversos elementos del fraude.[64]

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

En el caso del fraude, nos encontramos ante una verdadera cadena causal, pues el engaño (conducta) es causa del error, y éste, a su vez, es causa del acto de disposición (resultado material). De donde resulta que el error reviste una doble naturaleza, puesto que es efecto del engaño y causa del acto de disposición. El resultado jurídico del delito, expresado en el binomio perjuicio del pasivo/lucro del activo, es, tan sólo, una valoración de las consecuencias que el acto de disposición tiene en el mundo jurídico. Si el error no es efecto del engaño, o bien si el error no es

[64] *Cfr. Ibídem*, pp. 173 y 174.

causa del acto de disposición, se ha roto la cadena causal, y no estaremos ante un fraude.[65]

Pavón Vasconcelos argumenta por su parte, que el problema del **nexo causal** en este delito encuentra solución aplicando la teoría generalizadora de la *conditio sine qua non* (equivalencia de las condiciones), creada por Von Buri, única que, en nuestro concepto, resuelve satisfactoriamente todos los casos que se presentan, ya que suprimida mentalmente, en forma hipotética, la actividad o inactividad del agente, el resultado desaparece, lo que demuestra el carácter condicional de la conducta observada por el sujeto activo del delito en la producción del resultado.[66]

Righi y Valle Muñiz, en cambio, afirman que corresponde aplicar el sistema de la *causalidad adecuada*, es decir, que no cualquier engaño debe ser considerado causal, sino solamente aquéllos que, de acuerdo a la experiencia general, son adecuados para generar un error en la víctima. El concepto de *engaño adecuado* no puede menos que traernos a la memoria al de *engaño idóneo*, lo que nos demuestra hasta qué punto la problemática que la doctrina estudió bajo el rubro de la idoneidad del engaño es la misma a la que ahora se enfrenta bajo el nombre del nexo causal; pues ambas doctrinas se formulan la misma pregunta: ¿Cuándo un error es consecuencia de un engaño?

Al respecto, la doctrina ha realizado grandes avances, pero se encuentra lejos de dar por terminada su labor. Temporalmente, la causa es anterior al efecto; luego entonces, el engaño necesariamente, debe ser previo al error, pues, de lo contrario, no podría ser causa; a su vez, y por la misma razón, el error debe proceder al acto de disposición. Subrayamos, insistentemente, la necesaria anterioridad temporal del engaño, en relación con el error, y de éste respecto al acto de disposición, en virtud de que, en la práctica, hemos conocido numerosos casos en los cuales, por olvidar esa necesaria precedencia temporal, los jueces le han atribuido el carácter de

[65] *Cfr. Ibídem*, p. 178.

[66] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* pp. 269 y 270.

maniobras fraudulentas a aquellas destinadas a posponer, o definitivamente evitar, el cumplimiento de un contrato válidamente celebrado, o a aquéllas que pretendían ocultar el incumplimiento ya ocurrido.[67]

Los **medios comisivos** en el delito de fraude son, el engaño o el aprovechamiento del error. En ese orden, Carlos Fontán Balestra afirma, que "entre mentira y engaño media diferencia. Lo primero supone afirmar una falsedad, cuya creencia queda librada a la buena fe del tercero; lo segundo implica algo más: cierta entidad objetiva que permita reconocer la existencia del nexo causal entre el engaño y el error, de modo que éste no pueda ser atribuido únicamente a la credulidad, que el individuo sólo pueda reprocharse a sí mismo, al menos jurídicamente".[68]

Pavón Vasconcelos Francisco nos señala, que por *engaño*, término sinónimo de ardid, enredo, trampa, artimaña, etc., se debe entender, según Maggiore, un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir a error, de manera más fácil. Precisamente se diferencia del artificio por la característica de ser siempre positivo, o sea, por constituir en una acción. Sobre la palabra *engaño* el diccionario nos ilustra diciendo que significa *falta de verdad en lo que se dice, hace, cree o piensa* y por ello puede decirse que por engaño se entiende *el medio de que se vale el agente para inducir a otro a creer lo que no es*. Escriche nos confirma en esa opinión, al expresar que engaño es la falta de verdad de lo que se dice o hace con ánimo de perjudicar a otro. A diferencia del engaño, que constituye el medio comisivo para *provocar el error*, en el aprovechamiento tal error existe con *anterioridad*, por lo que el agente sólo se vale de esa situación para llegar al fin que de antemano se propuso; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente, conociéndolo se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa. Lo común al engaño y al aprovechamiento del error, es el estado psíquico en

---

[67] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.,* pp. 179 a 181.

[68] REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Delitos Patrimoniales*, 11ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 217.

que se encuentra la víctima: una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude.[69]

Zamora-Pierce Jesús nos dice, que "el engaño consiste en la falta de verdad en lo que se dice o en lo que se hace creer […] Engaño, pues, es sinónimo de ardid, enredo, trampa, treta, artimaña, mentira, maquinación, falacia, mendacidad, argucia o falsedad. El engaño es de naturaleza proteica. No tiene límites, porque es hijo de la imaginación humana, que carece de ellos. Por esa razón el Rey Alfonso el Sabio, en las Partidas, y posteriormente CARRARA, coincidían en señalar que es imposible enumerar todos los medios de los que puede valerse un hombre para engañar a otro".[70]

Igualmente comenta, que los medios engañosos de los que se vale el defraudador pueden ser clasificados en dos grupos: el de las simples mentiras verbales y el de las mentiras que van acompañadas por maquinaciones y artificios. El estafador, cuyo fin es hacer caer en el error a su víctima, se ve naturalmente llevado a apoyar su mentira con apariencias que la hagan creíble, con pruebas objetivas de su veracidad, tales como documentos falsificados o terceros que, al agregar sus afirmaciones a las del activo, lo ayudan a convencer al pasivo. La desaparición de la estafa de nuestra legislación positiva no hace atípica la conducta de quien defrauda mediante maquinaciones y artificios, pues ambos quedan comprendidos en el concepto genérico de engaño, del que son manifestaciones objetivadas.[71]

El fraude, se comete engañando a uno; con el gerundio engañando se refiere, no únicamente a los medios mentirosos de los que se vale el activo, sino también el resultado o consecuencia de los mismos, que es producir en el engañado un estado subjetivo de error. El pasivo está en error cuando cree cierto lo que es falso, cuando se forma una representación mental que no corresponde a la realidad, cuando, en

---

[69] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* pp. 270, 271, 274 y 275.

[70] ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.,* pp. 28 y 29.

[71] *Cfr. Ibídem*, p. 82 y 83.

fin, es llevado, por engaño, a concebir un falso temor de un mal o una falsa esperanza de un bien. Debemos distinguir entre error e ignorancia. El error es un concepto equivocado, la ignorancia es la ausencia de todo concepto. Errar es saber mal; ignorar es no saber. Sólo un ser inteligente puede comprender, puede juzgar y, en consecuencia, puede equivocarse, únicamente un sujeto pensante es víctima potencial de error.

De aquí surge el problema de saber si puede engañarse a incapaces, a aparatos mecánicos o electrónicos o a personas morales. Así, el requisito de la capacidad no deberá determinarse conforme a las reglas del Derecho Civil, sino en relación con las exigencias del tipo del fraude, y conforme a ellas, lo decisivo será si el sujeto pasivo tenía en el caso concreto el grado de madurez y sanidad mental necesarios para conocer de los hechos brindados a su conocimiento, y tomar resoluciones de acuerdo con ese conocimiento. Conforme a ese criterio, el menor de 18 años y el enfermo mental pueden, en ciertos casos, ser engañados.

Respecto a la eficacia o idoneidad del engaño, Eusebio Gómez argumenta, que la investigación de la idoneidad del engaño es imprescindible para establecer el nexo de causalidad entre él y la prestación verificada, considerando no sólo la naturaleza misma del engaño, sino también, y muy particularmente, las condiciones personales del engañado, y como afirma Antonio Quintano Ripollés, puede haber maniobras del más burdo contenido, como los embelecos supersticiosos gitanescos, que producen el resultado apetecido sobre campesinos de mínima cultura, pero que no pasan de ser graciosos pasatiempos ante personas cultas, pese a ser la misma cantidad de engaño utilizado. Enrique Pessina sostiene que la intensidad del engaño no debe medirse sobre la base de la prudencia mediana, sino con arreglo a las condiciones intelectuales personales del engañado en cada caso. Sin embargo, advierte Vicenzo Manzini que los conceptos de engaño y de buena fe deben presuponer en el sujeto pasivo condiciones mentales que respondan, al menos, al mínimum de normalidad.[72]

[72] *Cfr.* REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.*, p. 220.

Existen aparatos mecánicos, eléctricos o electrónicos empleados para medir, para registrar, para distribuir cosas o para prestar determinados servicios, tales como los contadores de gas, de agua y de energía eléctrica, taxímetros de vehículos, distribuidores de cigarrillos, de chocolates, de boletos y billetes, etc. El uso indebido de estos aparatos puede servirles, tanto al propietario como al usuario, para obtener un beneficio indebido, mediante una conducta que, según el caso, constituirá el delito de fraude, el de robo, o bien será atípica.

Quien, mediante una moneda falsa o por cualquier otro medio ilícito, pone en marcha los mecanismos del aparato, y logra obtener el producto que este expende, comete el delito de robo, y no el de fraude, pues estamos ante un apoderamiento, y no ante un engaño, por falta de un cerebro humano que pueda ser llevado a error. Pero, si el aparato proporciona servicios, y no cosas, cual es el caso de los teléfonos, o de los juegos mecánicos, la conducta será atípica, pues un servicio no es una cosa mueble cuyo apoderamiento pueda tipificar el robo.

En cambio, comete el delito de fraude quien altera las mediciones o registros del aparato únicamente como medio para hacer incurrir en error a un ser humano y, por esta vía, obtener un lucro ilícito. Este es el caso de quien se vale de los llamados *diablitos* para alterar los registros de los medidores de luz, gas o agua, y, por ese medio, hace incurrir al empleado de la compañía en el error de creer que el consumo es menor que el real.

El planteamiento jurídico es el mismo en el caso de las computadoras. Quien se vale de una tarjeta robada o falsificada, o de cualquier otro medio, para obtener dinero de una caja automática bancaria, comete el delito de robo, y no el de fraude, en virtud de que no ha engañado a nadie. Pero será un estafador aquél que, mediante una computadora, logre alterar los registros bancarios, y, en esa forma, haga creer a los empleados del banco que el saldo de su cuenta es superior al real.[73]

[73] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.*, p. 93, 97 y 98.

Zamora-Pierce expone, que las personas morales son creaciones del Derecho, carecen de una mente y, en consecuencia, no pueden ser engañadas. Ello no equivale a decir que no pueden ser víctimas del fraude. Recordemos que las personas obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos; luego entonces, engañando a la persona física que actúa como representante de la persona moral, podemos llevarla a tomar un acto de disposición patrimonial en perjuicio de esta última. Es el llamado fraude en triángulo. En todo caso, para que podamos afirmar que se ha cometido el delito de fraude, es requisito *sine qua non* el engaño del representante. En las hipótesis en las que éste, sin saber engañado ni incurrir en error, con pleno conocimiento de causa, participa con el tercero en los actos que dañan el patrimonio de su representado, podrían tipificarse otros delitos, más no el de fraude.[74]

También nos dice, que la doctrina, en general, acepta que no es constitutiva de fraude la simple exageración de las cualidades de un producto por vía de propaganda. Esos *engaños* publicitarios no son delictuosos porque a nadie engañan. Todos tenemos conocimiento de su naturaleza mercantil y, automáticamente, los descontamos antes de tomar nuestra decisión de adquirir el producto. Mientras que tales *engaños* se mantengan dentro de los límites de la simple propaganda mercantil, ni hay engaño, ni hay error, no hay relación causal entre ambos.[75]

En el **aprovechamiento del error**, el error le es imputable a la víctima o a un tercero. El estafador no engaña al pasivo, luego entonces no provoca el error en que éste se encuentra, 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 el estado psicológico de error en el que se encuentra el pasivo.

---

[74] *Cfr. Ibídem*, p. 99.

[75] *Cfr. Ibídem*, pp. 90 y 91.

En algunos casos, el agente refuerza y aviva el error en que se encuentra el pasivo, y activamente impide que salga de él. El tipo de fraude por aprovechamiento del error queda, en consecuencia, reducido a la hipótesis en que el defraudador guarda silencio ante el error del pasivo, permitiendo que el mismo resulte en su ilícito beneficio.[76]

El fraude por *engaño*, y el fraude por *aprovechamiento del error*, tienen los mismos elementos. Esto quiere decir que este último tipo exige también que el pasivo tome un acto de disposición patrimonial que permite al activo hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido, que exista una relación causal entre el error y el acto de disposición, así como entre éste y el lucro indebido, y, por último, que el defraudador actúe movido por un ánimo específico de lucro previo al acto de disposición.

Luego entonces, el estafador debe conocer el error en el que se halla el pasivo, y debe guardar un silencio doloso, en espera del acto de disposición patrimonial que habrá de beneficiarlo. Si olvidamos esto estaremos en riesgo de violar la prohibición constitucional de la prisión por deudas.

Así, por ejemplo: si Primus piensa, equivocadamente, que adeuda una determinada cantidad a Secundus, y si, motivado por esa errónea creencia, remite esa cantidad a Secundus por correo, o bien la deposita en su cuenta bancaria; Secundus, quien sólo con posterioridad se entera del error en que incurrió Primus y del acto de disposición que por ello tomó, no ha incurrido en las dolosas omisiones que nuestra ley sanciona a título de aprovechamiento del error. Incluso si, con posterioridad, Secundus se rehusara a devolver el pago que indebidamente se le hizo, su conducta podría serle reprochada únicamente a título civil, como enriquecimiento ilegítimo, mas no puede pretenderse que tipifica el delito de fraude por aprovechamiento del error, pues ello obsta la falta del previo dolo.[77]

---

[76] *Cfr. Ibídem*, p. 105.

[77] *Cfr. Ibídem*, pp. 106 y 107.

Por cuanto al **resultado material**, el fraude es un delito *instantáneo*, *material* y de *daño* o de *lesión*. Es *instantáneo* en virtud de que la disminución del bien jurídico revela la consumación instantánea del delito; en el momento en que el sujeto activo se hace de la cosa o alcanza el lucro indebido, el fraude se ha consumado. Es un delito *material* por requerir un resultado de tal índole (la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurrente con ella, así como la obtención del lucro indebido), con independencia de los medios comisivos: engaño o aprovechamiento del error.

En el mismo sentido, Jiménez Huerta comenta que el fraude, es "un delito *material* o de *resultado* pues su integración conceptual presupone el desplazamiento o la disminución patrimonial que implica el acto de disposición […] En virtud de que el resultado en el fraude implica una efectiva disminución en el patrimonio, bien protegido por la norma penal, este delito es de *daño* o de *lesión*, contrariamente a aquellos delitos en que la acción u omisión del sujeto sólo amenaza, con *probabilidad* de lesión, el bien tutelado (delitos de peligro)".[78]

Jesús Zamora-Pierce, explica que el fraude es un *delito de auto-lesión*, en el cual el sujeto víctima del engaño coopera con el estafador, tomando voluntariamente, si bien es cierto que con una voluntad viciada por el error, las disposiciones patrimoniales que han de producir el perjuicio del pasivo, y el correspondiente lucro del activo. El acto de disposición será la piedra de toque gracias a la cual distinguiremos, normalmente, el fraude del robo, pues, siendo ambos delitos que lesionan el patrimonio de la víctima, en el segundo el ladrón se apodera de la cosa, en tanto que en el primero es la propia víctima quien voluntariamente hace entrega de la cosa. Esta regla, válida en términos generales, admite, no obstante, excepciones. Tal es el caso del robo con violencia, en el que la víctima entrega la cosa, más no por error, sino en virtud de la violencia que sobre ella se hace.

[78] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* p. 277.

Por lo que, por acto de disposición entiende cualquier conducta que transfiere, grava, extingue, o de cualquier manera afecta alguno de los derechos que integran el patrimonio de la víctima. El acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido, entonces, genéricamente, como aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero. Es el nexo causal entre el engaño y el perjuicio, el cual sin dicha disposición no podrá ser imputado a la conducta engañosa, al menos a título de estafa. El acto de disposición puede presentarse como una mera permisividad o tolerancia.[79]

En el mismo orden, el referido autor también expone lo que denomina el fraude en triángulo, al explicar, el acto de disposición puede realizarse sobre un patrimonio ajeno, luego el engañado y el perjudicado pueden no ser la misma persona. La separación entre el disponente, sujeto pasivo del engaño, por una parte, y la víctima del daño patrimonial, por la otra, puede darse siempre que una persona tenga facultades de disposición sobre un patrimonio ajeno. Así, engañando al albacea, al tutor, al mandatario, al administrador, al gerente, al comisionista, al factor o al servidor público, puede llevárseles a tomar un acto de disposición que lesione el patrimonio de la sucesión, del menor, del mandante, de la sociedad, del comitente, de la empresa o de la Nación. El engañado-disponente debe disfrutar ya, con anterioridad al engaño, de ese poder de hecho sobre la cosa que le permite hacer entrega de ella al defraudador. En caso contrario, es decir, si el activo, mediante el engaño, logra que su víctima se apodere de una cosa para entregársela, estaremos ante un robo en autoría mediata, y no ante un fraude.[80]

En principio, “las únicas situaciones que pueden estimarse constitutivas de atipicidad en el fraude son: a) ausencia de los medios comisivos, y b) ausencia del objeto jurídico. En el primer caso, la ausencia del engaño o del aprovechamiento del error para obtener la cosa o el lucro, hace desaparecer el delito; el uso de tales

[79] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.*, pp. 113 a 115.

[80] *Cfr. Ibídem*, pp. 120 y 121.

medios comisivos, para hacerse de la *cosa propia*, cuando no se causa perjuicio a tercero, *tampoco* integra el delito. En ambas situaciones habrá atipicidad del hecho por faltar la adecuación de éste al tipo legal".[81]

2.3. Elementos Subjetivos (dolo, culpa, elementos subjetivos específicos).

El **dolo** "se entiende simplemente como *conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito* […] se puede mantener que tanto el conocimiento como la voluntad son los elementos básicos del dolo".[82]

El **dolo** es el contenido mismo de la voluntad del autor; es el ámbito psicológico o subjetivo de la conducta; es el querer de la conducta; es la voluntad de realizar la conducta típica.

La conducta típica previene siempre la conducta de alguien que afecta a un tercero, y en ella queda recogida su voluntad que implica el dolo. Por esto, el tipo penal aparece conformado por un elemento objetivo y por otro subjetivo, además del normativo mismo.

Este dolo típico es el que tiene que darse en la tipicidad, a fin de que la conducta cuya tipicidad se analiza, sea atribuible al tipo penal correspondiente.

En resumen, dolo es el *conocimiento* y el *querer* conducta típica, o lo que es lo mismo, en la perspectiva del análisis normativo del tipo, el dolo como elemento del tipo penal es el *conocimiento* y el *querer* de la parte objetiva y normativa del tipo. **Dolo** es *querer el resultado típico*, en todo su ámbito situacional; es la voluntad de realizar el tipo objetivo o parte objetiva del tipo, guiada por el conocimiento. Es una

---

[81] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* p. 287.

[82] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, 3ª ed., Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A., 2010, p. 53.

voluntad que presupone el conocimiento, por esto, con razón, se afirma que dolo es representación y voluntad.

Dentro de la *sistemática causalista* del esquema Lizt-Beling y los que derivan de éste, el dolo aparece estudiado en el ámbito de la culpabilidad, entendida como elemento subjetivo del delito, después de haber concluido el estudio del elemento objetivo, en que aparecían comprendidas en su concepción original, la tipicidad y la antijuridicidad, lo que obviamente, implicaba la consideración de un dolo ya valorado o dolo malo.

Posteriormente, con los avances del *Causalismo valorativo* y de la *concepción finalista* que llevó a considerar y estudiar el dolo como un elemento del tipo, y por tanto, en la teoría del delito, dentro de la tipicidad como elemento subjetivo de la conducta típica, esto implicó, el análisis de un concepto de *dolo neutro*, *dolo natural* o *dolo sin sangre*, no valorado aún como *dolo malo* o *dolo culpable*, en tanto que aún no referido a un injusto penal, caracterizado ya como conducta típica y antijurídica, por lo que el dolo naturalmente suponía el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, como sí acontecía en la doctrina causalista precedente.

A ello, Malo Camacho opina, vale observar que la misma es equívoca, toda vez que tanto el dolo natural como el dolo malo suponen una específica valoración. En efecto, el dolo natural al aparecer como la parte subjetiva del tipo penal, supone, ya, por lo mismo, una valoración específica del legislador acerca de aquélla; es, precisamente la valoración típica normativa de la ley. Tal valoración, sin embargo, no aparece referida aún a una determinada conducta en concreto, sino que es estrictamente la prevista en la ley.[83]

El *dolo valorado* o *dolo malo*, en cambio, es aquél que comprende tanto el aspecto subjetivo de la conducta típica, como también la de la antijuridicidad, razón por la cual, su contenido supone la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es

[83] *Cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, p. 356.

decir, exige no sólo que la persona haya cometido una conducta típica, sino que tenga conciencia de que tal conducta es delictiva. Por esta razón, supone la presencia de un delito en sentido estricto (conducta típica y antijurídica), cuyo d*olo malo* deberá ser revisado y valorado en la culpabilidad, a fin de que, en caso de no quedar excluido por alguna razón (error de prohibición), permita concretar la punibilidad a través de la individualización de la pena.

La severa crítica planteada a tal sistemática, deriva de que la conducta, así prevista y analizada como el elemento objetivo por excelencia, queda desgajada de su contenido interno, la voluntad, cuyo análisis aparece recogido sólo hasta el ámbito de la culpabilidad, lo que lleva a sustituir, el verdadero contenido de la voluntad de la conducta, por un concepto *mecanista* y *fisiológico* de enervación muscular que intenta sustituir a la voluntad, para explicar el movimiento que supone la conducta, razón por la cual, esta última queda privada de su contenido más íntimo y definitorio que permite explicar a la conducta a partir de la finalidad de quien actúa.[84]

Así, el dolo es el querer el resultado típico o expresado de otra forma, es el querer de la parte objetiva y normativa del tipo. Este *querer*, sin embargo, implica invariablemente que la persona conozca o se haya representado su contenido, ya que no se puede querer lo que no se conoce.

A partir de dichos dos vértices, la voluntad y el conocimiento, es que se ha dado la evolución histórica de la noción conceptual del dolo.

- *Teoría de la voluntad del dolo*.- Entendía a éste a partir de su contenido volitivo, el dolo era estrictamente el querer.
- *Teoría de la representación del dolo*.- Lo fundamental del dolo era el conocimiento y la representación que la persona tenía acerca del contenido de la voluntad que significaba el dolo.

[84] *Cfr. Ibídem*, pp. 356 y 357.

Ahora bien, el **dolo** está constituido por dos elementos: uno *intelectual* o *cognitivo* y otro *volitivo*.

a) *Elemento intelectual*.- Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica. El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial, es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo.

En algunos casos se habla de la *valoración paralela en la esfera de lo profano*, es decir, el sujeto ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de tales elementos; y la vertiente negativa del elemento intelectual del dolo es el *error* que da lugar a que el dolo no exista, determinando, en su caso, la existencia de imprudencia si se dan los elementos conceptuales de esta.

b) *Elemento volitivo*.- Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no se confunde con el deseo o con los *móviles* del sujeto. Supone la voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el actor cree que puede realizar; de algún modo el querer supone además el saber, ya que nadie puede querer realizar algo que no conoce. [85]

En otras palabras, el dolo, en tanto que voluntad individualizadora del tipo, reconoce en su estructura dos aspectos básicos:

a) El elemento cognoscitivo o representativo del dolo; y

b) El querer o elemento volitivo del dolo.

El **elemento de la representación o conocimiento del dolo**. El dolo no es sólo querer, es querer algo que el sujeto previamente se ha representado y, por lo mismo, conoce, pues no se puede querer lo que no se conoce. En relación con éste,

[85] *Cfr.* MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, pp. 53 a 55.

vale distinguir entre el conocimiento en sí, y la posibilidad del conocimiento, es decir, el *conocimiento efectivo* y el *conocimiento potencial*, el cual, en sentido estricto, es un no conocimiento de algo que es susceptible de ser conocido, pero que no se conoce.

El dolo requiere un *conocimiento efectivo*, no siendo suficiente el conocimiento potencial para integrarlo. El conocimiento efectivo puede ser un conocimiento actual o un conocimiento actualizable.

El *conocimiento actual* es el que se tiene sobre un objeto sobre el cual se focaliza la actividad consciente de la persona. Es conocimiento actualizable, aquel en donde si bien el individuo tiene un conocimiento real y efectivo del objeto, sin embargo, éste no aparece como el centro de la focalización de su actividad consciente en el momento en que ocurren los hechos penalmente relevantes; tal conocimiento, será focalizado, en la medida en que pensando en ello, la persona concentre allí su actividad consciente, lo que en su caso originará que dicho conocimiento deje de ser actualizable para convertirse en un conocimiento actual.

Como se mencionó anteriormente, el dolo, en el sistema finalista, en cuanto elemento de la conducta típica no implica el conocimiento de la antijuridicidad, sino sólo el conocimiento que corresponde a la parte objetiva y normativa del tipo, no así al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, que exige el conocimiento de estar obrando en contra de lo ordenado por todo el orden jurídico, es decir que no existen legitimantes, que es el paso siguiente del análisis estratificado del delito. Es indispensable que el conocimiento abarque todos los aspectos objetivos de la conducta típica, y también, como parte del conocimiento consideramos que son exigibles igualmente los elementos normativos del tipo. Es suficiente el conocimiento que puede tener una persona normal, sin que sea exigible el conocimiento del especialista o del profesionista calificado.

Por ello, el dolo presupone la previsibilidad del curso causal y de la producción del resultado.

El elemento volitivo del dolo, implica el querer que se habrá de manifestar y exteriorizar en la dirección deseada. Este aspecto volitivo del dolo lleva a la necesidad de plantear las diversas formas en que se presenta la voluntad o querer:

a) *Dolo directo*.- Se presenta cuando el autor quiere la producción de un resultado típico; cuando quiere la realización de todos y cada uno de los elementos objetivos y normativos del tipo. Existe una coincidencia plena entre la voluntad del autor y el resultado producido.

Esta clase de dolo puede, a su vez, distinguirse en grados. En el llamado *dolo directo de primer grado* el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de mera actividad), el autor quería matar y mata, quería dañar y rompe la cosa.[86]

b) *Dolo eventual*.- El agente no quiere producir el resultado típico, sin embargo, en el interés de alcanzar el fin que se propone, está dispuesto a aceptar las consecuencias que pudieran derivar de su conducta y hecho típico, aun cuando desee que estos no se produzcan. En sentido estricto no existe la voluntad de causar el resultado típico y antijurídico, pero es asimilada a ésta, para los efectos de su responsabilidad penal, su aceptación de las consecuencias del resultado producido.

El sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización; el sujeto no quiere el resultado pero cuenta con él, admite su producción, acepta el riesgo, no le importa lo que pase. El dolo eventual constituye, además, la frontera entre el dolo y la imprudencia, sobre todo con la llamada imprudencia consciente.[87]

---

[86] *Cfr. Ibídem*, p. 56.

[87] *Cfr. Ibídem*, pp. 56 y 57.

La figura del **dolo eventual** guarda relación y a su vez establece su diferencia con la *culpa con representación* o *culpa consciente*, en donde también se da un resultado típico y antijurídico que en sentido estricto no es querido, pero en donde, a diferencia del dolo eventual, el agente, confiando en su pericia o en sus capacidades, da por entendido que dicho resultado no habrá de producirse, es decir, en la voluntad del autor, no existe una aceptación psicológica acerca de la producción del resultado típico, que es precisamente, lo que identifica al dolo eventual, razón por la cual no hay dolo, y sí, en cambio, se da la culpa, siempre que en términos de la ley penal, la culpa aparezca punida. Se establece así, la diferencia y el límite entre el *dolo eventual* y la *culpa consciente*.

Para distinguir el dolo eventual de la imprudencia, se han formulado principalmente dos teorías:

- La *teoría de la probabilidad*, admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción, y a pesar de ello actúa, siendo indiferente que admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá imprudencia consciente o con representación. Contra la teoría de la probabilidad se afirma que deja sin valorar una parte esencial del dolo: el elemento volitivo y que, por otra parte, no siempre la alta posibilidad de producción de un resultado obliga a imputarlo a título de dolo.
- La *teoría de la voluntad o del consentimiento*, para ésta no es suficiente con que el autor se plantee el resultado como de probable producción, sino que es preciso que, además, se diga aun cuando fuere segura su producción, actuaría (formula de Frank). Hay, por el contrario, imprudencia si el autor, de haberse representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar. Las objeciones que se han formulado, son porque presume algo que no se da en la realidad: que el autor se plantea lo que haría en caso de que el resultado fuere de segura producción; se basa en confrontar al delincuente con

el resultado, cuando este todavía no se ha producido, imaginándolo como efectivamente acaecido.[88]

c) *Dolo indirecto*.- El resultado producido no se desea, pero se tiene la certeza de que habrá de producirse, es decir, se acerca al caso del dolo eventual, del cual, sin embargo, se diferencia porque en este último no existe la certeza de la producción del resultado no querido, en tanto que el dolo directo de segundo grado o dolo indirecto, sí. Esta figura, es frecuentemente mencionada por la doctrina como el dolo de consecuencias necesarias.

Dentro del dolo directo se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende; no basta con que prevea la consecuencia accesoria, es preciso que, previéndola como de necesaria o segura producción, la incluya en su voluntad, en estos casos se habla de *dolo directo de segundo grado.*[89]

Los elementos subjetivos diversos del dolo de la conducta típica, son los que a continuación se analizan:

1. *Elemento subjetivo de intención trascendente*.- Aparece en aquellos tipos en donde la subjetividad exigida en la conducta típica va más allá de la realización objetiva exigida. De esos existen dos casos:

a. *Delitos de resultado cortado*.- En este caso el legislador prescinde del resultado y le es suficiente el acto (el delito de difundir noticias falsas con el fin de alterar los precios).

b. *Delitos de dos actos reducidos a uno*.- Estos delitos, también llamados delitos de dos resultados incompletos, suponen la realización de dos conductas, pero sólo respecto del primero exigen la realización del acto,

[88] *Cfr. Ibídem*, pp. 57 y 58.

[89] *Cfr. Ibídem*, p. 56.

en tanto que para el segundo, solo lo enuncia (adquirir títulos al portador falsos, para ponerlos en circulación).

2. *Elemento subjetivo de la tendencia*.- Se da en aquellos casos en donde la acción aparece perpetrada por una *ultraintensión* derivada de un ánimo específico, ante cuya falta el delito no se presenta (abuso sexual es necesario que los tocamientos que se realizan, lleven una cierta tendencia lasciva).
3. *Elemento subjetivo de expresión*.- En donde la subjetividad exigida por el tipo, supone una cierta inconformidad o disconformidad entre la realidad y lo actuado (delito de falso testimonio).
4. *Elemento subjetivo psicológico situacional*.- Expresa una determinada relación del sujeto agente con la situación en que se encuentra, lo que lógicamente está más allá de la mera exigencia del dolo (delitos cometidos por los funcionarios públicos).
5. *Elemento subjetivo de ánimo*.- Implica elementos referentes a la personalidad del sujeto agente (cuando la ley hace referencia al ensañamiento).[90]

Los *elementos subjetivos específicos*, "se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito […] Algunas veces el elemento subjetivo consiste en un especial móvil o tendencia que no pertenece al tipo injusto, sino al de la culpabilidad".[91]

Ahora bien, el Código Penal para el Distrito Federal, establece en su artículo 18, que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente; y obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Cuando el sujeto activo obra con error respecto de algún elemento del tipo penal, da lugar a un error de tipo; en el **error de tipo**, el autor debe conocer los

[90] *Cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, pp. 354 a 370.

[91] MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 63.

elementos objetivos integrantes del tipo de injusto; cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por eso se llama error de tipo. El **error de tipo**, igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse, por tanto, a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva o normativa, respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una valoración paralela en la esfera del profano, para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo. Puede recaer sobre distintos elementos típicos, de acuerdo con ello se distingue entre:

a) Error sobre el objeto de la acción.
b) Error sobre la relación de causalidad.
c) Error en el golpe (aberratio ictus).
d) Dolus Generalis. [92]

La *teoría del error sobre la causalidad*, se ocupa de los casos en que se da un error en el proceso de ejecución de la voluntad dirigida a la comisión del delito, y que se diferencian de los casos regulares del error, donde éstos últimos se vinculan no con el error en el proceso de ejecución, sino con el error en el proceso de formación a la voluntad, destruyéndola o siendo irrelevantes para la misma, y cuyo estudio corresponde a la culpabilidad.

Los casos más frecuentes de *error sobre el proceso de ejecución del delito* son:

- *Aberratio ictus*.- Se produce cuando el autor dirige su conducta hacia una cierta persona pero por un error en el golpe, error que incide en el proceso de ejecución de la voluntad, afecta a otra persona diversa de aquella a la que se quería afectar, o bien se causa un daño en la víctima, diverso del querido y aceptado (homicidio, se comete lesiones).
- *Aberratio in personam*.- Se presenta como otro caso de error en el proceso de ejecución, aquí, el individuo no yerra en el golpe, sino que atina en el blanco,

[92] *Cfr. Ibídem*, pp. 61 y 62.

sin embargo, el autor, desde un principio ha equivocado a la persona, toda vez que pretendiendo lesionar a un sujeto B y creyendo que se trata de él acierta en el blanco que resulta ser C.

- *Aberratio in objetum*.- El error en el objeto, por su parte, hace referencia al error que deriva de dirigir la conducta en contra de un cierto objeto, pero en lugar de afectar éste, daña otro.
- *Dolus generalis*.- Es el error que recae sobre la causalidad; se presenta cuando el autor cree haber alcanzado el resultado típico por él propugnado, siendo que este sobreviene, como consecuencia de un curso causal distinto.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 29, relativo a las causas de exclusión, regula que el delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad; y habrá causas de atipicidad, entre otras, cuando el agente obre con error de tipo: a) Invencible; y b) Vencible, que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa; ya que, en caso de que el error de tipo sea vencible, y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y la penalidad será la del delito culposo.

Los **delitos imprudentes** o **culposos** son, *tipos abiertos*, en el sentido de que una característica del tipo del injusto debe ser completada por vía judicial o doctrinal. El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la conducta realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar y que cualquier persona situada en las circunstancias del autor podía haber observado.[93]

Los tipos culposos, no individualizan la conducta en razón de su finalidad (la que, sin embargo, sí tiene), sino por la forma en que se intenta alcanzar dicha finalidad, la que siempre implica la *violación a un deber de cuidado*. En los delitos

[93] *Cfr. Ibídem*, pp. 67 y 68.

culposos, éstos se caracterizan porque en el proceso causal que se inicia por la exteriorización de una voluntad finalísticamente determinada, constituida por la conducta, el autor viola un deber de cuidado que le es exigido por la ley penal, ocasionando como consecuencia un resultado antijurídico. Así, lo que hace penalmente relevante al delito culposo es la violación al deber de cuidado en la realización de la conducta, único a la producción del resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente protegidos.

La ley mexicana, sigue el sistema punitivo del *numerus clausus* o sistema cerrado, es decir, que sólo puede haber culpa en los casos expresamente determinados en la ley, que se distingue del sistema denominado del *numerus apertus* de la culpa, o sistema abierto, en donde, en general todas las conductas previstas en la ley como dolosas pueden ser cometidas en forma culposa, siempre que la naturaleza de la propia figura lo permita. Por ello, el artículo 76 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, establece cuáles son los delitos que únicamente se sancionarán como delitos culposos, entre los que no se incluye el delito de fraude, previsto en el diverso 230 del mismo ordenamiento.

El *Causalismo naturalista*, para explicar la culpa, la funda en la búsqueda de ciertos elementos relativos a la voluntad, que permitiera explicar y afirmar el contenido de la culpa frente al dolo y, así, fue necesario distinguir entre la culpa consciente o culpa con representación, de la culpa inconsciente o culpa sin representación. En la primera, en la medida en que había representación, era admisible entender que había voluntad respecto del peligro, lo que permitía observar, en el trasfondo, un cierto concepto de dolo de peligro que se acercaba al concepto al dolo regular de la conducta, con lo que era posible, o al menos así se entendía, el poder encuadrarlo dentro del esquema de una culpabilidad construida precisamente como el nexo de relación psicológica o voluntad de resultado, o dolo valorado en sentido estricto. Esto mismo había de llevar a Kolroush a observar, en algún momento, que toda vez que en la culpa sin representación o culpa inconsciente no era posible hacer la identificación señalada, debía concluirse, como consecuencia

que, en tal caso, no había culpa y por lo mismo, ésta estaba excluida del derecho penal.

Para el *Causalismo valorativo*, empieza a ser entendido el contenido de la culpabilidad como reproche al autor por haber cometido el injusto penal, sustituyendo el contenido precedente de la culpabilidad como relación psicológica derivada del haber querido cometer el delito. Enguish, centra el interés de la culpabilidad en función del sentimiento y en relación con esto, se ocupa del concepto del cuidado necesario, con lo que da origen a un inicial interés por el cuidado objetivo en el ámbito del delito culposo.

En el *Finalismo*, Hans Welzel, en el delito culposo señala que, se presenta una finalidad que es potencial, lo que significa que continúa manteniendo la concepción de la estricta causalidad en el caso del delito culposo, entendiendo el resultado causado sobre la base del cuidado objetivo exigido, con lo cual, incorpora en la consideración de la culpa un cierto ámbito de valoración. En el caso del delito culposo, lo relevante, no es la finalidad de la conducta en sí, sino el modo o forma en como se ha realizado ese proceso causal, en el cual se exige un cierto cuidado, independientemente de reconocer que esa conducta culposa a su vez tiene como origen una conducta final, tan final como la que se da en el caso del delito doloso o como la que se da en cualquier conducta, penal o no penal, ya que la finalidad es propia de la manifestación de la voluntad del ser humano que siempre mira a la consecución de un objetivo o fin determinado.

Si se desconoce cuál es la finalidad perseguida por la persona con su conducta, no es posible determinar cuál es el deber de cuidado que incumbía al agente, dentro de las circunstancias de ámbito situacional en que la misma se presenta. No existe un deber de cuidado abstracto y general, sino que cada tipo delictivo que previene un delito culposo, supone un específico deber de cuidado.

En el análisis de la conducta típica culposa, para precisar el deber de cuidado, se hace necesario determinar la profesión, el oficio o la específica finalidad de la conducta de la persona, para estar en posibilidad de determinar el contenido preciso del deber de cuidado y, así estar en aptitud de cerrar el tipo abierto que supone la figura delictiva del tipo culposo. Precisamente la definición del deber de cuidado es lo que cierra el tipo descrito en la ley.

El *deber de cuidado*, supone un componente subjetivo y normativo específico del tipo culposo y, por tanto, de la conducta típica, por lo que aparece invariablemente en todos los tipos culposos, siendo necesario precisarlo y cerrarlo. En las conductas culposas, al igual que en las dolosas, de resultado material, tiene que existir una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

La acción prohibida en el delito culposo, no se individualiza por el fin en sí mismo, como en el caso del delito doloso, sino que se individualiza por la forma de seleccionar los medios y dirigir la causalidad para la obtención del fin perseguido con la conducta; por esta razón es siempre necesario conocer la conducta y la voluntad que la dirige. Es indispensable que el resultado producido, para ser típico de un delito culposo, sea precisamente como consecuencia de la violación al deber de cuidado y no que solo implique una relación de causalidad respecto de la conducta y que la violación al deber de cuidado se refiere a algún aspecto independiente. Para evaluar esta relación de determinación vale recurrir al planteamiento de una hipótesis: ¿Si en el caso concreto, la conducta hubiera sido cuidadosa, se habría producido el resultado? La respuesta, es la pauta para definir la relación de determinación señalada.[94]

El concepto de *cuidado* es, “en primer lugar, un concepto objetivo y normativo. Es objetivo, por cuanto no interesa para establecerlo cuál es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada.

[94] *Cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, pp. 440 a 442.

Ello supone además un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente. Dos son los elementos de este juicio normativo: uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la conducta que, conforme a un juicio razonable (objetivo) eran de previsible producción (previsibilidad objetiva); y otro valorativo, según el cual solo es contraria al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente".[95]

El *deber de cuidado* generalmente aparece recogido en la ley; cuando así acontece, la violación al deber de cuidado encuentra un fundamento reglamentario; al respecto, sin embargo, debe tenerse presente que las violaciones a reglamentos administrativos no necesariamente implican la comisión de un delito, salvo cuando las mismas pueden suponer precisamente la violación de un deber de cuidado penalmente exigido.

Por otro lado, al igual que en el caso del tipo doloso, el tipo penal culposo, en su conformación, además de los elementos objetivos, observa elementos subjetivos y normativos. En relación con el aspecto cognoscitivo o de la representación del tipo subjetivo culposo, se observa la presencia de un conocimiento que es solo potencial, es decir una posibilidad de conocimiento, que, en estricto sentido, en realidad implica, la constatación de un no conocimiento, toda vez que se hace referencia al conocimiento que podría o pudo ser, pero que no fue y el conocimiento que no es, no es conocimiento sino desconocimiento. Este conocimiento potencial, sin embargo, si es relevante en el caso del delito culposo, porque la ley exige precisamente dicha posibilidad de conocimiento potencial que implica la previsibilidad o posibilidad de previsión del resultado.

A su vez, el *aspecto volitivo del tipo culposo*, aparece individualizado en la voluntad de realizar una conducta final con los medios que fueron elegidos al efecto,

[95] MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 68.

y cuya realización, implica el proceso causal desencadenado que origina el resultado típico precisamente por la violación al deber de cuidado. El elemento cognoscitivo, intelectual o de la representación, implica la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos, así como la posibilidad de prever el resultado típico; y el elemento volitivo implica el haber querido la realización de la conducta, con la selección de los medios elegidos, los cuales se caracterizan por ser carentes del deber de cuidado que le era exigido respecto de un peligro que era previsible, originando como consecuencia el resultado típico penal.[96]

En los "*delitos imprudentes de resultado lesivo* debe mediar entre la acción imprudente y el resultado lesivo, en primer lugar, una relación de causalidad, es decir, una conexión que permita imputar ya en el plano puramente causal ese resultado concreto que se ha producido al autor de la conducta imprudente realizada. En los *delitos imprudentes de peligro concreto* también debe haber una relación entre la conducta imprudente realizada y el peligro grave provocado, aunque este no llegue a materializarse en un resultado lesivo".[97]

El *delito preterintencional*, "esta figura jurídica se da cuando existe dolo respecto del resultado querido y culpa respecto del resultado producido. Existe, pues, una vinculación estrecha entre la figura del delito preterintencional con el delito culposo, en la medida en que en ambos existe culpa en relación con el resultado producido".[98]

Otra de las distinciones que existe entre el delito doloso y el imprudente, estriba en que, en el primero, siempre cabe la posibilidad de castigar por tentativa si el resultado producido no se puede imputar; mientras que en la imprudencia, si el resultado no se puede imputar objetivamente, el hecho permanece impune; en el delito doloso existe siempre un mayor desvalor de acción que en el delito

---

[96] *Cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, pp. 429 a 444.

[97] MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 72.

[98] MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, p. 449.

imprudente. El delito doloso supone, pues, una agresión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que en la imprudencia es solo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico; por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito.[99]

Hechos los comentarios anteriores respecto del dolo y la culpa, para el particular, Zamora-Pierce refiere, que el fraude es un delito eminentemente intencional y premeditado. Los medios violentos dejan lugar a los recursos intelectuales, a la astucia, a la premeditación. Semejante delito sólo puede manifestarse bajo una de las formas de la culpabilidad: el **dolo**. Nada más ajeno al estafador que la falta de atención, la imprudencia o la irreflexión de los delitos culposos. Pero no basta, en el fraude, la presencia del dolo genérico. El Derecho exige un fin determinado, una meta precisa, un dolo específico en la voluntad del estafador, que es el ánimo de lucro, o sea, el propósito de obtener un provecho económico.

Continúa explicando, algunos códigos mencionan expresamente el ánimo de lucro en el tipo legal. Así, el Código Penal Alemán afirma, que el defraudador debe tener *la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero, un beneficio patrimonial ilícito*; el Código Suizo afirma, que debe moverlo *el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo*; y el Código Español exige, que el estafador actúe *con ánimo de lucro*.

Concluye, que en el delito de fraude, el dolo es inicial, o precedente, puesto que antecede a la totalidad de la conducta delictuosa. El estafador planea y premedita cuidadosamente el curso de su acción antes de iniciar la realización de sus ilícitos proyectos. El ánimo de lucro es, pues, anterior al engaño y, en el fraude por aprovechamiento del error, precede el acto de disposición patrimonial.[100]

---

[99] *Cfr.* MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 52.

[100] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

En efecto, el delito de fraude solo puede ser realizado dolosamente; en primer lugar, porque los medios comisivos engaño o aprovechamiento del error requieren necesariamente un conocimiento, y la voluntad de producir el resultado, hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

Además, valga decir que, como se indicó anteriormente, en la Ciudad de México la legislación penal sigue el principio de numerus clausus para la punibilidad de los delitos culposos, conforme al cual, los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley; ello con fundamento en el artículo 19 del Código Penal para el Distrito Federal.

De tal forma que, de acuerdo con el diverso 76 párrafo tercero del mencionado ordenamiento, sólo se sancionarán como delitos culposos los que en él se precisan, entre los que no se incluye el fraude previsto en el artículo 230 del referido Código.

2.4. Elementos Normativos (de valoración jurídica y cultural).

Los **elementos normativos del tipo penal**, “son aquellos elementos del tipo penal que sólo pueden ser comprendidos dentro del contexto de una norma de cualquier índole (jurídica o cultural)”.[101]

Reynoso Dávila refiere, que el Diccionario de la Lengua define el **lucro** como la ganancia o provecho que se saca de una cosa; y el ánimo de **lucro indebido** es esencial para la integración del delito de fraude. El Derecho exige un fin determinado, una meta precisa, un dolo específico en la voluntad del estafador, que es el *ánimo de lucro*, o sea, el propósito de obtener un provecho económico. Por ello, Carrara afirmaba que, no existiendo el fin de lucro, faltaba la agresión patrimonial, que es

[101] QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

indispensable para ese delito, pues un fraude puede urdirse con fines de injuria, para poner a otro en ridículo, o para difamar a una mujer, haciéndola pasar como deshonesta, y puede urdirse con fines sexuales, con el fin de liberar a un preso o de llevar a término una conjuración. Pero en todos esos casos, y en otros semejantes, la inexistencia del fin de lucro impide que pueda pensarse, ni por un instante, en el delito de fraude.[102]

A este respecto, Jesús Zamora-Pierce exterioriza que, la disposición patrimonial efectuada por el engañado, deberá producir un perjuicio en su propio patrimonio o en el de un tercero, y correlativamente, un provecho en el patrimonio del engañador o en el de otra persona. Este perjuicio, ha de ser una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo del delito. Estamos, por tanto, ante un delito de resultado. Y, dentro de esta categoría, entre los de resultado material, pues su perfección exige la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, y no solamente su puesta en peligro. La estafa exige un perjuicio patrimonial. El perjuicio patrimonial es, lógicamente, la disminución del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona, lo cual puede producirse tanto mediante una disminución del activo como mediante un aumento del pasivo.

Agrega, conforme al Diccionario de la Lengua Española, **lucro** es la ganancia o provecho que se saca de una cosa. Lucramos cuando adquirimos una cosa, un bien o un derecho, valuable en dinero, gratuitamente, o por un precio inferior al que, en el caso concreto, le corresponde en el mercado. El defraudador puede lucrar, como el ladrón, obteniendo una cosa material que pertenece a su víctima: objetos de arte, cuchillería fina, aparatos electrónicos, dinero en efectivo, etc.; pero, además, puede lograr lo que es imposible al simple ladrón: la celebración de un convenio mediante el cual se creen, se transfieran, se modifiquen o se extingan derechos u obligaciones. El activo puede mejorar su patrimonio obteniendo cosas muebles o inmuebles, derechos, liberación de obligaciones o prestaciones de servicios, etc. Todo el patrimonio de la víctima está, pues, abierto a la ilícita conducta del defraudador.

[102] *Cfr.* REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.*, p. 221.

Por otra parte, entiende por **cosa**, cualquier objeto material susceptible de apropiación. Esa *cosa* debe tener un valor económico, debe ser estimable en dinero, pues el código hace depender la punibilidad del valor de lo defraudado. Toda *cosa* que obtenga el delincuente constituirá un *lucro*, es decir, una ganancia o provecho patrimonial. Luego entonces, nada perdería el tipo si eliminámos la mención de la *cosa*. Hay lucro, y hay perjuicio patrimonial, aun si el perjudicado dio la cosa gratuitamente, y sin esperar contraprestación, como es el caso de las donaciones realizadas por móviles de caridad o beneficencia, si el donador fue inducido a error por el defraudador, quien destina el producto a su propio peculio, y no a las mentidas obras benéficas; pues no cabe duda de que el donador se hubiera abstenido de su caritativo acto si hubiera conocido la verdad.[103]

Ahora bien, el perjuicio patrimonial que sufre la víctima del fraude, y el correspondiente lucro obtenido por el activo, deben ser susceptibles de valoración económica. Dicha valoración debe ser referida a la situación existente en el momento de cometerse el delito. Ello viene impuesto por el artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal[104], conforme al cual, para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en el Título Décimo Quinto, Delitos contra el patrimonio, así como para la determinación de la multa, se tomará en consideración las veces de la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente, al momento de la ejecución del delito. Siendo la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, de acuerdo con el artículo 2° de la Ley de la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, el valor expresado en pesos que se utilizará, de manera individual o por múltiplos de ésta,

[103] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

[104] El cual fue reformado mediante el Decreto por el que se reforman diversos artículos de Códigos y Leyes locales, que determinan sanciones y multas administrativas, conceptos de pago y montos de referencia, para sustituir al salario mínimo por la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, de manera individual o por múltiplos de ésta, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 28 de Noviembre de 2014.

para determinar sanciones y multas administrativas, conceptos de pago y montos de referencia, previstos en las normas locales vigentes del Distrito Federal.

Actualmente el valor de la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, al que se refiere la Ley de la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, que está vigente a partir del 1° de enero de 2017, es de $73.57 setenta y tres pesos 57/100 Moneda Nacional, de acuerdo con el artículo 9° del Decreto por el que se expide la Ley de Ingresos de la Ciudad de México para el Ejercicio Fiscal 2017.[105]

De ahí que, el monto del daño patrimonial debe establecerse de conformidad con un criterio objetivo, careciendo de trascendencia el valor que el agraviado, subjetivamente, le atribuye al daño sufrido.

2.5. Antijuridicidad.

La afirmación de que una conducta es antijurídica, es un juicio valorativo que la califica de contraria con los fines del Derecho; la conducta del defraudador es antijurídica en sí, siendo típica, no está protegida por una causa de justificación.

Pavón Vasconcelos expone, a virtud del engaño o aprovechamiento del error, el agente se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. Ambos términos: *ilícitamente* e *indebido*, usados por el texto legal, son completamente innecesarios; los dos califican en antijurídico el resultado. La antijuridicidad, es esencia de todo delito sin que la ley deba declararlo expresamente en su texto. Tales

[105] Decreto por el que se expide la Ley de Ingresos de la Ciudad de México para el Ejercicio Fiscal 2017 (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de diciembre de 2016, disponible en http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/leyes/LEYDEINGRESOSDELACIUDADDEM%C3%89XICOPARAELEJERCICIOFISCAL2017.pdf. Consultado el 22 de agosto de 2017.

términos resultan, usando la expresión de Maggiore, pleonásticos, pues el daño que resiente el patrimonio para constituir delito, debe ser siempre contra Derecho.

Problema interesante es el de precisar, si subsiste la antijuridicidad en los casos en que el defraudado se haya propuesto un fin ilícito. Por ejemplo, un sujeto solicita los servicios de un pistolero profesional para que dé muerte a su esposa, pero el presunto homicida, después de recibir el precio del compromiso, se queda con el dinero y se niega a cumplir su palabra.[106]

Cuando dos personas se ponen de acuerdo para violar el ordenamiento jurídico, éste no puede amparar a ninguno de ellos, no ya porque *dos delitos iguales se destruyen por mutua compensación* (*paria mutua compentatione tolluntur*), sino porque el Estado protege al que observa el ordenamiento jurídico, no al que lo lesione. En particular, el patrimonio privado es defendido mientras que se hace de él un uso conforme a derecho, no contra el derecho. Por otra parte, si no hay estafa sin ilegitimidad del daño, no puede llamarse ilegítimo el daño del que, tratándose de una cosa ilícita, acepta espontáneamente el riesgo que pueda provenirle de la irrealización del negocio ilícito. Y no puede llamarse ilegítimo el provecho cuando el daño no es contra jus (antijurídico).

Zamora-Pierce explica, que el fraude en negocio ilícito sólo en muy contadas ocasiones llega al conocimiento de los tribunales, pues la conducta antijurídica de la víctima es la mejor garantía de impunidad para el estafador; y si bien es cierto que el hecho objeto del contrato debe ser lícito, y que es ilícito si es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, y por consiguiente, quien efectúa una prestación en el seno de un negocio con causa ilícita no tiene un derecho jurídicamente reconocido a la contraprestación, también es cierto que el Derecho Penal no tiene como fin la protección de los derechos privados, ni garantizar el cumplimiento de los contratos, sino garantizar los intereses colectivos ante el defraudador, así la víctima sea tan execrable como aquel.

---

[106] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* p. 290.

La ilicitud del contrato no hace desaparecer la antijuridicidad penal del hecho, a condición, desde luego, que este reúna todos los elementos del fraude. Y que la opinión contraria sólo podría sostenerse si existiese una norma jurídica que permitiese, a los ciudadanos, erigirse, con propio lucro, en censor y represor de la inmoralidad ajena. En opinión de Pavón Vasconcelos, el fraude en negocio ilícito reúne todos los elementos de un fraude: el estafador, por medio del engaño, obtiene un lucro típico que no está amparado por ninguna causa de justificación; el esfuerzo doctrinal por encontrar una causa de justificación *ad hoc* no resiste la crítica, razón por la cual, aquél que obtuvo el lucro debe sufrir la pena del fraude.

Continúa, si el ejercicio de un derecho, al que se refiere el artículo 15 fracción V del Código Penal, puede operar, en el fraude, como circunstancia excluyente de responsabilidad. Es circunstancia que impide el nacimiento de la antijuridicidad el hecho de que la acción lesiva de un bien jurídico se considere, al ser juzgada y valorada en las circunstancias en que se realizó, como no ofensiva para los ideales de la comunidad, pues, si bien lesiona bienes jurídicos ajenos, salvaguarda bienes e intereses preferentes desde el punto de vista social.

Por ello argumenta, los bienes jurídicos protegidos por el fraude son todos aquellos que integran el patrimonio, y no únicamente la propiedad, entenderemos que comete fraude quien obtiene la posesión de un bien del cual es propietario si, al obtenerla, lesiona algún derecho real que otro tenga sobre la cosa. Así: comete fraude el propietario que priva de la posesión al usufructuario, al arrendatario, al acreedor prendario, etc., porque, por medio del engaño, causa un acto de disposición patrimonial lesivo al patrimonio de aquel que gozaba de la posesión del bien. En cambio, no hay fraude cuando se recupera mediante engaños: del ladrón, lo robado; del depositario gratuito, lo depositado; del comodatario, el bien dado en comodato, si para su devolución no se ha estipulado término, etc.

En los casos citados, y en todos los casos semejantes que pudiesen presentarse, encuentra aplicación la regla conforme a la cual no comete fraude quien recupera la cosa propia mediante engaño, a condición de que no lesione los derechos patrimoniales que sobre esa cosa pueda tener un tercero. Nosotros somos de opinión que el acreedor que, mediante engaños, logra que su deudor le entregue la cosa debida (la propia cosa, en las obligaciones específicas; la cantidad de dinero equivalente, en las pecuniarias), está amparado por una causa de justificación.[107]

En el mismo sentido, Pavón Vasconcelos, se pronuncia en pro de la existencia del delito. La ilicitud del fin perseguido por el defraudado no justifica el acto del defraudador, por cuanto no puede considerarse lícito al no encontrarse amparado en la ley. El hecho realizado es delictuoso por integrarse todos los elementos del delito, incluso la antijuridicidad, porque el actuar del sujeto no se fundamenta en ninguna causa de justificación. Opinar lo contrario, es creer que puede operar una causa supra legal que justifique el proceder del defraudador, desconociendo que sólo la ley le confiere o suprime carácter antijurídico a un hecho cualquiera. Pero es más aun admitiendo la operación supra legal de causas de justificación, ¿con base en qué criterio se podría sostener la inexistencia de la ilicitud del hecho de fraude? ¿No sería aventurado afirmar que en el caso no hay norma de cultura violada, o bien jurídico lesionado?

Agrega, no hay duda alguna que -dice Jiménez Huerta- esta solución es la que también debe adoptarse en la reconstrucción dogmática de nuestro ordenamiento vigente, pues no existe ninguna norma jurídica que permita a nadie lucrarse con la ajena inmoralidad oriunda de ilusorias intenciones, suscitadas o mantenidas con nuestros propios engaños. El estafador aun en el caso en que el sujeto pasivo versa *in re illícita*, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido, engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla. El quid determinante en la solución del problema es, pues, la actuación del sujeto activo y la valoración que procede hacer sobre la licitud o ilicitud de lo obtenido alcanzado por su conducta

[107] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.*, pp. 165 a 167.

dañosa. Y el daño relevante penalísiticamente, no consiste en no haber obtenido del sujeto pasivo la contraprestación ilícita que se proponía alcanzar, sino haber entregado el dinero.[108]

A ello, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció el siguiente criterio de jurisprudencia de la Décima Época, bajo contradicción de tesis:[109]

Tesis: 1a./J. 21/2013 (10a.)	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	Décima Época	2004231
Primera Sala	Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1	Pag. 534	Jurisprudencia(Penal)

FRAUDE GENÉRICO. NO SE ACTUALIZA EL ENGAÑO PARA CONFIGURAR EL ILÍCITO, CONFORME AL ARTÍCULO 230 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CUANDO LOS HECHOS EN QUE SE BASA CONSTITUYEN UN ACTO DE CORRUPCIÓN O LA PRÁCTICA DE TRÁMITES IRREGULARES CONOCIDOS PREVIAMENTE POR EL PASIVO.

El precepto citado prevé en su párrafo primero que comete el delito de fraude quien por medio del engaño se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, entendiendo por engaño el provocar mediante argucias, maquinaciones o cualquier otro medio, un falso conocimiento en el sujeto pasivo para determinarlo a realizar un acto de disposición patrimonial en beneficio del sujeto activo o de un tercero. En ese sentido, no se actualiza el engaño cuando la presunta víctima, desde antes de realizar algún acto de disposición patrimonial, tiene conocimiento de que la actividad encomendada o la promesa formulada por el activo implica una actividad antijurídica en sí misma; de tal manera que cuando los hechos en que se basa constituyen un acto de corrupción en el que conscientemente estuvo involucrado el sujeto pasivo o bien, si éste previamente conoció de la práctica de trámites irregulares del activo, verbigracia, cuando afirma que fue engañado porque entregó cierta cantidad de dinero al sujeto activo y éste incumplió la promesa de "conseguirle diversas plazas de trabajo que se obligó a obtener con base en un soborno", no puede considerarse actualizado el "engaño", en tanto que el incumplimiento de lo convenido implica actuar en

[108] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* p. 292

[109] Semanario Judicial de la Federación, consulta tradicional (en línea), disponible en http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=FRAUDE%2520GEN%25C3%2589RICO.%2520NO%2520SE%2520ACTUALIZA%2520EL%2520ENGA%25C3%2591O%2520PARA%2520CONFIGURAR%2520EL%2520IL%25C3%258DCITO%2C%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2004231&Hit=1&IDs=2004231&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=. Consultado el 22 de julio de 2016.

un ámbito que no está permitido por las normas aplicables. Lo anterior es así, toda vez que ninguna protección debe brindarle el derecho penal a quien primero entrega dinero o un bien con la deliberada intención de beneficiarse de un acto de corrupción o de trámites irregulares y, después, ante el incumplimiento de lo pactado, acude a las instancias penales con el objeto de que se le resarza la disminución patrimonial que sufrió; pues de estimar lo contrario la norma penal no respondería a su objeto esencial de reprimir las conductas ilícitas y por el contrario serviría para avalar otra de esa misma naturaleza.

Contradicción de tesis 303/2012. Entre las sustentadas por el Primer y el Sexto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 30 de enero de 2013. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por lo que hace a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos respecto del fondo. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Jaime Santana Turral.

Tesis de jurisprudencia 21/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha trece de febrero de dos mil trece.

Aquí, se interpreta que no se actualiza el engaño cuando la presunta víctima, desde antes de realizar la entrega de la cantidad de dinero o la cosa, tiene conocimiento de que la actividad encomendada o la promesa formulada por el activo implica un acto de corrupción en el que conscientemente estuvo involucrado el sujeto pasivo o bien, si éste previamente conoció de la práctica de trámites irregulares del activo, como por ejemplo, cuando afirma que fue engañado porque entregó cierta cantidad de dinero al sujeto activo y éste incumplió la promesa de conseguirle diversas plazas de trabajo que se obligó a obtener con base en un soborno, puesto que el incumplimiento de lo convenido implica un actuar en un ámbito que no está permitido por las normas aplicables. Por ende, indica, que de sancionarse la referida conducta, el derecho penal no respondería a su objeto esencial de reprimir las conductas ilícitas, y por el contrario, serviría para avalar otra de esa misma naturaleza.

En síntesis, con relación al fraude, decimos que el hecho es antijurídico, cuando no se encuentra amparado en una causa de justificación.

Las **causas de justificación**, que pudieran actualizarse en el delito de fraude, son las siguientes:

a) el estado de necesidad;
b) el ejercicio de un derecho, y
c) el cumplimiento de un deber

Las posibilidades de la presencia de tales causas de justificación se hacen patentes si se considera que en las mismas el sujeto persigue un fin lícito. En el *estado de necesidad*, tal fin no es sino la superación del estado de peligro sacrificando el bien menor (patrimonio ajeno) para salvar el mayor (la vida o la integridad corporal); en el *ejercicio de un derecho* , el recuperar, por ejemplo, la cosa propia que está en poder de otro, usando el engaño; el *cumplimiento de un deber*, la licitud puede emanar directamente de un precepto legal que justifica la acción u omisión del agente, aunque normalmente se deriva de un mandato de autoridad que se apoya en la ley.

Con las limitaciones especificas impuestas por la ley respecto a las dos últimas justificantes (indebido ejercicio del derecho o cumplimiento del deber por medios reprobados legalmente), no ha lugar a calificar el hecho como un disvalor de la norma, pues tanto la conducta como su resultado causal son lícitos. Siendo la *ilicitud* de la obtención de la cosa o lo *indebido* del lucro, elementos del tipo referidos a la antijuridicidad del hecho, desde un punto de vista estrictamente formal las mencionadas hipótesis de justificación originarían causas de atipicidad más consideradas materialmente auténticas justificantes que impiden el nacimiento de la antijuridicidad.[110]

2.6. Culpabilidad.

Por su propia estructura, ya que requiere el despliegue de una actividad tendiente a producir error, o bien el aprovechamiento del mismo, el fraude es un delito intencional o doloso excluyendo necesariamente la forma culposa o

[110] *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* pp. 293 y 294

imprudencial, dice Soler, la actividad engañosa debe haber sido desplegada intencionalmente, debe consistir en una maniobra subjetivamente dirigida al fin de engañar. Debe aclararse, sin embargo, que la intención del sujeto debe estar orientada a realizar no sólo las maniobras engañosas o al aprovechamiento del error ajeno, lo que integraría únicamente el elemento objetivo del delito, sino además a obtener la entrega ilícita de la cosa o el lucro indebido, lo cual equivale a decir que el elemento subjetivo (dolo) constituye ese especial ánimo de lucro requisito. En resumen, hay dolo en el fraude cuando el agente representa el resultado (hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido); tiene conciencia de su ilicitud y actúa en forma voluntaria para llegar a aquél.

Habrá casos de inculpabilidad en este delito cuando, por virtud de un error de tipo, de carácter invencible, se impide el nacimiento del dolo al faltar el elemento psicológico, en cuya situación el hecho objetivamente antijurídico no es culpable. Supongamos el caso de quien, creyendo de buena fe ser acreedor, demanda el pago de una letra ya cubierta con anterioridad, cuya pretensión es satisfecha mediante un nuevo pago por la vía judicial. Aquí, aunque el medio empleado, la exhibición del título de crédito, ha sido eficaz para engañar a la justicia, lo cierto es que el sujeto, por haber actuado bajo un estado de error (si éste es invencible) y de naturaleza esencial, no es culpable de fraude, por no haber tenido representación del resultado ni conciencia de su ilicitud.[111]

Zamora-Pierce en este punto comenta, que “la culpabilidad supone la presencia de conocimiento y voluntad en el delincuente. La falta de cualquiera de ambos impide el nacimiento de la culpabilidad y, por ello, el delito no se integra. La ausencia de culpabilidad es llamada por la doctrina inculpabilidad, y sus causas son: el error y la no exigibilidad de otra conducta. El error es el conocimiento inexacto, el concepto equivocado; falta en él la adecuación entre la realidad y lo que el sujeto cree que es la realidad”.[112]

---

[111] *Cfr. Ibídem,* p. 296 y 297.

[112] ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.*, p. 77.

2.7. Punibilidad.

El derecho es un orden vinculante de la conducta humana. La manifestación más típica del orden jurídico es precisamente la *coercibilidad* de la norma jurídica y, en el caso del Derecho Penal, implica, la punibilidad. La **punibilidad** penal, así, es la característica fundamental de la norma jurídica penal y, precisamente, supone la posibilidad de imponer sanciones. Supone, precisamente, la facultad punitiva del Estado o *ius puniendi*, que constituye una de las manifestaciones más claras y evidentes de la soberanía del Estado.[113]

En la época de la bipartición clásica a principios del siglo XVIII y después en la época en que se desarrolla el Causalismo naturalista, a principios del siglo XIX, Franz von Lizt recogió a la punibilidad como un elemento del delito, lo cual fue entendible, en virtud de que la doctrina aún no descubría el elemento de la tipicidad y, así, ante su falta como elemento en la estructura del delito en el modelo sistemático entonces conocido, implicó entendiblemente el elemento diferenciador del ámbito jurídico penal, toda vez que el estudio del delito aparecía analizado bajo un modelo cuya estructura se refería a la conducta antijurídica (integradora del injusto), culpable y que, además, debía ser punible, es decir, conducta objetivamente contraria al derecho y, subjetivamente imputable a la persona responsable, analizados como el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva psicológica, elementos que, obviamente, eran comunes a todo el derecho en general, era necesaria, en consecuencia, la referencia a la punibilidad como elemento específico diferenciador del derecho penal, ya que sólo esta rama del orden jurídico contempla como formas de respuesta social a la pena.

---

[113] *Cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, p. 575.

Cuando el esquema de la estructura del delito evolucionó con el concepto de *tipicidad* que introdujo Ernst von Beling, que exigía el encuadramiento del *hecho* al *tipo* previsto en la ley penal, quedó superada y eliminada la necesidad de contemplar como elemento del delito a la punibilidad.

Desde entonces ha habido oscilación de la doctrina penal en el tema en cuestión, entre considerar a la punibilidad como elemento de la norma penal o bien, estimarla como su consecuente lógico jurídico. En términos generales la opinión mayoritaria, como lo expresara Mayer, ha sido entender que la punibilidad y la pena misma son la consecuencia del delito (para quienes en general adoptan como modelo de análisis del concepto de delito la conducta, típica, antijurídica y culpable), o bien, como la consecuencia lógico jurídica de los *presupuestos de la punibilidad*, conformados éstos, por el concepto del injusto o delito en sentido estricto (conducta típica y antijurídica), como presupuesto primero y la culpabilidad, entendida como el segundo presupuesto, consistente en la responsabilidad penal de la persona; o bien, en el estricto análisis normativo formal, es la consecuencia jurídica del tipo que contiene la prohibición.

Así, para quienes entienden el delito en función del tríptico; tipicidad (conducta típica), antijuridicidad y culpabilidad aun cuando consideren a la conducta como elemento previo y fuera de la tipicidad; como también para quienes entiendan el delito como injusto penal (conducta típica y antijurídica) y a la culpabilidad como reproche al autor por haber cometido el injusto, es natural que la punibilidad y la pena misma, en tales depuraciones sistemáticas, se entiendan como la consecuencia punitiva de la existencia de un delito reprochado a una persona.

El problema de la **punibilidad**, surge cuando se comprueba que hay casos en que pese a la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, sin embargo, no se aplica la pena. La punibilidad aparece entendido en un doble sentido; primeramente se entiende la punibilidad como merecimiento de la pena; y en segundo lugar, la punibilidad se entiende como necesidad y posibilidad concreta de

aplicación de la pena, en este segundo sentido, no se aplica la pena por razones de utilidad social o, lo que es lo mismo, por razones de política criminal, por estimarse que, en ese caso en concreto, no es necesaria la imposición de la pena, es decir, no siempre opera la coercibilidad penal proveniente de la comisión del delito, ya que existen determinadas situaciones que, en términos de lo dispuesto por la propia ley, hacen innecesaria la aplicación de la pena.[114]

Las causas que impiden la operatividad de la coerción penal, son de dos tipos:

- *Causas personales que excluyen la pena*: Son aquellas que impiden que nazca la posibilidad real de la coerción penal; y
- *Causas personales que cancelan la penalidad*: Implican un acto posterior, que es sobreviniente al delito y que hace cesar la coerción penal que, hasta ese momento aparecía ya puesta en marcha.

Por otra parte, se observa también que estas causas que impiden la punibilidad pueden ser: a) Sustantivas o penales; y b) Adjetivas o procesales.

a) *Las causas personales que excluyen la pena*.- Son las que obedecen a razones de política penal y que implican circunstancias que deben estar presentes desde el inicio de realización del hecho delictivo.
b) *Causas personales que cancelan la punibilidad*.- Son aquellas que, a diferencia de las anteriores, implican circunstancias presentes desde el momento de realización del hecho, en éstas son sobrevinientes, es decir, posteriores al hecho, y cancelan la punibilidad [el desistimiento y el arrepentimiento en la tentativa, previstos en el párrafo tercero del artículo 12 del Código Penal Federal; muerte del delincuente (artículo 91); amnistía (artículo 92); perdón del ofendido (artículo 93); reconocimiento de inocencia (artículo 94); rehabilitación

[114] *Cfr. Ibídem*, pp. 575 a 577.

(artículo 99); prescripción (artículo 100 y subsiguientes); aplicación de la ley más favorable (117); *Ne bis in ídem* (artículo 118)].[115]

Con la constatación de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, se puede decir que existe un delito con todos sus elementos. Sin embargo, en ciertos casos, para sancionar una conducta como delito, se exige la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad, ni en la antijuridicidad, ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político-criminal que tienen asignadas estas categorías; son las denominadas *condiciones objetivas de punibilidad*.

Las **condiciones objetivas de punibilidad**, son circunstancias o exigencias que se encuentran en relación inmediata con el hecho y que de manera ocasional son establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación y que no pertenecen ni al tipo de injusto ni a la culpabilidad. Estas circunstancias son exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo de delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad (Beling), circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción (Liszt-Schmidt).[116]

Respecto de la ubicación sistemática de las condiciones objetivas de punibilidad. En principio, existen dos posiciones:

a) Según una amplia corriente doctrinal, la condición de punibilidad es un acontecimiento futuro e incierto, cuya producción se exige para la integración jurídica del delito. Dentro del ámbito de esta concepción algunos autores consideran que tiene que tratarse de un acontecimiento completamente independiente de la actividad del culpable, es decir, no vinculado a ella por un nexo de causalidad.

[115] *Cfr. Ibídem*, pp. 578 a 579.

[116] *Cfr.* JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 1189.

b) Para otra corriente doctrinal, la condición de punibilidad presupone un delito ya perfecto, es decir, completo en todos sus elementos constitutivos. No integra ella el delito, sino que hace aplicable la pena. El delito existe, como suele decirse, ontológicamente; la condición la exige la ley para que pueda ejercerse el poder estatal de castigar. [117]

Las condiciones objetivas de punibilidad son de dos clases:

I. *Condiciones objetivas de punibilidad propias*.- También llamadas "causas de restricción de las penas". Se trata de puras causas de restricción de la pena de un hecho que sería punible si el tipo no requiriera esa condición objetiva de punibilidad. Son aquellas que restringen la punibilidad, basándose en razones de política criminal. Estas condiciones se utilizan como un correctivo legal, pues el legislador entiende que si no se da la condición no existe una auténtica necesidad de pena. Para imponer una condición objetiva de punibilidad propia se recurre a añadir a la descripción típica ciertos elementos ajenos, que deben constatarse antes de imponer la pena correspondiente. Por ejemplo, cuando para imponer una pena, el tipo incorpora determinada cuantía.

II. *Condiciones objetivas de punibilidad impropias*.- Permiten castigar un hecho que no sería punible según las exigencias generales del injusto. En estos casos, no se trata de añadir nuevos requisitos a los tipos penales, para restringir de esta forma la intervención del Derecho Penal, sino que constituyen auténticos elementos del tipo del injusto, que se pretende caracterizar como condiciones objetivas de punibilidad para evitar que el dolo o la imprudencia deban referirse a ellas. No se añade nada nuevo a la esencia del tipo penal, sino que se consideran objetivamente elementos típicos, creando presunciones de injusto, con la finalidad de aplicar la pena sin necesidad de probar el dolo, tratándose de delitos que presentan dificultades de prueba. Existen dos grupos de casos:

[117] *Cfr. Ibídem*, pp. 1189 y 1190.

a. El primer grupo, está compuesto por aquellas *causas de agravación encubiertas*, que con arreglo a su esencia pertenecen al tipo de injusto, pero que formalmente se hallan configuradas como condiciones objetivas de punibilidad porque el legislador quiere sustraerlas a la exigencia de dolo o imprudencia. Materialmente encierran restricciones del principio de culpabilidad por razones político-criminales.
b. El segundo grupo está compuesto por elementos que en realidad no son más que *circunstancias del hecho enmascaradas que fundamentan la pena* y que también por exclusivas razones político-criminales se hallan formalmente desgajadas de las esferas de injusto y culpabilidad. [118]

Difícil es, sin embargo, reconducir estos elementos adicionales y excepcionales a una categoría común, dada su diferente función y significado político-criminal. Si se busca un nombre para denominar esta categoría en la que pueden incluirse tales elementos, preferiría utilizar el más neutral de *penalidad*, que otros llaman *punibilidad*, *merecimiento* o *necesidad de la pena*. La **penalidad** es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, solo se exigen en algunos delitos concretos. Existen causas que fundamentan la penalidad (las llamadas *condiciones objetivas de penalidad*) y causas que la excluyen (las llamadas causas de exclusión o anulación de la penalidad o *excusas absolutorias*).[119]

Las **condiciones objetivas de penalidad**, al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refiera a ellas el dolo del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él.

---

[118] *Cfr. Ibídem*, pp. 1190 y 1191.

[119] *Cfr.* MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, pp. 157 y 158.

Su característica diferenciadora, “es que surge en relación con la materia misma del injusto, ligada al desvalor del acto y del resultado y, con base en esto no deben ser confundidas con otras formas de causas de exclusión de la pena, como lo son en general la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la amnistía, etcétera, las cuales o surgen de consideraciones relacionadas directamente con el bien jurídico protegido, como tampoco deben ser confundidas con las causas procesales que impiden el desarrollo del proceso de verificación penal, como lo son las inmunidades”.[120]

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata, normalmente, de causas vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, solo afectan a él y no a los demás participantes del delito. Son las denominadas **excusas absolutorias**.

En efecto, tanto en la legislación extranjera como en nuestros Códigos penales de México hay sendas disposiciones [(prescindir de pena), (no se le aplicará pena), (para que el delito sea sancionable), (no es punible), (no se castigará), (no se aplicara la pena), (no se procederá)] en la que el legislador a pesar de la criminalidad del acto renuncia a la imposición de pena, o, en su caso, impone una medida de seguridad.[121]

Las **causas de extinción de la responsabilidad criminal**, se diferencian de las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad en que no afectan para nada la existencia del delito, sino a su perseguibilidad en el proceso penal.

Las principales diferencias que existen entre las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, son las siguientes:

---

[120] MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, p. 581.

[121] *Cfr.* JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 1183.

a) Las condiciones objetivas de punibilidad no implican una referencia al sujeto activo, sino a situaciones que inciden en el injusto en general, las excusas absolutorias aparecen ligados a la persona del sujeto activo.
b) Las excusas absolutorias se encuentran unidas a la persona de los intervinientes, mientras que faltando una condición objetiva de punibilidad el hecho resulta impune para todos.
c) Las condiciones objetivas de punibilidad están ligadas con la materia misma del injusto, al desvalor del acto y del resultado; por el contrario, la excusa absolutoria, supone circunstancias relacionadas con el sujeto activo, que por razones de utilidad social, el legislador excluye la imposición de pena.
d) A diferencia de lo que ocurre con las excusas absolutorias, respecto a las cuales hay acuerdo en admitir que se explican político-criminalmente, la explicación de las condiciones objetivas de punibilidad rompen en el fondo la coherencia sistemática: que pertenecen al tipo de injusto, que quedan fuera del tipo del injusto, que son hechos ajenos a la acción y a la culpabilidad, necesarios para que la acción sea punible o para que se aplique determinada agravación de la pena y que, finalmente, terminan dándoles una explicación político-criminal.
e) En las condiciones objetivas de punibilidad la conducta del autor le falta cumplir con un dato más (por ejemplo: cuando el tipo dice, además se cause, cuando este se produce, cuando se da tal o cual circunstancia) de modo que no se adecua al tipo, mientras que en las excusas absolutorias a pesar de que la conducta del autor reúne todas las características del delito, el mismo tipo obliga a la autoridad a no aplicar la pena: Da marcha atrás en su intención punitiva.
f) Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias excluyen del delito el elemento o consecuencia de la penalidad sin afectar ni su ilicitud, ni la culpabilidad del sujeto.

g) Si la condición con ocurre, el hecho resulta impune para todos los intervinientes, mientras que las excusas absolutorias se aplican únicamente para cada sujeto.[122]

Las condiciones objetivas de punibilidad pueden concurrir o no concurrir, y eso es lo único que debe constatarse. Si la condición no ocurre, el hecho resultará impune para todos los intervinientes, a diferencia de las excusas absolutorias que sólo benefician individualmente a cada sujeto. Las condiciones objetivas de punibilidad no se encuentran ni en el dolo ni en la culpa, lo único que realmente importa es su concurrencia o no concurrencia.

En tanto que, el delito de fraude, es sancionado por nuestra ley penal con penas cuya gravedad aumenta en relación con la mayor cuantía del daño patrimonial sufrido por el ofendido. Castigándose con las penas siguientes:

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

[122] *Cfr. Ibídem*, pp. 1186 y 1187.

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.

De acuerdo con el artículo 9° de la Ley de Ingresos de la Ciudad de México para el Ejercicio Fiscal 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del día 29 de diciembre de 2016, como se indicó anteriormente, el valor de la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, al que se refiere la Ley de la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, que estará vigente a partir del 1° de enero de 2017, será de $73.57 setenta y tres pesos 57/100 Moneda Nacional.

El artículo 246 párrafo quinto del Código Penal para el Distrito Federal, establece que el sentenciado ejecutoriado por el delito de fraude, entre otros, sea perseguible por querella o de oficio, podrá obtener su libertad inmediata cuando cubra la totalidad de la reparación del daño y una vez que se decrete la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, por parte de la autoridad judicial única y exclusivamente, y para tal efecto es suficiente la manifestación expresa del querellante o denunciante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido.

Además, el artículo artículo 248 del Código Penal para el Distrito Federal, indica que no se impondrá sanción alguna, entre otros, por el delito de fraude previsto en el artículo 230, cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente; siempre y cuando no se cometa con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas, cuando el agente sea primo-delincuente, si éste restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión; y en los casos anteriores, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de

dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados.

En otro aspecto, desde el momento en que surge el crimen en la mente de un individuo, hasta aquél otro en que el delito se consuma, material y jurídicamente, recorre un camino: el *iter criminis*, el camino del delito, existiendo dos momentos de éste, la tentativa y la consumación.

A ello, Rubén Quintino Zepeda nos explica que, la *tentativa acabada*, existe cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado típico, u omitiendo totalmente los que deberían evitarlo, si el resultado no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; la *tentativa inacabada*, se presenta cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando parcialmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado típico, u omitiendo parcialmente los que deberían evitarlo, si el resultado no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; y la *tentativa imposible*, ocurre cuando, a pesar del desvalor de acción del autor (dolo), no se pone en riesgo, sin embargo, el bien jurídico protegido.

De igual forma expone que, el *desistimiento* tiene lugar cuando, si emprendida la ejecución del tipo penal el sujeto se desiste de la consumación de manera que mediante una conducta posterior hace lo razonable por evitar el resultado típico, debido a una motivación consciente y voluntaria de la cual resultare la preservación del orden jurídico, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida de seguridad de que se trate; y el inductor o cómplice que se desista de su aportación, deberá hacer lo razonable por neutralizar el riesgo creado por su comportamiento precedente. El *desistimiento malogrado*, ocurre cuando a pesar del desistimiento del autor o del partícipe, a pesar de ello, el resultado típico de cualquier modo se consuma.

También refiere que, la *consumación, c*onsiste en la lesión o en la puesta en riesgo (delitos de peligro) del bien jurídico protegido; y el *arrepentimiento de la consumación*, sucede cuando el sujeto, luego de haber quebrantado el bien jurídico, se arrepiente de haber consumado el resultado típico.[123]

Hay autores que niegan existencia de la **tentativa en el fraude**, "la mayoría de los tratadistas se inclinan por su aceptación. Así opinan, CARRARA, Eusebio GÓMEZ y SOLER, estimando el último que la tentativa comienza con el despliegue de medios engañosos. Dura mientras se persiste en este tipo de actividad. Por eso es tentativa de estafa la presentación en juicio de falsos documentos por medio de los cuales se persigue alguna ventaja patrimonial ilícita, y subsiste la tentativa mientras subsista la pretensión judicial de hacerlos valer, agregando más adelante que: la tentativa, desde el comienzo de ejecución debe contener los elementos subjetivos propios de la figura".[124]

Francisco Pavón Vasconcelos valora, "que el fraude admite la tentativa cuando la conducta se expresa mediante la forma de *acción,* ya que en virtud de la *actividad engañosa* del agente, con el ánimo específico de lucro, se determina claramente la naturaleza *ejecutiva* de los actos realizados que están en íntima conexión con la acción típica descrita en el artículo 386 del Código. Por lo contrario, en algunos casos de aprovechamiento del error, en aquellas situaciones en las que la conducta consista solamente en un *no hacer*, en una *inactividad* (comisión por omisión) negamos definitivamente esta forma de aparición del delito. El fraude admite tanto la *tentativa inacabada*, tentativa propia o delito tentado, cuando hay un comienzo de ejecución del hecho, como la *tentativa acabada*, o delito frustrado, en el cual el agente agota el proceso ejecutivo, sin que en ambos casos se llegue a la consumación del daño patrimonial y la consiguiente obtención del lucro, por causas ajenas a la voluntad del autor".[125]

---

[123] *Cfr.* QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

[124] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* p. 301.

[125] *Ibídem,* p. 301.

Jesús Zamora-Pierce comenta, que la **tentativa** es la ejecución incompleta de un delito. Es un momento de la vida del delito que se ubica a partir de que hay un principio de ejecución y hasta antes de la consumación; y que en el fraude, se pueden presentar la tentativa inacabada, la acabada o frustración, la tentativa imposible o delito imposible y el desistimiento.

Expone, que el principio de ejecución determinante de la tentativa, se presenta en el fraude con el empleo de los medios engañosos, encaminados a llevar a error al pasivo, con ánimo de lucro. O bien, en el tipo de aprovechamiento del error, con la omisión de la conducta que debería evitar el error del pasivo. Existe tentativa punible, tanto en la hipótesis de tentativa inacabada, en la cual se da un comienzo de ejecución, como en el caso de la tentativa acabada, en la cual el defraudador agota íntegramente el proceso ejecutivo, sin que, en ambos casos, llegue a obtener lucro, por causas ajenas a su voluntad. En cambio, si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda por actos ejecutados u omitidos que constituyan, por sí mismos, delitos.

Agrega que, estaremos ante una tentativa imposible si, dado un principio de ejecución, o una total ejecución, con ánimo de lucro, no se consuma el fraude por falta del bien jurídico, del objeto material o porque los medios son inidóneos. Cabrían, pues, en esta hipótesis, los casos en que el activo intentara engañar a un individuo acerca de hechos que él conoce perfectamente; o bien, creyendo, erróneamente, que Primus puede disponer de una joya, lo engañara para lograr que se la entregue; o, creyendo que miente, dijera la verdad. La tentativa imposible no pone en peligro el bien jurídico protegido y, en consecuencia, no debe ser sancionada. [126]

[126] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús, *op. cit.*, pp. 197 y 198.

Finalmente, el delito se consuma cuando se encuentran reunidos todos sus elementos. Para determinar el momento en que se consuma el fraude, debemos, imperativamente, atender al texto de la ley. El texto del artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, impone la conclusión de que el fraude se consuma en el instante mismo en que el defraudador alcanza un lucro indebido; luego entonces, todo fraude quedará en grado de tentativa hasta en tanto el activo no haya obtenido ese enriquecimiento patrimonial. Siendo el fraude un delito de desplazamiento patrimonial, parecería inútil discutir si la consumación se produce cuando la víctima sufre el perjuicio patrimonial o cuando el estafador se enriquece, pues ambos momentos, normalmente, son simultáneos, y ocurren coincidentemente al pasar las cosas o los derechos de uno a otro patrimonio. Una vez que el defraudador obtiene el lucro, el fraude está consumado. Carece de trascendencia el uso que dé el defraudador a los bienes o derechos obtenidos; puede, incluso, donarlos a terceros, sin que por ello se niegue la existencia del fraude, pues, ciertamente, obtuvo una ventaja económica al aumentar su capacidad patrimonial para esos fines.[127]

[127] *Cfr. Ibídem*, pp. 207 y 208.

CAPÍTULO 3. “FORMAS AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, EL AUTOR MEDIATO”

3.1. Autoría y Participación.

El problema que se presenta en materia de autoría “es determinar, frente a un hecho delictivo en el cual han participado varias personas, quién de ellos ha sido el autor y quiénes los partícipes. Cuando hablamos de autor, nos referimos al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse que *ese hecho le pertenece* en su generalidad”.[128]

Edgar Alberto Donna comenta, que ha sido Hirsch Hans Joachim, quien ha expuesto las cosas con más seriedad metodológica. Al afirmar que, los criterios para responder a la cuestión de si una conducta debe calificarse como inducción o como autoría mediata, evidentemente deben elaborarse sobre los principios generales de la distinción dogmática entre autoría y participación por un lado, y entre inducción y complicidad por otro.

Agrega, en síntesis, se puede afirmar como planteo introductorio, que la diferencia estructural material entre verdadera autoría y participación se fundamentará, en primer lugar, según el punto de vista de la voluntad de realización del resultado de quien está más próximo al hecho. La idea es que aquel más próximo al hecho tiene la voluntad de acción, domina el acontecimiento causal.[129]

Para la determinación del concepto de autor existen dos caminos posibles:

a) Se puede considerar autor, a cualquier sujeto que haya cooperado de algún modo en el hecho, sin hacer ningún tipo de diferenciación entre los distintos

[128] DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

[129] *Cfr. Ibídem*, pp. 11 y 13.

aportes de los intervinientes. A esta posición responde el llamado **concepto unitario de autor**.

b) La otra alternativa es, distinguir varias formas de intervención según el grado e importancia material de los aportes realizados. Desde este punto de vista, se procede a diferenciar al autor del resto de los partícipes, atribuyendo aquel carácter sólo a la figura central del hecho. Dentro de esta idea la cuestión se complica, habida cuenta de la cantidad de teorías existentes sobre el punto.[130]

Así, bajo el primer camino, se habla de la **teoría unitaria de autor**, que no hace ninguna diferenciación entre los distintos partícipes del delito, considerando autores a todos los intervinientes que aporten una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que haya tenido su colaboración en el marco total del suceso. Según esta concepción, bastará una conexión causal con el hecho para llegar a la conclusión de que el individuo ha sido su autor.

La idea básica es, abandonar los criterios de distinción entre el autor y el cómplice, y reemplazarlos por una correcta medición judicial de pena, es decir, el Juez no debe analizar si el sujeto fue autor o partícipe del hecho, sino que simplemente debe medir la pena en base a la importancia y significación de cada interviniente.[131]

Esta posición tiene su base en la teoría de la equivalencia de las condiciones, que había sido desarrollada por Von Buri, según la cual, todas las condiciones de un resultado son equivalentes, y cada una de ellas se debe considerar causa del mismo. Desde este punto de vista, cualquier aporte que se haga al hecho implicará su *causación*. De acuerdo a ello, todos los que aporten alguna intervención en el hecho deben considerarse causantes del mismo y, por consiguiente, autores.

---

[130] *Cfr. Ibídem*, pp. 13 y 14.

[131] *Cfr. Ibídem*, p. 14.

Un segundo fundamento de la teoría analizada está en la idea, que se acerca más a una opción político-criminal, que parte de la contemplación del delito como obra en común de todos los que contribuyen a él, y estima conveniente, en principio, castigar por igual a todos ellos, y especialmente, sin que el castigo de unos (los partícipes) dependa de lo que haga otro (el autor). Detrás de esta teoría está Franz Von Liszt, quien tenía un concepto de Derecho Penal basado en la prevención especial y la peligrosidad.[132]

Los **sistemas unitarios**, "renuncian al principio de accesoriedad, es decir, no hacen depender la punición del partícipe de un hecho principal, sino que afirman la responsabilidad autónoma, como autores, de todos los intervinientes en el hecho punible y niegan la distinción entre autores y partícipes en el plano conceptual ya que tampoco existirá en el óntico […] autor es desde esta perspectiva, todo el que contribuye causalmente a la realización del tipo".[133]

En la *teoría unitaria formal*, en su versión clásica, se afirma que la lesión del Derecho que constituye el delito, es consecuencia del *actuar conjunto* de todos los intervinientes. Lo anteriormente visto no significa de ninguna manera, que la pena impuesta sea igual para todos, en primer lugar porque cada interviniente responde por su injusto y su culpabilidad; y en segundo lugar, porque el Juez, en la determinación individual de la pena, puede ajustarla a cada sujeto atendiendo entre otros criterios a la concreta forma de intervención del hecho.[134]

Por su parte, en la *teoría unitaria funcional*, también llamada *teoría unitaria material*, se pueden establecer y admitir diversas clases de autoría, distinguiéndose de los criterios diferenciadores en que aquí, se excluye el principio de accesoriedad y

---

[132] *Cfr. Ibídem*, pp. 15 y 16.

[133] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René. *Autoría y Participación en el Derecho Penal*, 2 ª ed., Flores Editor y Distribuidor, México, 2011, pp. 40 y 41.

[134] *Cfr. Ibídem*, p. 43.

se responde por el propio injusto y culpabilidad, y de la *teoría unitaria formal* en que aquí, la causalidad es presupuesto y no un fundamento.

Por lo cual, la autoría se analiza en dos planos, desde una *doble naturaleza de la intervención,* una formal o dogmática conceptual, y otra valorativa, según el merecimiento y necesidad de pena. Dentro del plano dogmático conceptual, encontramos las dos formas de autoría entre las que se distingue, la autoría inmediata, que es aquella en la cual el hecho es directamente subsumible en la descripción literal del tipo, y la autoría mediata, que se da cuando la conducta, sin responder de forma literal a la descripción típica, supone una contribución causal, imputable objetivamente, a un hecho punible. A su vez, dentro de la autoría mediata podemos encontrar la autoría por incitación y la autoría por apoyo.[135]

La admisión de distintas formas de autoría no supone aquí, sin embargo, diferenciar entre sujetos principales y accesorios, sino que sólo cumple la función de facilitar la distinción entre lo típico y lo atípico, es decir, aquello que no sea subsumible en ninguno de los dos grupos de autoría –inmediata y mediata- no será típico.

Una vez que el Juez ha valorado la conducta como autoría inmediata o mediata –según la calificación propia que realiza esta teoría, que no se corresponde con las de las teorías diferenciadoras-, debe valorar el peso específico de las aportaciones al hecho punible, y establecer las penas de acuerdo al injusto y culpabilidad. [136]

Las críticas que se realizan a esta teoría son: en primer lugar, la idea de causalidad se ha convertido en el dominador común de las críticas al concepto unitario por no garantizar adecuadamente la vigencia del principio de legalidad. El concepto de autor lo hace vago y demasiado amplio, atribuye un mismo hecho a sujetos que realizaron comportamientos totalmente diferentes y además, permite

[135] *Cfr. Ibídem*, pp. 45 y 46.

[136] *Cfr. Ibídem*, pp. 46 a 48.

extender las calidades personales de un interviniente a los demás, infringiendo así mismo el Derecho Penal de acto.[137]

Por otro lado, desde la alternativa de distinguir varias formas de intervención, se han creado los **sistemas diferenciadores**, que en esencia, distinguen entre los diferentes intervinientes en el hecho delictivo a autores y partícipes, aceptado como principio rector el criterio de la *accesoriedad*, mediante el cual, la punición del partícipe depende de un hecho principal que es llevado a cabo por un autor, es decir, que sin el hecho principal la participación pasaría a ser nada, sería, podríamos decir, inexistente.[138]

El principio de *accesoriedad* de la participación, es una de las características esenciales de los **sistemas diferenciadores**. El término *accesoriedad*, implica cierta dependencia entre persona, hechos, valores o situaciones, de ahí que los autores como Günther Jakobs nos digan, que la participación sólo es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, es decir, se presupone el tomar parte en un hecho ajeno.[139]

Tradicionalmente, el principio de *accesoriedad* de la participación, se analiza en dos sentidos:

1. Desde el grado de realización que debe haber alcanzado el hecho principal, también llamada *accesoriedad cuantitativa*; y
2. Desde la dependencia de los elementos del hecho punible, llamada *accesoriedad cualitativa*.

Al hacer referencia a la *accesoriedad cuantitativa*, podremos de inmediato remitirnos a la pregunta siguiente: ¿A qué estadio debe de haber llegado el delito

[137] *Cfr. Ibídem*, pp. 49 y 50.

[138] *Cfr. Ibídem*, p. 1.

[139] *Cfr. Ibídem*, pp. 1 y 2.

para que sea punible la participación?. La respuesta es, que el hecho será punible para el partícipe desde el momento en que sea punible para el autor, es decir, desde que se aprecie la tentativa, salvo que nos encontremos ante una de las formas preparatorias punibles de la participación. De esta forma, si el autor no da comienzo a la ejecución del delito, los partícipes quedan en principio impunes.

Por cuanto hace a la *accesoriedad cualitativa*, cabe preguntarnos qué elementos cabe exigir en la conducta del autor para castigar al partícipe, es decir, buscamos la medida de la dependencia de la responsabilidad de los partícipes con respecto a la del autor.[140]

Otro requisito más a tomar en cuenta, es la dependencia de la participación del dolo del autor principal; toda vez que, partiendo de la *accesoriedad limitada*, se hace la exigencia de un hecho típico, y tomando en cuenta que el dolo y la imprudencia son elementos del tipo, hay una exigencia de dolo en el autor ya que quien apoya a un autor no doloso, conociendo esa circunstancia, en realidad sería autor mediato.

Además, para los delitos imprudentes, como en el caso de la doctrina alemana, se sigue un concepto unitario, es decir, no se hace diferenciación entre autores y partícipes, pudiendo ser reconducido el caso específico de la participación en un delito imprudente a un tipo de autoría imprudente.[141]

Por lo que, si se parte de un sistema diferenciador, es necesario, obviamente, establecer un criterio de distinción entre autor y partícipe. Para ello, se han sostenido varias teorías.

A diferencia de los sostenedores de la teoría de la unión, los partidarios de la *teoría subjetiva*, consideran que la distinción entre autor y partícipe es necesaria, y viene impuesta por la ley. En consecuencia, si desde el punto de vista objetivo la

---

[140] *Cfr. Ibídem*, pp. 3 y 4.

[141] *Cfr. Ibídem*, p. 6.

diferenciación es imposible, no queda otra alternativa que buscarla en el plano subjetivo.

Se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y a una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades de autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego, la distinción ha de hallarse en el terreno subjetivo.[142]

Dentro de la **teoría subjetiva**, las principales corrientes, son:

- *La teoría del dolo*.- Lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y en la dependencia del partícipe. El partícipe quiere el resultado, sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor.
  La síntesis estaría dada por el siguiente concepto, por el cual el autor no reconoce otra voluntad superior a la suya, mientras que el partícipe, deja a criterio del autor si el hecho va a llegar o no a la consumación.[143]
- *La teoría del interés*.- Afirma que autor, es aquel que tiene *animus auctoris*, y éste es aquel que tiene o persigue un interés propio en el hecho, mientras que el partícipe, que se afirma tiene *animus socii,* no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito, sino que actúa en interés ajeno.

Es autor, quien quiere al hecho como propio, es decir, quien actúa con *animus auctoris.* Al contrario, es cómplice aquel que quiere al hecho como ajeno, manifestando meramente un *animus socii*. Autor será, entonces, quien obre con

[142] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

[143] *Cfr. Ibídem*, pp. 19 y 20.

voluntad de autor, independientemente del aporte exterior que realice, es decir, el que realice el delito por su propia decisión y en su mismo interés, no dependiendo de la voluntad de otra persona.

La consecuencia práctica fundamental de esta teoría, reside en que la realización formal de la acción típica no es esencial para determinar la autoría: el que realiza de propia mano la acción típica, no obstante, puede ser solamente cómplice o colaborador, si no se da en él el elemento subjetivo que caracteriza a la autoría.[144]

En el mismo sentido, Uribe Manríquez Alfredo René nos dice, que la *teoría subjetiva*, también llamada *teoría del ánimo*, se basa en el ánimo concreto que el interviniente en el delito tenga, es decir, si actúa con ánimo de autor (*animus auctoris*), será autor, cualquiera que sea su contribución material al delito; si actúa con ánimo de partícipe (*animus socci*), será siempre partícipe. La distinción entre autor y partícipe, se realiza aquí en un plano subjetivo, lo que significa tomar en consideración el ánimo con que el autor y el partícipe hayan obrado.

Es el ánimo, no la contribución al hecho, lo que interesa. Ello permitiría que ahí donde haya ejecución directa del tipo, podemos ver una mera participación en el delito, de hacerlo el sujeto con ese ánimo –de participación-, o al contrario, ver autoría en el sujeto que cree que su aporte (aunque en verdad subalterno) sea el verdadero hecho –el matar a un hombre por ejemplo– o que así lo quiera.

El *animus auctoris*, se ha caracterizado desde dos fórmulas diferentes. La primera, es la llamada teoría del dolo, en la cual, autor es aquel que tiene voluntad autónoma e independiente, y partícipe, el que somete su voluntad y la hace dependiente de la del autor, es el dejar a criterio de la ejecución o no del hecho, de ahí que todo depende de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor y si ha dejado a éste decidir sobre la ejecución del hecho.[145]

---

[144] *Cfr. Ibídem*, pp. 20 a 22.

[145] *Cfr.* URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, pp. 14 a 17.

Las críticas que se han hecho a la caracterización del *animus auctoris*, son las siguientes: en primer lugar, en el caso de dos personas que ejecuten un mismo hecho conjuntamente, pero que al hacerlo ambos dejen al criterio del otro el que se lleve a cabo, esta teoría nos llevaría a una visión fantasmagórica de un hecho sin autor alguno, lo querido por el sujeto, no puede contradecir el juicio que se obtenga por el desarrollo objetivo de los hechos.

Tampoco resuelve correctamente esta teoría, el caso en que un sujeto realice de propia mano un hecho delictivo y se sienta subordinado a otro, aunque en realidad no sea así. Lo que se plantea es, que este sujeto ejecutó el hecho con un ánimo de partícipe y tendríamos que considerar partícipe a quien en realidad es autor.[146]

Igualmente, bajo esta teoría, no resolveríamos el problema de la autoría mediata en el delito de fraude, pues bastaría que el autor mediato, tuviera el ánimo de actuar como partícipe por sentirse subordinado a otro, cuando en realidad, es él quien comete la conducta descrita en el tipo penal; por ello, desde esta perspectiva no se podría establecer claramente la presencia de un autor mediato en la comisión de los hechos, para que el Ministerio Público formule su imputación, y posteriormente, en su caso, realice la acusación.

Uribe Manríquez nos comenta, que el Tribunal Supremo Español, aplicó lo que se llamó *doctrina del acuerdo previo,* según la cual, se considera autor a quien tomaba parte en la resolución conjunta de ejecutar el hecho e intervenía en la realización del plan concertado, fuera cual fuera la forma concreta en la que se materializara dicha intervención.[147]

---

[146] *Cfr. Ibídem*, pp. 18 y 19.

[147] *Cfr. Ibídem*, p. 22.

Miguel Díaz y García Conlledo nos explican, al respecto que, esta doctrina mantenida por el Tribunal Supremo consiste en afirmar que, cuando entre las distintas personas que intervienen en un delito existe un previo concierto, un acuerdo previo común para la comisión del mismo –exigencia de dolo común-, todas ellas son autores (coautores) del delito, prescindiendo del acto material de colaboración que cada una haya realizado –que es precisamente lo que nos hace considerarla dentro de la teoría subjetiva-. De igual manera nos hace ver este autor, que en realidad es una imprecisión llamar a esta corriente del *acuerdo previo*, ya que el Tribunal Supremo Español consideraba que no era necesario lo previo del acuerdo, sino que éste podía ser instantáneo y la renombra como *teoría o doctrina del acuerdo mutuo o recíproco.*[148]

La **teoría formal objetiva**, considera como autor, a quien ejecuta personalmente, ya sea total o parcialmente, la acción típica descrita en los tipos de la parte especial. En caso de que el delito sea pluriactivo, será autor el que realice aunque sea alguno de los elementos típicos. Desde este punto de vista, sólo se tiene en cuenta si el sujeto realiza de propia mano el verbo típico. Es autor quien mata, quien sustrae la cosa, o quien hace un documento falso. Cualquier aporte de otro tipo, anterior o simultáneo, es considerado como participación.

Se atiende estrictamente al tenor literal, prescindiendo de la importancia de su contribución efectiva en el marco de la totalidad del suceso, considerándose autor a todo aquel cuyo comportamiento entre en el círculo que el tipo pretende abarcar.[149]

En el mismo sentido, Uribe Manríquez nos explica en su obra “Autoría y Participación en el Derecho Penal”, que la formulación tradicional de la *teoría objetivo-formal*, “es autor el que realiza un acto ejecutivo del tipo de injusto correspondiente […] Parte esta teoría de un concepto restrictivo de autor, ya que precisamente, restringe la acción a la realización de la conducta típica, es decir, será

[148] *Cfr. Ibídem*, pp. 22 y 23.

[149] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, p. 26.

autor todo aquel que realice por sí mismo la conducta típica, y partícipes, los que aporten cualquier otra contribución causal al hecho".[150]

Ernst Von Beling, es considerado el principal representante de esta teoría, concibiendo este jurista al autor, como solo aquel que ha realizado la acción típica de un modo acorde con el sentido del lenguaje común. A manera de ejemplo: una pareja A y B deciden matar a C, B aprovecha para asestar un golpe mortal con un martillo en la cabeza a C, que está distraído. En ese ejemplo, en un sentido de lenguaje común, nadie dudaría que la aportación al hecho de A (distracción de C), es igualmente necesaria que la de B, ya que conjuntamente sus conductas fueron producción del resultado, aunque no emprendió personalmente acción ejecutiva alguna.

Esta *teoría objetivo formal*, es considerada insuficiente para fundamentar la autoría mediata (ya que el autor mediato no lleva objetivamente a cabo la conducta descrita en el tipo de la parte especial), y algunos supuestos de realización del delito sirviéndose de un aparato de poder (por ejemplo en el caso del autor de escritorio).[151]

En los casos de autoría mediata, "el autor no realiza de propia mano el tipo penal, sino que el que ejecuta el verbo típico es el instrumento, que hasta puede actuar con dolo".[152]

En el caso a estudio, quien actualiza el medio comisivo del delito de fraude, es el instrumento, quien, bajo esta teoría sería considerado como autor, pues es quien ejecuta el comportamiento; y la conducta del que se sirvió de instrumento quedaría impune, o no sería materia de análisis en ella. Por lo que, no se podría acreditar la existencia de un autor mediato en la comisión de hechos constitutivos del delito de

---

[150] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, p. 8.

[151] *Cfr. Ibídem*, pp. 8 a 11.

[152] DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, p. 29.

fraude, pues en éste, como se ha mencionado, quien ejecuta el engaño es el instrumento, por así estar determinado por el hombre de atrás, por el autor mediato; y bajo estos postulados no se podría formular imputación, mucho menos acusación en contra de la persona que determino al instrumento a cometer una conducta de engaño.

Las *teorías objetivo materiales*, analizan la distinción entre autor y partícipe, buscando no ya el ámbito subjetivo de los intervinientes al hecho, sino un carácter material, ya que no se conforman con la remisión a los tipos de delito. Y ésta es su desventaja, lo que hace que frente a un criterio restrictivo de autor ellas no deban aceptarse.[153]

En el **antiguo criterio objetivo-material**, para ser autor es preciso ser *causa* y quien aporta una *condición* es considerado partícipe, es decir, la diferenciación entre autor y partícipe, es la distinción entre causa y condición. Algunos autores hablan de una causación necesaria –como autoría- y una causación favorecedora –como participación-. La mayoría de los estudiosos del tema no se ocupan de profundizar en esta teoría, ya que es rechazada ya desde su metodología.[154]

La primera, es la llamada *teoría de la necesidad,* según la cual autor es, quien ponga como su aportación al hecho una condición necesaria, es decir, sin la cual no se hubiera producido el resultado, y la que, como conclusión, nos lleva a emitir juicios hipotéticos, es decir, preguntarnos qué habría sucedido si no hubiera actuado tal persona.[155]

---

[153] *Cfr. Ibídem*, p. 32.

[154] *Cfr.* URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

[155] *Cfr. Ibídem*, p. 25.

La segunda, es la denominada *teoría de la simultaneidad,* la cual considera autores, a todos los que actúan en la fase de ejecución del hecho, partiendo de la proximidad de los sujetos a la producción del resultado.[156]

Las penúltimas de estas teorías del *antiguo criterio objetivo-material*, son las llamadas *teorías que diferencian según el carácter directo o indirecto de la causalidad; éstas s*e fijan, no tanto en la importancia o trascendencia causal de las contribuciones de los intervinientes, sino más bien en la dirección de esa causalidad, es decir, en si entre la conducta del interviniente y el resultado existe una relación directa, o más bien, en tal relación hay peldaños intermedios, constituidos por la conducta autónoma de otros intervinientes. [157]

La última, es la que se le conoce como *teoría de la supraordinación del autor y la subordinación del partícipe* o de la *coordinación o igualdad de los coautores,* que había que valorar cada caso concreto para establecer si un sujeto está en una posición de:

a) Superioridad frente a otro;
b) Inferioridad frente a otro, o
c) En igualdad frente al otro.

El **nuevo criterio objetivo-material**, ha ido imponiéndose cada vez más en la dogmática y en la jurisprudencia penal, y se refiere a la *teoría del dominio del hecho*, desarrollada entre otros, por Claus Roxin.

Atiende al valor sustancial de la aportación realizada, partiendo de un concepto nacido del finalismo, cuando se afirmaba dentro de esta concepción sistemática del delito que en los delitos dolosos, es autor quien domina finalmente la ejecución del

[156] *Cfr. Ídem*.

[157] *Cfr. Ibídem*, p. 26.

hecho, esta concepción entronca con el concepto de acción. El concepto de *dominio del hecho* se asienta sobre la finalidad de la conducta, lo que lo aproxima al dolo, del que debe de distinguirse, toda vez que con dolo también actúan los partícipes que no tienen el dominio del hecho.

Se atribuye a Hans Welzel, la proyección –que hasta hoy tiene- de esta teoría. Partiendo este jurista de su sistemática finalista de comprensión del delito, nos ofrece un *concepto final de autor,* mediante el cual autor es quien tiene un dominio final sobre el hecho, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización.[158]

La *teoría del dominio del hecho en la llamada teoría final de la acción*; Hans Welzel estructura su teoría sobre el dominio del hecho en base a la separación entre ser y valor y, por ende, en su giro hacia lo ontológico se puede hacer un primer esbozo de la teoría de la siguiente manera: En materia de delitos imprudentes, al existir la teoría de las equivalencias de las condiciones, todas las causas son iguales, luego rige un concepto extensivo de autor; en cambio, en los delitos dolosos, autor es quien tiene el dominio del hecho. Señor del hecho es aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; inductores y cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo. En la coautoría, es la ejecución distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. De ahí que coautor lo sea aquel que cosustenta la resolución del hecho.

En síntesis, existe autoría cuando se dan los siguientes requisitos:

i. Dominio final del hecho.
ii. Requisitos objetivos del autor (funcionario, comerciante, soldado).
iii. Los requisitos subjetivos, como el ánimo de lucro o la tendencia lasciva.
iv. Los requisitos de los delitos de propia mano.

[158] *Cfr. Ibídem*, pp. 27 a 29.

Sin embargo, Welzel había fijado un límite a su teoría, ya que no aceptaba que el sujeto de atrás pudiera llegar a ser autor. La autoría mediata –afirmaba-, por medio de un sujeto actuante directo que es a su vez autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho, no es sino un inductor, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor. Por lo tanto, no es autor mediato quien actúa detrás del autor directo que lo hace con error de prohibición.[159]

Cerezo Mir explica, que el concepto restringido de autor es insuficiente porque no permite comprender la figura del autor mediato. El autor mediato no realiza la acción típica, sino que se vale de otra persona como instrumento para la comisión del delito, siendo el instrumento el que realiza la acción típica. Por ello, es preciso completar el concepto restringido de autor con el concepto finalista: autor será todo el que realice la conducta típica o alguno de sus elementos, y en los delitos dolosos será también autor el que tenga el dominio finalista de hecho, aunque no haya realizado la conducta típica.[160]

Uno de los problemas con que se encontró Welzel, fue el adaptar su concepto final de autor en el caso de los delitos imprudentes, por lo que tuvo que hacer un desdoblamiento de su concepto de autor, ya que, mientras que en los delitos dolosos el autor era aquel que tenía el dominio final del hecho, en el caso de los delitos imprudentes autor era aquél, que contribuye a la producción del resultado con una conducta que no responde al cuidado objetivamente debido, lo que nos llevaría a sostener una igualdad en el plano causa, que, a su vez, nos conduciría a una concepción extensiva, resultando esto en una teoría unitaria en el caso de los delitos imprudentes.[161]

---

[159] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp. 33 a 35.

[160] *Cfr. Ibídem*, p. 35.

[161] *Cfr.* URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

Como se mencionó, el mayor representante de la *teoría del dominio del hecho* es el Doctor Claus Roxin; para este jurista, el *dominio final del hecho,* está compuesto de dos elementos, a saber, el dominio objetivo del hecho y la voluntad de dominio. Nos aporta un concepto de autor como un punto de partida metodológico, concibiendo al autor, como la figura central del acontecer en forma de acción.[162]

Enrique Bacigalupo afirma, "que la fórmula más aceptada se expresa de la siguiente forma: el dominio del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio del hecho".[163] Por su parte, Roxin, "disecciona el concepto de dominio del hecho y nos dice que se manifiesta como: dominio de la acción (autor o autores directos), dominio de la voluntad (autor mediato) y dominio funcional del hecho (coautores)".[164]

De la concepción sistemática de Roxin, "se puede extraer en el ámbito de la autoría que mientras que en los delitos de acción sólo puede ser autor (*täterstrafrechtliche Delikte*) quien tenga el dominio del hecho, en los delitos consistentes en una infracción de un deber sólo puede ser autor quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del hecho".[165]

Entre las críticas que se han realizado a la *teoría del dominio del hecho*, "algunas se refieren a que si se interpreta rigurosamente este criterio resultaría inaplicable, ya que en realidad no se puede llegar a tener un dominio *total* del curso de los acontecimientos, y si se interpreta de manera amplia podría predicarse de cualquier clase de acción voluntaria, pues todas ellas suponen un cierto dominio del hecho".[166]

---

[162] *Cfr. Ibídem*, pp. 34 y 35.

[163] DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp.32 y 33.

[164] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, p. 35.

[165] *Ibídem*, p. 37.

[166] *Ibídem*, p. 38.

Como hemos podido ver, “las teorías que se han dado desde este sistema son diversas y tienen, como todo producto del raciocinio humano, insuficiencias, debiendo tenerse en cuenta las dificultades que nos presentan en algunos casos concretos”.[167]

En la *teoría del dominio del hecho en Maurach y Gössel, s*egún Reinhart Maurach, y luego quien complementó la obra, Karl H. Gössel, autor es, quien mantiene en sus manos, abarcado por el dolo, el curso causal del hecho típico. Por lo tanto, el dominio del hecho, lo tiene todo aquel que puede impedir o hacer avanzar, a su albedrío, el hecho hasta su resultado final.

De modo que, coautor es aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso causal del hecho, dirigiéndolo. Inductor, es aquel cuya aportación al hecho llega hasta determinar a cometer el hecho aún no decidido. Cómplice, es aquel cuya cooperación se limita a reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos no tienen en sus manos el hecho. Por eso es coautor, el jefe que dirige desde lejos la intervención de los miembros de su banda.

Esta concepción acepta un concepto objetivo de autor, es decir, reconoce que el sujeto que realiza de propia mano la acción típica debe ser considerado autor del hecho. No se le puede negar tal carácter al individuo que realiza el verbo típico: el que mata, el que se apodera, el que tiene acceso carnal, el que falsifica, etcétera; sin embargo, ese aspecto formal-objetivo, no alcanza a definir la autoría, sino que debe ser completado con un criterio material: autor será quien tiene el dominio final del hecho, mientras que los partícipes, en cambio, carecen del mismo.

Como se ha mencionado, para precisar qué debe entenderse por dominio del hecho, es preciso señalar que al igual que la acción típica y contraria a la norma, también la autoría se compone de elementos objetivos y subjetivos.

[167] *Ibídem*, p. 40.

Desde el punto de vista objetivo, consiste en tener en las manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad fáctica de dirigir en todo momento la configuración típica. Se puede reconocer el dominio del hecho a todo aquel que puede inhibir, dejar correr o bien interrumpir la realización del resultado completo. De este modo, autor es quien mantiene el hecho en sus manos, aquel que con su voluntad puede hacer que avance la realización típica o detenerlo, esto es, desistir del delito, por supuesto, antes de la consumación. Es quien maneja la causalidad.

Subjetivamente, además, es necesario que el autor tenga dolo de autor, esto es, la voluntad del dominio fáctico del hecho. Quien actúa y no sabe que tiene el dominio del hecho no es autor en este sentido.

En cuanto al delito imprudente afirman que, se caracteriza precisamente por la falta del dominio final del hecho sobre el ataque al bien jurídico. Autor de tal ataque evitable al bien jurídico puede serlo quien podría haber dirigido su comportamiento, de tal modo que el ataque no se hubiera producido. De ahí, surge lo que los autores llaman el dominio potencial del hecho: el actuar no dominado, pero dominable, hubiera evitado la lesión al bien jurídico.[168]

En la *teoría de Santiago Mir Puig*, son autores, aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida, del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como autor a aquel o a aquellos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (delitos especiales), aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización.

La autoría supone, pues, que el delito es imputable al sujeto como suyo, supone una relación de pertenencia. Esta pertenencia, corresponde en primer lugar, al ejecutor material individual al que puede imputarse al delito. En segundo lugar, al

[168] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp. 35 a 37.

autor mediato, el hombre de atrás, es aquí el único causante del delito al que puede imputársele como propio. En tercer lugar, la pertenencia del hecho es compartida por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito (coautoría).[169]

El concepto de autor, en la *teoría de Günther Jakobs*, se parte de la idea de autorresponsabilidad, esto es, que cada uno ha de responder de las consecuencias de su comportamiento y, para esto, es determinante el rol que esta persona ocupa. Cada uno responde dentro del contexto de su acción, sin importarle en qué contexto otros colocan su acción.

En la participación, se trata de una conducta preordenada, de manera que sea una continuación de una cosa del autor. Existe pues un reparto de trabajo, que tiene exigencias propias; sin embargo, los partícipes han de responder no sólo por sus prestaciones, sino por el impulso del acontecimiento, en la medida en que han hecho posible un determinado comportamiento del receptor de la presentación. El partícipe, se halla conectado con el ulterior agente, cuando y en la medida en que su aporte no sólo posibilita, sino que aporta la relevancia objetiva para la ejecución de este comportamiento. Cuando el partícipe se encuentra en un determinado contexto, puede incidir de modo comprensible objetivamente, en lo cual su contribución pertenece al contexto del comportamiento general.

De esta manera, un distanciamiento del contexto delictivo presupone condiciones más o menos usuales, esto es, que cada uno asuma su propio rol y deje a los demás el suyo.

Hay contribuciones que, si bien no están prohibidas, comportan el peligro de la continuación de una acción delictiva, y quien aporta una ayuda en este caso, queda comprometido en comunidad con el ejecutor. Por ende, se puede afirmar que el partícipe responde penalmente porque la ejecución, a través de una división

[169] *Cfr. Ibídem*, p. 39.

vinculante del trabajo, es también una ejecución suya. Por lo tanto, todos los partícipes ejecutan, ya que por su mano se lleva a cabo la ejecución. Así, se puede afirmar que el dominio del acto lo tiene el colectivo, y la pregunta sobre quién tiene el dominio queda como una cuestión superada.[170]

3.2. Autor material (lo realicen por sí).

Autor directo, autoría directa individual, o *autoría (única) inmediata*, "es aquel que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho típico, es por esto que se dice que esta autoría es de propia mano, ya que no necesita a otros sujetos para realizar el hecho".[171]

El autor directo o individual, es quien ejecuta por sí mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial; el que realiza el hecho por sí solo o, quien ejercita una soberanía de configuración por actuación corporal. Se trata, en fin, de supuestos en que la persona realiza la ejecución de propia mano, sin necesidad de otras personas; en estos casos el dominio de la acción es indudable, en tanto el sujeto haya actuado con dolo y se den los elementos del tipo.

Lo anterior, es manifiesto en los delitos dolosos de comisión, en donde la persona que mata lo hace por actuación corporal. En los casos de omisión, la autoría directa se manifiesta al existir un no hacer corporal, que trae como consecuencia un daño al bien jurídico, o por lo menos un aumento del riesgo a ese bien jurídico, en tanto en los delitos de omisión impropia, el no hacer es un equivalente al hacer.[172]

---

[170] *Cfr. Ibídem*, pp. 40 a 42.

[171] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.,* pp. 53 y 54.

[172] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

Algunos autores sostienen, que se requieren algunas características esenciales para poder imputar a título de autor directo un delito, las cuales son:

- ✓ *General*, cuyo elemento es el dominio del hecho; y
- ✓ *Especiales*, compuesta por los elementos subjetivos de la autoría, referente a ánimos, intenciones o tendencias del autor, y los elementos objetivos de la autoría, compuestos por cualidades, especiales obligaciones, o cuando se impone ineludiblemente la realización física de la acción típica por parte del autor.[173]

Para Claus Roxin, *autor directo* es quien tiene dominio de la acción; resultando interesante en este punto, el análisis que realiza para delimitar mejor este concepto, para lo cual parte de tres grupos de casos:

1. Realización del tipo de propia mano, dolosa y libre;
2. Realización típica de propia mano, dolosa y no libre, la que a su vez subdivide en casos de coacción y casos sin coacción; y
3. Realización de propia mano y dolosa de algunos elementos del tipo.

En el primero de estos casos, es decir, la *realización del tipo de propia mano, dolosa y libre*, autor directo es aquel que no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano.

En el segundo grupo, el de la *realización típica de propia mano, dolosa y no libre*, la primera subdivisión se refiere a los supuestos de coacción, sobre lo que se pregunta si tiene el dominio del hecho aquel que realiza el tipo completo de propia mano y dolosamente, pero coaccionado por otro o por una situación de peligro que se cierne sobre él. El autor coaccionado, es autor con pleno dominio del hecho, diciéndonos que de lo contrario daríamos impulso a la tendencia de considerar autor

[173] *Cfr.* URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, p. 54.

al –principal culpable- en sentido criminológico o de acuñar en términos dogmáticos consideraciones sobre determinación de la pena.

Por lo que respecta a los casos sin coacción, a los que denomina también *realización del tipo dolosa no libre y exenta de coacción, pero disculpada*, la cual es planteada en el caso de inimputables, menores, y de error de prohibición, si actúan de propia mano y son capaces de realizar acciones dolosas en el sentido de la teoría de la culpabilidad, tienen dominio pleno del hecho y serán considerados autores, aunque no culpables.

El tercer y último de los casos, *de la realización de propia mano y dolosa de algunos elementos del tipo*, el cual subdivide a su vez en: a) La realización de modalidades del delito y la realización de la acción típica; y b) El error sobre elementos de la situación relevantes para el injusto. En el primero de ellos, quien realiza un elemento del tipo innegablemente es autor. Esto es, de la pluralidad de elementos del tipo se destaca un grupo que caracteriza el curso del hecho en especial medida: la verdadera acción típica, que ha de separarse del lugar, de tiempo y de las demás modalidades del delito; como: el sustraer, matar, envenenar, engañar, amenazar. Quien realiza esas acciones personalmente es siempre autor, aun cuando se haya sometido en su interior a otro, coopere en interés ajeno y no realice en persona otros elementos del tipo.

En el caso del error sobre elementos de la situación relevantes para el injusto, en estos casos no cabe atribuir el dominio del hecho a quien actúa bajo este tipo de error.[174]

En efecto, en un primer análisis de los hechos, podríamos decir que quien engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de alguna cosa u obtener un lucro indebido, es autor directo, pues realiza por sí la conducta descrita en el tipo penal. Por lo que, en el caso del delito de fraude, en un primer estudio, quien

[174] *Cfr. Ibídem*, pp. 54 a 59.

actualiza los medios comisivos, será autor directo, salvo en los casos que más adelante analizaremos del autor mediato.

3.3. Coautor (lo realicen conjuntamente con otro u otros autores).

También llamada *autoría concomitante* o *paralela*, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. La mayoría de la doctrina asume como definición común de la *coautoría*, el tomar parte en la ejecución del hecho dominándolo; sin embargo, otro sector doctrinal pone el acento no en la ejecución del hecho, sino en su realización. Así, la contribución en la realización del delito no tiene por qué ser necesariamente con actos ejecutivos.[175]

En ese sentido, son coautores, los que toman parte en la ejecución del hecho, codominándolo. Según Günther Jakobs, existe coautoría cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necearías para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que personas no participantes de la ejecución codeterminan la configuración de ésta o el que se lleve o no a cabo.

Los elementos de la coautoría serían, según este criterio, dos: la *decisión común del hecho*, y la *intervención en la comisión a título de autor*. No hay duda de que el coautor es un autor, de modo que le corresponden todas las características del autor. Esto ha llevado a que los autores exijan en la coautoría un dominio funcional.[176]

Hay casos en que varias personas correalizan la ejecución del hecho en distintos papeles o funciones, de forma que sus aportes al hecho completan la total realización del tipo. El dominio del hecho de cada uno, en estos casos, no se apoya

[175] *Cfr. Ibídem*, pp. 76 y 77.

[176] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

en la ejecución de aquél por propia mano, sino que lo importante es la división del trabajo, sin la cual la comisión del tipo penal sería irrealizable, de manera que esta aportación lo conforma en su totalidad. Cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho, a través de su función específica en la ejecución del suceso total, porque como el plan concreto incluye su aporte, si él no hace su parte el hecho fracasa.

Desde el punto de vista de esa teoría, la posibilidad de la coautoría se limita a los hechos dolosos. La coautoría es autoría, particularizada porque el dominio del hecho unitario es común a varias personas.[177]

Alfredo René Uribe Manríquez muestra, que los elementos de la coautoría, son:

a) El *acuerdo de voluntades* consistente en un plan común; y
b) La *contribución a la realización del delito*, que no tiene que ser necesariamente con actos ejecutivos, pero que debe ser de tal entidad que pueda considerarse como un eslabón importante del acontecer delictivo.

El *acuerdo de voluntades*, *decisión conjunta,* o la *decisión de ajustarse es*, lo que le da sentido a la división funcional de roles, es la vinculación recíproca por medio de una resolución conjunta, es la abrazadera de conectar las piezas individuales del todo, además que, por no regir aquí la imputación en virtud de la accesoriedad, es lo que permite que podamos realizar la imputación reciproca inmediata, es decir, que todas las aportaciones de los coautores sean consideradas equivalentes y sean imputadas en su totalidad a cada uno de ellos.

Cabe añadir que, sin el presupuesto subjetivo (decisión común al hecho), en el caso de que dos procesos ejecutivos sean desarrollados y coincidan,

[177] *Cfr. Ibídem*, p. 47.

complementándose y produciendo el resultado típico, habrá autoría accesoria, es decir, se atribuirá la responsabilidad a título de autoría individual.[178]

La coautoría concluye Uribe Manríquez, es una especie de conspiración (ya que va precedida del acuerdo ejecutivo previo) llevada a la práctica, y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene de algún modo en la realización del delito, lo que, por definición, no sucede en la conspiración.

También considera coautores al jefe y a los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas, o que son parte integrante fundamental en la realización del delito, aunque no estén presentes en su ejecución.

Cree que dentro de la coautoría cabe incluir, tanto casos de *coautoría ejecutiva* como de *coautoría no ejecutiva*. Por cuanto hace a la *coautoría ejecutiva*, se hace la distinción entre la *coautoría ejecutiva directa* y la *coautoría ejecutiva parcial*. La coautoría ejecutiva *directa*, también llamada coautoría simple o propia, es aquella en la que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos; su particularidad consiste en que hay un dominio del hecho unitario que es común a varias personas. La coautoría ejecutiva *parcial*, es aquélla en la que se produce un reparto de las tareas ejecutivas.[179]

En síntesis, la coautoría se basa, como ya dijimos, en la división del trabajo: cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito y responde por el todo. Se exige una ejecución común del hecho, y a ella pertenecen:

a) *La decisión común al hecho*: el acuerdo recíproco, expreso o tácito, sobre la perpetración común de aquél, que puede establecerse hasta el momento de la

[178] *Cfr.* URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.* pp. 77 a 79.

[179] *Cfr. Ibídem*, pp. 81 a 83.

consumación. Cada coautor responde sólo hasta donde alcanza el acuerdo, y no habrá responsabilidad por el exceso del otro.

b) *La ejecución común del hecho*: cada coautor ha de ser, subjetivamente, coportador de la decisión común y, objetivamente, complementar con su aportación los aportes de los demás, configurando un hecho unitario.

Siempre es coautor quien, "en posesión de las cualidades personales de autor, efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero también es coautor quien objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho".[180]

Al respecto, nuestros tribunales mediante los siguientes criterios jurisprudenciales han establecido cuándo estamos en presencia de la coautoría:[181] [182]

Tesis: I.8o.P. J/2	Semanario Judicial de la	Novena Época	163505

[180] DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, p. 48.

[181] Semanario Judicial de la Federación, consulta tradicional (en línea), disponible en http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=coautor&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=1&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=163505&Hit=3&IDs=2007869,2000935,163505,175122,197915&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=. Consultado el 24 de julio de 2016.

[182] Semanario Judicial de la Federación, consulta tradicional (en línea), disponible en http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=coautor&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=1&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=197915&Hit=5&IDs=2007869,2000935,163505,175122,197915&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=. Consultado el 24 de julio de 2016.

	Federación y su Gaceta		
Tribunales Colegiados de Circuito	Tomo XXXII, Noviembre de 2010	Pag. 1242	Jurisprudencia(Penal)

COAUTORÍA. SE ACTUALIZA CUANDO VARIAS PERSONAS, EN CONSENSO Y CON CODOMINIO CONJUNTO DEL HECHO, DIVIDIÉNDOSE LAS ACCIONES DELICTIVAS Y MEDIANTE UN PLAN COMÚN ACORDADO ANTES O DURANTE LA PERPETRACIÓN DEL SUCESO, CONCURREN A LA EJECUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La figura de la coautoría a que se contrae la fracción II del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, se actualiza cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; de ahí que una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquélla se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida "codominio funcional del hecho"; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 768/2002. 18 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretario: Jesús Terríquez Basulto.

Amparo directo 22/2010. 11 de marzo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Amparo directo 77/2010. 7 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Leticia Jardines López.

Amparo directo 167/2010. 14 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Amparo directo 277/2010. **********. 26 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Tesis: I.1o.P. J/5	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	Novena Época	197915
Tribunales Colegiados de Circuito	Tomo VI, Agosto de 1997	Pag. 487	Jurisprudencia(Penal)

COAUTORÍA MATERIAL. SE GENERA CUANDO EXISTE ENTRE LOS AGENTES CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO.

Aun cuando la aportación de un sujeto al hecho delictivo no pueda, formalmente, ser considerada como una porción de la acción típica, si aquélla resulta adecuada y esencial al hecho de tal manera que evidencia que existió entre los agentes un reparto del dominio del hecho en la etapa de su realización (codominio funcional del hecho), tal aportación es

suficiente para considerar a dicho agente coautor material del delito en términos del artículo 13, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, como ocurre en el delito de robo, cuando uno de los activos es el que se apodera materialmente de la cosa ajena, mientras otro, amén de brindarle apoyo con su presencia, impide que uno de los ofendidos acuda a solicitar auxilio.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 369/97. Pedro Flores Peralta. 17 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Carlos Díaz Cruz.

Amparo directo 341/97. Juan Francisco Mares Zárate, Gustavo Azcárate Hernández, Miguel Ángel Rodríguez Ruiz y Ricardo Bello Reyes. 19 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: María de la Luz Romero Hernández.

Amparo directo 681/97. Rodolfo Romero Elguera y Rafael Pérez Vasconcelos. 29 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretaria: Miriam Sonia Saucedo Estrella.

Amparo directo 625/97. Hermenegildo Basilio Rojas. 30 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Silvia Lara Guadarrama.

Amparo directo 721/97. Arturo García Huerta. 17 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Ricardo Martínez Carbajal.

Por lo que, es indudable, que el delito de fraude puede ser cometido en forma conjunta por diversas personas, coautores, cuando la aportación de cada uno de ellos sirva para engañar al pasivo o para aprovecharse del error en que se halle, obteniendo un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero; debiendo poner especial atención, y valorar, que efectivamente existe una decisión común para engañar, un plan común, y que cada uno contribuya en la ejecución del delito, actualizando el resultado material (división de funciones), de tal forma que la aportación que cada uno realice contribuya a colmar la descripción típica.

Pues en algunos casos, más que una coautoría podríamos estar en presencia de la forma de participación del cómplice, al prestar dolosamente ayuda o auxilio al autor para su comisión; como sería en el siguiente caso: El sujeto C, con conocimiento de que el inmueble X, no es propiedad del sujeto B, lo ayuda a venderlo, promoviendo dicho inmueble como propiedad de B, realizando labores de promoción y convencimiento en el sujeto pasivo A, para que creyera falsamente el sujeto A, que dicho inmueble era propiedad de B, cuando C tenía conocimiento que

el inmueble X no había sido puesto en venta, por su real propietario. Caso en el cual, nos encontramos que el sujeto C, es un partícipe cómplice, y no un coautor junto con B.

En el ejemplo anterior, C es partícipe cómplice de la conducta prevista en el artículo 231 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal (a quien por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer, si ha recibido el precio); y no de la prevista en el diverso 230 del mismo ordenamiento (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); pues pudiera argumentarse que el sujeto C, es coautor de un fraude genérico (artículo 230), esto si no se toma en cuenta lo señalado en la fracción I del artículo 231, lo cual resultaría correcto a nuestro entender, pero al estar prevista la conducta del ejemplo en un tipo penal específico, al aplicar dicha descripción normativa, el sujeto C, es cómplice de dicho delito.

3.4. Autoría mediata (lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento).

La *autoría mediata*, también llamada "autoría de mano ajena, es aquella en la que el autor, llamado a efectos de este tipo de autoría hombre de atrás (*hintermann),* no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona (instrumento), generalmente no responsable, que es quien lo realiza".[183]

Para Günter Stratenwerth, "la autoría mediata es admitida en los casos en que el instrumento al menos ejecuta una acción que, de haber sido ejecutada por el hombre de atrás, se habría correspondido al tipo objetivo de un delito de comisión doloso, pero sin cumplir el tipo subjetivo".[184]

---

[183] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

[184] *Ibídem*, p. 61.

Muñoz Conde y García Arán, nos dicen que, “cuando alguien se sirve, como instrumento de realización del delito, de otra persona que, generalmente sin saberlo, lo ejecuta, hay que buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su instrumento”.[185]

Si algo caracteriza a la autoría mediata, es el dominio de la voluntad de otro. Es el caso de la persona que realiza el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona –el instrumento– que le sirve a sus fines porque no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del autor mediato, con lo cual aparece como una herramienta en las manos de aquél. En esta clase de autoría lo relevante está dado por la voluntad del hombre atrás, que aprovecha su información, la mayor inteligencia, la fuerza o el status diferente. Cuando el que actúa directamente es simplemente un instrumento del hombre de atrás, es precisamente porque éste tiene el dominio sobre los acontecimientos.

El autor mediato se vale, para cometer el delito, de un sujeto que es víctima de un error. Lo característico, es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de decisión. Esto quiere decir: Al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato.[186]

Debe distinguirse la autoría mediata, de la inducción y cooperación, ya que presentan una estructura ontológica diversa. En el caso de la autoría, se trata siempre de un hecho propio, en cambio en las otras dos, se trata de la participación en un hecho ajeno. Mientras en la autoría mediata, el núcleo de ella consiste en la degradación de un ser humano a la categoría de medio material, no libre, para la obtención de los fines que se ha propuesto el hombre de atrás, en la inducción, se

[185] *Ibídem*, p. 62.

[186] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp. 49 a 51.

trata de la corrupción de un ser humano libre. Y esto es consecuencia, de que sólo quien tiene el dominio del hecho puede abusar de otra persona para su ejecución.[187]

Uribe Manríquez Alfredo René explica, que una clasificación de las formas de autoría, podría ser la siguiente, en la cual se pueden englobar las distintas formas de esta figura:

a) *Instrumento que obra sin dolo.* En este supuesto, el ejecutor es una herramienta ciega del autor, un instrumento de la voluntad de aquél debido al error de tipo.

El instrumento, al actuar bajo error de tipo deja el dominio de la voluntad al hombre de atrás, que es el que tiene conocimiento sobre las circunstancias del hecho que conforman el tipo objetivo, lo cual le da el dominio de la voluntad sobre el ejecutor.

Si el error es invencible, el ejecutor no podría ser considerado responsable, pero en caso de ser error vencible, el ejecutor respondería como autor imprudente, y el mediato, como doloso.

Uno de los casos más representados por la doctrina para referir este supuesto, es el de un médico que, con la intención de matar, le da a la enfermera una inyección con una sobredosis de morfina para que la aplique a un enfermo, y así la enfermera la inyecta al paciente sin sospechar los efectos.[188]

Consideramos, que en el caso del engaño que ejecuta el instrumento sobre el sujeto pasivo, no se podría resolver bajo esta primer clasificación, la existencia de autoría o participación del instrumento, pues como se ha indicado, el engaño es la falta de verdad en lo que se dice o en lo que se hace creer, es sinónimo de ardid,

---

[187] *Cfr. Ibídem*, p. 51.

[188] *Cfr.* URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.,* pp. 63 y 64.

enredo, trampa, treta, artimaña, mentira, maquinación, falacia, mendacidad, argucia o falsedad; por lo que, se requiere de cierta habilidad del instrumento para lograr vencer la desconfianza del ofendido. Aquí, el instrumento no solo es un simple ejecutor de la conducta, como en el ejemplo anterior, sino que su intervención en los hechos va un poco más allá del de un mero ejecutor, pero sin llegar a alcanzar responsabilidad por la comisión de los hechos delictivos.

Esto es, en el primer ejemplo, el instrumento realiza la conducta esperada por su funciones de enfermero, aplicar la inyección al enfermo, pero sin el conocimiento de la sobredosis de morfina; en el delito de fraude, el instrumento debe convencer al sujeto pasivo, haciendo uso de sus habilidades, y no solo efectúa una conducta simple o esperada, se habla de una serie de maquinaciones, que logran vencer la desconfianza, y hacen creer lo que no lo es.

b) *Instrumento que obra conforme a derecho.* En este, el instrumento actúa jurídicamente aunque con falta de todos los conocimientos necesarios del hecho, los cuales sí posee el hombre de atrás, es decir, la conducta lícita del instrumento no excluye la responsabilidad del hombre de atrás.

Como ejemplo se cita el caso de la persona **A** que, conociendo la falsedad de su dicho, acusa a una persona **B** ante la policía, lo que trae como consecuencia que **B** sea detenido, es decir, la policía actuó lícitamente, amparada por las facultades investigatorias que le concede la ley, lo cual no excluye la responsabilidad **A** como autor mediato de aquella detención.

Podríamos también mencionar como ejemplo en este apartado, los casos de órdenes vinculantes que nos llevarían a apreciar casos de obediencia jerárquica o debida, en los que la conducta ilegítima procede a quien da la orden, ya que el funcionario que la cumple actúa justificadamente.[189]

[189] *Cfr. Ibídem*, pp. 64 y 65.

En nuestra opinión, en el ejemplo de la denuncia al policía, no estaríamos en presencia de un autor mediato del delito de falsedad, sino más bien, del autor directo individual, o quien lo realice por sí, del delito de falsedad ante autoridades; esto, porque la conducta del activo, consistente en acusar indebidamente a una persona, en la legislación de la Ciudad de México, se encuadra en la descripción típica contenida en el artículo 312, que señala: “Artículo 312.- A quien con el propósito de inculpar o exculpar a alguien indebidamente en un procedimiento penal, ante el Ministerio Público o ante la autoridad judicial, declare falsamente en calidad de testigo o como denunciante”.

Por otra parte, cabe aclarar, que dentro de las causas de exclusión del delito que actualmente prevé el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 29, son a saber: legítima defensa; estado de necesidad justificante; cumplimiento de un deber; ejercicio de un derecho; y consentimiento presunto; y como causas de inculpabilidad, establece: estado de necesidad disculpante o exculpante; inimputabilidad; acción libre en su causa; error de prohibición; e inexigibilidad de otra conducta. No haciendo mención alguna, a la obediencia jerárquica.

c) *Instrumento que obra bajo coacción.* También llamados casos de ausencia de responsabilidad del instrumento, son aquéllos en los que el instrumento actúa típica y antijurídicamente pero en los que no le es exigible una conducta adecuada a la norma.

d) *Instrumento que obra sin culpabilidad.-* Quien domina, en posición de superioridad, la inculpabilidad del ejecutor del hecho, no es sólo partícipe en el hecho, sino que comete un hecho propio, mediato, a través de su dominio superior. Se incardinan aquí, aquellos supuestos en los que el autor mediato logra la ejecución del hecho mediante:

1. La instrumentalización de inimputables, si produce la incapacidad (por ejemplo provocar el estado de embriaguez en alguien), o si se aprovecha del estado de incapacidad de culpabilidad; y
2. La instrumentalización de quien actúa bajo error de prohibición invencible provocando o aprovechando éste. En el caso de error de prohibición vencible, existen dos tipos de soluciones.

La primera defiende que, al actuar el instrumento con culpabilidad atenuada, la intervención del hombre de atrás debe ser considerada como mera participación; según la segunda, para apreciar la autoría mediata, se debe tomar en consideración la capacidad del hombre de atrás sobre el instrumento, su dependencia y la influencia moral que ejerce sobre aquél.

e) *Instrumento que obra dentro de un aparato de poder:* Claus Roxin, fue el primer jurista en enfrentarse a esta temática, para él, estos supuestos se caracterizan porque el sujeto de atrás tiene a su disposición una –maquinaria-personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a decisión autónoma del ejecutor. En estos casos, el dominio del hecho está fundamentado en la fungibilidad del ejecutor por parte del llamado autor de escritorio, es decir, en que el autor mediato en cualquier momento puede cambiar al ejecutor del mismo.

La problemática con que se encuentra la fundamentación de la autoría mediata en estos casos, es que el ejecutor es plenamente responsable, por lo que, basándose en el ejemplo del aparato organizado de poder nacionalsocialista, hay autores que nos dicen que efectivamente tenemos que hacer una excepción a los criterios tradicionales y aceptar la figura del autor de atrás del autor, con lo cual, los críticos con respecto a esta opinión nos dicen que los autores que toman esta posición al respecto, incurren en la extensión extraordinaria de la autoría.

f) *Autor detrás del autor:* En estos supuestos, se incluyen casos en los que el ejecutor actúa de modo libre y consciente, lo que nos lleva a preguntarnos si el fundamento del dominio del hecho es, en la autoría mediata, el dominio de la voluntad. En el caso de la actuación dolosa del ejecutor ¿Cabe apreciar autoría mediata?[190]

Estos supuestos los divide Claus Roxin, en tres figuras:

I. *Instrumento doloso no cualificado*.- Es el caso, por ejemplo, del funcionario del registro de la propiedad que determina a un *extraneus* a que realice una anotación registral incorrecta. Para Santiago Mir Puig, en estos supuestos, se debe considerar autor mediato al *intraneus,* de lo contrario resultaría una absurda impunidad del mismo, que no podría ser castigado como inductor ya que no habría hecho antijurídico en el que participar.

II. *Instrumento doloso no intencional*.- El caso, por ejemplo, del hacendado que con ánimo de apropiación hace que uno de sus empleados, que advierte la situación, conduzca pollos ajenos a su corral. Para Günter Stratenwerth, para justificar la autoría mediata en estos casos se ha tratado de crear un dominio normativo, fundamentado por la mera intención –que es lo que falta al ejecutor– aunque finaliza diciendo que la figura del instrumento dolo sin intención debe ser abandonada.

III. *Instrumento cooperador doloso*.- El que contrata a otro –instrumento– para cometer un delito.

Roxin, excluye los tres grupos de casos del ámbito de la autoría mediata, en base al criterio del dominio del hecho, ya que en ellos, el ejecutor no realiza con su

[190] *Cfr. Ibídem*, p. 66 a 73.

comportamiento una decisión volitiva ajena de modo no libre o sin saberlo, al contrario, es libre y tiene conocimiento de lo que hace.[191]

De la misma opinión es Johannes Wessels, para quien la autoría mediata debe negarse siempre, cuando el autor inmediato es, al realizar el tipo penal, autor doloso plenamente responsable.[192]

Uribe Manríquez concluye, que tratar de ver autoría mediata en estos casos es erróneo ya que, los límites de la autoría mediata habrá que marcarlos allí donde no pueda afirmarse que el autor material haya perdido el dominio del hecho.[193]

En efecto, en el caso del *instrumento doloso no cualificado*, el registrador tiene conocimiento de la anotación registral incorrecta, por lo que, no podríamos hablar de un instrumento, sino más bien de alguien que presta ayuda al autor para su comisión (cómplice), incluso, dependiendo de los datos de prueba, se pudiera llegar a establecer una coautoría, pues la conducta indebida fue realizada de forma conjunta, mediante un plan común.

Igual circunstancia ocurre en el caso del empleado del hacedando, pues advierte la situación de conducir pollos ajenas a su corral; y en el caso de la contratación, dependerá de la situación en particular, pues si tiene conocimiento de lo ilícito de la conducta para lo cual se le contrató, como en los casos anteriores, podríamos estar en la presencia de una coautoría, o bien de, ayuda o auxilio al autor para su comisión, como partícipe cómplice.

Cabe decir, que se niega la posibilidad de una autoría mediata imprudente, toda vez que en la imprudencia, ante la ausencia de una voluntad directiva del hecho, no es posible un dominio de éste.[194]

---

[191] *Cfr. Ibídem*, pp. 73 a 75.

[192] *Cfr. Ibídem*, pp. 66 a 75.

[193] *Cfr. Ibídem*, p. 75.

Ahora bien, el autor mediato, “es siempre autor y no partícipe, independiente de quién sea el instrumento […] La autoría mediata es una forma de autoría, se requiere en ella que se reúnan las condiciones de autoría. Por ello, deben concurrir en ella tanto los elementos objetivos y subjetivos del dominio del hecho como los elementos típicos especiales del delito de propia mano, y los de los delitos de omisión. El dominio del hecho significa, tal como lo hemos dicho en la autoría, que desde una perspectiva objetiva debe tener en sus manos el curso del acontecimiento típico. Desde un aspecto subjetivo, también el hombre de atrás debe tener la voluntad que caracteriza al dominio del hecho. Como este elemento pertenece al dolo, el desconocimiento del dominio lleva al error y en consecuencia a la exclusión del dolo, quedando sólo el remanente de la culpa”.[195]

La autoría mediata, “es imposible en los delitos especiales. Como se sabe, los delitos especiales son aquellos en los que sólo un grupo de sujetos pueden ser autores, de modo que no es criterio para delimitarlos la teoría del dominio del hecho y, por lo tanto, no es aplicable la autoría mediata. Las normas en estos casos se dirigen a ciertas personas, no así en el caso de la complicidad […] En éstos, la autoría se limita al círculo de las personas cualificadas o autores idóneos, mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. De manera que, el extraño no puede ser autor de estos hechos punibles ni como autor directo, ni como autor mediato, ni como coautor. Su participación es posible”.[196]

Observando el tema, Edgar Alberto Donna, nos habla de la existencia de tres formas de autoría mediata:

---

[194] *Cfr. Ibídem*, p. 76.

[195] DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, p. 52.

[196] *Ibídem*, pp. 52 y 53.

a) Autoría mediata frente a actuaciones no típicas del autor inmediato. La teoría de Roxin: el dominio de la acción, dominio de la voluntad.

i) Los casos de falta de acción.- Siguiendo la idea de Roxin, autor es quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano. En primer lugar, se dan los casos de falta de acción del intermediario. Es el supuesto de la utilización del ser humano como proyectil. En estos casos que, en alguna oportunidad fueron considerados como de autoría mediata, hoy en día mayoritariamente se afirma que se trata de autoría directa.[197]

ii) Casos en que el instrumento actúa sin solo (dominio de la voluntad por error).- Afirma Roxin, que la situación en que el sujeto de detrás se sirve de un instrumento bajo error para cometer un delito, pasa por ser el segundo caso clásico e indiscutido en lo fundamental, de autoría mediata. Este caso se da cuando el autor inmediato, por su falta de dolo, no puede ver los hechos tal como son y, debido a ello, tampoco puede oponer resistencia al autor de atrás que maneja maliciosamente los hechos: el ladrón que le pide a un tercero que le acerque una cartera y éste cumple con el pedido, sin sospechar que en realidad está sustrayendo una cartera ajena. La tercera persona, es una herramienta ciega del autor, un instrumento de la voluntad de aquél, debido al error de tipo. El dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento, ya que cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de domino o de la voluntad del otro.

Un ejemplo de error del autor inmediato, está en el caso del médico que, para matar a un tercero, le da a una enfermera, sin saber ésta su contenido, una inyección para que le aplique al enfermo, que en realidad contiene un veneno letal. En este caso, no hay problema, ya que no existe en el instrumento voluntad de

[197] *Cfr. Ibídem*, p. 56 y 57.

acción (dolo) en relación con el resultado muerte, mientras que el hombre de atrás sí la tiene, y es más, se aprovecha de esa falta de voluntad del autor material.[198]

b) *La autoría mediata y la actuación lícita del instrumento (dominio de la voluntad, según Roxin).*

Se trata, de cuando se utiliza como instrumento a una persona que actúa amparada por una causa de justificación, de manera que la conducta lícita del instrumento no excluye la responsabilidad del hombre de atrás. La falta en el autor mediato de la causal de justificación, sumado a que existe una completa autonomía del actuar final del hombre de atrás, respecto a la lesión del bien jurídico, explica el obrar antijurídico del autor mediato, con respecto al resultado lícito final.

Es el caso, del particular que señala un sujeto a un funcionario policial, diciéndole que es quien lo acaba de asaltar, para que éste lo detenga. El policía lo detiene, y con ello actúa, si bien como víctima de un error, jurídicamente se trata de un caso de error, motivo por el cual, el policía detiene a un inocente. El hombre de atrás sabe que realmente y mediante ese error, se priva de libertad ilegalmente a una persona.[199]

Será autor mediato, la persona que incite a un enfermo mental para que mate a un tercero, y éste lo mata en legítima defensa. Por ejemplo, **A** incita a un enfermo mental **B**, a quien él desea eliminar, a atacar a **C**, y éste lo mata en legítima defensa. El autor de atrás perpetra aquí un homicidio por autoría mediata, a través del actuar libre de un tercero, que está colocado en una situación de legítima defensa, por obra del autor de atrás. Por el contrario, la autoría mediata queda excluida, por falta de dominio final del hecho, cuando el que está detrás no ha creado la situación de

[198] *Cfr. Ibídem*, pp. 57 y 58.

[199] *Cfr. Ibídem*, p. 60.

legítima defensa. Bacigalupo, pone como ejemplo en este caso a la estafa procesal. El Juez que dicta la sentencia ignorando la falsedad obra jurídicamente.[200]

c) *Autoría mediata en los casos de ausencia de responsabilidad del instrumento (dominio de la voluntad en Roxin).*

Cuando el instrumento actúe típica y antijurídicamente pero no le sea exigible una conducta adecuada a la norma. Es el caso, según Gössel, del hombre de atrás, que es la fuente de peligro bajo cuya presión el instigado comete su acción. También, es el caso del sujeto que actúa coaccionado, esto es, bajo amenaza de muerte, a cometer un hecho punible. Se ha considerado que el autor inmediato obra como un instrumento pues no tiene libertad de acción. En esto se diferencia con la mera inducción.

Aún desde la posición que admite la categoría de responsabilidad por el hecho, se puede afirmar que el llamado autor de adelante tiene un *mínimum de libertad*, pero ésta no le alcanza para dejar de ser un instrumento del autor de atrás, ya que es una libertad irrelevante para el Derecho. Sería el caso de la mujer embarazada **A**, que es obligada por **B**, mediante amenazas graves, a ingerir un medio abortivo. La mujer es la ejecutora del aborto, pero no tiene responsabilidad por el hecho, **B** no es mero instigador, sino autor mediato, pues detentó el dominio superior sobre el curso de la acción a través de la presión coactiva sobre **A**. También es el caso del padre que es obligado, mediante el secuestro de su hijo, a transportar los estupefacientes hacia una ciudad del extranjero, bajo amenaza de que si no lo hace matarán a su hijo. Cuando el padre transporta los estupefacientes en esas condiciones, si bien lo hace con un *mínimo de libertad*, ésta no es suficiente para hacerlo responsable por su hecho, pues quien mantiene el dominio final es el secuestrador.[201]

---

[200] *Cfr. Ibídem*, p. 61.

[201] *Cfr. Ibídem*, pp. 61 y 62.

d) Autoría mediata ante la falta de culpabilidad del instrumento (dominio de la voluntad en Roxin)

Se puede incluir en este grupo a los inimputables, que no comprenden la criminalidad del hecho y actúan provocados por el autor mediato, que abusa del incapaz de culpabilidad y lo lleva a cometer el delito, así como a aquellos que actúan bajo el error de prohibición. Existe en estos casos, el abuso del incapaz, que es lo que caracteriza al autor mediato. Se trata, del caso más importante y antiguo de la autoría mediata. El problema que se plantea en el caso del inimputable es si, para considerar la autoría mediata, sólo deberían tenerse presente los factores que hacen al injusto, ya que las insuficiencias de la culpabilidad del autor inmediato han sido tenidas ya en cuenta por la accesoriedad limitada. Hirsch, responde a este tema de la siguiente forma: se parte del punto de vista de que el instrumento carece de libertad, luego se daría la autoría mediata, en el caso del inimputable, salvo en dos casos: a) en aquellos supuestos en los que el autor inmediato se considera inimputable en virtud de una previsión legal abstracta, que no se corresponde a una efectiva incapacidad cognoscitiva, y b) en los casos en que el hombre de atrás no conoce la efectiva carencia de capacidad cognoscitiva del autor inmediato.[202]

La afirmación del error de prohibición, como forma de exclusión de la culpabilidad, ha llevado a analizar si este error por parte del autor inmediato puede llevar a conformar la autoría mediata del hombre de atrás, que se aprovecha de ese error. El autor inmediato, que se encuentra en una situación de error, carece de libertad para la formación de su voluntad a causa de ese error. No constituye un obstáculo el que la deficiencia del autor inmediato, que fundamenta el dominio por parte del hombre de atrás, consista en el desconocimiento de una norma *jurídica*, mientras tal deficiencia persista solamente *de facto* dando lugar al traslado del dominio del hecho. Sin que implique una diferencia decisiva, para la cuestión de la autoría mediata, el que el autor inmediato haya sido conducido a realizar una determinada acción contraria a la norma mediante la amenaza de muerte o de la

[202] *Cfr. Ibídem*, pp. 63 y 64.

integridad física, o que ello se logre cuando se produce o se aprovecha su error de prohibición. En todos estos casos, es absolutamente posible que pueda apreciarse la presencia de autoría mediata, ya que lo decisivo es que le falte al autor fácticamente la culpabilidad, sin que importen los juicios normativos legales.[203]

e) Autoría mediata en otros casos.

También la doctrina admite la autoría mediata, aun en los casos en que el instrumento tenga un actuar plenamente delictivo. Algunos autores incluyen dentro de este grupo de casos a la estafa procesal, en la cual, se induce al Juez, por medio de engaño –testigos falsos o cualquier otra falsificación de pruebas– a dictar una sentencia en la que se causa un daño al patrimonio ajeno. El Juez está obligado, en virtud de la situación probatoria, a dar su fallo en contra del demandado, y obra de acuerdo a sus deberes de funcionario público, pero a través del engaño en que ha sido colocado dicta de buena fe un fallo injusto. Se trataría, entonces, de un caso de autoría mediata por medio de un instrumento que actúa de acuerdo a sus deberes de funcionario. Sin embargo, la doctrina ha sostenido que éste es un caso de estafa procesal, en donde el Juez es el engañado y la víctima es el perjudicado patrimonialmente.[204]

Estimamos, que más que estar ante la presencia de un autor mediato, estaríamos en la hipótesis que prevé el artículo 310 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual establece que: “Al que para obtener un beneficio indebido para sí o para otro, simule un acto jurídico, un acto o escrito judicial o altere elementos de prueba y los presente en juicio, o realice cualquier otro acto tendiente a inducir a error a la autoridad judicial o administrativa, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, se le impondrán de seis meses a seis años de prisión y de cincuenta a doscientos cincuenta días multa. Si el beneficio es de carácter económico, se impondrán las penas previstas para el delito de

[203] *Cfr. Ibídem*, pp. 65 y 66.

[204] *Cfr. Ibídem*, pp. 66 y 67.

fraude"; siendo autor directo, pues realizo por sí la conducta de inducir a error a la autoridad judicial o administrativa.

f) La tesis de Roxin: el dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados.

La autoría mediata no está limitada a una acción defectuosa del instrumento, puede darse perfectamente aún frente a un actuar plenamente delictivo del intermediario: el dominio del hecho de varias personas también es posible, en cuanto a la lesión respectiva del bien jurídico. Las posibilidades de autoría mediata no se agotan con las dos formas básicas, esto es, la voluntad de dominio del inspirador o manipulador que descansa sobre una coacción o sobre un error del manipulado, sino que hay otra modalidad del dominio mediato de las acciones, caracterizadas por la circunstancia de que el inspirador tiene a su disposición personal un *aparato* –generalmente organizado por el Estado– con cuya ayuda puede consumar sus delitos, sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre la realización.[205]

Claus Roxin concluye, "que el factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos, que deben situarse frente a los de coacción y de error, es una tercera forma de autoría mediata, que radicaría en la fungibilidad de los ejecutores. En este último caso, nada falta en la libertad y responsabilidad del ejecutor inmediato, que es punible como culpable por mano propia".[206]

"El genocidio es un delito desde todo punto inimaginable como hecho individual. Esto es una novedad, pues los delitos de guerra, estatales y de organizaciones, no podrían ser aprehendidos adecuadamente si se manejan sólo los criterios que rigen para el hecho individual, y es por ello que las figuras jurídicas de autoría, inducción y

[205] *Cfr. Ibídem*, p. 67.

[206] *Ibídem*, p. 69.

complicidad, no serían aptas para adaptarse, sin más, a un acontecimiento delictivo así".[207]

La afirmación de Peters y Roxin en cuanto a que cualquiera que, en el estadio que sea, mueva el aparato de poder es autor, había sido replicada por Gimbernat Ordeig como una teoría excesiva, formulando su tesis de que todos los sujetos intermedios que se hallan entre el que desde muy arriba da la orden de asesinato y el ejecutor son cómplices. Gimbernat Ordeig sostiene, que todos los que realizaron actos ejecutivos deben responder como autores, pues precisamente son, a su entender, los delitos nazi los que confirman lo acertado de la posición dominante en las leyes positivas, en la doctrina y en la jurisprudencia, de considerar autor, en todo caso, al que toma parte directa en la ejecución. Entonces, la actividad de Hitler y de aquellos en quienes surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y establecieran el aparato que el delito exigía, ha de ser calificada de inducción. No se conforma con esta idea, ya que decir que Hitler y Himmler fueron meros inductores en un delito que, se mire por donde se mire, fue su obra, parece –aunque a efectos de penalidad no tenga trascendencia– una calificación poco adecuada, poco exacta, si se piensa en el papel que ambos desempeñaron; pero esto no es más que consecuencia de que la normativa sobre la autoría y la complicidad no está penada para un delito como el genocidio.

Con relación a los miembros intermedios que van transmitiendo la orden, dice que serían cómplices, pues no es admisible un supuesto de inducción en cadena. Sintetiza entonces, que en el caso de genocidio, y a pesar de que la situación fáctica es sumamente peculiar y confusa, creo que hay que decidir así: Hitler y algunos otros jerarcas nazis son inductores de todos los delitos cometidos dentro del marco de la llamada solución final de la cuestión judía.[208]

---

[207] *Ibídem*, p. 70.

[208] *Cfr. Ibídem*, pp. 78 y 79.

Por otro lado, y en los últimos tiempos un sector de la doctrina propone emplear como criterio delimitador de la autoría mediata de la participación el principio de responsabilidad. De acuerdo con ello, la autoría mediata se construye desde el significativo déficit de responsabilidad del ejecutor material que es utilizado por el sujeto de detrás plenamente responsable. La posibilidad de apreciar la autoría mediata concluye en los casos en que el instrumento es un autor penalmente responsable, ya que la ley lo responsabiliza en forma personal del hecho. Puntualmente, este principio de responsabilidad se construye sobre la base de que el instrumento humano no satisface los requisitos objetivos o subjetivos del tipo, o bien, que no actúa de manera antijurídica o simplemente se trata de una persona no responsable. En cambio, si el intermediario es responsable, entonces se rechaza la autoría mediata y el sujeto de detrás sólo puede responder en calidad de partícipe.[209]

"La ausencia de libertad del instrumento a instancias de la actuación del sujeto de detrás funcionaría, para este grupo de autores, como un fundamento normativo plausible para la autoría mediata".[210]

Existe otra posición, que hace el intento de salirse de una imputación meramente causal para pasar a una imputación de tipo normativo. Cuando de imputación se trata, hay dos formas distintas de realizar esa imputación: por una parte, la llamada imputación a la causalidad natural, y por otra, la llamada imputación a la libertad (la imputación normativa).

En la primera, se trata de una relación causal, necesaria, en la cual, dado el hecho **A**, necesariamente debe darse el hecho **B**. De modo que toda causa concreta debe ser vista como efecto de otra causa, y cada efecto concreto, como causa de otro efecto, de suerte que el encadenamiento de causas y efectos –según la esencia de la causalidad– aparece como infinito en ambas direcciones. Todo acontecimiento concreto es un corte en un número de principio infinito de series causales.

---

[209] *Cfr. Ibídem*, pp. 81 y 82.

[210] *Ibídem*, p. 82.

En cambio, la imputación normativa o moral, está dentro de otro orden, que presupone la libertad del actuante. En este orden de ideas, el hombre puede entenderse como cosa en sí, como ser inteligible y, por ende, sólo la voluntad puede ser considerada como libre, mientras que el hombre empírico, como fenómeno y también como consecuencia, su voluntad empírica, debe ser considerada como causalmente.

Por eso, se puede hablar de causalidad según la naturaleza y causalidad según la libertad.[211]

Queda claro que, "desde esta perspectiva, no es posible aceptar la teoría del autor detrás del autor o que pueda existir un autor detrás de un autor que decidió libremente su acción. Detrás de un autor libre sólo hay un instigador […] Cuando se corroe el sistema y se amplía el campo de la autoría a supuestos que no lo son, es posible que se termine por horadar, sin ese propósito, el principio de legalidad, tan caro y tan importante para limitar la omnipotencia del Estado".[212]

En la omisión, "la autoría mediata también es posible si el autor mediato provoca, mediante una acción omisiva, la lesión típica de un bien jurídico por parte del instrumento, quien a su vez puede actuar por vía de acción u omisión. Por ejemplo, el enfermero a cargo de la vigilancia de un enfermo mental peligroso que permite conscientemente que éste agreda físicamente a otro".[213]

En este supuesto, estimamos que, no podríamos estar ante la presencia de un autor mediato, sino que, es dable establecer la existencia de un autor directo del delito de lesiones por comisión por omisión u omisión impropia; esto porque, con la inactividad del enfermero se produce un resultado material, la lesión física, siendo

[211] *Cfr. Ibídem*, pp. 83 a 86.

[212] *Ibídem*, p. 92.

[213] *Ibídem*, p. 94.

que el enfermero tiene el deber jurídico de cuidar al enfermo mental, máxime si conoce que se trata de alguien peligroso, y no obstante con ese conocimiento, permite que se lleve a cabo la agresión, pues de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; de ahí que, para efectos de una acusación por parte del Ministerio Público, en el caso, se desprenden datos de prueba que establecen que se ha cometido el delito de lesiones, y existe la probabilidad de que el imputado lo cometió por sí, siendo realizado por comisión por omisión.

Pero hay delitos en los cuales el injusto determinante no es la producción de un resultado, controlada por un actuar final, sino la ejecución corporal de un acto típico; de ahí, que sólo pueda ser autor el que efectúa corporalmente ese acto; la perpetración mediata de ese hecho queda excluida. Verbigracia, el falso testimonio, donde lo injusto decisivo es la falsa promesa de decir verdad. Para Maurach y Gössel, la autoría mediata es imposible en los delitos por mano propia y en los delitos especiales; con lo cual hay muchos casos que en virtud de lagunas legislativas quedan impunes, como el mencionado por Cramer, en el cual el sujeto de adelante realiza sin dolo un tipo cualificado; si el inductor esconde un arma en el bolso del ladrón, sin que éste se percate de ello, por cierto que el hombre de atrás no puede ser sancionado como autor, a falta de dolo del actor principal, ni como inductor, a falta de una intención de apropiación, por lo menos para el hurto regulado en el Código Penal Alemán. Sin embargo, en lo que concierne al arma, la conducta del hombre de atrás puede considerarse como agravante respecto de la pena.[214]

En los delitos especiales en sentido amplio, esto es, aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona pero que si son realizados por determinada categoría de autores se castigan más severamente, rigen las reglas generales de la autoría y la participación, ya que el tipo básico admite a cualquier persona como autora. Hay delitos, como el falso testimonio y el motín de presos, que están reglados de tal modo que sólo pueden ser autores quienes estén en condiciones de llevar a

[214] *Cfr. Ibídem*, pp. 94 y 95.

cabo, por sí e inmediatamente, la acción prohibida, que son los llamados delitos de propia mano.

En estos delitos, “no es posible que sea autor en sentido estricto el autor mediato: es que el tipo legal siempre referencia a una actividad bien concreta, y quien no la realiza directamente no podrá ser nunca *el que* a quien se refiere el precepto. La consecuencia inmediata es que los terceros que no participan de ese círculo, sólo pueden ser cómplices o inductores del autor principal, ya que cooperan en acción de otro, pero de ninguna manera coautores o autores mediatos”.[215]

En el caso de la autoría mediata, se plantean problemas especiales con respecto al *momento de comienzo de ejecución del hecho*. Stratenwerth ha dado un panorama sobre el punto: Una primera solución se apoya sobre el propio comportamiento, de ahí que la tentativa comienza con el despliegue de la acción dirigida al instrumento (Baumann). La idea es que existe tentativa cuando el autor de atrás ejerce o intenta ejercer el influjo sobre el instrumento, porque la acción punible consiste en poner en marcha el instrumento ejecutor del hecho delictivo.

La solución global, que pone el acento sobre la acción global, está compuesta por la acción de influencia en conexión con los aportes dejados al intermediario. Se atiende al desarrollo del hecho en su conjunto: para algunos, serán relevantes las representaciones subjetivas acerca del estado del hecho en su conjunto, por parte del hombre de atrás, y para otros, han de ser las del intermediario.

Un sector desplaza la cuestión al momento en que el autor mediato traslada el suceso a manos del otro (Roxin). Un tercer grupo, sólo admite la tentativa en los casos de mala fe de instrumento, a partir del momento en que éste se pone a la ejecución (Schönke, Schröder y Eser, Welzel). Y finalmente otra posición, sin tomar

[215] *Ibídem*, p. 97.

en cuenta la buena o mala fe del instrumento, recurre sólo a la acción total (Frank, Hippel).[216]

Roxin afirma, que la justa solución del problema está en que debe existir una tentativa acabada por parte del autor mediato, en cuanto tan pronto el hombre de atrás ha entregado de sus manos el hecho, y que, según las reglas generales de delimitación de actos preparatorios y tentativa, en ese momento existe la tentativa punible.

Mir Puig es de la opinión, de que la tentativa debe empezar siempre cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento. Y pone el siguiente ejemplo sacado de Roxin, con la solución que él ha dado: La mujer que ha echado veneno en la sopa del marido puede hacer dos cosas: o bien marcharse y esperar que el marido se tome la sopa, o bien quedarse vigilando –aunque no haga nada más– en espera de que la tome; en el primer caso la tentativa empezaría al servir la sopa, pero en el segundo, habría que esperar hasta el momento en que el marido (el instrumento) se la tome.

En cambio, para Mir Puig la tentativa debe empezar siempre cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento. En el ejemplo dado, la tentativa comienza cuando la mujer sirve la sopa, con independencia de si se queda o se retira del lugar. La pérdida de control de la que habla Roxin, según Mir Puig, no es convincente, habida cuenta de que la mera posibilidad de intervenir no implica realización de actos ejecutivos, sino sólo su posibilidad. En el caso dado, sólo el marido realiza actos ejecutivos.[217]

El *desistimiento voluntario*, tiene como presupuesto elemental, que el hecho haya quedado en la etapa de tentativa y que el autor evite el perjuicio o bien jurídico, para con ello, evitar el efecto conmovedor de su conducta anterior. Si lo decisivo para

[216] *Cfr. Ibídem*, pp. 98 y 99.

[217] *Cfr. Ibídem*, pp. 100 y 101.

verificar el comienzo de la tentativa, en la solución global, son las representaciones del hombre de atrás acerca del estado del hecho en su conjunto, en todo caso, la conclusión de la tentativa no depende de la representación del autor mediato, sino que, con la finalización de la influencia sobre el instrumento sería necesario asumir una tentativa acabada, pese a que conforme a la representación del autor mediato el hecho en su conjunto ni siquiera ha alcanzado el grado de tentativa.

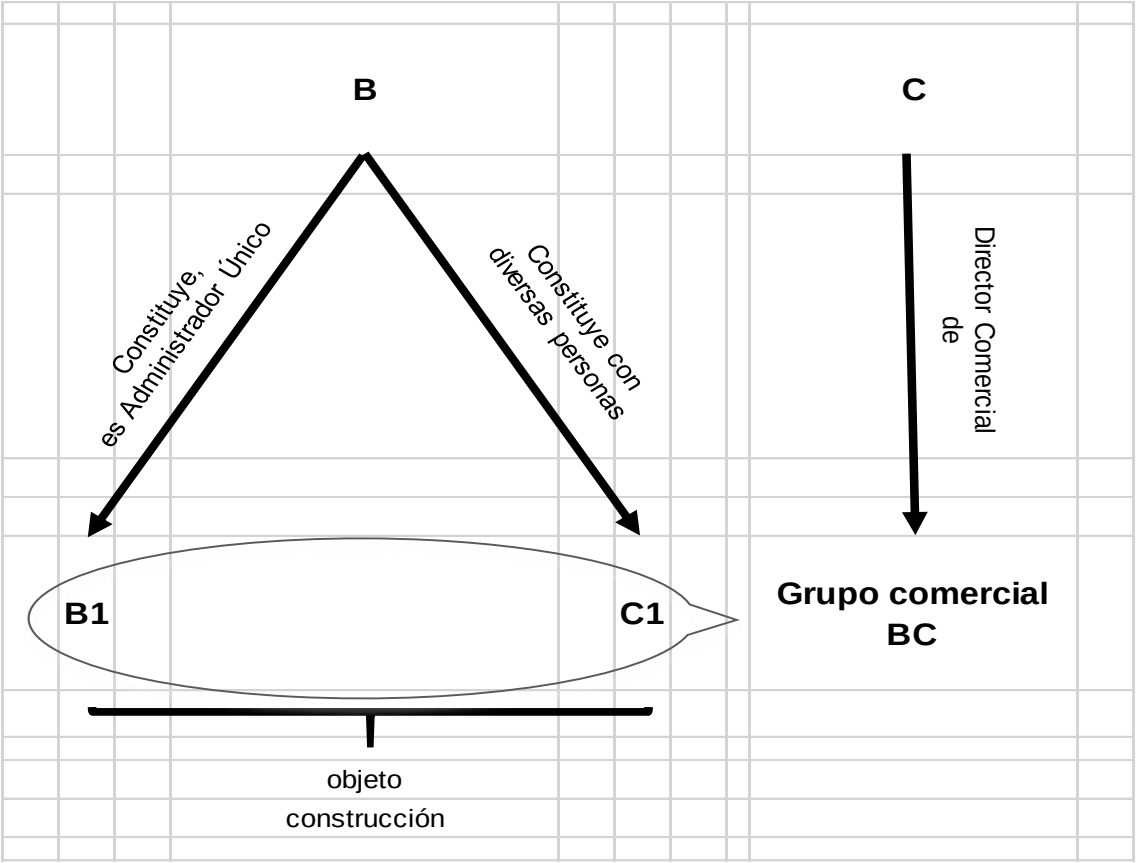
La conducta del intermediario pertenece al actuar del autor mediato, en virtud del dominio del hecho que éste tiene sobre la conducta de aquél. Según ello, el desistimiento de la tentativa de autoría mediata, sólo es posible mediante la evitación de la consumación, a partir del momento en que el autor de atrás parte de la base de que su conducta y la del ejecutor harían posible la producción del daño perseguido del bien jurídico. Entonces, el abandono necesario para el desistimiento, en el caso de la autoría mediata, debe considerar también la conducta del instrumento humano: el mero no seguir actuando del hombre de atrás no puede ser suficiente atendiendo a la conducta del intermediario. De ahí que, el abandono en la ejecución del hecho exija del hombre de atrás, pudiendo bastar un mero no seguir actuado por parte del intermediario, que hubiese sido motivado en el dominio del hecho por parte del hombre de atrás. El desistimiento mediante la evitación de la consumación en la autoría mediata, debe tratarse del mismo modo que en los restantes casos; el hombre de atrás debe evitar la consumación.

En igual sentido, se ha sostenido que solamente habrá que tener en cuenta si el autor mediato ha puesto ya todas las condiciones que él mismo debe realizar para la producción del resultado, a pesar de la actividad del instrumento. Hasta ese momento, será suficiente con la renuncia a la continuación de las acciones delictivas para evitar el resultado. Más tarde será necesario una intervención activa.[218]

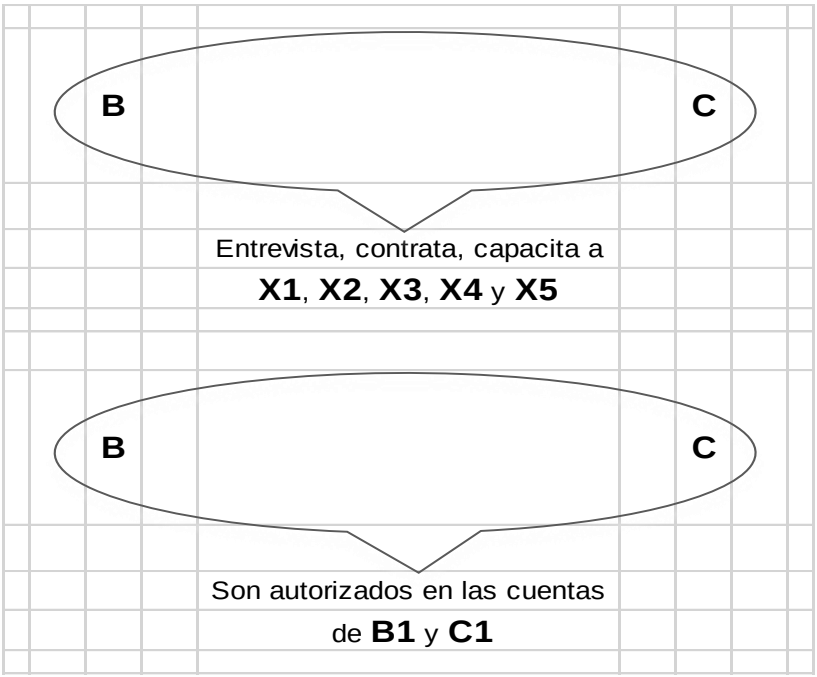
Un ejemplo, en el que estamos en presencia del *autor mediato* en el delito de fraude, previsto en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, es el

[218] *Cfr. Ibídem*, pp. 101 y 102.

siguiente: El sujeto **B**, constituye ante Notario Público a las personas jurídicas **B1** y **C1**, cuyo objeto principal de la primera lo es, la construcción de todo tipo de obra civil, arrendamiento, compra y venta de equipo, fabricación y venta de elementos para procesos de construcción, entre otros; siendo el sujeto **B**, administrador único de la sociedad **B1**, y junto con diversas personas, el sujeto **B**, constituyó a la sociedad **C1**, cuyo objeto es el de comprar, vender, arrendar, dar en comodato, usar, poseer, adquirir, enajenar, construir, reparar y negociar toda clase de bienes inmuebles urbanos, equipos, bodegas, almacenes, etcétera. Las personas morales **B1** y **C1**, pertenecen al grupo conocido comercialmente como **BC**, respecto del cual, el sujeto **C**, se desempeña con el cargo de Director Comercial, quien dentro de sus funciones, tiene la entrevista de diversos empleados contratados por el grupo comercial, autorizar su ingreso, permanencia y capacitarlos; siendo además, dicha persona, junto con el sujeto **B**, autorizados para disponer de los recursos de las cuentas bancarias aperturadas por las personas morales **B1** y **C1**.

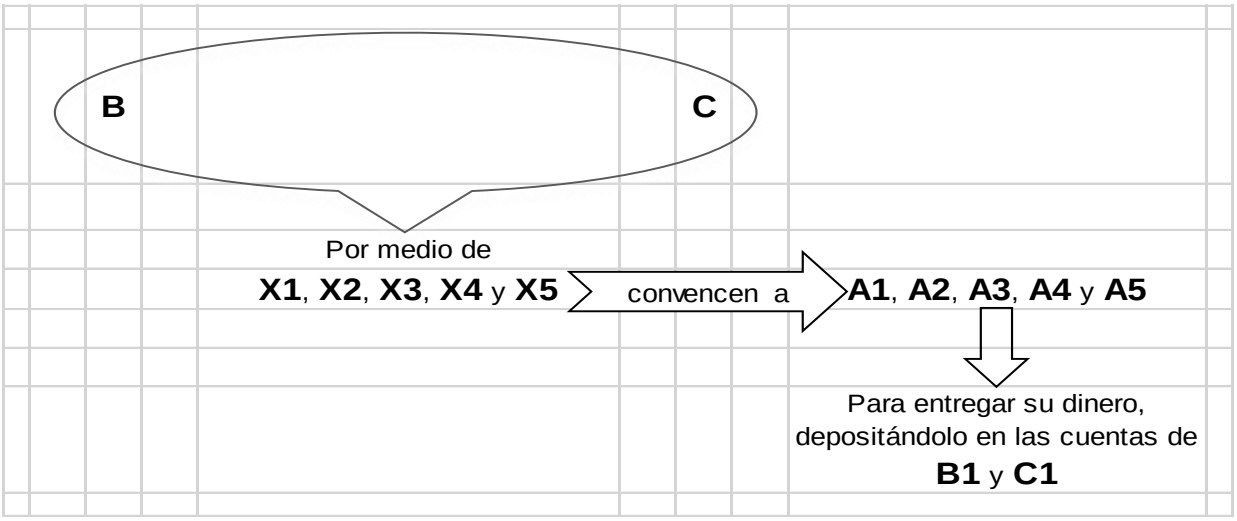


Los sujetos **B** y **C**, con el fin de obtener recursos a favor de las morales **B1** y **C1**, apoyándose de los empleados contratados por dichas personas jurídicas (**X1**, **X2**, **X3**, **X4** y **X5**), y de la promoción del grupo comercial **BC**, a través de la capacitación de su personal, y de la apertura de locales comerciales, instruyeron a **X1**, **X2**, **X3**, **X4** y **X5**, para que convencieran a los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, de la seguridad que el grupo comercial **BC**, les ofrecía en la inversión de su patrimonio, refiriéndoles que se trataba de un grupo con amplia experiencia, que tenía un respaldo importante de tipo económico, ya que contaban con diversos proyectos inmobiliarios en diversas regiones del país.



De tal forma, que los empleados del grupo comercial **BC** (**X1**, **X2**, **X3**, **X4** y **X5**), tienen la instrucción de los sujetos **B** y **C**, de atender a los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, para convencerlos a través de la información que les proporcionaron sus contratantes (sujetos **B** y **C**), para que **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, entreguen parte de su patrimonio, mediante depósitos a las cuentas bancarias de las personas morales **B1** y **C1**; utilizando como herramienta para ese fin, la firma de un contrato, en el que se establecía que la inversión del dinero que supuestamente realizaran los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, podría variar en periodos de 3, 6, 12 y 18 meses, periodo en el cual, en forma mensual, se les entregaría un interés superior al ofrecido por las instituciones bancarias; empleando además, para este fin, diversa publicidad y

folletos para lograr el convencimiento. Todo ello como se ha indicado, realizado por los empleados del grupo comercial **BC** (**X1**, **X2**, **X3**, **X4** y **X5**), por instrucción de los sujetos **B1** y **C1**.



Manifestaciones y publicidad, con la que se genera confianza en los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, de que el dinero que invirtieran se encontraba protegido y con posibilidades de incrementarse, pues su inversión sería en bienes inmuebles. Logrando así, los empleados del grupo comercial **X1**, **X2**, **X3**, **X4** y **X5**, bajo una falsa concepción de la realidad que generaron en los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, que éstos últimos depositaran diversas cantidades de dinero a las cuentas bancarias de la personas jurídicas **B1** y **C1**, y que firmaran los contratos con el grupo comercial **BC**; y en forma mensual, atendiendo a las instrucciones que tenían los empleados, les indicaban que se depositaría en la cuenta bancaria que las mismas morales **B1** y **C1** aperturaron, la ganancias de su inversión. Reforzando la confianza en la supuesta inversión de los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, con la entrega y firma, a través de los empleados del grupo comercial **BC**, de diversa documentación, con lo que se fortalece el engaño perpetrado por lo empleados **X1**, **X2**, **X3**, **X4** y **X5**; como la firma de un documento, con la leyenda *contrato de promesa de compraventa*, el cual se celebraba entre el cliente (sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**), en su calidad de promitentes compradores y las personas morales **B1** o **C1**, firmados por los empleados del grupo comercial **BC** (**X1**, **X2**, **X3**, **X4** y **X5**); o la entrega de un

documento con la leyenda *calendario de pagos*, que establece las fechas en las que se entregarían las ganancias mensuales de la inversión.

Del documento, con la leyenda *contrato de promesa de compraventa*, no se deriva que estamos ante la presencia de un contrato de dicha naturaleza, pues no se establece un objeto de promesa de venta en específico, solo una sanción por la no venta de algo que no se describe, y la devolución de la cantidad de dinero entregada, si en el plazo establecido no se concretaba la compra venta; y derivado de esa sanción, disfrazada dentro del contrato, como pago por concepto de penas convencionales por el supuesto incumplimiento, el pago de una cantidad de dinero, que se traduce en el importe mensual que se entregaría a los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, por los depósitos de las cantidades de dinero en las cuentas de las personas **B1** y **C1**; y por la firma del mencionado documento.

Disimulando así, con la firma del contrato, lo que en la realidad es una inversión, que generaría supuestas ganancias a los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**.

Del anterior ejemplo se advierte, que los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, no recibieron manifestación alguna de los sujetos **B** y **C**, para que invirtieran su patrimonio, es decir, no tuvieron contacto con ellos, pero sí fueron víctimas del delito de fraude, cometido por los autores mediatos **B** y **C**, a través de los instrumentos **X1**, **X2**, **X3**, **X4** y **X5**, empleados del grupo comercial **BC**; pues los sujetos **B** y **C**, obtuvieron a través de sus empleados **X1**, **X2**, **X3**, **X4** y **X5**, que los sujetos **A1**, **A2**, **A3**, **A4** y **A5**, hicieran entrega de su patrimonio a las empresas **B1** y **C1**, respecto de las cuales tienen el carácter de Administrador Único y Director Comercial del grupo del cual forman parte, respectivamente, obteniendo con ello, el resultado querido por los sujetos **B** y **C**, pues dada la mecánica de cómo fueron manejadas las conductas, los empleados, desconocían lo ilícito de su proceder, de sus manifestaciones, y actuaron sin conocimiento de las verdaderas intenciones de los sujetos activos **B** y **C**, con ausencia de dolo, e incluso, bajo condiciones de obediencia jerárquica por razones de subordinación legítima, ya que, en su carácter de empleados del grupo

comercial **BC**, del cual forman parte las personas jurídicas **B1** y **C1**, atendían las instrucciones y capacitación recibida por los sujetos **B** y **C**.

Por lo que, a nuestro entender, nos encontramos en la presencia de datos de prueba que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito de fraude, y existe la probabilidad de que los imputados lo cometieron bajo la forma de autoría mediata, al existir indicios razonables que así permiten suponerlo.

3.5. Instigador (determinen dolosamente al autor a cometerlo)

Previo al estudio del instigador, auxiliador y cómplice, es necesario hablar de la participación en general, así, la **participación**, se caracteriza desde un aspecto negativo. *Partícipe*, es aquel que no tiene el dominio del hecho, aunque haya tomado parte en él; por eso, es cierta la afirmación de que el partícipe no debe haber tenido el dominio del hecho o no haber estado obligado por el deber especial en los delitos de infracción al deber. Por lo tanto, el concepto de participación alcanza a los cómplices e instigadores, porque sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, con la aclaración de que no son acciones típicas en sí mismas, en el sentido de que no realizan por sí solas la acción descrita en el tipo, sino que se montan sobre la tipicidad del autor.

Determinar a otro a matar a un tercero –instigar- no es matar a otro; prestar ayuda a otro para que robe no es robar, sino cooperar en un robo. De ahí, que no sea posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe. Es la colaboración en un hecho ajeno.[219]

Resumiendo podemos deducir, “que todos los que no tengan el dominio del hecho (es decir, que no son autores, ni coautores, ni autores mediatos) sólo pueden

[219] *Cfr. Ibídem*, pp. 104 y 105.

ser responsables sin han determinado al autor a cometer el hecho punible –instigación- o si le han prestado una ayuda para que lo cometa”.[220]

El *injusto de la participación*, “consiste en el ataque propio –pero no en concepto de autor- a un bien por medio de la causación imputable en concepto de autor, o más exactamente: la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación”.[221]

La participación, “tiene carácter accesorio porque presupone tomar parte en un hecho ajeno. Accesoriedad significa la dependencia del hecho de los partícipes del hecho del autor. La cuestión requiere ser analizada en dos sentidos diferentes; desde el punto de vista del grado de realización que debe haber alcanzado el hecho principal, por un lado y, por otro, desde la óptica de los elementos del hecho punible que se deben de dar en el hecho principal”.[222]

Afirma Cerezo Mir, que la dependencia de los partícipes está en función de los autores, y que ella se manifiesta en dos aspectos diferentes que lleva a que se hable de accesoriedad cuantitativa y accesoriedad cualitativa. La *accesoriedad cuantitativa*, implica que el hecho del autor debe haber tenido comienzo de ejecución. Luego, si no hay comienzo de la ejecución el hecho es impune. La participación punible presupone que el hecho principal sea típico y doloso, además debe haber alcanzado, por lo menos, el nivel de la tentativa.

Si el hecho principal queda en grado de tentativa, los partícipes sólo responderán en ese sentido. Su punibilidad como delito consumado depende de la consumación del autor. En cuanto a la *accesoriedad cualitativa*, ésta se refiere a la dependencia de la responsabilidad de los partícipes, respecto del autor.[223]

---

[220] *Ibídem*, p. 105.

[221] *Ibídem*, p. 109.

[222] *Ibídem*, pp. 109 y 110.

[223] *Cfr. Ibídem*, p. 110.

No sólo el autor principal debe actuar con dolo, sino también el partícipe, quien debe realizar su aporte en forma dolosa. El dolo del partícipe debe dirigirse a la producción de la consumación del hecho típico principal de manera que siempre deberá hablarse de un dolo en referencia a un tipo penal determinado. Por ende, debe existir la conciencia y la voluntad de cooperar en un hecho delictivo de otro. La doctrina ha admitido que es suficiente el dolo eventual.

El acuerdo entre el autor y el cómplice no es necesario que sea expreso y anterior al hecho, sino que basta con que sea tácito y simultáneo. Sin embargo, hay que tener presente que en aquellos tipos particulares que exigen una forma de dolo más estricta que el eventual, ésta debe concurrir en el autor principal y ello debe ser conocido por el partícipe.[224]

Si la actuación del autor excede de aquello que se encuentra comprometido por el dolo de partícipe, existe exceso cuantitativo. Será el caso en que una persona instigue a otra a robar y esta última no sólo roba sino que además mata. En este supuesto, el instigador sólo responde por el robo. Ahora, si, por el contrario, el instigador determina al autor a matar a otro y éste comete un hecho diferente, esto es un robo, entonces el exceso es cualitativo.

El cómplice debe actuar dolosamente y por ende la complicidad imprudente será impune. Ahora bien, en estos casos puede darse la autoría mediata, si existe dolo en el hombre de atrás y falta el dolo del sujeto que actúa directamente. Entonces, la responsabilidad del partícipe se dará, únicamente, cuando el autor principal comete solo aquel hecho al cual ha sido motivado.

En consecuencia, existirá participación cuando el dolo del partícipe también apunte a la consumación típica del hecho principal. Sin embargo, no existe una participación punible cuando el hombre de atrás no quiere su consumación, es decir,

[224] *Cfr. Ibídem*, pp.112 y 113.

cuando motiva o colabora sólo fácticamente en el hecho, con conciencia de que éste no llegará a su consumación.[225]

Cerezo Mir ha sostenido, "que desde el momento en que el delito imprudente está constituido, cuando al desvalor del acto se le añade el desvalor del resultado hay posibilidad de la participación del delito imprudente. Sí en cambio es posible la inducción, la complicidad en un hecho que no responda al deber objetivo de cuidado. Se puede inducir a ir rápido, a cruzar un semáforo en rojo, sin la intención del resultado mortal".[226]

No es posible la autoría mediata en los delitos de omisión. "El que impide al garante salvar a una persona mediante una acción será autor del homicidio, pero por acción directa. Jakobs, en cambio, opina que dado que la autoría mediata es hecho propio del hombre de atrás, no importa qué deberes incumbían al instrumento […] la inducción en los delitos de omisión es inconcebible, ya que el dolo de omitir no existe, de modo que no se puede suscitar la decisión del hecho".[227]

"La participación de sujetos extraños en delitos especiales es posible".[228]

El partícipe de un hecho solamente tentado, responde por la tentativa en la misma medida que el autor principal. Es necesario diferenciar la participación en la tentativa, de la participación intentada. En la primera, el acto de participación tuvo éxito, en tanto el hecho principal ha fracasado. En cambio, en la segunda, la participación ha fracasado, sea porque el autor principal no ha mostrado inclinación al hecho, sea porque ha rechazado la ayuda ofrecida.[229]

---

[225] *Cfr. Ibídem*, p. 113.

[226] *Ibídem*, p. 114.

[227] *Ibídem*, p. 116.

[228] *Ibídem*, p. 118.

[229] *Cfr. Ídem*.

Ahora bien, se comentó que el hecho principal es presupuesto de la punibilidad del partícipe; si aquel hecho no ha ingresado aún al estadio de la tentativa, el partícipe no será responsable a falta de un hecho principal punible.

De esta forma, el comienzo de la tentativa marca para todos los intervinientes la entrada a la zona punible, y el instante más temprano para la aplicación de las disposiciones acerca del desistimiento, pues antes del comienzo de la tentativa no existe nada respecto de lo cual pudiera haber desistimiento. El estado de la tentativa es abandonado con la consumación de la lesión al bien jurídico, instante a partir del cual el desistimiento se hace imposible.

Conforme a lo expresado, la acción de desistimiento sólo puede ser ejecutada en el lapso existente entre el comienzo de la tentativa y la consumación de la acción típica. Ahora bien, el desistimiento liberador de pena presupone la evitación de la consumación de un hecho. En el caso de la participación, y de acuerdo con la solución de accesesoriedad, aquél sólo puede ser el hecho principal. Así, los intervinientes sólo pueden alcanzar la liberación de la pena si evitan personal y voluntariamente la consumación.

Para que el desistimiento del partícipe sea válido, éste debe crear personalmente, o en virtud de su influencia sobre el autor principal, una situación que conduzca a que el delito no sea definitivamente ejecutado, en la forma prevista por el resto de los partícipes. Es el caso cuando el que participa se comunica oportunamente con la futura víctima; o cuando el cómplice exige la devolución de la llave falsa con cuyo auxilio debía producirse el ingreso; o bien, cuando el partícipe abandona su puesto de vigilancia, con el efecto de que los otros deben abandonar su planes.

En algunos casos, el sujeto que quiere desistir no puede evitar la consumación del hecho, dada la intervención de un tercero, sea porque la víctima impide la consumación o bien, por falta de idoneidad la tentativa no puede conducir a la

consumación. En estos casos, el interviniente puede alcanzar la impunidad mediante su esfuerzo voluntario y serio por impedir la consumación, siendo relevante y suficiente para ello la seriedad de su esfuerzo.

Si el hecho principal se consuma, subsiste una posibilidad de levantamiento de la pena: es el caso del interviniente cuyo aporte delictivo no ha tenido efecto en la consumación, es decir, ésta es obtenida independientemente del aporte delictivo previo, y que ha realizado un esfuerzo serio, si bien infructuoso, para evitar la consumación. Ambos requisitos, la eliminación de su propio aporte –del partícipe- y la realización de un esfuerzo serio para lograr que el hecho principal no se consume, son fundamentales a los efectos señalados.

Para el inductor, quien como ya se afirmó, solo es válido si toma un carácter activo en la no consumación del hecho, ya que él dio origen a la idea criminal.[230]

Explicado lo anterior, la **inducción**, "también llamada instigación, es la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico […] Determinar, nos dice Stratenwerth, significa provocar en un autor la decisión de cometer el hecho […] Para provocar la decisión de cometer el delito debemos presuponer cierta influencia del inductor sobre el sujeto de la incitación o inducido".[231]

Si se quiere dar una noción de lo que se entiende por inducción, "se puede afirmar que es la motivación dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito. Y más concretamente, se trata de la corrupción de un hombre libre. Con lo cual el inductor hace que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica".[232]

---

[230] *Cfr. Ibídem*, pp. 118 a 120.

[231] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, pp. 95.

[232] DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, p. 138.

El *inductor*, “por medio de esta influencia, dirigirá, ya sea de hacer nacer la resolución delictiva o lograr la decisión de llevar a cabo el hecho típico y antijurídico, la dirección del comportamiento doloso de la otra persona llamado inducido. Esto sin embargo de ninguna manera significa que lo haga de forma mediata ya que esto nos llevaría a contemplar un dominio de la voluntad del inducido, lo que en absoluto es el caso”.[233]

La inducción debe ser *directa*, es decir, debe ir dirigida a una o unas personas determinadas, así como a un delito preciso. Esta exigencia de que la inducción deba ser directa, impide por otra parte, la apreciación de la que se conoce como *inducción en cadena,* en la que el inductor incita a otro sujeto para que induzca a su vez a un tercero a delinquir. El que también la inducción tenga que ir dirigida a un delito en concreto, es lo que permite justificar la punibilidad de esta figura.[234]

Uribe Manríquez explica, que los *elementos* de la inducción son de dos tipos, los elementos *objetivos* y los elementos *subjetivos*. Los elementos *objetivos*, están constituidos por los medios que sean utilizados para crear en el individuo la resolución de cometer el delito. Estos medios pueden ser de cualquier tipo, siempre y cuando influyan sobre la psique del autor principal.

Encontramos en este caso dos elementos, a saber:

1. El influjo psíquico mediante el que se crea la decisión criminal o delictiva, necesario para afirmar la inducción, con lo que debemos considerar excluida como causa generadora de la inducción a cometer el delito, la mera causación de una situación exterior para que otro se decida a delinquir.
2. Que este influjo psíquico, sea de tal entidad que podamos afirmar que ha sido la causa generadora de dicha decisión. Esto es, que se pueda conectar

[233] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.* pp. 95 y 96.

[234] *Cfr. Ibídem*, pp. 96 y 97.

causalmente la inducción, desde el punto de vista psíquico, con la voluntad del inducido.

El elemento *subjetivo* de la inducción, es el requerimiento de que dicha inducción sea dolosa.[235]

El inductor debe actuar con *doble dolo*, es decir, "debe actuar con dolo (que puede ser eventual) de crear la decisión criminal del otro y de que se realice el hecho antijurídico. Sobre el dolo de crear la decisión criminal del otro debemos recordar que debe ser con respecto a un delito concreto y a determinado autor o autores".[236]

En otras palabras, la determinación dolosa de otro al hecho antijurídico dolosamente cometido por el inducido, presupone lo que se ha llamado el *doble dolo*; en primer lugar, respecto de la propia conducta y, en segundo lugar, en relación con el hecho doloso del inducido.

Esto es, el dolo del inductor debe abarcar, en primer lugar, el hecho principal con sus elementos objetivos y subjetivos. Debe dirigirse a una o varias personas determinadas, es decir, concretarse sobre un objeto personal de la acción de inducción. Pero esto no significa, que el inductor deba conocer personalmente al autor o inducido; toda inducción exige un destinatario, sin embargo, ello no significa que el inductor deba conocer personalmente al autor.

El dolo del inductor debe abarcar, además, lo doloso del hecho principal, de modo que si el hombre de atrás quiere motivar al autor inmediato a un hecho culposo solo se podrá hablar de autoría mediata. Pero si el autor obra culposamente, en ese caso la cuestión cambia, ya que el inductor apuntaba a un hecho doloso, de ahí que se sostengan que la inducción será castigada con las reglas de la tentativa. La

[235] *Cfr. Ibídem*, pp. 98 y 99.

[236] *Ibídem*, p. 100.

inducción debe extenderse a los demás elementos subjetivos del tipo. También se acepta el dolo eventual.[237]

A decir de Santiago Mir Puig, “la inducción en definitiva es ‘la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso’. Aunque cabe decir, que este autor acepta la inducción en los delitos imprudentes, lo cual nosotros no compartimos”.[238]

La responsabilidad del inductor, “depende del autor principal, ya que es partícipe del delito cometido por el autor principal. Por consecuencia, como está atado a la suerte del principal, la pena depende de hasta dónde ha llegado el delito; esto es, si se consumó, tendrá la pena del delito consumado, si quedó tentado tendrá esa pena. Pero, como mínimo, el hecho principal debe haber tenido comienzo de ejecución, caso contrario la inducción es impune”.[239]

Es posible considerar como idóneo “cualquier medio en virtud del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de voluntad del sujeto a inducir: convencimiento, ruego, la promesa de una recompensa, un consejo cuando la voluntad del autor es dirigida de dicho modo a una meta delictiva constitutiva de una lesión típica de un bien jurídico. De todas formas, no hay duda de que el número de formas de inducir es difícil de enumerar”.[240]

Normalmente la inducción será mediante acciones positivas, de carácter psíquico; sin embargo, “no han faltado autores que han sostenido que la inducción también puede ser cometida por omisión, en la forma de ‘la no evitación de la adopción de la resolución por el autor por parte del garante’ […] Jescheck considera

---

[237] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp. 144, 145.

[238] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, p. 102.

[239] DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, p. 138.

[240] *Ibídem*, p. 143.

que la instigación requiere siempre una conducta activa, no siendo en general admisible la instigación por omisión como forma de inducción".[241]

Graves problemas plantea el llamado agente provocador, definido por Cerezo Mir, como el individuo que no quiere que un delito se cometa, pero induce a otro a cometerlo para luego detenerlo. El problema surge porque el dolo del inductor es que se cometa el delito, de manera que en este caso no habría dolo y tampoco inductor.

Sin embargo, si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación, e inclusive una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir la instigación punible del agente provocador. Ejemplo: **A** induce a **B** para que se presente al banco **X**, del que **A** es gerente, una solicitud de crédito en la que **B** hace una afirmación de bienes que es falsa, cuando **B** realiza una tentativa de estafa, **A** lo denuncia. Es aquí esencial que **B**, haya decidido la inducción de **A**, y que esto no haya sido decidido antes.

Entonces, a falta de voluntad de resultado será impune aquel agente provocador que exhorte a la comisión de un delito con la firme intención de no permitir su comisión, y con el solo objeto de poner a prueba al inducido. De igual manera, a falta de voluntad de resultado, permanece impune el agente provocador que determina al autor principal a una tentativa inidónea. La falta de una voluntad de resultado, puede conducir también al decaimiento del dolo de inducción respecto del hecho principal: si el agente provocador determina a otro a vender droga a un policía disfrazado, la intención del agente en orden a asegurar policialmente la droga excluye la intención de traficar con ella.[242]

El inducido "debe haber realizado el hecho de manera tal que la inducción haya tenido éxito. En otras palabras, el autor principal debe haber entrado en la zona punible delimitada por el tipo. La medida del ingreso del autor principal en la zona

[241] *Ibídem*, pp. 143 y 144.

[242] *Cfr. Ibídem*, pp. 145 a 147.

punible delimita y prejuzga, en virtud de la dependencia de la participación, también la responsabilidad del inductor. Plena responsabilidad del inductor ante la consumación del hecho delictivo; responsabilidad atenuada en el caso de mera tentativa; impunidad cuando la tentativa de la conducta emprendida por el autor principal no es punible".[243]

Así, de la accesoriedad de la participación se sigue, que la responsabilidad penal del inductor, puede llegar tan lejos como alcance la acción típica del autor principal. Por ende, la responsabilidad del inductor está limitada a un máximo vinculatorio. Es cuestionable cómo se debe configurar la responsabilidad del inductor cuando el autor principal va más allá de lo querido por el que induce (exceso cuantitativo), o bien, cuando su acción tiene una dirección de ilícito diversa al dolo del inductor (exceso cualitativo).

Estas discrepancias se resuelven, básicamente, conforme a la regla según la cual, el inductor responde por el acontecer sólo en el marco de su propio dolo, de manera que, en principio, no debe ser recargado con el exceso. Nuevamente rige el principio por el cual al autor, o al inductor en este caso, solo se le puede hacer responsable en la medida de su dolo, o eventualmente de su imprudencia.

El *exceso cuantitativo*, se presenta en aquellos delitos en los cuales el tipo penal contiene los elementos del tipo inducido, pero, además, otros que determinan una mayor punibilidad, como ser si se induce a un hurto pero el autor roba destruyendo la cerradura, el inductor no responde por la parte trascendente o el *plus* realizado por el autor principal. También se pone como ejemplo, a quien induce a otro a lesionar a alguien, quien responde sólo por ello, incluso cuando el autor principal da muerte a la víctima. Es que la muerte no estaba incluida en el dolo del inductor. El problema estará dado por los delitos cualificados por el resultado, pero en este punto tampoco la respuesta debe ofrecer dudas.

[243] *Ibídem*, p. 148.

El *exceso cualitativo*, tiene lugar, si el inducido comete una acción sustancialmente diferente de la prevista por el inductor; éste no debe responder por ello. Cuando **A** induce a **B** a violar a **C**, pero **B** se inclina por el hurto pues le resulta más lucrativo, está claro que el hecho efectivamente llevado a cabo nada tiene que ver con el dolo del inductor.

Cuando entre el delito instigado y el realizado sólo existe una semejanza, que proviene del bien jurídico y del modo de comisión. Por ejemplo, se induce a la comisión de una estafa y el autor realiza una extorsión, ambos son punibles por distintos delitos, según la opinión de Bacigalupo.[244]

3.6. Auxiliador (dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión); y 3.7. Cómplice (con posterioridad a su ejecución auxilien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito).

Cómplice "en sentido amplio, es quien coopera dolosamente en la realización de un hecho doloso cometido por otro […] El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, no participa en el dominio del hecho y el autor no necesita conocer el apoyo que se le presta".[245]

"Es la 'cooperación dolosa con otro en la realización de un hecho antijurídico dolosamente cometido […] es aquella persona que dolosamente presta ayuda a otra para que ésta realice dolosamente un hecho antijurídico. A diferencia del coautor, el cómplice carece del dominio del hecho, es decir, sólo ayuda, facilita o favorece que el autor principal realice el hecho".[246]

---

[244] *Cfr. Ibídem*, pp. 148 y 149.

[245] *Ibídem*, pp. 120 y 121.

[246] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

Los *elementos objetivos*, de los que se compone esta figura son "de tipo físico o psíquico, siempre que supongan alguna colaboración con el autor principal para la realización del hecho. El análisis de su aporte se dirigirá a encontrar el criterio que nos permita delimitar de qué tipo tendrá que ser la colaboración, para así saber en qué momento se considerarán superados los límites de la colaboración impune para poder apreciar la complicidad, así como determinar la causalidad de dicha colaboración".[247]

La complicidad, puede consistir en ayuda material o en consejos, de modo que la aportación no debe ser, necesariamente, material y causal. Puede darse tanto por medio de un consejo como de un hecho. En el primer caso, se habla de *complicidad intelectual o psíquica*, y el segundo, de *complicidad técnica o física*, sin ser posible una delimitación exacta de ambas formas, puesto que una prestación de ayuda técnica puede, al mismo tiempo, en la medida en que el autor principal tenga conciencia sobre ella, constituir un fortalecimiento moral de su voluntad y así una complicidad intelectual.[248]

Esto es, tomando en cuenta la entidad de los medios de colaboración, la doctrina divide a la complicidad en *física*, e *intelectual* o *psíquica*. "La complicidad física es aquélla mediante la cual se favorece o facilita la ejecución del hecho del autor principal y se caracteriza por realizarse mediante hechos materiales. La llamada complicidad intelectual o psíquica puede consistir […] bien en un asesoramiento técnico, bien en un 'reforzamiento de la voluntad delictiva debilitada en el autor'".[249]

Edgar Alberto Donna, no cree que se pueda discutir que la complicidad es posible antes o durante el hecho y hasta su consumación material. La complicidad cabe hasta la terminación material del hecho principal. Ejemplo: cuando los ladrones

---

[247] *Ibídem*, p. 103.

[248] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, p. 121.

[249] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

ya han emprendido la fuga, cabe aún la complicidad en el hurto, mediante el empleo de violencia contra el dueño. La aportación posterior, en principio, entra como delito autónomo punible como encubrimiento.[250]

El aporte debe ser cocausal respecto al hecho del autor principal, de modo que, es impune la complicidad intentada que no ha tenido un efecto causal. De todas formas, basta con que sea un aporte que favorezca la acción del autor principal. Existe causalidad, en el sentido de la imputación objetiva, cuando se ha generado una situación de peligro que, conforme al criterio de la fórmula de la adecuación, se ha realizado en una lesión completa al bien jurídico. Es decir, la lesión típica del bien jurídico del hecho principal, es objetivamente imputable a la conducta del cómplice, cuando ésta ha generado el peligro de la lesión típica del bien jurídico por el autor principal.

Teniendo en cuenta entonces, que la cocausación no debe juzgarse desde puntos de vista estrictamente causales, la omisión puede ser una forma de complicidad cuando ha tenido por efecto facilitar la comisión del hecho.

Una teoría reciente, pretende prescindir por completo del requisito de la causalidad. En consecuencia, considera la complicidad como delito de peligro abstracto o concreto, y se da por satisfecha con el aumento de las posibilidades para el resultado del hecho principal. Según Jescheck, lo correcto es mantener la exigencia de la causalidad de la complicidad, porque la consideración como simple delito de peligro de la complicidad, que recibe su contenido del injusto por su contribución causal al hecho principal, la convertiría en un delito autónomo de participación, y llevaría a la punición de tentativa de complicidad. Basta para la causalidad de la complicidad con que ésta posibilite, facilite, acelere o intensifique el hecho principal.

[250] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, p. 122.

La especial dificultad que la complicidad plantea, radica en la constatación de la causalidad, porque la prestación de auxilio sólo aparece junto al hecho principal como causa contribuyente respecto del resultado típico. Todo auxilio, incluso el más pequeño, que favorezca objetivamente al hecho, basta como contribución causal, mientras que un auxilio importante, del que no se sirve el autor, queda en la complicidad intentada –impune-.[251]

El *elemento subjetivo* de la complicidad, "está compuesto por el dolo, ya que el conocimiento del cómplice debe comprender que mediante su aportación presta ayuda a otro para facilitar la ejecución del hecho. Este dolo al igual que en la inducción debe ser doble, es decir, deberá ir dirigido a la contribución con su aportación y a favorecer la ejecución del hecho principal".[252]

El cómplice, "debe saber que presta un aporte a la ejecución de un hecho punible. El dolo del cómplice, debe referirse tanto a la ejecución del hecho principal como a su favorecimiento. También el dolo del cómplice, tiene que dirigirse a un hecho principal individualmente determinado, pero tratándose de acciones de favorecimiento en la fase previa, no se precisa que conste definitivamente la persona del autor".[253]

Para distinguir la complicidad de la inducción, el elemento más importante a tomar en consideración, es que la conducta del cómplice no va dirigida a provocar una resolución en la voluntad del autor, sino que existiendo ya ésta, contribuye a la realización del hecho principal con algún favorecimiento, ayuda o auxilio. La complicidad, se puede dar desde antes de que comiencen la ejecución del hecho, hasta su consumación.

---

[251] *Cfr. Ibídem*, pp. 123 y 124.

[252] URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, p. 109.

[253] DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, p. 124.

En los casos de colaboración después de la consumación del hecho, podríamos apreciar la complicidad, si ha existido una promesa previa, y se puede probar que ésta fue de tal entidad que provocó el reforzamiento de la voluntad delictiva, es decir, que el delito se realizó por la seguridad que causó el reforzamiento producido. En caso contrario cabría aun, en ciertos supuestos, su subsunción en el tipo penal de encubrimiento.[254]

Al respecto, el artículo 243 del Código Penal para el Distrito Federal, indica que, 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 del delito, con conocimiento de esta circunstancia se le impondrá prisión de 2 a 7 años, si el valor de cambio no excede de quinientas veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente.

Por su parte, el artículo 22 fracción VI del mencionado Código sustantivo, indica que son responsables del delito, quienes con posterioridad a su ejecución auxilien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito; por lo que, en nuestra legislación actual, la complicidad en atención a una promesa anterior al delito, dará lugar a la participación de éste en la comisión del hecho, y cuando se trate de adquirir, poseer, desmantelar, vender, enajenar, comercializar, traficar, pignorar, recibir, trasladar, usar u ocultar, los instrumentos, objetos, o productos del delito, dará lugar al delito autónomo de encubrimiento por receptación.

También, el Código Penal para el Distrito Federal, establece el delito de *encubrimiento por favorecimiento*, en su artículo 320, que en la parte que nos interesa, indica lo siguiente: “Se impondrán de seis meses a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa, a quien después de la ejecución de un delito y sin haber participado en éste: I.- Ayude en cualquier forma al delincuente a eludir las investigaciones o a sustraerse de ésta; II.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable del delito, u oculte, altere, inutilice, destruya, remueva o haga

[254] *Cfr.* URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *op. cit.*, pp. 104 y 105.

desaparecer los indicios, instrumentos u otros elementos de prueba o pruebas del delito; y III.- Oculte o asegure para el imputado, acusado o sentenciado el instrumento, el objeto, producto o provecho del delito.

De lo que se obtiene, que el partícipe cómplice, ayuda o auxilia en la ejecución del delito, o en cumplimiento a una promesa anterior; y en el delito de *encubrimiento por favorecimiento*, la conducta que se sanciona en las referidas hipótesis es, después de la ejecución de un delito y sin haber participado en éste, la ayuda para eludir las investigaciones o sustraerse de ésta; el ocultar o favorecer al responsable del delito; o bien, ocultar, alterar, inutilizar, destruir, remover o hacer desaparecer los indicios, instrumentos u otros elementos de prueba o pruebas del delito; así como ocultar o asegurar el objeto, producto o provecho del delito; no requiriéndose para éstas conductas, una acuerdo previo entre el imputado, y el sujeto activo de ese delito. De ahí, podemos establecer cuándo estamos ante la figura del partícipe cómplice, y cuando en la comisión del delito de *encubrimiento por favorecimiento*.

Distinción que es importante, puesto que la penalidad en el caso del delito de *encubrimiento por favorecimiento*, es de seis meses a cinco años de prisión; por ende, no se trata de un delito grave, en términos del artículo 150 fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales; y en los supuestos del partícipe cómplice, la pena va de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva; esto, de conformidad con el artículo 81 del Código Penal para el Distrito Federal; pudiendo ser considerado como un delito grave en los casos de homicidio, e incluso, en el delito de fraude sancionado en la fracción V del Código Penal para el Distrito Federal.

El *cómplice primario* o el *cooperador necesario*, es el que en la etapa de la preparación o ejecución del hecho aporta una contribución, sin la cual el delito no hubiere podido cometerse. El elemento que caracteriza a esta forma de complicidad,

afirma Bacigalupo, es la intensidad objetiva de su aporte del delito, ya que sin éste el hecho no habría podido cometerse de la forma en que se lo hizo.

Según algunos autores, no parece posible que el aporte sólo pueda darse en la etapa de preparación, ya que, de lo contrario, si toma parte de la ejecución del hecho sería un autor. Desde nuestra perspectiva, se es autor sólo si se tiene el dominio del hecho, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Luego, la única forma de que sea autor, aunque intervenga en la ejecución, es que sea señor de los acontecimientos.

El gerente de un banco que brinda a los autores, antes de la ejecución, la clave de la cerradura del tesoro que éstos utilizarán en la ejecución del asalto es, en principio, cómplice primario. Si, en cambio, el gerente concurre con los autores a la ejecución del hecho y abre el tesoro, aprovechando su conocimiento de la clave, será coautor. Sin embargo, esta apreciación puede no ser cierta. Si el gerente domina el hecho, aun sin concurrir al banco, dando los datos de la cerradura, será autor. Y aun concurriendo, si quien domina el hecho es otro, será cómplice.[255]

El *cómplice secundario*; todos los problemas que se habían solucionado con la teoría del dominio del hecho, para distinguir entre autor y cómplice, se complican seriamente en la ley argentina, al diferenciar, sin mucho fundamento, entre dos tipos de complicidad, que tiene como consecuencia fundamental la menor pena de la llamada complicidad secundaria o no necesaria.

a) El llamado *criterio concreto* afirmaba que, será cooperador necesario aquel que con su conducta ponga una condición sin la cual el delito no se hubiera cometido.

[255] *Cfr.* DONNA, Edgar Alberto, *op. cit.*, pp. 127.

De manera que *cómplice necesario*, es quien pone condiciones sin las cuales el resultado delictivo no hubiera podido llevarse a cabo, y *cómplice secundario*, sería sólo el que puso una condición que afectaba a la forma de realización del delito.

b) El *criterio abstracto* afirma, que hay que dejar de lado las circunstancias concretas del caso y preguntarse si la forma de cooperación es necesaria en general para la comisión del delito.

Para averiguar si una determinada conducta es o no condición necesaria del resultado, el Juez debería tener en cuenta qué hubiera sucedido hipotéticamente, suprimiendo *in mente* la actividad cuya necesidad se pretende determinar. Si el delito se hubiera ejecutado también, el comportamiento objeto de examen constituiría participación secundaria; si el resultado criminal no hubiera tenido lugar, el comportamiento sería una participación necesaria o primaria.

El criterio de si el comportamiento ha sido o no condición del resultado tal como se desarrolló, no parece el adecuado para determinar el límite entre la cooperación necesaria y la no necesaria.[256]

c) La *teoría de los bienes escasos,* es la que parece acercarse a una solución satisfactoria del problema, dándole un contenido a esta distinción.

Si interpretásemos la participación necesaria en sentido abstracto, el Juez, ante la imposibilidad de determinar con seguridad qué es lo que habría sucedido sin la conducta delictiva, tendría que subsumir todos los comportamientos en complicidad no necesaria. Ello indicaría que la interpretación abstracta está en contradicción con la voluntad objetiva de la ley.

Para determinar si una cosa es escasa, esto es, si su aportación al delito es necesaria, se debe pronunciar un juicio provisional, que se convertirá en definitivo

[256] *Cfr. Ibídem*, pp. 128 a 131.

cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares.[257]

Finalmente, es de comentar, que de acuerdo con la legislación penal de la Ciudad de México, el artículo 22 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, nos establece que, quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

Por otra parte, la sanción en el caso de la instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV (determinen dolosamente al autor a cometerlo) y V (dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión) del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, respectivamente, sólo es admisible en los delitos dolosos; de acuerdo con el párrafo tercero del mencionado numeral.

Además, en el mencionado párrafo tercero del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, se funda que, para las hipótesis previstas en las fracciones V (dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión) y VI (con posterioridad a su ejecución auxilien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito) se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de ese Código; mismo que establece que, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva.

Pavón Vasconcelos Francisco, al tema concluye, que en el delito de fraude, “si la conducta se expresa mediante *acción*, es posible la participación delictuosa en sus especies conocidas: *autoría intelectual* (instigación o compelimiento, según el artículo 13, fracciones IV y V) y *material* (ejecución del hecho); *complicidad* (auxilio de cualquier especie, anterior o concomitante al hecho, artículo 13, fracción VI) y

[257] *Cfr. Ibídem*, pp. 131 a 133.

encubrimiento (auxilio posterior al delito mediante acuerdo previo a éste, artículo 13, fracción VII). Aunque la conducta *omisiva*, en determinados casos del aprovechamiento del error, rechaza normalmente la participación criminal, puede sin embargo darse en las formas ya señaladas".[258]

[258] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.,* p. 303

CAPÍTULO 4. "EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL, EN LOS CASOS DEL DELITO DE FRAUDE COMETIDO POR AUTORÍA MEDIATA"

4.1. El Ministerio Público.

"La institución del Ministerio Público contemplada en la Constitución es un subórgano estatal con características y funciones propias en la investigación de los delitos y en el ejercicio de la acción penal ante juzgador […] es la institución jurídica estatal con facultad para promover la acción procesal penal, con la finalidad de proteger los derechos de los ciudadanos, lesionados en su esfera jurídica, además de satisfacer el interés público de la sociedad".[259]

En el procedimiento acusatorio oral, la institución del Ministerio Público "tiene como funciones esenciales la investigación de los delitos con el auxilio de las policías y el cuerpo de peritos; el ejercicio de la acción penal ante los tribunales, y ejecutar durante el proceso las estrategias de acusación para la aplicación del Derecho".[260]

El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 131, enumera las obligaciones del Ministerio Público.[261]

---

[259] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral*, Porrúa, México, 2015, p. 168 y 169.

[260] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, p. 173.

[261] Artículo 131. Obligaciones del Ministerio Público.

Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:

I. Vigilar que en toda investigación de los delitos se cumpla estrictamente con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados;

II. Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral, por escrito, o a través de medios digitales, incluso mediante denuncias anónimas en términos de las disposiciones legales aplicables, sobre hechos que puedan constituir algún delito;

III. Ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos, para lo cual deberá coordinar a las Policías y a los peritos durante la misma;

IV. Ordenar o supervisar, según sea el caso, la aplicación y ejecución de las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, una vez que tenga noticia del mismo, así como cerciorarse de que se han seguido las reglas y protocolos para su preservación y procesamiento;

V. Iniciar la investigación correspondiente cuando así proceda y, en su caso, ordenar la recolección de indicios y medios de prueba que deberán servir para sus respectivas resoluciones y las del Órgano jurisdiccional, así como recabar los elementos necesarios que determinen el daño causado por el delito y la cuantificación del mismo para los efectos de su reparación;

VI. Ejercer funciones de investigación respecto de los delitos en materias concurrentes, cuando ejerza la facultad de atracción y en los demás casos que las leyes lo establezcan;

VII. Ordenar a la Policía y a sus auxiliares, en el ámbito de su competencia, la práctica de actos de investigación conducentes para el esclarecimiento del hecho delictivo, así como analizar las que dichas autoridades hubieren practicado;

VIII. Instruir a las Policías sobre la legalidad, pertinencia, suficiencia y contundencia de los indicios recolectados o por recolectar, así como las demás actividades y diligencias que deben ser llevadas a cabo dentro de la investigación;

IX. Requerir informes o documentación a otras autoridades y a particulares, así como solicitar la práctica de peritajes y diligencias para la obtención de otros medios de prueba;

X. Solicitar al Órgano jurisdiccional la autorización de actos de investigación y demás actuaciones que sean necesarias dentro de la misma;

XI. Ordenar la detención y la retención de los imputados cuando resulte procedente en los términos que establece este Código;

XII. Brindar las medidas de seguridad necesarias, a efecto de garantizar que las víctimas u ofendidos o testigos del delito puedan llevar a cabo la identificación del imputado sin riesgo para ellos;

XIII. Determinar el archivo temporal y el no ejercicio de la acción penal, así como ejercer la facultad de no investigar en los casos autorizados por este Código;

XIV. Decidir la aplicación de criterios de oportunidad en los casos previstos en este Código;

XV. Promover las acciones necesarias para que se provea la seguridad y proporcionar el auxilio a víctimas, ofendidos, testigos, jueces, magistrados, agentes del Ministerio Público, Policías, peritos y, en general, a todos los sujetos que con motivo de su intervención en el procedimiento, cuya vida o integridad corporal se encuentren en riesgo inminente;

XVI. Ejercer la acción penal cuando proceda;

XVII. Poner a disposición del Órgano jurisdiccional a las personas detenidas dentro de los plazos establecidos en el presente Código;

"Las atribuciones del Ministerio Público las sintetizamos así, por disposición constitucional, tiene a su cargo la investigación de los delitos, el ejercicio de la acción penal, la aplicación de criterios de oportunidad, dirigir y coordinar las participaciones de las policías; también se le faculta por la Constitución y las leyes secundarias a practicar cateos, interceptar comunicaciones, además, asegurar y custodiar elementos probatorios, defender los intereses sociales en los tribunales, velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos, asimismo, que se respeten los derechos fundamentales de los intervinientes en el procedimiento penal y otras que se contienen en las leyes complementarias".[262]

4.2. El denunciante o querellante.

De conformidad con el artículo 221 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la investigación de los hechos que revistan características de un delito podrá iniciarse por *denuncia*, por *querella* o por su equivalente cuando la ley lo exija. El Ministerio Público y la Policía están obligados a proceder sin mayores requisitos a

---

XVIII. Promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables;

XIX. Solicitar las medidas cautelares aplicables al imputado en el proceso, en atención a las disposiciones conducentes y promover su cumplimiento;

XX. Comunicar al Órgano jurisdiccional y al imputado los hechos, así como los datos de prueba que los sustentan y la fundamentación jurídica, atendiendo al objetivo o finalidad de cada etapa del procedimiento;

XXI. Solicitar a la autoridad judicial la imposición de las penas o medidas de seguridad que correspondan;

XXII. Solicitar el pago de la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido del delito, sin perjuicio de que éstos lo pudieran solicitar directamente;

XXIII. Actuar en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución, y

XXIV. Las demás que señale este Código y otras disposiciones aplicables.

[262] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, p. 174.

la investigación de los hechos de los que tengan noticia; y tratándose de delitos que deban perseguirse de oficio, bastará para el inicio de la investigación la comunicación que haga cualquier persona, en la que se haga del conocimiento de la autoridad investigadora los hechos que pudieran ser constitutivos de un delito.

La *denuncia*, "es el relato de hechos que puede constituir algún delito, ante el Ministerio Público, realizada por cualquier persona cuyo efecto es que se inicien las diligencias necesarias para aclarar los hechos delictivos y la probabilidad que alguien lo cometió, para poder ejercer acción penal"; y denunciar es, la "declaración que realiza la víctima o la ofendida ante el Ministerio Público, haciéndole saber la realización de un hecho delictuoso".[263]

Por lo que podemos establecer, que la *denuncia* es el conocimiento que se hace a la autoridad investigadora, de la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de delito.

Cabe agregar, que de acuerdo con el diverso 222 del Código Nacional de Procedimiento Penales, toda persona a quien le conste que se ha cometido un hecho probablemente constitutivo de un delito está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público, y en caso de urgencia, ante cualquier agente de la Policía.

También, quien en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un hecho que la ley señale como delito, está obligado a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Público, proporcionándole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición a los imputados, si hubieren sido detenidos en flagrancia.

Por ello, quien tenga el deber jurídico de denunciar y no lo haga, será acreedor a las sanciones correspondientes.

---

[263] POLANCO BRAGA, Elías, *Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio Juicio Oral*, México, Porrúa, 2015, p. 97.

Aclarando que, de acuerdo con el referido numeral, no estarán obligados a denunciar quienes al momento de la comisión del delito detenten el carácter de tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, los parientes por consanguinidad o por afinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive.

Ahora bien, la denuncia podrá formularse por cualquier medio y deberá contener, salvo los casos de denuncia anónima o reserva de identidad, la identificación del denunciante, su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la indicación de quién o quiénes lo habrían cometido y de las personas que lo hayan presenciado o que tengan noticia de él, y todo cuanto le constare al denunciante.

En el caso de que la denuncia se haga en forma oral, se levantará un registro en presencia del denunciante, quien previa lectura que se haga de la misma, lo firmará junto con el servidor público que la reciba. La denuncia escrita será firmada por el denunciante. Lo anterior, en seguimiento a lo indiciado en el artículo 223 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Tratándose de informaciones anónimas, con fundamento en el artículo 221 párrafo tercero del citado Código, la Policía debe constatar la veracidad de los datos aportados mediante los actos de investigación que consideren conducentes para ese efecto; y de confirmarse la información, se iniciará la investigación correspondiente.

Por otro lado, el artículo 225 del mencionado Código, indicia que la *querella*, es la expresión de la voluntad de la víctima u ofendido o de quien legalmente se encuentre facultado para ello, mediante la cual manifiesta expresamente ante el Ministerio Público su pretensión de que se inicie la investigación de uno o varios hechos que la ley señale como delitos y que requieran de este requisito de

procedibilidad para ser investigados y, en su caso, se ejerza la acción penal correspondiente.

La *querella*, es el "acto por el cual una persona (física o moral), pone en conocimiento del Ministerio Público, la comisión de un delito para poder iniciar el procedimiento penal en contra de su autor […] Requisito procedimental, para que el órgano persecutor pueda realizar su actividad indagatoria, tendiente a satisfacer los elementos para el ejercicio de la acción penal, a saber: hecho considerado como delito por la ley y la probabilidad de responsabilidad que se atribuye a un sujeto imputado, encaminada a la imposición de la sanción punitiva estatal por su perpetración".[264] Debe contener, en lo conducente, los mismos requisitos que los previstos para la denuncia.

No dejan de faltar víctimas "que denuncian por fraude lo que es una simple deuda; por estafa mediante uso de cheque sin fondos, lo que ha sido un giro en garantía; por violación, lo que fue un simple amorío pasional admitido por ambos; por acoso sexual, un montaje en el metro; por secuestro, un fin de semana escapados de la casa de sus padres".[265]

"No son pocos los casos en que las *víctimas* convierten las deudas en *fraudes*, es decir, el dolo civil en penal, para exigir y mantener en la cárcel a una persona penalmente inocente".[266]

"En mi experiencia, cuando a una *víctima* u *ofendido* no le tiembla la mano para firmar una denuncia o querella por delito de la cual pende la libertad de una persona, desmentido su dicho o en duda, debe descartarse casi la totalidad de sus indicios, evidencias y testigos. Es común que se haya *fraguado* una falacia y, por ende, que

---

[264] *Ibídem*, p. 275.

[265] HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Hacia una Teoría de la Prueba para el Juicio Oral Mexicano*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, p. 9.

[266] *Ibídem*, p. 170.

se esté convirtiendo la Procuraduría o la agencia del Ministerio Público en una oficina de cobros y persecuciones. ¡Cuidado! A pesar de ello, bajo fe de protesta –ojalá fuera bajo fe de juramento-, el juez debe confiar en lo que dice la víctima, el ofendido y sus testigos, hasta tanto no se demuestre lo contrario".[267]

4.3. El procedimiento penal.

El artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece que el procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. *La de investigación*, que comprende las siguientes fases:

a) *Investigación inicial*, que comienza con la presentación de la denuncia, querella u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de Control para que se le formule imputación; e

b) *Investigación complementaria*, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

II. *La intermedia* o *de preparación del juicio*, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

III. *La de juicio*, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

Así, bajo este esquema analizaremos para nuestros efectos, las etapas de investigación e intermedia; incluyendo los actos y audiencias que se presentan en cada una de ellas, como son la imputación, solicitud de vinculación a proceso y acusación, por mencionar algunas.

[267] *Ibídem*, p. 174.

4.3.1. El objeto del procedimiento penal.

El Doctor Elías Polanco Braga, en su obra Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral, comenta que el *objeto del proceso penal*, es el siguiente:

1. *"El esclarecimiento de los hechos*. El término esclarecer significa poner en claro lo que se investiga, eliminando lo que ofusca para transparentarlo; por lo tanto, el proceso penal es la búsqueda de la verdad por medio de la acreditación del hecho delictuoso. El esclarecimiento de los hechos ilícitos en un proceso va encaminado a la búsqueda de la verdad formal por medio de los elementos de convicción aportados por las partes conforme a las normas procesales.

2. *Proteger al inocente.* Esta aseveración contiene dos vertientes: la primera se refiere a que quien no es culpable es inocente, al estar libre de culpa, por no haber dañado o infraccionado la ley, premisa que en el proceso penal se dilucida hasta que se dicta la sentencia de absolución; la segunda contempla el trato que se le debe de dar a la persona durante la substanciación procesal, al que se le ampara cuidando la observación puntual de los derechos e intereses que le asisten; respecto a sus derechos de la persona como imputada, éstos se mencionan en el apartado B artículo 20 de la Constitución […]

3. *Procurar que el culpable no quede impune*. El verbo procurar va encaminado a la pretensión o intento de que se sancione al autor del delito, al haber aportado el Ministerio Público los elementos probatorios para justificar que efectivamente el imputado cometió el hecho que se investiga o participó en él; por lo tanto, el juzgador definirá si es penalmente responsable para declararlo culpable del delito.

4. *Que los daños causados por el delito se reparen*. Debemos manifestar que reparar es volver las cosas al estado que estaban antes de producirse el daño, que se satisface al *in natura* volviendo las cosas a su estado natural o en

equivalencia. Cuando los daños afectan en las personas, será resarcido por medio de dinero (indemnización). No obstante estas formas, al referirse este mandato a los daños en general, debe comprender la reparación psicológica, puesto que los daños sufridos por la víctima pudieron haber dejado secuelas que requieran tratamiento. Todo lo anterior se deduce de la misma Constitución al concederle en el apartado C del artículo 20 el derecho a la reparación del daño a la víctima u ofendido"[268].

Por su parte, el artículo 2° del Código Nacional de Procedimiento Penales, refiere que ese Código, tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

4.3.2. La etapa de investigación.

La palabra *investigación* "proviene del latín *investigatio*, denota la técnica de descubrir o examinar. Esto significa hacer diligencias para descubrir algo, también es la actividad minuciosa encaminada al esclarecimiento y solución de las cuestiones o problemas que se presentan en la persecución de los ilícitos. Se concibe como la facultad del Ministerio Público, realizada con el auxilio de la policía, para practicar diligencias encaminadas a esclarecer la comisión de un delito que se investiga".[269]

---

[268] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, pp. 99 y 100.

[269] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, p. 300.

Con la etapa de investigación, se inicia el procedimiento penal, por el cual la interposición de la respectiva denuncia o querella, o bien la detención de una persona, así como las diligencias iniciales de investigación, ya que constituyen actos procedimentales.

El director de la etapa de investigación es el Ministerio Público; "en él recae la obligación de indagar la comisión de un hecho delictuoso y de ejercer la acción penal contra los probables intervinientes en el mismo; debiendo recabar aquellos datos de prueba pertinentes, idóneos y en su conjunto suficientes que sustenten su ejercicio de la actuación punitiva".[270]

La *investigación inicial desformalizada, preliminar, preparatoria* o *ministerial*, "es el conjunto de actos y técnicas de investigación realizadas por el Ministerio Público y la policía, a partir de que tengan conocimiento de la noticia criminal, encaminadas a la búsqueda de datos de prueba que puedan aportar información para el esclarecimiento de los hechos, con la debida objetividad, para determinar los elementos de descargo o de cargo que servirán de base para sustentar la acusación correspondiente o la conclusión de ella (sobreseimiento)".[271]

"Existe marcada confusión entre indagación e investigación, al concebirlos como sinónimos, los deslindamos diciendo que la indagación es un procedimiento para realizar averiguaciones de la conducta punible cuando son generales, esto es, cuando no se dirigen las diligencias específicamente a personas determinadas. Puede convertirse en investigación en el momento que las diligencias se dirijan a una persona identificada o individualizada; en la investigación se practican diligencias de averiguación respecto a personas específicas y para descubrir datos de prueba o evidencias físicas respecto al hecho que se investiga".[272]

---

[270] BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La Etapa Intermedia en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*. 2 ª ed., Flores Editor y Distribuidor, México, 2015, p. 40.

[271] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, p. 300.

[272] *Ibídem*, p. 301.

“La primera fase del procedimiento acusatorio inicia por medio de la noticia criminal (denuncia o querella) y culmina con el cierre de la investigación o con una audiencia de tramitación especial: acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso, procedimiento abreviado o la aplicación de criterios de oportunidad”.[273]

En el artículo 221 segundo párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales, se “autoriza al Ministerio Público o a la policía a iniciar de oficio la investigación de los hechos ilícitos de los que tenga noticia, o que les sean comunicados por cualquier persona; en este caso, se considera que dicha noticia tendrá el carácter de denuncia, aunque el Ministerio Público al comunicársele la noticia criminal por cualquier medio debe iniciar la investigación, practicando diligencias urgentes; no obstante, se requiere de la denuncia o querella, como requisito de procedibilidad”.[274]

“La investigación debe enfocarse a la finalidad de la aclaración del hecho denunciado para que el órgano investigador determine si es delictuoso, identificar a la víctima o al probable autor y la reparación del daño como medio de las diligencias que se practican”.[275]

El Ministerio Público requiere de un soporte fáctico que fundamente sus decisiones. Deberá examinar, utilizando para ello la teoría del delito, si el hecho, cuya existencia ya se estableció, presenta o no las características de un ilícito penal y no sea actualizado ningún excluyente del delito o de la responsabilidad.

En ese sentido, nos encontramos a juicios de valor normativos que debe de efectuar el agente del Ministerio Público (solamente él y no alguno de sus colaboradores); debiendo manejar figuras tales como: tipicidad, antijuridicidad y

[273] *Ídem*.

[274] *Ibídem*, p. 304.

[275] *Ídem*.

culpabilidad, además de los juicios de imputación objetiva, subjetiva y personal, asimismo instituciones conexas como la autoría y participación, así como, la tentativa y consumación.[276]

También, "es una fase de vital importancia para la defensa, quien, debe de conocer el delito que se le atribuye al indiciado y los datos de prueba que se han obtenido a raíz de la realización de las diligencias de investigación".[277]

4.3.2.1. El objeto de la investigación.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 213, "establece el objeto de la investigación al decir que el órgano investigador reunirá indicios para el esclarecimiento de los hechos y los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño, disposición que determina que se debe esclarecer el hecho ilícito del que se tuvo noticia, luego considera que se deben utilizar los datos de prueba obtenidos para formular la acusación al imputado, además para obtener la reparación del daño".[278]

"Tomando en cuenta, que la investigación incluye las fases de investigación preliminar e investigación judicial, se establece que cada una tiene su objetivo, como se dice a continuación:

Así, en el primer momento de la investigación (que va de su inicio a la judicialización de la causa), el objetivo de la recolección probatoria no será otro que determinar si con los mismos elementos se colman o no los extremos materiales para el ejercicio de la acción penal, esto es, si se encuentra acreditado el hecho que la ley señala como delito y la participación del imputado en ese hecho, y de

[276] *Cfr.* BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

[277] *Ibídem*, p. 43.

[278] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, p. 306.

encontrarse satisfechos dichos presupuestos, proceder a la comunicación de la imputación.

Ahora, en el segundo momento de la investigación (que va de la vinculación a proceso al cierre de la investigación), el objetivo no será lograr el ejercicio de la acción penal, pues aquel ya fue producido. Luego entonces, tendrá la única finalidad de determinar si hay o no fundamento para abrir un juicio penal en contra del imputado, y en caso de que así sea, tales elementos de convicción sirvan de sustento para la acusación".[279]

Elías Polanco Braga concluye, "que la investigación tiene dos fases con características peculiares e independientes, la primera inicia con la denuncia o la querella y concluye cuando se establece la imputación; le corresponde realizarla al Ministerio Público conjuntamente con la policía y el auxilio de los peritos, integrándose el trinomio de la investigación que tiene como función primordial recabar datos o elementos de convicción, para que, con base en ellos el Ministerio Público ejerza la acción penal ante el juez de control, en el entendido que este juzgador participa en la investigación, cuando el órgano investigador pretenda afectar derechos fundamentales de las partes o terceros concederá la autorización, previa solicitud ministerial, para la práctica de la diligencia o técnica de investigación que requiera control judicial.

En la segunda fase, que comprende el auto de vinculación a proceso hasta el cierre de la investigación, ésta tiene como finalidad la práctica de diligencias complementarias, realizadas por el Ministerio Público y la defensa, cuyo resultado será determinar si se formula acusación en contra de determinada persona por delito específico, o en su caso, se sobresee el proceso".[280]

---

[279] *Ídem*.

[280] *Ibídem*, p. 307.

4.3.2.2. Formas de inicio de la investigación.

"Se inicia cuando el Ministerio Público o la policía tienen noticia del hecho ilícito, que puede ser con requisitos formales, como la denuncia o la querella". Así, la *denuncia*, "es el relato de hechos que pueden constituir algún delito, realizado ante el Ministerio Público o la policía, comunicado por cualquier persona, cuyo efecto es que se practiquen las diligencias necesarias para aclarar los hechos posiblemente delictivos y establecer la probabilidad de que alguien lo cometió, para estar en posibilidad de ejercer la acción penal".[281]

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece en su artículo 223 como una forma de dar a conocer la noticia criminal, "la denuncia anónima, sin identificación del denunciante, sin embargo, el numeral 221 del mismo Código dice que tratándose de informaciones anónimas, la policía constatará la veracidad de los datos aportados, y de confirmarse se iniciará la investigación, de no verificarse se archivará la denuncia".[282]

El artículo 223 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece los requisitos de la denuncia, siendo los siguientes:

"*Artículo 223. Forma y contenido de la denuncia*

La denuncia podrá formularse por cualquier medio y deberá contener, salvo los casos de denuncia anónima o reserva de identidad, la identificación del denunciante, su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la indicación de quién o quiénes lo habrían cometido y de las personas que lo hayan presenciado o que tengan noticia de él y todo cuanto le constare al denunciante.

En el caso de que la denuncia se haga en forma oral, se levantará un registro en presencia del denunciante, quien previa lectura que se haga de

[281] *Ibídem*, pp. 307 y 308.

[282] *Ibídem*, p. 308.

la misma, lo firmará junto con el servidor público que la reciba. La denuncia escrita será firmada por el denunciante.
En ambos casos, si el denunciante no pudiere firmar, estampará su huella digital, previa lectura que se le haga de la misma".

La *querella* "es un acto por el cual una persona (física o moral) pone en conocimiento del Ministerio Público la comisión de un delito para poder iniciar el procedimiento penal en contra de su autor. O el relato de hechos que se consideran ilícitos punibles, realizado ante el Ministerio Público por las personas autorizadas por la ley (víctima u ofendido). También es el requisito procedimental para que el órgano persecutor pueda realizar su actividad indagatoria".[283]

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 225, define a la *querella* como:

"*Artículo 225. Querella u otro requisito equivalente*
La querella es la expresión de la voluntad de la víctima u ofendido o de quien legalmente se encuentre facultado para ello, mediante la cual manifiesta expresamente ante el Ministerio Público su pretensión de que se inicie la investigación de uno o varios hechos que la ley señale como delitos y que requieran de este requisito de procedibilidad para ser investigados y, en su caso, se ejerza la acción penal correspondiente.
La querella deberá contener, en lo conducente, los mismos requisitos que los previstos para la denuncia. El Ministerio Público deberá cerciorarse que éstos se encuentren debidamente satisfechos para, en su caso, proceder en los términos que prevé el presente Código. Tratándose de requisitos de procedibilidad equivalentes, el Ministerio Público deberá realizar la misma verificación".

[283] *Ibídem*, p. 309.

La *querella* debe contener los mismos requisitos de la denuncia, agregando que la querella sólo podrá ser formulada por el que esté legitimado (víctima, ofendido o representante legal).

Al respecto, el artículo 108 del Código Nacional de Procedimientos Penales, indica que, para los efectos de ese Código, se considera *víctima* del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva; y considera *ofendido* a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

También funda que, en los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que ésta no pudiera ejercer personalmente los derechos que el Código le otorga, se consideran como *ofendidos*, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima.

"La falta de legitimación del querellante también produce que no sea admitida a investigación la querella, salvo en los casos que se carezca de representante de los menores de edad, de los incapaces o ausentes, en esos supuestos serán tutelados por el Ministerio Público".[284]

El Doctor Elías Polanco Braga, considera "que la denuncia anónima es violatoria del artículo 16 constitucional, que en su exposición de motivos de 1916, estableció la prohibición de las pesquisas y las delaciones anónimas".[285]

---

[284] *Ibídem*, p. 310.

[285] POLANCO BRAGA, Elías. *Procedimiento… op. cit.*, p. 311.

Argumenta, “la Constitución mexicana en su artículo 16 sólo regula la denuncia y la querella, las que interpretadas en sentido amplio son requisitos de procedibilidad, o sea, para iniciar una investigación. En el artículo 20, letra B, fracción III de la misma, consagra que al imputado, tratándose de delincuencia organizada, se reserve el nombre del acusador, por consiguiente no se contempla en dicha disposición la denuncia anónima; sin embargo, en el Código Nacional de Procedimientos Penales en su numeral 221, párrafo tercero, regula lo siguiente: ‘tratándose de informaciones anónimas, la policía constatará la veracidad de los datos aportados mediante los actos de investigación que consideren conducentes para este efecto. De confirmarse la información se iniciará la investigación correspondiente’”.[286]

De acuerdo al Código Nacional Procesal en su artículo 222, existe la obligación de denunciar, “que contiene dos hipótesis. La general consiste en que toda persona a quien le conste que se ha cometido un hecho ilícito está obligada a denunciarlo al Ministerio Público o ante la policía. La específica se refiere a que el servidor público que tenga conocimiento de un hecho ilícito (cometido por subalternos) está obligado a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Público, proporcionando los datos que tuviere y a poner a disposición al imputado si se le detuvo en flagrancia”.[287]

“Al considerarse la denuncia como una obligación, el mismo precepto en análisis establece que, ante su incumplimiento, será sancionado. Respecto a la sanción, no se establece cuál sería, tampoco se considera si es un delito o una falta administrativa; también existe la incertidumbre de ser aplicable a toda persona obligada o sólo a los servidores públicos, puesto que el numeral mencionado lo regula en el segundo párrafo como sanción al servidor público”.[288]

Otro medio para iniciar la investigación, “es el caso de la flagrancia, puesto que implica que inmediatamente que el Ministerio Público tenga a su disposición a la

[286] *Ibídem*, p. 312.

[287] *Ibídem*, pp. 99 y 100.

[288] *Ibídem*, p. 313.

persona detenida, inicie la práctica de técnicas y diligencias de investigación necesarias para integrar la investigación, puesto que con la declaración de quien lo detuvo o quien lo pone a su disposición, aunado a que debe continuarla, independientemente de que con posterioridad a la práctica de diligencias urgentes ratifique la detención o le otorgue la libertad al detenido".[289]

La etapa de investigación presenta dos momentos; el primero, denominado fase inicial de la investigación, en donde se realizan los primeros actos de investigación cuando la autoridad ha tomado conocimiento de la *noticia criminal*; ello, en su momento, permitirá al Ministerio Público decidir si formula imputación o se abstiene de ejercer acción penal. El segundo momento, se le denomina investigación preparatoria propiamente dicha, el cual se inicia una vez que se ha judicializado o formalizado la investigación, y cuya finalidad es realizar actos de indagación complementarios que permita al Ministerio Público decidir si acusa o solicita el sobreseimiento.

Así la etapa de investigación concluye, cuando el Ministerio Público opta por alguna de las siguientes decisiones:[290]

a) No ejercicio de la acción penal (por haberse actualizado alguna causal de sobreseimiento o bien por aplicación de los criterios de oportunidad);
b) Archivo temporal (antiguamente conocido como reserva de la investigación); y,
c) Formulación de la imputación (lo cual permitirá que el caso sea judicializado o formalizado ante el órgano jurisdiccional respectivo).

Esta fase inicial presenta, en el caso de detenidos, un plazo de duración no mayor de cuarenta y ocho horas, contados a partir en que el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Público. En cambio, en el caso de los no detenidos, la

---

[289] *Ídem*.

[290] *Cfr.* BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 46.

legislación constitucional y secundaria no ha precisado término alguno, siendo usual, que se apliquen las reglas de la prescripción de la acción penal.

4.3.2.3. Audiencia de control de la detención.

Se descarta, por lo menos desde un criterio coherente con el artículo 19 constitucional la mal llamada audiencia de formulación de la imputación, aun cuando existe una audiencia –de control, inicial y/o de vinculación-, en la que el Ministerio Público está obligado, como se lo exige el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a formular imputación, la audiencia no puede llamarse de formulación de imputación.

La audiencia –tanto la de control como la inicial o de vinculación-, no puede girar en torno a un concepto procesal negativo –imputación-, ni en torno a una obligación del fiscal, sino positivo –control jurisdiccional de la detención-, que culmina con el auto de vinculación a proceso y/o el auto de no vinculación a proceso. No es la acción del Ministerio Público la que centra la atención y por ende, pone nombre a la audiencia. Las audiencias convocan al Juez. Por mandato de la propia Constitución Política es la decisión del Juez la que centra atención y pone nombre a la audiencia jurisdiccional. De hecho, no es tanto la audiencia sino el auto que procede a esa audiencia el que la intitula.[291]

Consideramos, que el artículo 307 del Código Nacional de Procedimientos Penales, refiere a esta primera audiencia como audiencia inicial; empero, en la práctica, como bien lo refiere Hidalgo Murillo, se ha mal llamado por algunos operadores jurídicos y abogados postulantes como audiencia de formulación de la imputación, lo cual es incorrecto, debiendo denominarla como lo indica el Código procesal, audiencia inicial, ya que en ésta, se informa al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiesen informado de los mismos con

[291] *Cfr.* HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, pp. 192 y 193.

anterioridad; se realiza el control de legalidad de la detención si correspondiere; se formula la imputación; se da la oportunidad de declarar al imputado; se resuelve sobre las solicitudes de vinculación a proceso y medidas cautelares; y se define el plazo para el cierre de la investigación.

Una última complicación ofrece la audiencia inicial o de vinculación a proceso en el sistema procesal penal mexicano. Se trata de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Política en su párrafo cuarto, porque el plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. Esta disposición se ha interpretado a la antigua y, por ende, como duplicidad del plazo. Es clara la norma constitucional al mencionar prórroga que no es duplicidad.

Sobre ese equívoco se construyen en México dos variables y un sinnúmero de ramificaciones de la audiencia de vinculación a proceso mexicana. Unos códigos exigen al Juez advertir al imputado su renuncia o no al plazo. Otros, si el imputado quiere plazo para declarar. Varios, si el imputado pide plazo para el desahogo previo de datos de prueba, después de declarar o previo a declarar. Algunos que entienden que el plazo es del Juez y, por ende, que es lógico que el imputado no puede renunciar al plazo que es del Juez. Pocos que creen que con el plazo, el imputado extiende el plazo del Juez para resolver sobre la vinculación a proceso. Finalmente, algunos que exigen al Juez el resolver de inmediato.[292]

A ello, consideramos que los artículos 19 párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 313 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su párrafo segundo, son claros al establecer: “El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley”; y “El Juez de Control cuestionará al imputado si desea que se resuelva sobre su vinculación a proceso en esa audiencia dentro del plazo de setenta y dos horas o si solicita la ampliación de dicho plazo”,

[292] *Cfr. Ibídem*, p. 81.

respectivamente; de lo que se advierte, que la decisión respecto de la duplicidad del plazo es facultad del imputado, es él quien decide a pregunta del Juez de Control sí desea acogerse al beneficio de la prórroga para resolver su vinculación a proceso o no, dentro de las ciento cuarenta y cuatro horas siguientes, incluso sí desea que se resuelva su situación jurídica en ese misma audiencia de formulación de la imputación.

Lo anterior se confirma, con lo indicado en el párrafo tercero del referido numeral del Código Procesal, que expresa: Si el imputado manifestó su deseo de que se resuelva sobre su vinculación a proceso dentro del plazo de setenta y dos horas o solicita la ampliación de dicho plazo, el Juez deberá señalar fecha para la celebración de la audiencia de vinculación a proceso dentro de dicho plazo o su prórroga"; y con el párrafo cuarto del mismo, que funda: "La audiencia de vinculación a proceso deberá celebrarse, según sea el caso, dentro de las setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas siguientes a que el imputado detenido fue puesto a su disposición o que el imputado compareció a la audiencia de formulación de la imputación".

También podemos desprender, que la decisión respecto de la vinculación a proceso o no vinculación, se debe dar dentro de las ciento cuarenta y cuatro horas siguientes a que el imputado detenido fue puesto a su disposición o que el imputado compareció a la audiencia de formulación de la imputación, en el caso de que haya solicitado su prórroga, esto es, es dentro de esas ciento cuarenta y cuatro horas, por lo que debe ser antes de que fenezca el plazo; sin embargo, en la práctica, generalmente es cercano a su vencimiento, y no a la mitad o antes de esa duplicidad.

Ahora bien, por cuanto hace a los términos prórroga y duplicidad, la Constitución es clara al indicar en su artículo 19 párrafo cuarto, que el plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley; y la ley, en este caso el Código Nacional de

Procedimientos Penales, al regular dicho precepto en su artículo 313 párrafos segundo y tercero, utiliza indistintamente los términos ampliación, duplicidad y prórroga; no obstante, se entiende que la prórroga es hasta la duplicidad del término, es decir, se prorroga el plazo hasta ciento cuarenta y cuatro horas, que es la duplicidad de setenta y dos horas, se amplía hasta el doble, con la limitante que el Juez de Control debe resolver antes de su vencimiento, con lo que consideramos no existe inconveniente alguno.

En otro sentido, en la práctica se ha cuestionado el hecho de que al Juez de Control se le otorga un plazo de hasta ciento cuarenta y cuatro horas, cuando se haya duplicado a petición del imputado, para resolver su situación respecto a la vinculación a proceso o no; y al Ministerio Público, de conformidad con el artículo 16 párrafo décimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se le otorga un plazo de hasta cuarenta y ocho horas, el cual sólo podrá duplicarse en casos de delincuencia organizada.

De tal suerte, que el Ministerio Público cuenta con cuarenta y ocho horas para realizar una investigación que lo lleve a determinar si existe un hecho que la ley señale como delito y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión; y al Juez de Control setenta y dos horas y ciento cuarenta y cuatro horas, cuando lo solicite el imputado, para resolver, igualmente, si se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; lo que se deja solo como un comentario adicional, el cual, se apartaría del planteamiento de la presente investigación; y solo adicionaremos que, quizás la diferencia en los plazos, se deba a que en la investigación se depuran todos aquellos hechos que no son constitutivos de delito, y en los casos que interviene el Juez, es cuando existen elementos para su participación que hacen más complejo el determinar la existencia o no de un delito, así como la comisión o participación del imputado, lo cual requiere un mayor análisis del caso; pero también pudiera decirse, que es más complicado investigar la existencia de un delito, y obtener los datos de prueba que lo acrediten, y que por ello

requeriría mayor tiempo; sin embargo, se valora que durante el tiempo que una persona esté retenida por una investigación, y que al final se determine que no se dan los supuestos para formular una imputación, es en perjuicio del propio retenido, por lo que no podría concederse un mayor plazo para que se ordene su libertad o se ponga a disposición de la autoridad judicial.

4.3.2.4. La formulación de la imputación.

Si el Ministerio Público decide formular imputación, entonces la misma deberá expresarse verbalmente, en audiencia, con presencia del Juez de Control, del imputado, y su abogado defensor. Esa audiencia sería la inicial, en términos del artículo 311 párrafo primero del Código Nacional de Procedimientos Penales.

La formulación de la imputación, es la comunicación que realiza el Ministerio Público al imputado en torno a una investigación existente en su contra; para ello, deberá señalar cuál es el hecho que se le está atribuyendo (señalando sus circunstancias de tiempo, lugar y modo), su clasificación legal, la forma de intervención del imputado, el nombre del denunciante o querellante (salvo que su identidad esté protegida o reservada); esto de conformidad con el artículo 313 párrafo segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que en la imputación, se exige expresar: *el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*.

Así, en la audiencia correspondiente, el Juez ofrecerá la palabra al Ministerio Público para que exponga verbalmente en que hace consistir el hecho que la ley señala como delito que se le imputa, la fecha, lugar y modo de su comisión, y en qué

hace consistir la intervención que le atribuye al imputado en ese hecho, así como el nombre de sus acusador. El Ministerio Público deberá señalar el monto estimado de la reparación del daño sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente. Es claro que, una vez formulada la imputación correspondiente, el imputado tendrá derecho a declarar o abstenerse de hacerlo, el silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio.[293]

Los hechos y las personas mencionadas en la formulación de la imputación, deberán ser los mismos que señale el auto de vinculación a proceso, aunque el Juez podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el Ministerio Público al formular la imputación (artículo 316 penúltimo párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales).

4.3.2.5. Hecho que la ley señala como delito.

Respecto del enunciado hecho que la ley señale como delito, Rubén Quintino Zepeda, considera que, el sentido que se pretende con la expresión, se corresponde con el sólo *resultado causado*. Hace falta ser verdaderamente ciego para no darse cuenta que el sólo resultado causado, no fundamenta ni puede fundamentar la responsabilidad jurídico-penal de una persona. En cambio, en el sentido de la reforma, la expresión *hecho* está reducida al resultado típico de que se trate. Con lo cual se infringe el *principio de culpabilidad* y, en particular, el *principio de prohibición de responsabilidad objetiva*. El primero de tales principios establece que una conducta es penalmente relevante si la misma ha sido cometida dolosa o culposamente, mientras que el segundo principio indica que nadie responde penalmente por el sólo resultado causado.[294]

---

[293] *Cfr. Ibídem*, p. 81.

[294] *Cfr*. QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *op. cit.*, pp. 1 y 2.

La cuestión ahora consiste en saber qué se quiere decir con la expresión; una primera interpretación consiste en concebir la expresión *hecho*, en el sentido de hecho delictivo. Por la expresión *hecho*, debe comprenderse el hecho que la ley señala como delito; la palabra *hecho*, debe comprenderse como el *hecho delictivo*; o que las expresiones hecho y hecho delictivo significan lo mismo.

Bajo estas hipótesis, se concluye que el Ministerio Público, debe aportar al Juez, los datos probatorios que establecen la realización de un *hecho delictivo*. En otras palabras, dado que un *hecho delictivo* es precisamente un *delito*, entonces el Ministerio Público debe aportar al Juez, los datos probatorios que establecen la realización de un *delito*. Ahora bien, los datos probatorios que establecen la realización de un delito, son: tipicidad; antijuridicidad; culpabilidad; forma de autoría o participación; así como, el grado de ejecución.[295]

Son grados de ejecución del hecho:

1. "Los actos preparatorios (que pueden ser punibles o no punibles);
2. La tentativa (acabada o inacabada);
3. El desistimiento de la tentativa;
4. La consumación del resultado; y
5. El arrepentimiento de la consumación del resultado".[296]

Concluye, conforme a esta perspectiva, en el caso concreto de que se trate, el Ministerio Público debe examinar los datos probatorios relativos a cada elemento del delito. Lo cual significa estudiar todos los elementos del tipo penal: objetivos, subjetivos y normativos, así como las diversas causas de justificación, las causas de inculpabilidad, las formas de autoría y de participación, así como los grados de ejecución.[297]

---

[295] *Cfr. Ibídem*, pp. 156 y 157.

[296] *Ibídem*, pp. 15 y 16.

[297] *Cfr. Ibídem*, p. 157.

Por su parte, Hidalgo Murillo José Daniel explica, que la frase -hecho que la ley señale como delito- exige, desde la lógica, más propiamente, desde un debate argumentativo, determinar probatoriamente el hecho. Luego, sólo luego, surge el concepto, más propiamente el tipo penal como segundo debate argumentativo. Por ende, el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para legitimar una orden de aprehensión, exige al Ministerio Público demostrar al Juez de Control la existencia de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad, igualmente exige motivar la razón de la medida, el por qué de la privación de libertad, la razón por la cual la otra medida –como la citación-, no resulta suficiente.

Igualmente, para la vinculación a proceso el artículo 19 párrafo primero de la Constitución Política, exigirá establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito, de modo que, por disposición constitucional, todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso.[298]

4.3.2.6. La vinculación a proceso.

La vinculación a proceso, "implica someter al imputado a un proceso penal formalizado, previo examen del Juez de Control en torno a la existencia de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado. Igualmente, en dicha vinculación, el Juez señalará plazo para el cierre de la etapa de investigación, lo que significa, que dentro de dicho plazo los intervinientes podrán realizar actos de investigación complementarios, que permitan seguir recabando más datos de pruebas y que permita al Ministerio Público decidir si formula la acusación o solicita el sobreseimiento".[299]

---

[298] *Cfr.* HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, p. 58.

[299] BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 48.

Conlleva a la realización de actos de investigación complementarios a los realizados en el momento inicial o preliminar de la investigación; en ese orden de ideas, “la finalidad de tales actos no es el debatir en torno a la vinculación o no al proceso (ya el imputado está vinculado y esa situación jurídica, si queda confirmada por la segunda instancia, no va a variar), sino ante la posibilidad que el Ministerio Público plantee acusación en contra del imputado (es decir, establecer los hechos, la clasificación legal, los medios de prueba y la solicitud de pena y reparación de daños a ser debatidos en la audiencia del juicio oral) o bien solicitar el sobreseimiento, al no haber caso para ser pasado al juzgamiento”.[300]

Para el auto de vinculación a proceso, el dato de prueba idóneo, pertinente y en conjunto con otros, suficiente, debe permitir el necesario juicio de probabilidad al Juez de Control, para:

1. Fundamentar la legalidad o ilegalidad de la detención del imputado.
2. Ordenar la vinculación o no vinculación del imputado a proceso, con el análisis lógico de la conducta, la participación del imputado en el hecho, el sujeto activo y el sujeto pasivo, en hecho material, el dolo y/o la culpa.
3. Comprobar, desde la teoría del delito, el tipo penal que se atribuye al imputado.
4. Probar el hecho, en razón del lugar, tiempo, modo y circunstancias de ejecución.
5. Demostrar la participación del imputado en ese hecho delictivo.

Ninguno de los cinco supuestos puede demostrarse sin prueba (datos), porque es la prueba (datos) la que demuestra o no la legalidad de la detención; ella misma permite al Juez ordenar o no la vinculación a proceso; la prueba (datos) demuestra la

[300] *Ibídem*, p. 48.

existencia del hecho y, por ende, el tipo penal al que se adecua y la participación del autor del hecho en el hecho es un asunto de prueba (datos).[301]

"Es la admisión del *dato de prueba* no así el desahogo de esos medios de prueba lo que permite responder afirmativamente. Tanto el Ministerio Público como el juez de control pueden proceder –solicitar y resolver respectivamente-, porque existen datos que, en juicio, una vez desahogados puede dar criterio de certeza. Para ese momento procesal son meras expectativas de prueba, que, de verificarse y/o desahogarse pueden dar el mismo juicio que se tiene como simple información no oficial".[302]

4.3.2.7. Plazo para el cierre de la investigación.

En el auto de vinculación a proceso, el Juez de Control fija el plazo de cierre de la etapa de investigación, atendiendo los indicadores que para tal efecto señala el artículo 312 del Código Nacional de Procedimientos Penales.[303]

---

[301] *Cfr.* HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

[302] *Ibídem*, p. 216.

[303] Artículo 321. Plazo para la investigación complementaria. El Juez de Control, antes de finalizar la audiencia inicial determinará previa propuesta de las partes el plazo para el cierre de la investigación complementaria.

El Ministerio Público deberá concluir la investigación complementaria dentro del plazo señalado por el Juez de Control, mismo que no podrá ser mayor a dos meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda los dos años de prisión, ni de seis meses si la pena máxima excediera ese tiempo o podrá agotar dicha investigación antes de su vencimiento. Transcurrido el plazo para el cierre de la investigación, ésta se dará por cerrada, salvo que el Ministerio Público, la víctima u ofendido o el imputado hayan solicitado justificadamente prórroga del mismo antes de finalizar el plazo, observándose los límites máximos que establece el presente artículo.

En caso de que el Ministerio Público considere cerrar anticipadamente la investigación, informará a la víctima u ofendido o al imputado para que, en su caso, manifiesten lo conducente.

Hesbert Benavente Chorres, en torno al plazo judicial para el cierre de la investigación, establece lo siguiente:

a) Es fijado por el Juez de Control;
b) El Juez de Control puede tomar en cuenta el plazo de cierre solicitado por cualquiera de las partes; y dependiendo del peso de los argumentos, el Juez decidirá cuál debe ser el plazo de cierre más justo, razonable y proporcional;
c) El Juez de Control deberá tomar en cuenta la naturaleza de los hechos atribuidos y la complejidad de la misma. Todo depende de la necesidad de realizar diligencias de investigación complementarias a las realizadas en el momento inicial de indagación; y ello, deberá ser explicado por las partes a fin de convencer al Juez cuál debe ser el plazo judicial de cierre más idóneo, razonable, proporcional y justo;
d) La ley ha establecido límites máximos que el Juez de Control no podrá superar a la hora que está determinado el plazo de cierre de la investigación. En efecto, la razonabilidad del plazo no ha quedado en la exclusiva y excluyente discrecionalidad del Juez; por el contrario, la norma también ha puesto un indiciador de lo razonable, al decirnos que la investigación no podrá ser mayor a dos meses, en caso de que el delito merezca pena máxima que no exceda de dos años de prisión, o de hasta seis meses, si la pena excede de ese tiempo;
e) El plazo judicial de cierre de la investigación es señalado al momento en que el Juez vincula a proceso al imputado. Ello se justifica, dado que, con la vinculación ya se puede hablar de un proceso penal judicializado o formalizado que necesita de términos perentorios que aseguren su desarrollo dinámico en aras de esclarecer los hechos;
f) El plazo judicial de cierre de la investigación corre a partir de la vinculación a proceso;
g) Se podría dar un cierre anticipado de la investigación; aunque lo usual es esperar hasta el último día de plazo señalado por el Juez, para que el cierre opere desde el día siguiente del mismo. El artículo 321 del Código Nacional de

Procedimientos Penales, permite un cierre anticipado de la investigación, cuando el mismo no perjudica a la defensa; y

h) La posibilidad de prorrogar el plazo judicial de cierre dependerá de la solicitud justificada de las partes en audiencia ante el Juez, y en la medida que la prórroga no supere los límites máximos (artículos 52, 321 y 322 del Código Nacional de Procedimientos Penales). [304]

El cierre de la investigación lo debe ordenar el Ministerio Público, por ser el director de la citada etapa procesal (artículo 323 párrafo primero del Código Nacional de Procedimientos Penales).

Al esperar el último día de cierre de la misma, el Fiscal emitirá su acuerdo, dicho acuerdo será comunicado al Juez de Control, el Juez hará la anotación respectiva de que tomó conocimiento del cierre de la investigación decretada por el Ministerio Público.

Ello es importante, porque el acto procesal siguiente al cierre de la investigación, es que el Ministerio Público deberá emitir un pronunciamiento (formular acusación, solicitar el sobreseimiento o la suspensión del proceso, por ejemplo), dentro del plazo de quince días (artículo 324 del Código Nacional de Procedimientos Penales), y si no emite pronunciamiento alguno, entonces el Juez de Control accionará el trámite mencionado en el artículo 325 del Código en cita. Y este plazo para emitir pronunciamiento corre a partir del cierre de la investigación, es decir, desde que el Fiscal emitió su acuerdo de cierre, sin esperar respuesta alguna del Juez de Control en torno a la comunicación que el primero de los mencionados efectuó.[305]

El párrafo segundo del artículo 323 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala que “el imputado, la víctima u ofendido podrán solicitar al Juez de

[304] *Cfr.* BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, pp. 50 a 53.

[305] *Cfr. Ibídem*, pp. 56 y 57.

Control que aperciba al Ministerio Público para que proceda al cierre. Sin embargo, y para solucionar la antinomia normativa entre el primer párrafo con el tercer párrafo del artículo 323 CN; si el Fiscal se percata que se ha vencido el plazo o la prórroga o hace eco del apercibimiento que le hizo el Juez, entonces emitirá el acuerdo de cierre (primer párrafo del artículo 323 CN); no obstante, si pese a ser apercibido no ha cerrado la investigación, entonces se tendrá a la misma como cerrada (tercer párrafo del artículo 323 CN)".[306]

"Los plazos en México son demasiados cortos, especialmente vistos desde algunos delitos complejos como los delitos económicos y/o de falsificación que exigen pericias contables y/o estudios fiscales complicados. Para ese objetivo se investiga y luego se formaliza. Con ese mismo propósito la Constitución no ha exigido la vinculación para investigar sino luego que se haya investigado y, por tanto, no obedece a una investigación inteligente que el Ministerio Público trabaje las investigaciones –valga la redundancia- con personas detenidas y/o personas vinculadas, porque, en ambos casos, los procesos se aceleran porque igualmente se aligeran los plazos".[307]

En efecto, cuando el Ministerio Público formula su imputación, es respecto de una investigación en la que considera oportuna la intervención judicial con el propósito de resolver la situación jurídica del imputado; ya que en ésta debe comunicar al imputado, en presencia del Juez de Control, que se desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito; por lo que debe exponer de forma clara y precisa al imputado el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador; y formulada la imputación, el Juez de Control le preguntará al imputado si la entiende y si es su deseo contestar al cargo.

---

[306] *Ibídem*, p. 57.

[307] HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, p. 228.

Después de que el imputado haya emitido su declaración, o manifestado su deseo de no hacerlo, el agente del Ministerio Público solicitará al Juez de Control la oportunidad para discutir medidas cautelares, en su caso, y posteriormente solicitar la vinculación a proceso. Como se lee, en la misma audiencia inicial en la que se formule la imputación, se puede llegar a que el Ministerio Público solicite la vinculación a proceso, momento en el cual debe contar con los datos de prueba necesarios y suficientes para desprender datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, que existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

Con lo que se reafirma que, previo a que el Ministerio Público considere oportuna la intervención judicial, debe contar con un cúmulo de diligencias y datos de prueba que hagan probable, entre otros requisitos, la comisión de un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; dado lo realizable de la solicitud a vinculación a proceso en la misma audiencia inicial. Sin embargo, este avance en la investigación, pudiera considerase como una desventaja para la defensa, pues al tener conocimiento de la investigación y de los datos que obren en la carpeta, tendrá que controvertir diversos datos de prueba.

Aún más, y respecto de los plazos para el cierre de la investigación complementaria (no podrá ser mayor a dos meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda los dos años de prisión, ni de seis meses si la pena máxima excediera ese tiempo), es de valorarse, que existen diligencias, hablando específicamente del delito de fraude, que superan esos plazos, por ejemplo, cuando se solicita la colaboración a otra Procuraduría o Fiscalía de alguna entidad federativa para que apoye con la práctica de alguna diligencia, o cuando se solicita una Asistencia Jurídica Internacional en Materia Penal (artículos 433 y siguientes del Código Nacional de Procedimientos Penales), para la práctica de alguna diligencia

en el extranjero; estos, pueden llegar a tardar hasta años es su desahogo, dependiendo la diligencia que haya de practicarse, y también porque no decirlo, de la Procuraduría o Fiscalía a la que solicite su colaboración, ya que en muchas existe un rezago considerable en estos oficios.

Cierto es, que el artículo 104 del Código Nacional de Procedimientos Penales, faculta al Ministerio Público a imponer medios de apremio para el cumplimiento de los actos que ordene; no obstante, en la práctica, por cuanto hace a las autoridades, dichos medios de apremio (amonestación, multa, auxilio de la fuerza pública y arresto hasta por treinta y seis horas) no son utilizados por cuestiones ajenas al ámbito jurídico; limitándose el Ministerio Público a insistir en las peticiones formuladas hasta que se atienda lo solicitado. Aspectos con los que los plazos para el cierre de la investigación complementaria, pueden verse transcurridos, y parecieran cortos para esas situaciones.

4.3.2.8. El sobreseimiento.

El artículo 324 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala que: “Una vez cerrada la investigación complementaria, el Ministerio Público dentro de los quince días siguientes, deberá:

I. Solicitar el sobreseimiento parcial o total;
II. Solicitar la suspensión del proceso; o
III. Formular acusación.”

Los quince días que la ley da como plazo para que el agente del Ministerio Público emita su pronunciamiento, son contados a partir del cierre de la investigación; esto es, en el caso que el Fiscal lo haya cerrado, dicho plazo se computará a partir de haber emitido el acuerdo de cierre; en cambio, si la investigación fue cerrada por el Juez de Control, el plazo de quince días corren a partir de la notificación de la resolución judicial de cierre.

Pero, ¿Qué ocurre si vencido el plazo de quince días el Ministerio Público no ha emitido el pronunciamiento respectivo? El artículo 325 del Código Nacional de Procedimientos Penales, dispone que el Juez de Control pondrá el hecho en conocimiento del Procurador o del servidor público en quien haya delegado esta facultad, para que se pronuncie en el plazo de quince días; transcurrido este plazo sin que se haya pronunciado, el órgano jurisdiccional ordenará el sobreseimiento.[308]

El sobreseimiento, "es una resolución judicial fundada, mediante la cual se decide la finalización de un proceso penal respecto de unos o de varios imputados determinados, con anterioridad al momento de la sentencia, cobrando autoridad de cosa juzgada, por mediar una causal que impide en forma concluyente la continuación de la persecución penal".[309]

La figura del sobreseimiento, "descansa en la necesidad de ofrecer seguridad jurídica a la persona que haya sido sometido al proceso penal. En ese orden de ideas, debe garantizarse al imputado la seguridad de que es posible terminar la causa o el proceso, antes de la expedición de un sentencia cuando la ratio o la necesidad de persecución penal han desaparecido, ante la inexistencia de un hecho delictuoso o porque la pretensión punitiva se ha extinguido o bien porque no existen elementos que razonablemente justifiquen llevar la causa al juicio oral".[310]

El sobreseimiento "puede producirse, al final del cierre de la investigación, cuando el Ministerio Público se percata que, aunque se haya ordenado el auto de vinculación a proceso, no cuenta con elementos de prueba para continuar y aperturar el juicio oral. Igualmente, cuando iniciada la audiencia intermedia, por un incidente de nulidad, por refutación que hace la defensa, el Ministerio Público se queda sin los

---

[308] *Cfr.* BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

[309] *Ibídem*, p. 66.

[310] *Ídem*.

medios de prueba necesarios para sustentar la acusación o el juez de control para dictar el Auto de Apertura a Juicio".[311]

El sobreseimiento "puede ser libre o provisional. El **sobreseimiento definitivo o libre** debe pronunciarse ante la falta absoluta de tipicidad del hecho o de responsabilidad penal de su presunto autor, siendo equiparable a una sentencia absolutoria anticipada, por cuanto goza de todos los efectos materiales de la cosa juzgada. El **sobreseimiento provisional**, por el contrario, sucede cuando se carece de la base fáctica suficiente para acreditar la perpetración del delito o la participación en él de su presunto autor y ocasiona la mera suspensión del procedimiento, por lo que la instrucción puede reabrirse si los nuevos actos de investigación practicados vienen a acreditar aquellos extremos".[312]

En el sistema de justicia penal mexicano el tipo de sobreseimiento admitido es el libre, dado que, la función del sobreseimiento provisional la cumpliría el archivo del Ministerio Público. En efecto, la citada autoridad ministerial está facultada para emitir una determinación de archivo, ya sea temporal, cuando ante la falta de datos no se pueda continuar con la investigación (artículo 254 Código Nacional de Procedimientos Penales), en ese sentido, la temporalidad del archivo implica que, removido el obstáculo que generó el mismo o ante el descubrimiento de nuevas pistas, la investigación penal se reabrirá; o bien archivo definitivo, cuando se ha actualizado alguna causal de sobreseimiento señalado por la ley (artículos 255 y 327 Código Nacional de Procedimientos Penales) o por la aplicación de un criterio de oportunidad (artículo 256 Código Nacional de Procedimientos Penales).

En esa inteligencia, el archivo temporal emitido por el Fiscal genera los efectos de lo que la doctrina y la legislación comparada han denominado sobreseimiento provisional, dado que, cabe la posibilidad de la reapertura de las actuaciones, a

[311] HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, p. 271.

[312] BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 67.

diferencia de los efectos de cosa juzgada que acompañan al sobreseimiento libre o definitivo.[313]

Por otro lado, "tenemos una segunda clasificación del sobreseimiento; así tenemos al **sobreseimiento total**, el cual es procedente, cuando, existiendo una pluralidad de imputados, ninguno de ellos tiene participación alguna en el hecho punible, por lo que su solución ha de ser la propia del 'litisconsorcio necesario', el archivo de la causa para todos ellos. Pero, si de dicha pluralidad de imputados subsisten indicios de criminalidad contra alguno o alguno de ellos, el sobreseimiento será **parcial** y el juicio oral se abrirá tan sólo contra quienes no les favorezca".[314]

En el sistema de justicia penal mexicano se admite tanto el sobreseimiento total como el parcial (artículo 329 Código Nacional de Procedimientos Penales).[315]

En tercer lugar, el sobreseimiento puede ser "de **oficio o a solicitud de parte**, según lo decrete el juez por iniciativa propia o previa solicitud del Ministerio Público. Y en cuarto lugar, el sobreseimiento puede ser **facultativo u obligatorio**; esta última taxonomía es aplicable en aquellos sistemas legales en la que el pedido de sobreseimiento del Fiscal debe ser ratificado por otro Fiscal de superior jerarquía y, en ese caso, el Juez deberá dictar el sobreseimiento, aún cuando pueda dejar a salvo su opinión en contrario. Ese es el caso del sistema venezolano".[316]

---

[313] *Cfr. Ibídem*, p. 68.

[314] *Ibídem*, p. 71.

[315] Artículo 329. Sobreseimiento total o parcial. El sobreseimiento será total cuando se refiera a todos los delitos y a todos los imputados, y parcial cuando se refiera a algún delito o a algún imputado, de los varios a que se hubiere extendido la investigación y que hubieren sido objeto de vinculación a proceso.

Si el sobreseimiento fuere parcial, se continuará el proceso respecto de aquellos delitos o de aquellos imputados a los que no se extendiere aquél.

[316] BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, pp. 71 y 72.

Benavente Chorres, tomando en cuenta el artículo 327 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece que las causales de sobreseimiento son:

I. *El hecho no se cometió o no constituye delito.* Aquí el sobreseimiento se declara por falta del presupuesto fáctico que justifique la continuación del proceso penal. Es decir, ante un dato de prueba nuevo, la autoridad ministerial observa que el hecho material del auto de vinculación a proceso nunca existió, o bien si se ha dado, el mismo no presenta el calificativo de delito.

En ese sentido, se haría imposible la aplicación de la sanción correspondiente cuando, al darse un dato de prueba nuevo que revela una situación antes desconocida, se concluye que el hecho imputado no ocurrió; o verificado su existencia, la aparición de una nueva evidencia actualiza una causal excluyente del delito señalado en la ley.

II. *Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado.* Descansa en la aparición, después de dictado el auto de vinculación a proceso, de un material probatorio que elimina toda probabilidad de intervención, por parte del imputado, en un hecho calificado por la ley como delictivo.

III. *El imputado está exento de responsabilidad penal.* Lo que se actualiza es una causal que elimina la culpabilidad o responsabilidad: error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante o la inexigibilidad de otra conducta (artículo 405 fracción III del Código Nacional de Procedimientos Penales). En efecto, tenemos aquellas causales que eliminan la conducta o los juicios de valor de tipicidad y/o antijuridicidad, los cuales justificarían el sobreseimiento por la razón: *el hecho no se cometió* o *no constituye delito*; asimismo, tenemos aquella razón normativa que elimina la autoría o participación del imputado, lo que nos llevaría al sobreseimiento por la inocencia del imputado.

IV. *Agotada la investigación, el Ministerio Público estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar una acusación.* Esta causal de procedencia del sobreseimiento, permite distinguir entre la formulación de la imputación con la acusación; en tal virtud, puede darse la primera pero no necesariamente la

segunda. La formulación de la imputación implica la formalización del proceso penal y la continuación de los actos de investigación, con el agregado que la persona conoce las razones del por qué se le atribuye la calidad de imputada, así como se le ha permitido que exprese lo que mejor le convenga en una audiencia con presencia del Juez de Control. En cambio, la acusación denota una solicitud de pena y reparación de daños por parte del Ministerio Público y su voluntad de llevar a juicio al imputado, contando para ello con los medios probatorios respectivos.

Para la formulación de la imputación el Ministerio Público requiere de indicios básicos para sustentar un *caso probable* de delito. Sin embargo, para decidir acusar no solamente deben mantenerse tales indicios o haberse obtenidos sólidos elementos probatorios, sino que, además, en el transcurso de las investigaciones y después de la referida formulación, no aparecieron otros elementos que desvanezcan el carácter delictuoso de los hechos o bien la responsabilidad del imputado.

Se ha formulado imputación y se ha emitido el auto de vinculación a proceso sobre la base de elementos referenciales, que causan convicción pero no certeza, y que requieren de otros elementos que los complementen y refuercen.

V. *Se hubiere extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley.* Algunas causales de extinción de la pretensión punitiva que se pueden invocar dentro de esta causal de sobreseimiento: Muerte del inculpado; amnistía; perdón del ofendido; y prescripción de la pretensión punitiva. [317]

---

[317] Artículo 485. Causas de extinción de la acción penal. La pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad se extinguirán por las siguientes causas:

I. Cumplimiento de la pena o medida de seguridad;

II. Muerte del acusado o sentenciado;

III. Reconocimiento de inocencia del sentenciado o anulación de la sentencia;

IV. Perdón de la persona ofendida en los delitos de querella o por cualquier otro acto equivalente;

V. Indulto;

VI. Amnistía;

VII. Prescripción;

VIII. Supresión del tipo penal;

VI. *Una ley o reforma posterior derogue el delito por el que sigue el proceso.* Este supuesto descansa en el principio de retroactividad benigna de la ley penal, el cual precisa que, si con posterioridad a la comisión del hecho delictuoso surge una norma jurídica que atenúe la pena o bien elimine la conducta del catálogo penal de delitos (es decir, se torna atípica) entonces deberá aplicarse este nuevo marco normativo en vez del anterior.

VII. *El hecho de que se trate haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firma respecto del imputado.* El principio del non bis in ídem establece que ninguna persona será procesada o sancionada dos veces por los mismos hechos. En ese sentido, cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que exista otro en relación con la misma persona o por los mimos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo.

VIII. *En los demás casos en que lo disponga la ley.* Ello significa que la determinación de una causal de sobreseimiento es tarea del legislador y no del juzgador; por lo que, estamos ante un sistema de sobreseimiento reglado y no discrecional. [318]

Ejemplo de ello, es lo señalado en el artículo 144 Código Nacional de Procedimientos Penales, donde el agente del Ministerio Público, con autorización del Procurador o del funcionario que en él delegue esa facultad, solicita el desistimiento de la acción penal, hasta antes de dictada la resolución de segunda instancia; exponiendo sus motivos al órgano jurisdiccional quien resolverá de manera inmediata y decretará el sobreseimiento, dejándose a salvo la facultad de recurrir por parte de la víctima u ofendido (la impugnación en contra de la resolución del Tribunal de Alzada, abre el debate sobre la necesidad que en la segunda instancia se diferencie un órgano que resuelva las apelaciones en contra de autos, de otro que conozca las apelaciones en contra de sentencia.

IX. Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso instaurado por los mismos hechos, o

X. El cumplimiento del criterio de oportunidad o la solución alterna correspondiente.

[318] *Cfr. Ibídem*, pp. 74 a 78.

Del artículo 328 Código Nacional de Procedimientos Penales, se obtiene que, el sobreseimiento firme tiene *efectos* de sentencia absolutoria, pone fin al proceso en relación con el imputado en cuyo favor se dicta, inhibe una nueva persecución penal por el mismo hecho, y hace cesar todas la medidas cautelares que se hubieran dictado.

4.3.2.9. La suspensión del proceso.

Tomando en cuenta el artículo 331 del Código Nacional de Procedimientos Penales, "el Ministerio Público, dentro de los *quince días* siguientes al cierre de la etapa de investigación podrá solicitar la suspensión del proceso".[319]

La suspensión del proceso, implica la solicitud que realiza el Ministerio Público al Juez de Control a fin de que se paralice el curso del proceso penal, al presentarse situaciones que justifican el no continuar con el mismo; sin embargo, como son de carácter temporal, al término de las misas, el proceso penal se reanudará, debiendo el Ministerio Público optar por formular acusación o bien solicitar el sobreseimiento.

Debemos diferenciar entre la *suspensión del proceso como pronunciamiento del Ministerio Público* que se da dentro de los quince días de haberse cerrado la investigación con la *suspensión condicional del proceso a prueba,* la cual es una salida alterna que descansa en el principio de justicia restaurativa.[320]

La *suspensión condicional del proceso a prueba*, "se postula como una reacción estatal diversa ante el delito, ya no mediante la imposición de una sanción al inculpado del hecho punible y las consecuencias que ello implica, sino a través de su sometimiento a un plan de conducta, elaborado por el órgano jurisdiccional, el cual le

[319] BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 86.

[320] *Cfr. Ídem*.

impondrá ciertas obligaciones que deberán ser realizadas en un lapso previamente definido. Con la expiración satisfactoria de tal plazo se logrará la extinción de la acción penal".[321]

La *suspensión del proceso* regulado en el artículo 331 Código Nacional de Procedimientos Penales, no es un mecanismo alternativo de resolución del conflicto penal; es una decisión judicial de paralizar el proceso punitivo al existir un obstáculo que impide continuar con el mismo y, forzar su desarrollo, significaría afectar, además, garantías procesales. Como por ejemplo, la sustracción del imputado a la acción de la justicia o bien porque éste ha incurrido en un trastorno mental transitorio.

Si la causa que obedeció a la suspensión desaparece, inmediatamente el proceso penal se reanuda; lo que se busca con la *suspensión del proceso* es brindar un tiempo para que el obstáculo procesal se elimine y al darse esta situación el proceso punitivo vuelva a su marcha, seguro de que no se está afectando garantías procesales.[322]

Hesbert Benavente Chorres, siguiendo el artículo 331 Código Nacional de Procedimientos Penales, analiza que las causales para la suspensión del proceso son:

1. *Se decrete la sustracción del imputado a la acción de la justicia.* La sustracción a la acción de la justicia, es aquel peligro procesal que gira en torno a la fuga del imputado del establecimiento o lugar donde está siendo detenido, así como por su no actitud de ser localizado y ponerse a disposición de las autoridades, ya sea por el cambio de domicilio o ausentarse del mismo, sin aviso previo. Asimismo, por no acudir a las citaciones emanadas por autoridad competente; ello, además revela un peligro de obstaculizar la averiguación de la verdad.

---

[321] *Ídem*.

[322] *Cfr. Ibídem*, pp. 90 y 91.

2. *Se descubra que el delito es de aquellos respecto de los cuales no se puede proceder sin que sean satisfechos determinados requisitos y éstos no se hubieren cumplido.* Esta causal de suspensión descansa en la presencia de un obstáculo para continuar con la persecución penal, y este puede ser, la ausencia de la respectiva querella o la falta de la resolución autoritativa de la Cámara de Diputados para que se proceda penalmente contra altos servidores públicos que señala la respectiva Constitución por la comisión de delito durante el tiempo de su encargo, o bien, cualquier incumplimiento a las condiciones para proceder penalmente señaladas en la ley.

3. El *imputado adquiera algún trastorno mental temporal durante el proceso*. El trastorno mental transitorio, si la enlazamos con el proceso penal, presenta las siguientes combinaciones: a) Que se presente cuando el imputado estaba cometiendo el delito. Aquí, lo que se aplicaría son las reglas del procedimiento especial para inimputables, cuya finalidad es la imposición de una medida de seguridad señalada en la ley; y b) Que se presente después que el imputado ha cometido el delito; en ese caso, el proceso penal se suspende hasta que el imputado recupere su salud mental, reanudándose la causa penal. Este último escenario es lo que se regula como causal de suspensión del proceso penal.

En este último escenario, esta causal justifica la suspensión del proceso cuando la salud mental del imputado es *recuperable*, y ello tendrá que indicar la institución o persona idónea en esa materia, en su informe respectivo.

Si se determina, médicamente, que el trastorno mental que sufre el imputado es *permanente*, deberá el Juez de Control emitir el auto de sobreseimiento respectivo, sin prejuicio que el llamado por ley accione los mecanismos legales que garanticen la protección de la sociedad ante eventuales ataques del insano mentalmente. En ese orden de ideas, el Juez de Control no podrá abrir el procedimiento especial para inimputables, dado que, el mismo se inicia cuando el imputado, *al momento de estar cometiendo el hecho antijurídico*, estaba inmerso en una situación de inimputabilidad; y, la situación que estamos comentando es cuando, *después de la comisión del hecho delictuoso*, el imputado sufre un trastorno mental, el cual, si es transitorio, originará que se

suspenda el proceso penal hasta su recuperación, y si es permanente, conllevará la conclusión definitiva del proceso punitivo, sin perjuicio de lo mencionado líneas arriba.

4. En *los demás casos en que la ley expresamente lo ordene*. Aquí, estamos ante un dispositivo de remisión normativa, que permite inferir la posibilidad que en otras normas jurídicas se establezca una situación jurídica cuya inobservancia incidirá en la suspensión de un proceso penal. [323]

El *procedimiento para la suspensión del proceso*, "durante la etapa intermedia, se inicia con la solicitud que presenta el Ministerio Público dentro de los quince días siguientes al cierre de la etapa de investigación. Dicha solicitud es dirigida al Juez de Control, y en la misma deberá expresar los fundamentos de hecho y de derecho, así como, el material probatorio respectivo que sustente el pedido de suspensión".[324]

Ahora bien, de conformidad al artículo 52 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el Juez convocará a una audiencia para resolver lo solicitado por el Ministerio Público; ello, en aras de escuchar la posición de la víctima u ofendido, la cual, tiene como derecho el ser escuchada en el proceso de toma de decisiones que importe la conclusión o la suspensión del proceso punitivo.

El Juez de Control, determinará la procedencia o no de la suspensión del proceso cuando existe material probatorio que permita inferir la actualización de una causal de suspensión señalada en la ley. En esa inteligencia, la decisión en torno a la suspensión será apelable sin efecto suspensivo (artículos 467 fracción VI, y 472 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

"El primer efecto que genera la suspensión del proceso es la paralización temporal del proceso punitivo hasta que la causa que la motivó desaparezca,

---

[323] *Cfr. Ibídem*, pp. 91 a 95.

[324] *Ibídem*, p. 104.

reanudándose inmediatamente el proceso penal, en la eventualidad que tampoco se haya actualizado ninguna causal de sobreseimiento señalada en la ley”.[325]

Si uno toma en cuenta el artículo 326 del Código Nacional de Procedimientos Penales, “se podrá advertir que la autoridad ministerial, además de las anteriormente señaladas, podrá:

a) Solicitar la suspensión del proceso hasta por treinta días para el efecto de celebrar acuerdo reparatorio (artículo 188 CN);
b) Solicitar la aprobación judicial de un acuerdo reparatorio (artículo 190 CN);
c) Solicitar la suspensión condicional del proceso a prueba (artículo 192 CN);
d) Solicitar la aplicación del procedimiento abreviado (artículo 201 CN); y
e) Solicitar el auto de sobreseimiento o la suspensión del proceso por aplicación de un criterio de oportunidad (artículo 257 CN).”[326]

El artículo 187 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece los casos de procedencia y las situaciones de improcedencia; asimismo, el artículo 188 del referido Código, regula el momento final en que se podrán celebrar tales acuerdos; donde, si lo relacionamos con el artículo 189 del mismo, tanto el Ministerio Público como el órgano jurisdiccional pueden ser gestores para llevar a los involucrados en el conflicto penal ante el especialista de mediación y conciliación.

Si se ha emitido auto de vinculación a proceso, pero aún no se ha dictado el auto de apertura, cualquiera de las partes podrá solicitar al Juez que suspenda el proceso hasta por treinta días, para el efecto de iniciar las tratativas para la celebración de un acuerdo reparatorio (artículo 188 del Código Nacional de Procedimientos Penales). Ello, el Juez lo resolverá en audiencia (artículo 52 del Código Nacional de Procedimientos Penales). Si se suspende el proceso y las partes no han celebrado acuerdo reparatorio, entonces el proceso punitivo se reanudaría;

[325] *Ibídem*, p. 106.

[326] *Ibídem*, p. 108.

pero si han llegado a un acuerdo, entonces las partes procederán conforme lo regulado en el artículo 190 Código Nacional de Procedimientos Penales.[327]

Esto es, los *acuerdos reparatorios* deberán ser aprobados por el Juez de Control a partir de la etapa de investigación complementaria, y por el Ministerio Público en la etapa de investigación inicial. Cuando sean aprobados por el Ministerio Público, las partes tendrán derecho a acudir ante el Juez de Control, dentro de los cinco días siguientes a que se haya aprobado el acuerdo reparatorio, cuando estimen que el mecanismo alternativo de solución de controversias no se desarrolló conforme a las disposiciones previstas en la ley de la materia (Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014). Si el Juez de Control determina como válidas las pretensiones de las partes, podrá declarar como no celebrado el acuerdo reparatorio y, en su caso, aprobar la modificación acordada entre las partes.

Además, previo a la aprobación del acuerdo reparatorio, el Juez de Control o el Ministerio Público, verificarán que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas, que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar, y que no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción.

4.3.2.10. Criterios de oportunidad.

En Derecho comparado “también se les conoce como *principio de oportunidad”*.[328]

---

[327] *Cfr. Ibídem*, p. 109.

[328] *Ibídem*, p. 124.

Los *criterios de oportunidad*, son aquellos mecanismos de carácter procesal que buscan evitar el inicio de procesos penales innecesarios, o se archiven los ya iniciados, bajo determinados supuestos preestablecidos en la ley.

Tienen como *objeto* conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al Ministerio Público, titular de la acción penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente de estar ante un hecho delictuoso con autor determinado, concluyéndola por acto distinto al de un sentencia, y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de pena, o falta de merecimiento de la misma, todo ello amparado en la necesidad de solucionar, en parte, el grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria, así como, promover bajo formas novedosas y premisas propias del Derecho conciliatorio, que el Derecho penal no sólo llegue a sus destinatarios, sino que sea con mayor justicia para la víctima.[329]

En cuanto al trámite de aplicación de los criterios de oportunidad, el mismo puede darse en cualquier momento del proceso penal, hasta antes que se dicte el auto de apertura a juicio oral (artículo 256 penúltimo párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales).

En esa tesitura, la autoridad ministerial, por ejemplo, en vez de formular acusación o plantear alguna de las solicitudes mencionadas en el artículo 324 del Código Nacional de Procedimientos Penales, podrá aplicar un criterio de oportunidad, conforme a lo señalado en los artículos 256 y 257 del mismo ordenamiento.

La decisión de aplicar un criterio de oportunidad, es que el hecho atribuido al imputado debe presentar características de delito. Frente a hechos atípicos no corresponde aplicar el principio de oportunidad, ni tampoco cuando se ha actualizado alguna causal de sobreseimiento señalados en la ley, lo que correspondería sería la

[329] *Cfr. Ibídem*, pp. 129 y 130.

facultad de abstenerse de investigar, o el no ejercicio de la acción penal, respectivamente; o bien, si la investigación se ha judicializado, en dictado del auto de sobreseimiento.

Si los *criterios de oportunidad* se aplican en hechos delictivos –es su presupuesto-, entonces la autoridad ministerial deberá ya de contar con los suficientes datos de prueba para satisfacer el presupuesto señalado.[330]

4.3.3. La etapa intermedia.

"ORTELLS RAMOS precisa que la etapa intermedia es el conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción previa está completa –y en su caso completarla- y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral en atención a la fundabilidad de la acusación. Para Julio MAIER, el fin esencial que persigue el procedimiento intermedio es el control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, que hacen mérito de la etapa preliminar.

Así mismo, la jurista chilena Horvitz precisa, que la etapa intermedia es la delimitación precisa del objeto de juicio respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos; es decir, todos aquellos aspectos de la controversia jurídico-penal que serán discutidos en el juicio y servirán de fundamento a la sentencia definitiva".[331]

"Para BINDER, La fase intermedia constituye el conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación; estos requerimientos deben cumplir con ciertas formalidades, cuyo sentido radica en la búsqueda de precisión en la decisión judicial; por ejemplo, se debe identificar correctamente al imputado, se debe describir el

[330] *Cfr. Ibídem*, p. 130.

[331] *Ibídem*, pp. 1 y 2.

hecho por el cual se pide la absolución o la apertura de juicio, se debe calificar jurídicamente ese hecho".[332]

Siguiendo a Binder, para Hesbert Benavente Chorres, la *etapa intermedia* funge como una fase de saneamiento, tendiente a eliminar todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de todo lo actuado, así como, del futuro juicio oral. Esta función de filtro gira en torno a: i) En el pronunciamiento tanto del Ministerio Público como del acusador coadyuvante; y ii) Los medios de prueba ofrecidos por las partes.

Continúa explicando, es un momento procesal de suma importancia, porque en el mismo la autoridad ministerial presenta su acusación, la cual establecerá el objeto del juicio oral; asimismo, es la oportunidad para el ofrecimiento y la admisión de los medios de prueba e igualmente para la celebración de acuerdos probatorios, y para el establecimiento de aquellos hechos que serán debatidos en la audiencia de juicio oral; además, cumple funciones propias de un *despacho saneador*, dado que, será el momento en que el Juez de Control, de oficio o por iniciativa de parte, requiera al Ministerio Público para que corrija los errores formales que presenta su acusación, y examine, a través de las excepciones interpuestas por la defensa, la existencia de vicios o defectos que invaliden la relación jurídico-procesal (saneamiento procesal); así como, será la oportunidad que tiene el Juez de Control para depurar aquellos medios de prueba impertinentes, ilícitos o que busquen acreditar hechos notorios o públicos (saneamiento probatorio).[333]

Por razones didácticas, se puede dividir la etapa intermedia en cuatro grandes momentos:

1. *Postulación*.- Empieza cuando el Ministerio Público, luego del cierre de la investigación, debe emitir un pronunciamiento, el cual puede girar en torno a solicitar el sobreseimiento o la suspensión del proceso, o bien, en formular

[332] *Ibídem*, p. 2.

[333] *Cfr. Ibídem*, p. 3.

acusación. Si planteó acusación, la misma será notificada por el Juez de Control a los demás intervinientes, y de esta manera facilitar que la víctima u ofendido, si lo desean, se constituyan en coadyuvante, y formulen acusación coadyuvante, así como a la defensa, para que conteste la acusación.

2. *Saneamiento procesal*.- Presentadas las postulaciones, el Juez de Control convocará a los intervinientes (una vez cumplido el descubrimiento probatorio de la defensa a favor de la Fiscalía), para que asistan a la audiencia intermedia o preparatoria del juicio oral, la cual presenta como primer momento, y luego de escuchar las presentaciones de las partes, la corrección, por parte del Ministerio Público de aquellos errores formales que presenta su acusación; para luego, ingresar al debate de aquellas excepciones que la defensa haya podido plantear (aunque esta última figura no ha sido mencionado en el Código Nacional).[334]

3. *Saneamiento probatorio*.- Continuando en la audiencia intermedia, y luego que el Juez haya desestimado las excepciones interpuestas por la defensa, se procederá al análisis de la procedencia de la celebración de acuerdos probatorios. Los hechos materia de dichos acuerdos se tendrán por acreditados, no habiendo necesidad de su probanza en el juicio oral. Posteriormente, se ingresará al análisis de la admisión de los medios de prueba ofrecidos por las partes (y que se aprecian en la acusación, en la acusación coadyuvante, y en la contestación de la acusación, formuladas por el Ministerio Público, el acusador coadyuvante, y la defensa, respectivamente); este debate girará en torno a excluir del proceso aquellos medios de prueba impertinentes, ilícitos, sobreabundantes, o que busquen

[334] El artículo 344 párrafo primero del Código Nacional de Procedimientos Penales, indica: "Artículo 344. Desarrollo de la audiencia. Al inicio de la audiencia el Ministerio Público realizará una exposición resumida de su acusación, seguida de las exposiciones de la víctima u ofendido y el acusado por sí o por conducto de su Defensor; acto seguido las partes podrán deducir cualquier incidencia que consideren relevante presentar. Asimismo, la Defensa promoverá las excepciones que procedan conforme a lo que se establece en este Código […]".

acreditar hechos notorios o públicos, admitiéndose los demás medios de prueba que no ingresaron a estas reglas de exclusión.

4. *Decisión judicial*.- El Juez de Control, al finalizar la audiencia, emitirá, si es que no se ha actualizado ninguna causal de sobreseimiento, o se haya optado por alguna salida alterna, o el juicio abreviado, el auto de apertura del juicio oral, donde indicará la acusación materia del juicio oral, los acuerdos probatorios arribados por las partes, y los medios de prueba admitidos a proceso, y que serán desahogados en la audiencia del juicio oral, así como la fecha para la realización de la audiencia de debate; siendo esta resolución irrecurrible (salvo el extremo de la exclusión o no admisión de aquellos medios de prueba ofrecidos por las partes). Con la expedición del auto de apertura del juicio oral, se da por concluida la etapa intermedia. [335]

Benavente Chorres Hesbert, expone que las *características* de la etapa intermedia son:

- *Es una fase funcional inherente al modelo acusatorio.* Se funda en la idea de que los juicios deben ser convenientemente preparados, y de que sólo se puede llegar a ellos luego de una conveniente actividad responsable. En esta fase, se tiene que decidir, previo debate en audiencia, sobre el requerimiento de sobreseimiento, el control sustancial y formal de la acusación, admitir la prueba ofrecida, resolver medios de defensa técnica, sanear el proceso y resolver las cuestiones que se plantean para preparar de la mejor manera el juicio en la audiencia preliminar, así como dictar el auto de apertura del juicio oral.
- *Es judicial.* Los actos procesales van dirigidos al Juez de Control, quien a su vez dirige la citada fase procesal.
- *Es oral y contradictorio.* Si bien es cierto, las promociones del Ministerio Público, de la víctima y de la defensa, inicialmente, son por escrito (último párrafo del artículo 334 del Código Nacional de Procedimientos Penales), lo cierto es, que el momento central de la etapa intermedia es la denominada

[335] *Cfr. Ibídem*, pp. 3 a 6.

audiencia preliminar, preparatoria del juicio oral o intermedia, en donde las partes deberían exponer, verbalmente, sus postulaciones y el Juez de Control resolver las mismas, previo debate generado por las partes, ello se desprende en temas tales como: corrección de errores formales de la acusación, resolver las excepciones planteadas por la defensa, así como, la admisión de los medios de prueba a proceso.

- *Es preclusivo.* Para cada acto procesal, se ha establecido la observancia de un determinado plazo procesal de estricta observancia por los sujetos procesales; lo cual denota el carácter preclusivo de la citada etapa o fase procesal.
- *Es una etapa de control de la actuación del Ministerio Público.* Toda acusación debe ser fundada, esto es, que los elementos de convicción establezcan una probabilidad de que la persona acusada ha cometido el delito, y de que existen pruebas que puedan probar ello en juicio. Cumple una función de discusión o debate preliminar sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación.
- *Cumple una finalidad de saneamiento.* Es en la etapa intermedia, donde se examinará, con fin de corrección o subsanación, la presencia de errores o defectos formales tanto en la acusación del Ministerio Público, como en la del acusador coadyuvante; todo ello, por la salud del futuro juicio oral. Asimismo, es el momento procesal para analizar la pertinencia, utilidad y licitud de los medios de prueba ofrecidos por las partes, con la finalidad de decidir cuáles serán admitidos al juicio.
- *Cumple como momento conclusivo o final, para que las partes concilien sus intereses.* En la etapa intermedia, las partes encuentran el último momento para optar por una salida alterna (como por ejemplo, la suspensión condicional del proceso a prueba) o bien, el procedimiento especial abreviado; y de esta forma evitar el juicio oral. [336]

[336] *Cfr.* BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, pp. 26 a 28.

La etapa intermedia, “sirve para revisar y valorar los resultados de la investigación examinando la fundamentación de la acusación del Ministerio Público y resolviendo sobre el reconocimiento de la pretensión penal, con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio”.[337]

Tiene por *objeto*, “el ofrecimiento y admisión de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia de juicio oral (ello guarda armonía con el carácter postulatorio, de saneamiento y de decisión judicial […])”.[338]

La *importancia principal*, “reside en su función de control negativa, pues en ella se discute la admisibilidad y la necesidad de una persecución penal posterior; se pretende proporcionar otra posibilidad de evitar el juicio oral, que siempre es discriminatorio para el afectado”.[339]

El gran valor que tiene la etapa intermedia, es admitir, previo filtro, los medios de prueba para su desahogo en juicio. Momento procesal para dilucidar su legalidad o ilegalidad, su licitud o ilicitud, su pertinencia o impertinencia, su necesidad o lo innecesario, su conveniencia o inconveniencia, esto es, si se ha cumplido con la forma –cuando la ley exige forma-; y/o, si se han obtenido o no violando derechos fundamentales que los hace totalmente nulos.

La prueba ilegal y/o ilícita en la etapa intermedia y, por ende, en un debate de formas y contenidos, exige valorar el medio de prueba sin previo desahogo, lo que crea un debate en dos posiciones estratégicas. Primero, permitir la prueba ilegal o ilícita para alegarlo en la etapa de juicio durante su desahogo y/o, segundo, argumentar en la etapa intermedia e impedir el auto de apertura a juicio por falta de pruebas idóneas procurando el sobreseimiento definitivo.[340]

---

[337] *Ibídem*, p. 29.

[338] *Ibídem*, p. 37.

[339] *Ibídem*, pp. 29.

[340] *Cfr.* HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, p. 236.

Si la etapa intermedia “es una etapa de preparación del juicio oral, filtro de los medios de prueba, entonces, la etapa produce audiencias para revisar los medios de prueba […] Como se ha dado el cierre de la investigación y, por ende, el acopio y desahogo de los medios de prueba idóneos para sustentar la acusación y/o la defensa, la etapa, especialmente la audiencia intermedia tiene como objetivo, igualmente, procurar un mecanismo alternativo de solución del conflicto y/o un mecanismo alternativo de terminación del proceso. La conciliación, la mediación, la reparación del daño, la suspensión condicional del proceso y/o del proceso a prueba, el procedimiento abreviado y/o el procedimiento simplificado terminan siendo objetivos prioritarios del juicio oral”.[341]

Hesbert Benavente Chorres explica, que se atribuye a la etapa intermedia las funciones de *revisión e integración del material de investigación, y el control de los presupuestos de apertura del juicio oral.* Desde esta perspectiva, la etapa intermedia presenta las siguientes funciones:

a) Las funciones principales pueden ser tanto de carácter positivo como de carácter negativo. Su *carácter positivo*, consiste en dilucidar si concurren los presupuestos del juicio oral, esto es, si se ha acreditado suficientemente la existencia de un hecho punible, y si se ha determinado a su probable interviniente. Su *carácter negativo*, estriba en depurar la *notitia criminis*, y a evitar que determinadas personas, cuya inocencia esté evidenciada en esta fase, puedan sentarse en el banquillo cuando ineludiblemente el Tribunal habrá de pronunciar una sentencia absolutoria; esto último es lo que Maier Julio califica de justificación política del procedimiento intermedio.
b) Junto a las funciones positiva y negativa, consustanciales a dicha fase asumen también otra de carácter accidental como es la *depuración del procedimiento:* Destinada a resolver, con carácter previo, la existencia o no de

[341] *Ibídem*, p. 270.

presupuestos procesales, a través del análisis de las excepciones interpuestas por el acusado. [342]

La decisión de acusar, "a tenor con lo desarrollado en la fase preliminar o de investigación, es el resultado de la valoración que hace el agente del Ministerio Público de las evidencias obtenidas durante la primera etapa del proceso penal, con el propósito de obtener una sentencia condenatoria, si el asunto llega al juicio oral. El interés del Ministerio Público es sostener la acusación".[343]

La audiencia intermedia "tiene como objetivos procesales generales la determinación judicial sobre la admisibilidad de las pruebas y la suficiencia de la acusación […] es un marco de depuración en la que se resuelve si habrá o no juicio oral sin profundizar en la misma; es decir, se da el control judicial de la pretensión del Ministerio Público de llevar al imputado a juicio".[344]

Hesbert Benavente Chorres, de conformidad con los artículos 342 al 347 y 349 del Código Nacional de Procedimientos Penales, elabora la siguiente estructura de la audiencia intermedia:

1. El Juez de Control declara abierta la audiencia.
2. El Juez de Control procede a individualizar a los intervinientes.
3. El Juez de Control indica el objeto de la etapa intermedia.
4. El Juez de Control exhorta a las partes para que concilien sus intereses, esto es, recurran a un procedimiento especial como es el abreviado, o bien a salidas alternas, como la suspensión del proceso a prueba o el acuerdo reparatorio. Si las partes no llegan a ninguna posición, entonces la audiencia intermedia prosigue.

---

[342] *Cfr.* BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 30.

[343] *Ibídem*, p. 31.

[344] *Ibídem*, p. 249.

5. El Juez de Control le concede el uso de la palabra al Ministerio Público para que exponga, en forma resumida, su acusación.
6. El Juez de Control le concede el uso de la palabra al coadyuvante para que exponga, en forma sucinta, su acusación coadyuvante.
7. El Juez de Control le concede el uso de la palabra al abogado defensor para que exponga, o bien el resumen de su escrito de contestación de la acusación, o bien la plantee por primera vez y en forma verbal.
8. El Juez de Control procede a indicarle al Ministerio Público la presencia de errores formales en su acusación, con la finalidad que la autoridad ministerial proceda a corregirlos o subsanarlos, ya sea en la misma audiencia o dentro de un plazo de tres días.
9. Subsanada la acusación, el Juez de Control procederá a resolver las excepciones planteadas por el acusado. Si declara alguna de ellas fundada, entonces el proceso se extingue, y dependiendo, si la misma es dilatoria o perentoria, se determinará la posibilidad que el Ministerio Público vuelva a ejercer acción penal contra el imputado y por el mismo hecho. En cambio, si las declara infundadas, o simplemente el acusado no planteó ninguna, entonces la audiencia intermedia continúa.
10. El Juez de Control pregunta a las partes si van a llegar a algún acuerdo probatorio; en caso de negativa, el juzgador podrá proponerles los que crea conveniente, pero deberá dejar a las partes la decisión de aceptarlos o rechazarlos.
11. El Juez de Control procede a examinar los medios de prueba de la Fiscalía, luego los del coadyuvante, y finalmente los de la defensa, a fin de determinar cuáles de los mismos serán admitidos a proceso.
12. El Juez de Control dicta el auto de apertura del juicio oral.
13. Se declara el cierre de la audiencia, con previa solicitud de las partes de la copia del video de la misma, así como, del acta mínima. [345]

[345] *Cfr. Ibídem*, pp. 251 y 252.

Al Ministerio Público, cuando el juzgador le concede el uso de la palabra para que realice la presentación de sus promociones, lo que hará la autoridad ministerial es efectuar un resumen de su acusación; exponiendo en forma verbal, breve y puntual, los temas que el operador determine, como por ejemplo, los hechos y la clasificación jurídica; ni siquiera es pertinente hacer mención de los medios de prueba ofertados, dado que en la citada audiencia habrá un momento para la admisión del material probatorio.

Al concluir la exposición del Ministerio Público, el Juez de Control le concederá el uso de la palabra al coadyuvante, con la finalidad que éste exponga un resumen de su escrito de acusación coadyuvante, que en tiempo y forma presentó al juzgado, y éste notificó a la defensa para su conocimiento. Luego, el Juez de Control le concederá el uso de la palabra a la defensa para que exponga lo referente a su contestación de acusación en términos del artículo 340 Código Nacional de Procedimientos Penales.[346]

Una vez terminada las presentaciones de las partes, "el Juez de Control, de oficio o a solicitud de parte, procederá a indicarle al Ministerio Público los errores o vicios formales encontrados en su acusación, con la finalidad que los aclare y si corresponde corrija".[347]

4.3.3.1. La acusación.

La etapa intermedia "conlleva un conjunto de actos postulatorios que determinarán el objeto del juicio oral, todo ello será posible si la autoridad ministerial decide formular acusación. En efecto, si el Ministerio Público opta por solicitar el sobreseimiento y ello es de recibo por el órgano jurisdiccional entonces se dará por concluido el proceso penal. Asimismo, si la autoridad ministerial solicita la

[346] *Cfr. Ibídem*, pp. 255 y 256.

[347] *Ibídem*, p. 256.

suspensión del proceso y el mismo es declarado por el Juez, entonces se paralizará el proceso punitivo hasta que el obstáculo que motivó la suspensión desaparezca. En cambio, si el Ministerio Público formula acusación ello originará continuar con el proceso penal tanto en su etapa intermedia e incluso con el juicio oral”.[348]

El juicio acusatorio “descansa sobre la base de la existencia de una acusación previa, esto es, de la imputación por parte del órgano de persecución penal de un hecho presuntamente ilícito concreto y preciso en el que se considera que la persona imputada ha intervenido en términos de hacerse acreedora a una sanción penal, que es dada a conocer antes del inicio del juicio y que no puede ser alterado en el curso de éste”.[349]

La *acusación*, “es el acto procesal de naturaleza postulatorio que busca delimitar el pronunciamiento del órgano jurisdiccional a la hora de dictar sentencia; y, debe observar los hechos y las personas mencionadas en el auto de vinculación a proceso (y por extensión, en la formulación de la imputación); ofreciendo los medios de prueba idóneos y pertinentes que sustenten la imposición de una condena al acusado.

En la acusación, el Ministerio Público solicita la imposición de una determinada consecuencia jurídica como resultado de la existencia de un delito y la intervención del imputado en el mismo […] solicitará la reparación de los daños, si los hubiese”.[350]

La *acusación* “no es el único pronunciamiento que realiza el Ministerio Público en torno al hecho delictuoso; es decir, que encontramos en la formulación de la imputación un antecedente de esta posición de la Fiscalía, la cual es condición

[348] *Ibídem*, p. 137.

[349] *Ibídem*, pp. 137 y 138.

[350] *Ibídem*, p. 141.

necesaria, aunque no suficiente, para la posterior formulación de la acusación con imputado vinculado a proceso".[351]

Hesbert Benavente Chorres, en su obra *La Etapa Intermedia en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, elabora el siguiente cuadro comparativo entre la formulación de la imputación y la acusación.[352]

FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN	FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN
1. Es un acto de **comunicación** que realiza el Ministerio Público, a fin de enterarlo al **imputado** de la existencia de una investigación en su contra.	1. Es un acto de **postulación** que realiza el Ministerio Público al **Juez de Control**, por el cual, materializa sus pretensiones de sanción y de reparación, así como el ofrecimiento de sus medios de prueba.
2. El **objeto** de la comunicación gira en torno a darle a conocer al imputado: los hechos que se le atribuyen, su preliminar clasificación legal, la forma de intervención del imputado en el mismo (como autor o como partícipe), el nombre del denunciante o querellante (salvo que su identidad esté protegida o reservada).	2. El **objeto** de la postulación gira en torno a la fundamentación fáctica y jurídica de las pretensiones de sanción y de reparación, así como el ofrecimiento del material probatorio respectivo; así, se deberá expresar: a) La individualización del acusado y de su abogado defensor (si es posible); b) La individualización de la víctima u ofendido; c) El relato circunstanciado de los hecho atribuidos al imputado, así como la clasificación legal respetiva; d) La forma de intervención del imputado; e) Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal; f) Los preceptos legales aplicables; g) El ofrecimiento de medios de prueba; h) La solicitud de pena o medida de seguridad; i) La solicitud de reparación de daños; y j) Si fuese el caso, la solicitud de inicio del procedimiento abreviado.
3. La **formalidad** de la formulación de la imputación, radica en que la misma deberá darse en forma verbal por el Ministerio Público, ante la presencia del Juez de Control, el imputado, y su abobado defensor.	3. La **formalidad** de la acusación, es que la misma se presenta por escrito al Juez de Control y notificada a los demás intervinientes; así como se dará un resumen verbal de la misma en la audiencia intermedia, y así posibilitar su control jurisdiccional.
4. La **finalidad** de la formulación de la imputación, es el delimitar los contornos de la investigación existente en contra del imputado, y así este último, pueda preparar su defensa.	4. La **finalidad** de la acusación, es delimitar los límites de la sentencia.
5. Como es la comunicación de la existencia de una **investigación**, la formulación de la imputación se da en la citada etapa procesal,	5. Como es un acto postulatorio previo al debate oral en torno a la sentencia, la acusación se formula en la etapa **intermedia**,

[351] *Ibídem*, pp. 141 y 142.

[352] *Ibídem*, pp. 142 y 144.

en la audiencia inicial.	dentro de quince días contados a partir del cierre de la investigación; para luego ser examinada en la audiencia intermedia.
6. Es condición **necesaria** tanto de la vinculación a proceso como de la acusación. En efecto, en el sistema acusatorio mexicano, la acusación descansa en los hechos y personas mencionados en el auto de vinculación a proceso (aunque varíe su clasificación legal); e, igualmente, la vinculación a proceso tiene como base los hechos y personas señaladas en la formulación de la imputación (aunque también cambie su clasificación legal).	6. Es condición **necesaria** para el juzgamiento del imputado y el dictado de la respetiva sentencia, ya sea en términos de condena o en clave de absolución (en el entendido que el juzgador no aprecia como verosímil la acusación de la Fiscalía).

De conformidad con el artículo 335 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la acusación del Ministerio Público, deberá contener en forma clara y precisa:

I. La individualización del o los acusados y de su Defensor;
II. La identificación de la víctima u ofendido y su Asesor jurídico;
III. La relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos atribuidos en modo, tiempo y lugar, así como su clasificación jurídica;
IV. La relación de las modalidades del delito que concurrieren;
V. La autoría o participación concreta que se atribuye al acusado;
VI. La expresión de los preceptos legales aplicables;
VII. El señalamiento de los medios de prueba que pretenda ofrecer, así como la prueba anticipada que se hubiere desahogado en la etapa de investigación;
VIII. El monto de la reparación del daño y los medios de prueba que ofrece para probarlo;
IX. La pena o medida de seguridad cuya aplicación se solicita incluyendo en su caso la correspondiente al concurso de delitos;
X. Los medios de prueba que el Ministerio Público pretenda presentar para la individualización de la pena y en su caso, para la procedencia de sustitutivos de la pena de prisión o suspensión de la misma;
XI. La solicitud de decomiso de los bienes asegurados;
XII. La propuesta de acuerdos probatorios, en su caso, y

XIII. La solicitud de que se aplique alguna forma de terminación anticipada del proceso cuando ésta proceda.

No podemos perder de vista, "que los hechos que han motivado esa acusación son –debe ser- los mismos hechos plasmados con la formulación de imputación por parte del Ministerio Público en el auto de vinculación a proceso. Al ofrecer las pruebas, con el escrito de acusación, las partes deberán precisar el objeto de las mismas".[353]

La acusación, "no puede ser nunca, 'mi versión de los hechos', ni la 'versión del Ministerio Público', ni la 'versión de la defensa', sino, como se indica, una acusación de hechos claros, precisos, circunstanciados, específicos, que se adecuen a un tipo penal […] exige una teoría del delito, exige la garantía de exacta aplicación de la ley penal, exige el principio de legalidad penal, exige […] una definición de cuerpo del delito y una definición del delito; exige adecuación típica y/o adecuación de la conducta al tipo penal".[354]

La identificación del imputado y de su abogado defensor. "Como la acusación es un acto de postulación se debe individualizar a la persona contra quien va dirigida la misma, la cual no es otra que el mismo sujeto que menciona el auto de vinculación a proceso, bajo la calidad de imputado vinculado; es decir, solamente se acusa a quien ha sido previamente, vinculado a proceso; entonces, de dicho auto se toman los datos de identificación del imputado en contra quien se va acusar".[355]

La identificación de la víctima u ofendido. El titular del bien jurídico afectado por el comportamiento del acusado puede ser una persona física o moral (en este último caso, de derecho público o de derecho privado), o en su caso, la propia sociedad o colectividad. En esa inteligencia, la autoridad ministerial deberá de precisar quién es

[353] HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, p. 275.

[354] *Ibídem*, p. 365.

[355] BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, pp. 147 y 148.

la víctima, o en su caso, si hay una persona indirectamente afectado por el ilícito penal que participe en calidad de ofendido del delito materia de acusación.

Esta necesidad de identificación, obedece a que la postulación de la acusación conlleva la presentación de un cúmulo de pretensiones de sanción y de reparación, las cuales son expresiones de los intereses privados y sociales afectados por la comisión del delito.[356]

El relato circunstanciado de los hechos. En un sentido lato, el penúltimo párrafo del artículo 335 Código Nacional de Procedimientos Penales, ha establecido que los hechos de la acusación serán los mismos de la vinculación a proceso.

Entonces, ¿De qué manera debemos de plantear el material fáctico a la hora de solicitar el auto de vinculación a proceso que me asegure, no solamente el dictado del citado auto, sino un adecuado relato circunstanciado de los hechos en la acusación? Lo más adecuado es una correcta fijación de los hechos desde la vinculación, que evite situaciones complejas para el Fiscal a la hora que está acusando.[357]

Se han planteado en la dogmática procesal penal, dos teorías que pretenden dar una respuesta unitaria y coherente al tema de la identificación del hecho desde un punto de vista procesal. Nos referimos a la *teoría naturalista* y a la *teoría normativa*.

De acuerdo con la *teoría naturalista*, el proceso penal necesita un concepto del hecho naturalista, para distinguir el hecho por el que se procede, del hecho punible en el sentido de la ley penal: el hecho procesal está constituido por un acaecimiento o trozo de vida, y no por un concreto tipo penal. Considera que la identificación ha de hacerse con base en criterios puramente naturales, de los cuales habrá de surgir una

[356] *Cfr. Ibídem*, p. 149.

[357] *Cfr. Ibídem*, p. 150.

unidad: la unidad de acción natural. Para ello, se recurre a criterios históricos o naturales que permitan conseguir una cierta delimitación del hecho que sirva de medida con miras a conformar un objetivo del proceso.

Como primer criterio, se utilizó la determinación espacio-temporal, así el hecho procesalmente relevante sería un simple acaecer histórico dentro de sus límites espacio-temporales. Es decir, para individualizar el hecho había que atender a criterios de determinación espacial y temporal de acaecimiento histórico, en consecuencia, a efectos de identificación del hecho había que preguntarse: ¿Qué cosa, dónde y cuándo? El resultado de las respuestas a estas tres cuestiones será de acuerdo, con la *teoría naturalista*, el objetivo del proceso.

Posteriormente fue propuesto un segundo criterio, que consistió en la referencia a la voluntad del autor. Es decir, el elemento que permitiría discernir la unidad natural del hecho es la constatación de que el agente (sujeto pasivo del proceso) persigue un fin particular que se proyecta en una conducta material. La identidad del hecho, por lo tanto, depende esta teoría de la invariabilidad del elemento volitivo.

La *concepción normativa del hecho*, pretende contestar a la cuestión de la identidad del hecho desde una lectura jurídico-penal del mismo, puesto que, consideran incorrecta la pura utilización de los criterios naturales, estimando necesario adoptar una visión de Derecho penal sustantivo con el objeto de poder disponer de un criterio que les permita identificar el hecho y medir su invariabilidad (o identidad) en todos los casos, y sobre todo, en aquellos en que los criterios naturales se mostraron inútiles.

Busca en el concepto jurídico-sustantivo de hecho (hecho penal), uno o más elementos que sirvan a efectos de la determinación procesal del mismo, intentando hacer una valoración jurídico penal, pero sin confundir el hecho procesal con un preciso hecho penal o delito.

Consideramos, que una visón no debe excluir a la otra; es decir, ni es inadecuado recurrir a las circunstancias naturales de espacio-tiempo para explicar el hecho, como tampoco perder de vista la norma penal sustantiva que nos indica cuales son las circunstancias fácticas relevantes a tener en cuenta (una conexión historiográfico-jurídica).[358]

En el *escrito de acusación*, se debe realizar un relato circunstanciado de los hechos atribuidos, a través de la precisión de aquellas circunstancias de tiempo, lugar y modo que presenten relevancia jurídico-penal; es decir, un relato concatenado de aquellos acontecimientos fácticos que permitan concluir en un concepto o juicio de valor: que los hechos revelan que estamos ante un delito, en este caso el de fraude.

Esta narración, no necesariamente va a empezar en el momento de la comisión de un ilícito penal, sino que puede iniciarse a través de situaciones anteriores al mismo, pero cuya explicación permite al juzgador entender mejor el camino de la realización del tipo penal, que luego, invocará el Fiscal. Similar justificación se podrá aplicar, cuando la autoridad ministerial decide también continuar su explicación de los hechos, con situaciones dadas posteriormente a la comisión del ilícito penal.

En suma, la expresión de todo aquello que sea relevante para fundamentar la acusación, y se analice y debata en juicio.[359]

Para una correcta determinación de los hechos, “se debe establecer una concatenación entre las circunstancias de tiempo, lugar y modo con los elementos exigidos por el tipo penal que se va a invocar, ya sea en la solicitud de vinculación a proceso, como en la formulación de la acusación”.[360]

---

[358] *Cfr. Ibídem*, pp. 150 a 152.

[359] *Cfr. Ibídem*, p. 153.

[360] *Ídem*.

La decisión de llevar el caso ante el órgano jurisdiccional, de formalizar el caso. Esa decisión, descansa porque tiene un relato circunstanciado de hechos que se puede conectar con un tipo penal determinado, y que puede ser verificado con el respectivo material probatorio.

El Ministerio Público, no puede aventurarse a una decisión ligera. Si el agente del Ministerio Público no tiene la seguridad de contar con un caso, entonces no deberá de formalizar el proceso penal, y por el contrario, deberá optar por otra determinación: archivo temporal, no ejercicio de la acción penal, o la facultad de abstenerse de investigar.[361]

Para una correcta determinación de los hechos, se requiere construir la teoría del caso desde el primer momento en que se tiene conocimiento de la noticia criminal; asimismo, la construcción de la misma, permitirá al Ministerio Público, por ejemplo, "establecer una conexión entre los hechos conocidos, un determinado tipo penal y el material probatorio, que justificará su decisión de llevar el caso al órgano jurisdiccional".[362]

Pero, "**¿habrá alguna pedagogía para el relato circunstanciado de los hechos?** Si, el empezar por ubicar al acusado en tiempo y espacio, para luego explicar la conducta por él desplegada, tomando en cuenta aquellas circunstancias que me permitirán arribar a un tipo penal. Luego, y como hechos finales, resaltar (como detalles o especificaciones) aquello que permita justificar (más adelante) el por qué de la presencia de un atenuante o de un agravante".[363]

La clasificación legal. Implica, aplicar las categorías de la teoría del delito para impregnar de relevancia jurídico-penal a los hechos atribuidos al acusado; es decir, emplear juicios normativos como los de tipicidad y antijuridicidad, para establecer

[361] *Cfr. Ibídem*, p. 154.

[362] *Ibídem*, p. 155.

[363] *Ibídem*, p. 158.

que la conducta del acusado encuadró en un determinado tipo penal, y que no se ha actualizado ninguna causa de justificación.

Dicha clasificación, puede ser igual o diferente a la señalada en el auto de vinculación a proceso, en la medida que no cambien, ni las personas, ni los hechos; la razón de ser, es que la clasificación legal no es otra cosa, que la hipótesis normativa, es decir, el tipo penal que probablemente se actualizó, y como hipótesis puede estar sujeto a cambios o reclasificaciones, en la medida que no varíen ni los hechos, ni las personas, dado que, un cambio completo, total, absoluto, afectaría al derecho de defensa.[364]

La clasificación legal de la acusación "es provisional, es decir, variable. En efecto, cabe la posibilidad que, durante la actividad probatoria en la audiencia del juicio oral, se deriven ciertos resultados que obliguen al Fiscal a modificar su calificación jurídica realizada, en un principio, en su escritorio de acusación. En esa inteligencia, se ha establecido que durante los alegatos de apertura o de clausura, el agente del Ministerio Público formule su reclasificación (artículo 398 CN)".[365]

La presencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. "Implica que el Fiscal debe establecer y explicar si se han actualizado alguna circunstancia que atenúe o agrave la sanción; para ello, deberá trabajar con la gama de atenuantes o agravantes establecida en el Código Penal, buscando cuál o cuáles se aplican al caso concreto y tomando en cuenta el relato circunstanciado del hecho señalado al inicio de su escrito de acusación". [366]

Los agravantes, "son aquellos hechos que, uniéndose a los elementos materiales del delito, aumentan la criminalidad de la acción o la culpabilidad del autor […] la doctrina ha clasificado a los agravantes en objetivas y subjetivas. Así, son

[364] *Cfr. Ibídem*, p. 159.

[365] *Ídem*.

[366] *Ídem*.

objetivas, aquellas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del daño producido por el ilícito o bien de la mayor facilidad de ejecución que supone una mayor desprotección del bien tutelado, independientemente de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto. En cambio, se consideran subjetivas, aquellas que no están relacionadas directamente con el hecho cometido, sino que el autor se ve reprochado con mayor pena por situaciones relacionadas con su persona, o con circunstancias de su vida anterior".[367]

Encontramos también otra clasificación de los agravantes; es decir, aquella que tipifica los *agravantes especiales* y *generales*. Son *especiales*, aquellas que solamente recaen sobre determinados o algunos tipos penales, tal como la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge, que determina el contenido material del parricidio. Por su parte, las *agravantes generales*, son aquellas que recaen sobre cualquier tipo penal, como ocurre con la reincidencia.

Una tercera clasificación por la doctrina a las circunstancias agravantes, es la que las divide en *legales* y *judiciales*. Las *agravantes legales*, son aquellas que se encuentran contenidas de manera expresa en el texto de la ley; por su parte, las *agravantes judiciales*, son aquellas que son impuestas por el Juez al momento de juzgar el hecho. Sin embargo, en sistemas donde rige el principio de legalidad, en forma exclusiva y excluyente, no se permite las agravantes judiciales.[368]

Las *atenuantes*, "cuya función es la disminución de la pena. Y, al igual que los agravantes, son calificados como objetivas y subjetivas, especiales y genéricas, así como, legales y judiciales".[369]

La forma de intervención del acusado, consiste en "establecer si el acusado intervino a título de autor o de partícipe; así, en el caso que sea autor, se deberá

[367] *Ibídem*, pp. 160 y 161.

[368] *Cfr. Ibídem*, p. 161.

[369] *Ídem*.

establecer si es autor directo, mediato o, junto con otros, coautor, aplicando para ello teorías como del dominio del hecho o la infracción de un deber; asimismo, si se lo califica como partícipe, ello obedece a la existencia de otro acusado en quien reposa la calidad de autor (no hay participación sin autoría), que su conducta es dolosa (todo partícipe actúa con dolo) y que encuadra en alguna de las figuras señaladas en el Código Penal".[370]

Los preceptos legales aplicables, son "la enumeración de aquellas normas constitucionales o secundarias, federales o estatales, así como sustantivas y procesales aplicables al caso, con la mención de los articulados respectivos. Por ejemplo, en el caso de lo sustantivo, se indicarán los extremos del Código Penal que son aplicables, tanto lo referente a su parte general, como a su parte especial y que son aplicables a los temas como: elementos del delito, tentativa y consumación, autoría y participación, pena, reparación del daño, elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal actualizado, así como, los atenuantes o agravantes que se presentan. De igual forma, en lo adjetivo, se invocará el Código Nacional de Procedimientos Penales, en los apartados que regulan la facultad del Ministerio Público para formular acusación, lo referente al ofrecimiento de medios de prueba, etc.".[371]

En la acusación, "el Fiscal ofrecerá sus medios de prueba que, de ser admitidos, serán desahogados en la audiencia del juicio oral; en ese sentido, el Ministerio Público no cuenta con otro momento de postulación de pruebas, salvo el caso de las supervenientes o las de autenticidad de la refutación […] el ofrecimiento de medios de prueba […] es el acto procesal formal de las partes mediante el cual se proponen los medios probatorios que se presentarán y examinarán en el juicio oral a los fines de acreditar los hechos alegados".[372]

---

[370] *Ibídem*, pp. 162 y 163.

[371] *Ibídem*, pp. 164 y 165.

[372] *Ibídem*, p. 165.

También, “si el hecho delictuoso atribuido al acusado ha generado daños o perjuicios, entonces la autoridad ministerial deberá, en su escrito de acusación, requerir la reparación de los mismos”.[373]

Además, “lleva consigo un pedido de imposición de sanción en contra del acusado […] la autoridad ministerial, y aplicando las consecuencias jurídicas establecidas en el tipo penal que está manejando en su acusación, así como, las circunstancias atenuantes o agravantes que haya invocado, deberá de indicar el tipo de sanción correspondiente, tomando en cuenta que si se está acusando en juicio abreviado, planteará una pena concreta, pero si se está acusando en miras del juicio oral, basta una formulación de pena no individualizada”.[374]

Así como ofertar en su escrito de acusación, los medios de prueba para la individualización de la sanción penal; y en su caso, la solicitud de decomiso de los bienes asegurados, la cual tiene como objeto los bienes que se han asegurado durante la etapa de investigación.[375]

Del artículo 335 Código Nacional de Procedimientos Penales, se desprende que no se ha regulado la acusación alternativa o subsidiaria, quedándose el Fiscal con la facultad de la reclasificación.

Por *acusación alternativa* o *subsidiaria* se debe entender “a la propuesta, en el escrito de acusación fiscal, de dos o más versiones fácticas y jurídicas con tal que no se modifiquen los márgenes del objeto del proceso, identificado en la esencialidad de los hechos -en el entendido que si no es estimada la primera proposición, pueden ser consideradas la restantes como válidas”.[376]

---

[373] *Ibídem*, p. 175.

[374] *Ibídem*, p. 176.

[375] *Cfr. Ídem*.

[376] *Ibídem*, p. 177.

En esa inteligencia, se podría proponer una variedad de calificaciones jurídicas con sus respetivas modalidades fácticas (las cuales son tomadas del auto de vinculación a proceso), o proponer una variedad de participaciones respecto de un mismo sujeto pasivo, y de peticiones de penas conforme sean las diversas participaciones atribuidas.

Esta técnica de proposición de la acusación tenía una doble utilidad. En primer lugar, resultaba útil al acusador cuando dudaba del resultado probatorio, de modo que mediante la alternatividad podía presentar todas sus hipótesis probables, proyectando anticipadamente los diversos probables resultados probatorios.

El otro caso de utilidad era más una cuestión de sistema procesal que de proceso. Nos explicamos: la alternatividad de la acusación, se muestra como la estrategia o técnica de los acusadores para evitar el uso de la tesis de los juzgadores o de posibles absoluciones por desconocimiento o no consideración de ciertas normas penales, al presentarle al juzgador la totalidad de las posibilidades fáctico-jurídicas imaginables que se puedan deducir de la prueba practicada en el juicio.[377]

Presentada la acusación el Juez ordenará su notificación a las partes al día siguiente.

La *eficacia de la notificación* "reside que, para que el acusado se defienda, necesita saber de qué delito se le acusa […] la notificación de la acusación al imputado se fundamenta en el derecho que éste tiene a ser informado de la acusación, el cual es corolario del derecho de defensa y del principio de contradicción; es decir, para poder defenderse y contradecir se requiere el conocimiento previo y oportuno de aquello respecto de lo cual se realiza la defensa y la contradicción".[378]

---

[377] *Cfr. Ibídem*, p. 179.

[378] *Ibídem*, p. 189.

De acuerdo al artículo 336 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el plazo que tiene el Juez de Control para notificar la acusación es de veinticuatro horas, contados a partir de haber recibido el escrito de acusación del Ministerio Público.

La acusación debe ser clara, expresa y completa, requisitos que apuntan siempre a la necesidad de que la defensa del acusado conozca integral y certeramente los elementos objeto del debate oral.

Por otro lado, y tomando en cuenta los derechos de la víctima u ofendido, también el artículo 336 del mencionado Código, precisa que tiene el derecho de notificación, en este caso, de la acusación planteada por el Ministerio Público. Este derecho es expresión de la tutela jurídica de los intereses de reparación de daños de la víctima, así como, de su derecho a la verdad, esto es, que los responsables de un hecho punible (máxime cuando han afectado derechos humanos reconocidos en tratados internacionales), no queden impunes ante la pasividad de los órganos públicos encargados de la persecución penal, y de la administración de justicia.[379]

El derecho a la verdad, que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos se desprende del Pacto de San José de Costa Rica, presenta una dimensión individual (la reparación de la víctima y sus familiares, y que no queden en total indefensión por la inactividad del aparato de justicia penal), así como una dimensión social (dado que, al conocer la verdad en cuanto a los delitos, tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro).

El derecho a la verdad implica el deber ineludible del Estado, a través del Ministerio Público, de realizar una investigación seria y efectiva de hechos delictivos que, *prima facie,* afectan Derechos Humanos, se colige que la mejor forma de controlar la realización eficaz de este deber es cuando el aparato jurisdiccional le

[379] *Cfr. Ibídem*, pp. 191 y 192.

notifica a la víctima u ofendido el contenido de la acusación de la autoridad ministerial.

De esa forma, la víctima u ofendido podrán controlar el sustento de la pretensión punitiva y de reparación presentada por el Fiscal, y promover las acciones que estimen convenientes en defensa de sus legítimos intereses; como por ejemplo, constituirse en acusador coadyuvante, identificar los vicios formales en el escrito de acusación del Ministerio Público, ofrecer sus medios de prueba, cuantificar el monto de la reparación de los daños o, simplemente, adherirse a lo postulado por la autoridad ministerial.[380]

En la notificación que realice el Juez de Control, "deberá entregar copia de la acusación, para el conocimiento de las partes, incluyendo el escrito y sus anexos […] Ello significa, que el Ministerio Público deberá presentar al Juez de Control tanto su escrito de acusación como un tanto de copias en función al número de partes o intervinientes […] además, corre a favor de la defensa el plazo de cinco días para que Fiscalía realice el descubrimiento probatorio (último párrafo del artículo 335 CN)".[381]

Hemos comentado, que la *víctima*, de conformidad con el artículo 108 de Código Nacional de Procedimientos Penales, es el sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva; y se considerará *ofendido* a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

El artículo 20 apartado C fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, indica que la víctima u ofendido tiene derecho a: Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen

[380] *Cfr. Ibídem*, pp. 192 y 193.

[381] *Ibídem*, pp. 193 y 194.

la diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.

Del citado artículo constitucional, se desprenden cuatro derechos para toda víctima u ofendido de un delito:

a) El derecho a coadyuvar con el Ministerio Público;
b) El derecho a que se le reciban sus datos o elementos de prueba;
c) El derecho a que se desahoguen las diligencias correspondientes; y
d) El derecho a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevé la ley. [382]

Respecto del *derecho a aportar datos o elementos de prueba*, "se sabe que la colaboración de la víctima u ofendido es indispensable en la mayoría de las ocasiones para que los órganos de la justicia penal lleguen a tener conocimiento de la comisión de hechos delictivos y puedan, consiguientemente, iniciar la persecución de los mismos. Pero la necesidad de contar con la colaboración de la víctima u ofendido no se agota con la denuncia o la querella, sino que para un correcto desarrollo del proceso, las instancias de control formal del delito necesitarán de una continua participación de la citada persona. Esta colaboración se realizará, fundamentalmente, aportando los elementos de convicción a su alcance que puedan constituir una base suficiente para, llegado el momento, romper la presunción de inocencia en el juicio oral y, por consiguiente, posibilitar la efectiva imposición de una sanción a quien resulte culpable de un delito, tras su sumisión a un proceso con todas las garantías".[383]

Su forma de incorporación sería "a través de un *escrito de ofrecimiento de datos de prueba*, dirigido al agente del Ministerio Público que está llevando la respectiva

[382] *Cfr. Ibídem*, pp. 203 y 204.

[383] *Ibídem*, p. 209.

investigación […] si la víctima u ofendido no cuenta con los datos de prueba, pero estima que los mismos podrán ser obtenidos a través de la realización de diligencias de investigación, entonces, **por escrito, solicitará al Ministerio Público la celebración de actos de investigación,** precisando las diligencias a realizar, en tiempo y forma, si fuese posible".[384]

A diferencia "del acto de ofrecer datos de prueba donde el Fiscal tiene la obligación de recibirlos e integrarlos en la carpeta, en el caso de solicitar la realización de diligencias de investigación, el celebrarlos queda en el criterio del agente del Ministerio Público quien, empleando los criterios de pertinencia, utilidad y conducencia, podrá decidir cuáles de las diligencias solicitadas se realizarán y cuáles no".[385]

Al respecto, el artículo 129 en su párrafo tercero del Código Nacional de Procedimientos Penales, indica que, durante la investigación, tanto el imputado como su Defensor, así como la víctima o el ofendido, podrán solicitar al Ministerio Público todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público dentro del plazo de tres días resolverá sobre dicha solicitud. Para tal efecto, podrá disponer que se lleven a cabo las diligencias que se estimen conducentes para efectos de la investigación.

Lo anterior, en relación con el diverso 127 del mismo ordenamiento, al establecer en lo que nos interesa que, compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las Policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión.

---

[384] *Ibídem*, p. 211.

[385] *Ídem*.

En la *etapa intermedia*, “la víctima u ofendido seguirán aportando elementos de convicción, pero esta vez, bajo el formato del **ofrecimiento de medios de prueba,** dado que, tienen una proyección de que sean admitidos a proceso y desahogados en la audiencia del juicio oral. El artículo 338 CN ha establecido que la víctima u ofendido se constituyan en acusador coadyuvante; por lo que, **es en la etapa intermedia, donde converge el derecho a aportar elementos de convicción con el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público.**”[386]

Así, el *acusador coadyuvante* “es aquella víctima u ofendido que, en la etapa intermedia, se ha constituido como tal y, por ello, podrá litigar en conjunto o en apoyo del Ministerio Público, por haber una conexión entre los derechos e intereses legítimos de ambos intervinientes en el proceso punitivo”.[387]

La constitución como acusador coadyuvante “se realiza por escrito dirigido al Juez de Control, la cual no requiere autorización de la autoridad judicial, sino su conocimiento de tal constitución. Solamente el juzgador ingresaría a debatir la constitución en coadyuvante cuando sea manifiesto que dicha constitución no ha sido operada por la víctima u ofendido del delito materia del auto de vinculación a proceso […] debe darse dentro de los tres días siguientes a la notificación de la acusación formulada por el Ministerio Público”[388] (artículos 338 y 339 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

Ahora bien, “las promociones que puede plantear el acusador coadyuvante son:

I. Constituirse como coadyuvante en el proceso;
II. Señalar los vicios formales del escrito de acusación y requerir su corrección;
III. Ofrecer la prueba que estime necesaria para complementar la acusación del Ministerio Público; y

[386] *Ibídem*, pp. 211 y 212.
[387] *Ibídem*, p. 212.
[388] *Ibídem*, p. 217.

IV. Solicitar el pago de la reparación del daño y cuantificar su monto”. [389]

Se tiene que tener en claro, que el coadyuvante “no podrá alterar los hechos ni la clasificación jurídica expuestos por Fiscalía en su escrito de acusación”.[390]

El proceso de subsanación o corrección, empieza cuando se le ha notificado la acusación a la víctima u ofendido, y ésta se ha percatado de cualquiera de los siguientes errores de forma en dicha acusación:

1. Que el Fiscal omitió identificar al acusado o bien, señaló a persona distinta a la mencionada en el auto de vinculación a proceso.
2. Que el Fiscal omitió identificar a la víctima u ofendido, siendo persona conocida, o bien, indicó a persona diferente a la señalada en el auto de vinculación a proceso, sin expresar una razón o argumento para el cambio.
3. Que el Fiscal omitió el relato circunstanciado de los hechos (en torno a sus circunstancias de tiempo, lugar y modo) o bien, brindó una narración fáctica que no concuerda con la establecida en el auto de vinculación a proceso.
4. Que el Fiscal omitió señalar la clasificación legal, o no expresó que estaba efectuando una reclasificación jurídica conforme a la ley.
5. Que el Fiscal omitió indicar la forma de intervención del acusado o bien, no coincide con la precisada en el auto de vinculación a proceso.
6. Que el Fiscal no señaló la agravante o atenuante actualizada, a pesar que en la narración fáctica mencionó la presencia de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal.
7. Que el Fiscal omitió precisar los preceptos legales aplicables o bien, los señalados no concuerdan con la clasificación legal invocada.
8. Que el Fiscal ha omitido ofrecer medios de prueba o bien, los ha ofrecido deficientemente:

[389] *Ibídem*, p. 218.

[390] *Ídem*.

a) En el caso de testigos o peritos, no ha indicado sus datos de identificación, o habiéndolo hecho son incorrectos; no ha indicado el tema en que versará el testimonio de la fuente de prueba, o ha sido mencionada deficientemente; o no se ha mencionado su forma de citación.
b) En el caso de documentos públicos o privados, no se ha hecho mención si la autoridad ministerial los tiene en su poder o bien, no ha indicado el lugar o persona quien lo tiene, a efectos que lo exhiba; no se ha indicado la pertinencia de los documentos ofrecidos, o habiéndose hecho es deficiente; u ofreció la prueba de autenticidad de los documentos privados pero de manera deficiente.
c) En el caso de objetos, no se ha indicado la pertinencia de los mismos, o ha sido deficiente su mención, u ofreció la prueba de autenticidad de los documentos privados pero de manera deficiente.
d) En el caso de registros de investigación, no ha observado los requisitos o formalidades para su ofrecimiento, o habiéndose hecho, el mismo es deficiente, en términos del artículo 386 del Código Nacional de Procedimientos Penales.
e) En el caso de otros medios de prueba, no se ha indicado su pertinencia, o su indicación es deficiente o bien, no se han observado las formalidades de ley.

9. Que el Fiscal ha omitido solicitar la respectiva sanción, o han invocado un marco punitivo que no corresponde a los hechos y clasificación legal materia de la acusación.
10. Que el Fiscal ha omitido solicitar la reparación de daños, cuando los mismos han aparecido a consecuencia de la comisión del delito; o habiéndolo hecho, no ha cuantificado adecuadamente el monto de la reparación; o bien, no ha ofrecido los medios de prueba en torno a la pretensión de reparación, o habiéndolo hecho, el mismo es deficiente. [391]

Si se ha actualizado cualquiera de estas situaciones, la víctima u ofendido podrá, previa constitución en acusador coadyuvante en tiempo y forma señalado por

[391] *Cfr. Ibídem*, pp. 220 y 221.

la ley, indicar el error, la forma de su corrección o subsanación, y solicitar que el Ministerio Público, en la audiencia intermedia, proceda a corregir o subsanar, conforme a lo indicado.

De acuerdo con el artículo 339 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el Juez de Control deberá correr traslado de dicha solicitud a las partes; en especial al acusado y su defensor, para su conocimiento, y de esta forma pueda estar en condiciones de emitir su posición frente a lo planteado por el coadyuvante durante la audiencia intermedia.

Sin embargo, "a pesar que el órgano jurisdiccional notifica la acusación coadyuvante a las partes, la fracción III del artículo 338 CN, menciona que el Ministerio Público, a más tardar dentro del plazo de veinticuatro horas a partir que haya recibido el ofrecimiento de medios de prueba de la víctima, deberá comunicarlo al imputado o a su defensor para que comparezca ante su presencia en un plazo que no deberá exceder de cuarenta y ocho horas contadas a partir del día siguiente de haberse efectuado la notificación, a tomar conocimiento de ello y, en su caso, para que de así convenir a sus intereses, soliciten la expedición de copia de los mimos y/o su acceso según lo que proceda". [392]

La *contestación de la acusación* es la expresión de la postura del acusado frente a la acusación del Ministerio Público, y cuya carga informativa coadyuvará a delimitar el objeto, no del proceso, que como se indicó, eso lo hace el auto de vinculación a proceso, sino del juicio oral.

Así mismo, implica la protección del derecho del imputado a un debido proceso de ley en sus tres elementos (notificación debida, oportunidad de ser oído y derecho a la defensa), el cual faculta al imputado para presentar ante el Juez su posición sobre la alegación de la acusación.[393]

---

[392] *Ibídem*, pp. 229.

[393] *Cfr. Ibídem*, pp. 233 y 234.

Esta contestación, puede darse a través de dos formas:

a) *Por escrito*. Presentado al Ministerio Público; anexándose los medios de prueba que la defensa ofrece al proceso penal, para su admisión y posterior desahogo, sin perjuicio del descubrimiento probatorio regulado en el penúltimo párrafo del artículo 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales.
   Sin embargo, no se puede pasar por alto, que el primer párrafo del artículo 340 del referido Código, menciona que este escrito va dirigido a la Fiscalía, mientras que el último párrafo del citado artículo, precisa que dicho escrito se notificará al Ministerio Público y al coadyuvante.

b) *Verbalmente*. A través de la presentación oral que realiza la defensa en la audiencia intermedia.[394]

Hesbert Benavente Chorres, refiere que el artículo 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales, ha establecido las siguientes promociones por parte de la defensa:

1. Señalar vicios formales del escrito de acusación, y pronunciarse sobre las observaciones del coadyuvante, y si lo consideran pertinente, requerir su corrección.
2. Solicitar la acumulación o separación de acusaciones.
3. Manifestarse sobre los acuerdos probatorios.
4. Ofrecer medios de prueba.

De acuerdo con el artículo de 343 Código Nacional de Procedimientos Penales, cuando el Ministerio Público formule diversas acusaciones, la defensa podrá solicitar su acumulación, explicándole al Juez que es conveniente someter a una misma audiencia de debate de juicio oral, requiriendo que se decrete la apertura de un solo

[394] *Cfr. Ibídem*, pp. 233 y 234.

juicio, si ellas están vinculadas por referirse a un mismo hecho, a un mismo acusado, o porque deben ser examinadas las mismas pruebas.[395]

Por escrito dirigido al Ministerio Público, o de manera verbal en la audiencia intermedia, “la defensa podrá pronunciarse en torno a si acepta o no la propuesta de acuerdo probatorio de Fiscalía”.[396]

Como toda contestación, “el acusado podrá responder los cargos que le acusa el Ministerio Público y mantenerse en su teoría del caso que ha venido manejando a lo largo del proceso penal; asimismo, podrá ofrecer los medios probatorios que fortalezcan sus posiciones o argumentos”.[397]

Benavente Chorres Hesbert expone que, “las excepciones que la defensa puede interponer son: 1) Incompetencia; 2) Litispendencia; 3) Cosa Juzgada; 4) Falta de autorización para proceder penalmente o de algún otro requisito de procedibilidad, cuando las constituciones federal, local o la ley así lo exigen; y 4) Extinción de la acción penal”. [398]

De éstas se desprenden “la presencia de excepciones dilatorias, así como perentorias. Son excepciones dilatorias aquellas que buscan suspender el procedimiento hasta que la irregularidad sea subsanada o bien posibilitan volver a ejercer la acción penal cuando el presupuesto procesal omitido se haya actualizado (así tenemos los casos de incompetencia o falta de autorización para proceder penalmente o de algún requisito de procedibilidad. En cambio, son excepciones perentorias aquellas que, en forma definitiva, cancelan la persecución penal, como son los casos de litispendencia (mas no para el primer proceso que está ventilando

[395] *Cfr. Ibídem*, p. 236.

[396] *Ibídem*, p. 237.

[397] *Ídem*.

[398] *Ibídem*, pp. 242 y 243.

los mismos hechos en contra de la misma persona), cosa juzgada, o extinción de la acción penal".[399]

Si por escrito la defensa ha comunicado que va a ofrecer medios de prueba, "surge la obligación de cumplir con el descubrimiento probatorio a favor del Ministerio Público, en término del artículo 340 CN. Es decir, que se le impone diez días más para que la defensa le entregue a Fiscalía copia de los registros que pretende ofrecer como medios de prueba, más no las auto incriminatorias (primer párrafo del artículo 337 CN)".[400]

4.3.3.2. La prueba.

El Doctor Elías Polanco, señala que: "La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación y la defensa, respectivamente".[401]

Continúa, "la carga de la prueba fue elevada a rango constitucional, con lo que se le impone al acusador (Ministerio Público o particular) demostrar la responsabilidad del investigado y de los hechos ilícitos, en el entendido que ello es con la finalidad de desvanecer el derecho de presunción de inocencia que tiene a su favor el imputado […] Lo asentado no significa pasividad de la defensa, puesto que ésta debe aportar durante el proceso medios probatorios encaminados a desvirtuar los elementos probatorios que apoyan la acusación; también deberá incorporar los que sean necesarios para justificar una excluyente de responsabilidad o para obtener

[399] *Ibídem*, p. 243.

[400] *Ibídem*, pp. 247.

[401] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, p. 104.

una pena disminuida, al haber aseverado la forma y participación en el hecho o cuando niega el hecho o su negativa envuelva una afirmación”.[402]

La primera exigencia es que el medio de prueba, además de permitido, realizado conforme a la ley y, por ende, lícito, sea *idóneo*. Esto porque, el juicio de probabilidad que ofrece el dato de prueba debe permitir, en razón de su idoneidad, la certeza, es decir, conforme se avanza en la investigación el *dato* debe acreditar la verdad de un hecho en todos sus elementos y, por ende, la verdad en relación con el autor de ese hecho.

Idóneo es un adjetivo de valor absoluto, cuyo uso preciso en la lengua algunos diccionarios no suelen especificar o al menos clarificar con exactitud, ya que suelen identificarlo con apto o apropiado para algo, no siendo un sinónimo de apto, ni de adecuado, aunque la persona idónea o la solución idónea, impliquen que ambas son aptas y adecuadas, por supuesto idóneo no admite grados: por ejemplo, es absolutamente incorrecto decir que alguien es más idóneo que otro (es correcto decir en cambio que es más apto que otro). La persona o la cosa idónea, son las que responden exactamente a la idea previa de algo requerido. En cierto modo, idóneo para algo sólo hay uno, no puede ser más idóneo ni muy idóneo ni idoneísimo (expresiones imposibles). A veces la gente lo emplea mal, confundiéndolo con apto o adecuado, que tampoco son sinónimos.[403]

Pedro Alejo Cañón Ramírez, nos ofrece otras definiciones y detecta lo idóneo desde la pertinencia y desde la conducencia. Es pertinente, el dato de prueba cuando es adecuado; es pertinente cuando tiene la fuerza de probar lo que ha de probar. Es pertinente, desde el concepto de prueba, que ellas guarden relación con el objeto del proceso; por ende, conviene a lo pertinente el concepto de adecuado.

---

[402] *Ibídem*, pp. 104 y 105.

[403] *Cfr.* HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, pp. 94 a 96.

Apto quiere decir atado ligado o vinculado a una determinada función o quehacer, aquel a quien se relaciona con algo porque se observa en él una capacidad probada para ello. El antónimo de apto es inepto, aquel a quien se considera absolutamente desvinculado de algo, o que no puede establecer relación alguna o nexo alguno con un conocimiento, destreza o quehacer, por su falta de capacidad para ello. Tanto apto como inepto admiten grados; uno puede ser más apto que otro para algo, es decir, tener más estrecha relación o vínculo con una actividad o saber, por más experiencia, conocimiento o destreza, o mejores condiciones del tipo que sea para el cumplimiento de una función cualquiera.[404]

Idónea y pertinente, no necesariamente es suficiente. La suficiencia, no se mide en razón de cantidad sino de calidad; no es contar datos sino valorar sus contenidos probatorios por la calidad de juicio hacia el cual predisponen, es decir, duda positiva y/o negativa; probabilidad negativa y/o positiva, certeza en iguales circunstancias.[405]

Una huella dactilar en la escena no nos dice nada. Tampoco es prueba una nota que haya dejado el propio imputado con su grafía. Ni siquiera, la presencia del imputado en el lugar permite concluir que es el autor del hecho ilícito. De hecho, ni el semen en la vagina de la occisa identifica al autor del homicidio.

La huella en el lugar no es prueba, si no sirve para identificar a una persona y, a la vez, aunque lo identifique debe determinarlo como autor del hecho ilícito. Si un sujeto dejó una nota en la escena del crimen, no por ello es autor del crimen, aun cuando la nota demuestre su autoría. Si la víctima –de homicidio o de violación, por ejemplo- ofrece semen o sangre de un sujeto, no por ello ese sujeto identificado por el semen o la sangre es el autor de la violación o del homicidio.[406]

---

[404] *Cfr. Ibídem*, pp. 96 a 99.

[405] *Cfr. Ibídem*, pp. 101 y 102.

[406] *Cfr. Ibídem*, p. 165.

En efecto, el hecho de que una persona haya recibido, o se le haya depositado en la cuenta bancaria de la que es titular una cantidad de dinero proveniente de la víctima u ofendido, no por esto, estamos en la presencia del delito de fraude, pues como se ha indicado, se requiere además, que esta cantidad de dinero sea como consecuencia de un engaño o aprovechamiento del error, y que también, ese numerario sea indebido, que no tenga derecho a él.

Así, el acreditar solo un hecho, en este caso, obtener una cantidad de dinero o hacerse de una cosa, no hace responsable a la persona o que haya participado en la comisión de un delito. Para ello, se requiere acreditar además, mediante datos de prueba idóneos, suficientes y pertinentes, los medios comisivos engaño o aprovechamiento del error, y el lucro indebido, o el hacerse ilícitamente de alguna cosa.

De principio, no es lo mismo la prueba ofrecida como datos de prueba en la audiencia inicial o de vinculación a proceso, y la que sustenta como medio de prueba la acusación. Es lo propio que el medio de prueba en la etapa intermedia sea la maduración de los datos de prueba de la etapa de investigación. Por ejemplo, el testigo ha sido entrevistado y ofrece una versión de los hechos que conviene interrogar. La huella dactilar ofrece un resultado probatorio al identificar al autor del hecho. Lo mismo ocurre cuando hay sangre, semen que identifican personas. Por eso, el concepto de dato de prueba queda atrás y se maneja ahora el medio de prueba, esto es, testigo más relación testimonial, documento más contenido documental, perito más informe pericial. De hecho, la investigación formalizada permite descartar algunos datos de prueba, ver fortalecidos otros, apostar más por un testigo que por otro, preferir un documento, prescindir de una pericia. El mejor aporte probatorio del que se ofrece contra el que se descarta.[407]

“Se recomienda a la defensa estudiar las razones legítimas o ilegítimas por las cuales el Ministerio Público no ofrece como medios de prueba aquellos que ofreció

[407] *Cfr. Ibídem*, p. 281.

como datos de prueba en las diligencias preliminares de la investigación –cateo, intervención, aprehensión-, y/o, en las audiencias”.[408]

También se debe considerar, que la “prueba científica que aporta el perito es más creíble, entre otras razones, porque no es el juez el que produce la verdad del testimonio sino un tercero; no es el juez el que escucha y cree lo que dice el testigo sino un tercero experto que, con un conocimiento superior al del juez en esa ciencia, arte o técnica, aporta un testimonio conclusivo, una verdad probada”.[409]

En virtud del principio de inmediación (artículo 9° del Código Nacional de Procedimientos Penales), “si el juzgador presenció directa y específicamente el desahogo de los medios probatorios para ser constituidos como prueba, el haber percibido este evento procesal es el motivo por el que se le deja valorarlas de manera libre y lógica, ello se entiende como un sistema de libre convicción íntima de valoración […] En el sistema de valoración que se establece, se pretende no ligar al juzgador de derecho a ninguna regla valorativa o criterios predeterminados en la ley, de manera que resuelva a su sano y buen juicio sin que medie o trascienda en la arbitrariedad o capricho; puesto que estará obligado, al emitir su decisión, a motivarla y fundamentar la apreciación que realizó de las pruebas que se incorporaron en su presencia y bajo su dirección, además deberá de señalar con cuáles se formó convicción y cuáles fueron inútiles, explicando por qué cada una le produjo certeza”.[410]

“La obligación de apoyar por parte del juzgador mexicano sus resoluciones en derecho y motivar los hechos se reglamenta en el artículo 16 constitucional […] El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 359[411], al referirse a la

---

[408] *Ibídem*, p. 283.

[409] *Ibídem*, p. 302.

[410] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, p. 101.

[411] Artículo 359. Valoración de la prueba. El Tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas

valoración de la prueba, le impone al juzgador el deber de motivar las pruebas desahogadas, incluyendo razonadamente las desestimadas".[412]

4.3.3.3. La prueba ilícita.

La *prueba ilícita*, se contiene en el artículo 20 apartado A, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece: **IX.** Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

De ahí que, "si no hay una norma y/o un estudio detallado que relacione la violación de los derechos fundamentales con las pruebas, es posible que no haya efecto procesal por la violación de un derecho humano".[413]

Es común entender por *ilegal*, la prueba que viola preceptos procesales, especialmente requisitos procedimentales. Es común en México, que algunos de los requisitos procedimentales -como reglas- se encuentren en la propia Constitución Política; la obligación de fundar y motivar actos de molestia (artículo 16) y, la ausencia de aquellos requisitos propios que exige cada acto de molestia.

Se entiende por ilícita la prueba que viola derechos fundamentales. Un concepto más difícil, como difícil es determinar la relación entre el acto probatorio y el acto violatorio de derechos fundamentales y/o, para mayor dificultar, que se pueda dar una conexión entre la violación de un derecho fundamental que predetermine la ilicitud del acto probatorio que de él dependa cuando no todas las violaciones a los

---

desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.

[412] POLANCO BRAGA, Elías. *Procedimiento… op. cit.*, p. 102.

[413] HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, p. 307.

derechos fundamentales producen defecto procesal. No es siempre fácil, cuando existe una violación de derechos fundamentales detectar las pruebas que se desprenden de esa violación y, por ende, declarar su nulidad.[414]

El Doctor Elías Polanco, al tema explica que: "El principio de legalidad impone a la autoridad judicial el deber de salvaguardar los derechos fundamentales de las partes procesales en el momento de la obtención de la prueba durante el desarrollo del proceso para que sean valorados en la sentencia; de ser obtenida fuera de ese marco legal, afectan esos derechos, produciéndose la prueba ilícita".[415]

Afirma "en forma contundente que toda prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales está viciada de nulidad absoluta, por lo que deberá de excluirse de la actuación procesal en la que surja; también serán excluidas las que se deriven de ellas o las que emanen como accesorias o complementarias; además, esta regla de exclusión debe ser aplicada en todas las etapas del proceso, no sólo en la etapa de juicio oral, sino en las etapas previas a este momento procesal, aunque no se hayan perfeccionado como pruebas".[416]

"La nulidad de la prueba, va encaminada a dejarla sin producir efectos procesales".[417]

Piénsese en las consecuencias procesales de la detención ilegal en México. En la detención ilegal del imputado conforme al artículo 16 de la Constitución Federal que en casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley; esa violación, si bien produce la libertad del imputado, no necesariamente afecta con la nulidad los medios de prueba.

---

[414] *Cfr. Ibídem*, pp. 308 y 309.

[415] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, p. 110.

[416] *Ibídem*, p. 111.

[417] *Ídem*.

Todo acto probatorio exige un acto procesal probatorio. Entendida esta frase se deduce, desde la Constitución Política, el acto probatorio ilícito y se distingue del acto probatorio ilegal y, por ende, ilícito. La ilicitud y la licitud exigen, de previo, una decisión de legalidad o ilegalidad, de constitucionalidad e inconstitucionalidad, de defensa y protección de derechos fundamentales y/o de violación de derechos fundamentales.[418]

No puede existir acto de molestia en materia penal sino por autoridad policial; autoridad ministerial y/o cuando se trate de derechos fundamentales, por orden del Juez de Control, todas las cuales legitiman el acto procesal probatorio. Que sea una u otra autoridad, depende de los requisitos y exigencias del acto probatorio, fundamento que igualmente se encuentra en el artículo 16 constitucional. Todos los medios de prueba exigen unos requisitos procesales; la violación de alguno de ellos hace nulo el acto probatorio, porque no se ha cumplido con el acto procesal probatorio. Cuando un acto probatorio exige una orden de autoridad, esa orden debe existir fundada y motivada para que el acto probatorio sea legal y/o constitucional y, por ende, lícito. Si no existe una orden, el acto es nulo.[419]

Dos preguntas nos permiten determinar, *prima facie*, si un acto probatorio es nulo. La primera, si se cumplieron o no los requisitos procesales; la segunda, si el acto fue ordenado y/o realizado por la autoridad legitimada. Fuera de esas dos preguntas, es difícil detectar alguna ilegalidad y, por ende, definir la ilicitud del acto. México admite, además, una tercera pregunta, esto es, si se cumplieron o no los requisitos constitucionales. Esto, porque la Constitución Política, en lugar de principios, ha establecido requisitos constitucionales a muchos medios de prueba.

Pongamos un ejemplo sencillo, conforme al artículo 16 párrafo diecisiete de la Constitución Política, “la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas

---

[418] *Cfr.* HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, p. 309.

[419] *Cfr. Ibídem*, p. 310.

estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley". Si la policía asegura correspondencia que circula por estafeta y se percata –porque en ella se informa que viene un cargamento de drogas que es propiedad de X-, es claro que el medio de información es ilícito porque se ha violado un derecho fundamental.

Aun cuando el cargamento se detenga adrede de la comunicación que se captó por correspondencia, esto es, en flagrancia, es imposible relacionar a X con ese cargamento. La flagrancia, crea una fuente independiente. Pero esa fuente independiente impide implicar a aquel a quien se tiene como indiciado por una comunicación ilícita. Si la correspondencia, a la vez se obtuvo mediante una orden de registro y aseguramiento del Juez de Control, la información sigue siendo ilícita, porque el artículo en estudio no encuentra límites constitucionales, es decir, el párrafo nunca ha permitido que una ley fije límites a la inviolabilidad de la correspondencia.[420]

Estos criterios se fortalecen con la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, relacionada con los Derechos Humanos. El artículo primero de la Constitución Federal, queda perfectamente claro que un derecho fundamental, esto es, un derecho humano reconocido y protegido por la Constitución Política, sólo puede ser restringido por la propia Constitución y/o, en su defecto, por una ley reglamentaria prevista por la propia Constitución.

Es claro, que la Constitución Política no ha admitido excepciones para el registro de la correspondencia que circule por estafeta; por ende, no puede existir una ley que limite la privacidad de la correspondencia. Por otro lado, ese mismo artículo primero dispone que: "todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos". Así, la privacidad de la correspondencia es un Derecho Humano que debe ser, no sólo promovido, sino respetado, protegido y garantizado.[421]

---

[420] *Cfr. Ibídem*, p. 310 y 311.

[421] *Cfr. Ibídem*, pp. 311 y 312.

El Doctor Elías Polanco Braga, establece como requisitos de nulidad de la prueba ilícita, los siguientes:

1. “Procedencia, se inicia a petición de parte o se procederá de oficio.
2. El momento para plantearse, si es a petición de parte será en la fase oral de la etapa intermedia, si es de oficio lo hará el juzgador en la valoración de las pruebas.
3. Derecho de audiencia a las partes para debatir cuando es a petición de parte.
4. La causa que su obtención provenga ilícitamente con violación a los derechos fundamentales. [422]

Parte “de la idea que la audiencia intermedia (fase oral) tiene como finalidad la depuración del proceso, específicamente es el momento en el que se filtran los medios probatorios enunciados por las partes, excluyendo aquellos que se consideren ilícitos, bajo el siguiente procedimiento:

a) Abierto el debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes, cada una de ellas podrá solicitar, observar o argumentar respecto a las pruebas de su contraria, lo conducente para la exclusión de la prueba ilícita.
b) El promovente deberá ofrecer elementos probatorios para demostrar la ilicitud del medio probatorio, los que se desahogarán durante el desarrollo de la audiencia.
c) La contraparte podrá aportar medios de prueba que considere sean pertinentes para contraatacar los del promovente de la ilicitud del medio probatorio.
d) El juzgador deberá escuchar a las partes en sus argumentaciones y alegatos durante el debate que sostenga para excluir el medio probatorio ilícito.
e) Concluido el debate en la misma audiencia, debe el juzgador resolver de inmediato lo solicitado, argumentando si se justificó que sea ilícito el medio probatorio.

[422] POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento… op. cit.*, p. 112.

f) La resolución ante la injustificación planteada será la admisión de la probanza para ser desahogada en el juicio oral, o en su caso, desecharla por haberse obtenido ilícitamente, sin embargo, si no se excluye, el juzgador del juicio oral, si lo considera, podrá determinar que la prueba es ilícita y excluirla vía valoración en la sentencia".

De lo anterior concluye, "que la nulidad declarada produce la exclusión de la prueba ilícita; en consecuencia, decimos que lo quitamos para que deje de existir en el proceso, por lo tanto, tampoco se puede valorar, en el entendido que de haberse desahogado el medio probatorio, el juzgador la excluirá de valoración al dictar sentencia". [423]

Adicionalmente, se debe tomar en cuenta lo ordenado por el artículo 97 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece, cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo, y no podrá ser saneado ni convalidado, su nulidad se declarará de oficio por el juzgador al advertirlo a petición de parte en cualquier momento procedimental.

4.3.3.4. Teoría de la supresión hipotética.

La *supresión hipotética*, es un efecto del acto procesal que permite descubrir, desde la prueba ilícita, una fuente independiente, la atenuación del vínculo o el descubrimiento inevitable, esto es, que no existe relación entre la violación del derecho y el acto probatorio al suscitarse entre ambos una acción –igualmente procesal- favorable para el mismo medio de prueba.

Se suprime hipotéticamente, como un modo de interpretar desde el acto probatorio viciado, con dos objetivos. Primero, desprendiendo la prueba ilícita como si esta fuera un eslabón de una cadena, con la clara razón de descubrir si la cadena

[423] *Ibídem*, p. 113.

puede aún mantenerse sujeta y, por ende, si reviven o se mantienen con vida las conclusiones del acto probatorio. Por el contrario, si se suprime la prueba ilícita y no hay modo de unir las pruebas que dependen de ese eslabón con el resto de la cadena, la nulidad de una repercute en la nulidad de las demás. Esta interpretación se utiliza para la teoría de los frutos del árbol envenenado. Pero, igualmente se suprime hipotéticamente, para descubrir, no ya en cadena, los efectos del acto nulo, sino, por el contrario, para analizar en el descubrimiento de la verdad del hecho ilícito, si éste se puede comprobar con las pruebas válidas, aun prescindiendo de la prueba anulada y las demás que de ella dependen.[424]

No se trata, de una disminución de la exigencia procesal y/o constitucional en protección de los derechos procesales y fundamentales de las personas. Se trata, simplemente que, en lugar de encontrar la prueba como consecuencia de un acto ilícito violador de derechos, se localiza o se llega a ella –mediante supresión hipotética-, por un acto ilícito –aun cuando se haya realizado un acto ilícito con la finalidad de obtenerla y realmente se violó un derecho-, porque se dio una fuente independiente a, por ejemplo, la tortura; porque se logró que el vínculo entre la tortura y la prueba no fuera el motivo necesario para el hallazgo de la prueba; porque, en definitiva, con o sin tortura era posible llegar a la prueba.

En efecto, no existe relación entre el acto nulo y el medio de prueba, cuando: provengan de una fuente independiente, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se pueda llegar a ella por medios legales, sin que exista conexión entre éstas; cuando exista un *vínculo atenuado*, y cuando su *descubrimiento sea inevitable*, en virtud de que, aun cuando provenga de una prueba ilícita, habría sido obtenida por medios distintos o independientes a los que le dieron origen.[425]

---

[424] *Cfr.* HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, p. 330.

[425] *Cfr. Ibídem*, pp. 331 y 332.

Esto es así porque la policía, aun cuando haya realizado un acto ilícito, del que conoce la noticia de un delito, debe impedir que este arribe a consecuencias ulteriores. Si tortura, y de ese acto inhumano se cerciora que una persona está secuestrada, debe liberarla, aunque la fuente sea ilícita; si interviene comunicaciones y se entera que van a matar a una persona, deben impedir ese homicidio, aunque provenga de una fuente ilícita; si catean una casa y encuentran información sobre niños secuestrados en trata de personas, deben impedir que pasen la frontera, aunque hayan ingresado sin orden de cateo.

La información valiosa para impedir la realización de un delito, sirve para evitarlo. Sin embargo, lo que hemos argumentado supra, es que esa información no puede ser utilizada en contra de la persona contra la cual se realizó la ilicitud procedimental del acto probatorio.[426]

La *supresión hipotética* "siempre exige una supresión hipotética, es decir, quitar la prueba ilícita 'hipotéticamente' para determinar si el resto de la prueba permite tener por probado el hecho, de modo que la prueba ilícita no sea necesaria y, por ende, se atenúe el vinculo, entre la prueba ilícita y la comprobación de los hechos y la prueba legal y esa misma comprobación. En definitiva, si violados los derechos del imputado y obtenida la prueba, aún la hay suficiente para demostrar el hecho y su participación, entonces, la prueba ilícita se mantiene sin efectos en razón de la debilidad con que ese medio prueba lo que se tiene probado".[427]

"La teoría de los frutos del árbol envenenado, esto es que no sólo se anula el acto probatorio sino el que depende de éste".[428]

Por disposición constitucional, las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; "pero igualmente no ignoro que

[426] *Cfr. Ibídem*, p. 333.

[427] *Ibídem*, p. 335.

[428] *Ibídem*, p. 349.

‘la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal’ […] que la propia Constitución Política exige, a favor del imputado, ‘que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa’ […] La apertura de los medios de prueba es una obligación del órgano acusador, porque es el exigido por la carga de la prueba. Del imputado es el derecho ‘de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra’ […] y, de ambos –y aquí si prevalece el principio de igualdad-, de contradecirlas en la inmediación de la audiencia oral y pública, continua y concentrada”.[429]

4.3.3.5. Los acuerdos probatorios.

Las *convenciones probatorias*, son acuerdos tomados entre las partes en un proceso penal. Estos acuerdos pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. Sin embargo, en el sistema acusatorio mexicano solamente se admiten acuerdos probatorios en torno a hechos o circunstancias, más no para con medios de prueba.[430]

Si se llega a celebrar un *acuerdo probatorio*, “el Juez de Control indicará en el auto de apertura de juicio los hechos que se tengan por acreditados, a los cuales deberá estarse durante la audiencia de juicio oral. Es decir, y ya durante la audiencia del juicio oral, el juez o tribunal deben estar atentos cuando el desahogo de las pruebas apunta a los hechos que ya han sido materia de un acuerdo probatorio; en ese caso, deberán moderar la recepción de la prueba solamente para aquellos hechos o puntos controvertidos”.[431]

---

[429] *Ibídem*, pp. 360 y 361.

[430] *Cfr.* BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 261.

[431] *Ibídem*, pp. 262 y 263.

Con los acuerdos probatorios, “se acuerda tener por probados unos hechos de la acusación y, siendo ciertos éstos hechos, consecuentemente se prescinde del desahogo de los medios de prueba necesarios para demostrarlos en juicio”.[432]

Admitir que el acuerdo probatorio, al tener por demostrado un hecho, prescinde igualmente de la prueba del hecho. Es más, la razón del acuerdo probatorio no es tanto el hecho en sí, sino la economía procesal que supone evitar el desahogo de los medios de prueba que comprueban el hecho mismo.[433]

Se trata, en primer lugar, de hechos públicos y notorios, como cuando han sido televisados y, por ende, son conocidos no sólo por los sujetos procesales sino, a la vez, por la misma sociedad y son opinión pública. Se trata, igualmente, de situaciones adversas –un huracán, inundación, terremoto, incendio- que influyeron en los hechos o en los medios de prueba que los sustentan. Refiere bienes que no están sujetos a la decisión de las partes y, por ende, su propiedad se da por asentada, como ocurre respecto a una iglesia, las instalaciones de una escuela, un museo, un teatro, una estatua, un monumento, un puente, un poste de luz, un semáforo. Especialmente, refiere circunstancias de tiempo, modo, lugar, que han sido admitidas y que no se discuten, siendo materia de controversia los hechos que de ellos se desprende o, los hechos por los que ellos se agravan o atenúan. Por ejemplo, un homicidio en que no se discute la muerte del pasivo ni el sujeto activo, sino, si se dio o no se dio una legítima defensa, un estado de emoción violenta, el cumplimiento de un deber, la no exigibilidad de otra conducta dadas las circunstancias, etc. En estos casos, se prescinde del testimonio del médico forense, la pericia sobre la manera de muerte del occiso, igualmente el lugar, la hora; siendo tema de discusión el modo y/o motivo.[434]

---

[432] HIDALGO MURILLO, José Daniel, *op. cit.*, p. 390.

[433] *Cfr. Ibídem*, p. 391.

[434] *Cfr. Ibídem*, p. 391 y 392.

En el delito de fraude, el acuerdo probatorio podría presentarse en el hecho de que, en la cuenta número 12345678, del sujeto activo, aperturada en la institución Banco Nacional de México, Sociedad Anónima (BANAMEX), se recibió o abonó en fecha 20 de mayo de 2016, la cantidad de un millón de pesos 00/100 Moneda Nacional, a través de una transferencia interbancaria con cargo a la cuenta número 87654321, del ofendido, en el banco BBVA Bancomer, Sociedad Anónima (BANCOMER); aquí el hecho de la recepción del dinero no está sujeto a prueba, porque en la Carpeta de investigación ya obran datos que así lo confirman; lo que es materia de contradicción en juicio, es que dicho importe haya sido obtenido a través de las manifestaciones engañosas materializadas por el sujeto activo en la psique del sujeto pasivo, con las cuales logró vencer su resistencia, convenciéndolo para que realizara la transferencia interbancaria; o bien, es producto de debate, que la cantidad de dinero sea indebida, que no tenga derecho a la misma el imputado.

También sería cuestión de un acuerdo probatorio, que el imputado y la víctima, hayan suscrito algún documento, y que las firmas que estamparon en él, las reconozcan. En este supuesto, la firma del documento y su contenido, no sería debatible, lo que si sería puesto en contradicción es que, ese convenio sea una manifestación objetiva utilizada por el activo para hacer creer falsamente algo que no lo es al activo. Igualmente, la suscripción y firma de algún documento denominado recibo, nota de remisión, pagaré, etc. Donde se excluye del juicio, el convenio como tal, la firma de éste y su contenido.

Es común “que en los hechos culposos y/o hechos de tránsito el uso del vehículo como instrumento de daño o lesión no sea un tema de discusión sino los elementos subjetivos u objetivos de la responsabilidad a título de culpa, como lo es la impericia, la negligencia, la imprudencia, faltar al deber de cuidado,etc. Es estos casos es muchas veces absurdo demostrar con peritos, planos, fotografías, exámenes químicos, etc., que hubo un cuerpo duro o romo que causó la lesión o el

daño, cuando lo admite el propio conductor del vehículo. La controversia se centra en la razón de la acción del hecho ilícito y la responsabilidad del acusado".[435]

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "no admite un acuerdo probatorio si con ello se admite tener por desahogado un medio de prueba. Es igualmente inconstitucional tener por valorado el medio de prueba con el solo acuerdo de las partes".[436] Como en el caso de pretender acordar que el testimonio de alguna persona, es como ocurrieron los hechos, y que no serían controvertibles sus manifestaciones.

Es claro, que el acuerdo probatorio no se somete –porque no puede someterse- a una valoración libre y lógica, y por ende, el tribunal de sentencia, al dictar la resolución admitiendo los acuerdos probatorios deberá sujetarse a un desahogo anticipado de prueba, realizado ante un sujeto procesal que no es parte procesal, por partes procesales que admiten el acuerdo, sin que hayan participado en un desahogo jurisdiccional de ese acuerdo probatorio.

Sin embargo, piénsese en un abogado que asume la defensa del imputado en la etapa de juicio, que se percata que existen hechos probados, a los cuales deberá estarse el tribunal, y deberá estarse él como abogado defensor, admitiendo los acuerdos que asumió el anterior abogado defensor. Piénsese también, que el imputado lo ha contratado por sospecha o miedo de una mala defensa anterior y, sin embargo, deberá estarse a todo lo ya resuelto, a todo lo ya acordado. Piénsese igualmente, en un acto de corrupción del fiscal con el abogado defensor, del abogado defensor con el fiscal, dentro del cual, en juicio, un fiscal celoso y/o un abogado defensor honesto se encuentran con que deberá estarse a todo lo ya acontecido. Admitir la constitucionalidad de los acuerdos probatorios es admitir, contra el tribunal

[435] *Ibídem*, p. 392.

[436] *Ídem*.

de sentencia, esto es, ante los jueces convocados a resolver el conflicto, una prueba tasada en su desahogo y tasada en su valoración.[437]

Al respecto consideramos, que el hecho de que el acusado cambie de abogado, y éste tenga que estarse a los acuerdos probatorios celebrados por diverso profesionista, no es motivo para restarles valor a los acuerdos, e incluso sugerir su inconstitucionalidad; esto porque el artículo 17 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece la denominada *defensa técnica*, que es la que debe realizar el Defensor particular que el imputado elija libremente o el Defensor Público que le corresponda, para que le asista desde su detención y a lo largo de todo el procedimiento; y en el caso de que el órgano jurisdiccional advierta que existe una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del Defensor, prevendrá al imputado para que designe otro; si se trata de un Defensor privado, el imputado contará con tres días para designar un nuevo Defensor; si prevenido el imputado, no se designa otro, un Defensor Público será asignado para colaborar en su defensa; si se trata de un Defensor Público, con independencia de la responsabilidad en que incurriere, se dará vista al superior jerárquico para los efectos de sustitución; y en ambos casos, se otorgará un término que no excederá de diez días para que se desarrolle una defensa adecuada a partir del acto que suscitó el cambio. Ello, de acuerdo con el artículo 121 del mismo ordenamiento.

De tal forma, que con lo anterior, se garantiza que el imputado, acusado o procesado, en todo momento contará con una defensa técnica, la cual es vigilada por el órgano jurisdiccional, así la celebración de acuerdos probatorios que afecten al imputado no podría presentarse, pues al advertir el Juez alguna incapacidad técnica del abogado defensor, incluso del Defensor Público, prevendrá al imputado para que designe otro.

[437] *Cfr. Ibídem*, pp. 394 y 395.

4.3.3.6. La admisión y exclusión de medios de prueba.

La *admisión probatoria*, es el juicio que realiza el Juez de Control a fin de establecer que medios probatorios son pertinentes, útiles y lícitos para ser desahogados durante la audiencia del juicio oral.

Para su admisibilidad, se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos de la prueba:

1. *Que es una prueba ilícita*. Al haberse obtenido mediante la violación de los derechos constitucionales de las partes o de terceros.
2. *Que es una prueba nula por ilegalidad*. Porque se han inobservado las formalidades establecidas por la ley, como por ejemplo, se ofrecen peritajes y no la declaración del perito.
3. *Que es una prueba impertinente*. Porque no se refiere a ninguno de los puntos a acreditar en el proceso penal.
4. *Que es una prueba inútil*. Porque, si bien se refiere a un tema del debate penal, las partes han aceptado como verosímil, no siendo necesario su acreditamiento.
5. *Que pretende acreditar hechos públicos*. Son hechos públicos, aquellos publicitados por los medios de comunicación social.
6. *Que pretende acreditar hechos notorios*. Se consideran notorios a los hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal y propia de determinado círculo social, en el tiempo en que se produce la decisión judicial respecto de ellos. Son los hechos considerados como ciertos e indiscutibles por pertenecer a la historia, o a las leyes naturales, o a la ciencia, o a las vicisitudes de la vida pública actual.[438]

La indicación, que medios probatorios han sido admitidos y cuáles no, “se dará en el auto de apertura del juicio oral, que lo expide el Juez de Control, al concluir la

[438] *Cfr.* BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, pp. 265 a 269.

audiencia intermedia, haciéndose mención que la exclusión probatoria es materia de apelación con efecto suspensivo (artículo 346 relacionado con el 472 CN)”.[439]

El contenido del auto de apertura a juicio oral, “lo regulan los artículos 347 y 349 CN […] es remitido, junto con los demás recaudos contenidos en la carpeta administrativa, al Tribunal del Juicio Oral competente, quien tomará conocimiento de su contenido, radicado en el caso y citará a las partes a la audiencia del juicio oral”.[440]

4.3.4. La argumentación en el procedimiento penal.

En diversas partes de la presente investigación, se ha mencionado que el Ministerio Público debe acreditar, debe aportar datos de prueba al Juez de Control, que lo lleven a establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; que el Ministerio Público debe comunicar o exponer al imputado el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador, el monto del daño y de su reparación.

En todos estos actos, el Ministerio Público debe convencer al Juez de Control que, de los antecedentes de la investigación expuestos, se desprenden datos de prueba que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; que lo que sostiene el Ministerio Público mediante razones, con indicios razonables que así permitan suponerlo, es que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito.

---

[439] *Ibídem*, pp. 272.

[440] *Ibídem*, p. 273.

Objetivos, que se logran a través de la argumentación jurídica; por lo que se hace necesario para nuestra investigación, realizar un breve estudio de la argumentación jurídica, enfocada desde luego, a la argumentación en el proceso penal acusatorio y oral, que puede ser de forma oral o escrito; esto, por ser la herramienta de la que se vale el Ministerio Público para convencer al Juez de la comisión de un delito, en el particular del delito de fraude, cometido a través de la autoría mediata.

Además, "el agente del Ministerio Público debe tener una importante *capacidad de abstracción*, para poder *despejar* –quiero decir *separar*-, aquellos hechos y circunstancias que no forman parte de lo que hemos denominado '*datos relevantes*'".[441]

El *objeto de la argumentación*, "es aquello sobre lo que los sujetos dirigen su capacidad argumentativa para convencer a otros, es decir, es la tesis, la pretensión, opinión o punto de vista que sostiene una de las partes en el proceso argumentativo y que respalda mediante razones".[442]

"Es diferente la argumentación que se desarrolla en el ámbito oral que la que se desarrolla en el ámbito escrito, porque verbalmente cuando argumentamos lo hacemos de manera espontánea y sin reglas formales, pues utilizamos argumentos entimemáticos, esto es, suprimimos premisas del argumento o razonamiento por ser muy obvias o por estar sobrentendidas, en cambio cuando la argumentación es escrita permite construir razonamientos formales o informales en donde lo que se pretende es demostrar la verdad de las premisas, lo cual sería difícil y hasta poco comprensible que sucediera en una discusión entre particulares".[443]

---

[441] QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *op. cit.* p. 346.

[442] GALINDO SIFUENTES, Ernesto. *Argumentación Jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 5 ª ed., México, Porrúa, 2015, p. 4.

[443] *Ibídem*, p. 5.

Elementos que se deben tomar en cuenta, sobre todo, cuando la formulación de la imputación, solicitud de medidas cautelares, solicitud de vinculación a proceso, y exposición de la acusación en la etapa intermedia, entre otras, son argumentos orales; y la acusación como inicio de la etapa intermedia, es a través de un escrito; con lo que se evidencia que en el proceso penal, se puede presentar la argumentación escrita y la oral.

La *argumentación jurídica*, tiene entre otros, los siguientes fines:

- La justificación de la propia posición sobre la cuestión jurídica planteada, es decir, se deberá justificar con razones aceptables y convincentes, el por qué se asume una postura.
- Dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación del derecho: como justificar la elección entre las alternativas jurídicamente justas, correctas, ciertas y válidas, entre otras, a través de criterios de racionalidad y de razonabilidad.
- Lograr la persuasión y el convencimiento del auditorio a quien va dirigido el argumento, que pueden ser las partes en un juicio, la autoridad jurisdiccional ya de primera o segunda instancia, los destinatarios de una nueva ley, el público en un evento académico, o el contrincante en un debate jurídico.
- Controlar la racionalidad de una decisión jurídica, para que no sea arbitraria y sin justificación adecuada y suficiente.
- Motivar una decisión jurídica, entendida la motivación como aquella justificación que supone dar razones adecuadas y suficientes que garanticen el cumplimiento de la garantía constitucional de fundamentación y motivación.
- Controlar la motivación en la valoración de las pruebas, porque en la práctica los jueces utilizan fórmulas como la de la valoración conjunta, pero en realidad no analizan ni valoran individualmente cada prueba, esto es, no señalan por qué sí o por qué no le conceden valor probatorio a una prueba, y sobre todo, qué parámetros tomaron en cuenta para su apreciación.

- ❖ Cómo refutar y contradecir los argumentos y pretensiones del abogado contrario, y además, también refutar los fundamentos y motivaciones de las autoridades en las sentencias.[444]

La argumentación que realizan los jueces al momento de motivar una sentencia, "es diferente de la argumentación que realizan los abogados en los diferentes momentos del juicio, y así podemos señalar las siguientes diferencias:

- El Juez toma una decisión; el abogado toma una postura;
- El Juez trata de justificar; el abogado trata de convencer;
- El razonamiento del Juez es objetivo (imparcial); el razonamiento del abogado es subjetivo (parcial);
- El Juez trata de fundamentar y justificar con leyes; el abogado trata de demostrar con pruebas;
- El Juez utiliza argumentos veraces y justificables; el abogado utiliza argumentos falaces y no demostrables;
- El Juez utiliza argumentos formales; el abogado utiliza argumentos retóricos;
- Además, el rol de los abogados es de asesoría y defensa de una posición interesada que reclama la satisfacción de una pretensión jurídica; y por lo tanto, los abogados acomodan la versión presentada por su cliente, de tal forma que resulte amparada por el sistema legal a efecto de lograr dicha declaración por parte del Juez al momento de sentenciar;
- Mientras que la argumentación del Juez requiere una dosis más fuerte de imparcialidad, objetividad y discreción, el razonamiento de los abogados es interesado, parcial y revela sólo los hechos y aspectos normativos favorables a la pretensión que defiende;
- Los jueces, argumentan a favor de una cierta tesis porque consideran que de acuerdo con el derecho, es lo correcto, mientras que los abogados, lo hacen

[444] *Cfr. Ibídem*, pp. 89 y 90.

porque eso favorece los intereses de su cliente, y porque pretenden que sus argumentos sean recogidos y aceptados por los jueces”. [445]

En el sistema penal acusatorio, que se rige por los principios de oralidad y contradicción de acuerdo a la reforma constitucional, las partes tienen la oportunidad para contradecir oralmente los hechos, las pruebas, los alegatos y el derecho expresado por el contrario, y por lo tanto, es indispensable una adecuada y eficaz argumentación.

La esencia de la oralidad, es el discurso argumentativo jurídico que integra un discurso ontológico: que es eso, el epistemológico: qué sabemos de eso, y el metodológico: cómo decir mejor eso, para lograr la aceptación de la pretensión.[446]

En el *discurso oral*, por su propia naturaleza, “se utilizan argumentos diferentes que en la argumentación escrita, y uno de los modelos más útiles para ello es el entimema, entendido como un silogismo abreviado en el que se omite una de las premisas por ser evidente o darse sobreentendida, la ventaja de este argumento es que las premisas implícitas u omitidas se obtienen a partir de lugares comunes compartidos con el auditorio a quien se dirige el discurso lo que facilita la persuasión y aceptación del discurso por parte del público, además por su naturaleza simplificada ahorra palabras y economiza el uso de la palabra”.[447]

Los autores holandeses Frans Van Eemeren y Rob Grootendorst, al referirse a la argumentación oral, proponen un formato que cuenta de las siguientes partes:

a) Introducir el tema (o problema) que se va a discutir, esta parte vendría a ser como el exordio de la retórica;

---

[445] *Ibídem*, pp. 115 y 116.

[446] *Cfr. Ibídem*, p. 125.

[447] *Ibídem*, pp. 125 y 126.

b) Explicar por qué es importante el tema para captar la atención de los jueces y del público;
c) Fijar la posición que se va a defender; aquí podría enunciarse la teoría del caso que se va a sostener, o las hipótesis que se pretenden demostrar;
d) Debatir las otras posturas, esto es, refutar las hipótesis de la parte contraria o las pruebas y el derecho en que se apoyan.
e) Presentar los argumentos a favor de la postura propia que se sostiene, para ello se deberán enunciar en orden e intercalar los argumentos débiles a la mitad del discurso;
f) Tatar los contraargumentos o las posibles objeciones que se pudieran hacer a nuestros argumentos o nuestra teoría del caso;
g) Sintetizar el caso con los puntos más importantes a fin de que los jueces los recuerden con mayor facilidad; y
h) Finalizar con una conclusión que conlleve a inclinar el ánimo del Juez a nuestro favor. [448]

Esto, es un modelo que nos puede servir de guía al momento de elaborar el discurso o los alegatos de clausura, pero es importante que el abogado nunca prepare los alegatos por escrito para luego proceder a su lectura en la audiencia, pues le resta toda espontaneidad y virtudes que tiene el discurso oral; una cualidad muy importante que debe desarrollar el abogado en estos juicios, es la facultad de improvisación, lo cual no significa que improvisado sea apresurado y falto de calidad, sino que es la capacidad que tiene el abogado para que al momento que le concedan el uso de la palabra para expresar sus alegatos, los formule mentalmente de acuerdo a un esquema que previamente tenga ya elaborado, pero con los datos y las características que en ese momento adecue al caso que defiende.[449]

[448] *Cfr. Ibídem*, p. 132.
[449] *Cfr. Ídem*.

4.4. La teoría de la imputación objetiva.

El *funcionalismo penal* se caracteriza por adquirir algunas propiedades dogmáticas como las siguientes:

a) Sostiene la *doble posición del dolo*: en el tipo como en la culpabilidad (los elementos volitivos y cognitivos dentro del tipo, y los elementos emocionales dentro de la culpabilidad);
b) En la integración del *injusto penal*, procura mantener cierto *equilibrio entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado*;
c) Admite la teoría del *dominio del hecho* para determinar las especies de autoría, coautoría y participación;
d) Se adhiere al entendimiento de la culpabilidad no como reprochabilidad sino como *responsabilidad penal*, ello a través de los criterios preventivos de *merecimiento y necesidad de pena*;
e) Distingue entre error de tipo y error de prohibición; y
f) Orienta el sistema penal hacia *finalidades político-criminales de prevención especial y general*.[450]

"Una nueva tendencia se ha venido presentando para extremar las características más relevantes del funcionalismo teleológico-racional, a esta nueva postura se le denomina: *post-funcionalismo*, o *funcionalismo sistémico-normativista*".[451]

Rubén QUINTINO ZEPEDA, con las palabras de Bernd Schünemann, anota cinco características que se observan en la dogmática penal que sigue el también penalista alemán Günter Jakobs:

---

[450] *Cfr.* QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *op. cit.* p. 220.

[451] *Ibídem*, p. 220.

I. Considera errada toda delimitación entre dolo e imprudencia realizada en virtud del criterio descriptivo psicológico de la conciencia;
II. Afirma, que sólo el defecto cognitivo debe exonerar de la pena más grave del delito doloso, de modo que para esta razón, según él, en caso de un defecto volitivo como el de una falta de reflexión por indiferencia, únicamente resulta adecuada la pena del delito doloso;
III. Afirma, que no sólo las denominaciones, sino que también las formas dogmáticas para la acción y para la culpabilidad, son idénticas a las personas físicas y jurídicas;
IV. Su concepción del Derecho Penal se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema alguna cualquier modernización de este Derecho; y
V. En relación con Claus Roxin, Jakobs da todavía un paso más hacia delante y proclama la completa remisión de la culpabilidad a la prevención general, es decir, más claramente, la eliminación del sistema de un concepto de culpabilidad no derivado de la idea de prevención. [452]

Así mismo, nos explica que, la *teoría de la imputación objetiva* fue estructurada por Claus Roxin a comienzos de los años setenta, en que propuso los siguientes criterios normativos como reguladores del nexo causal:

a) Incremento del riesgo permitido;
b) Concreción del riesgo permitido en un resultado; y
c) El ámbito de protección de la norma.

Los anteriores presupuestos, constituyen un regulador normativo para el nexo causal, en tal forma que la teoría de la imputación objetiva del resultado determina cuándo se ha colmado el tipo objetivo por alguna causa típica que ha rebasado los niveles de riesgo permitido, creando así, un riesgo relevante e indispensable para la

[452] *Cfr. Ibídem*, pp. 220 y 221.

producción de un resultado que a la vez se encuentra bajo el ámbito protector de la norma.

Una visión más general de la imputación objetiva es la que nos ofrece Günther Jakobs cuando subdivide a esta teoría en dos niveles, a saber:

i. La imputación objetiva del comportamiento; y
ii. La imputación objetiva del resultado.

De este modo, la calificación de un comportamiento como *típico*, corresponde a la *imputación objetiva del comportamiento*, se trate o no de un delito de resultado. Se integra por los siguientes principios:

- Riesgo permitido;
- Principio de confianza;
- Prohibición de regreso; y
- Competencia de la víctima.

Ya por separado o en conjunto, los anteriores principios pueden arrojar luces para la integración de una *teoría general de la imputación penal* que no sólo se limite a los delitos de resultado material. Así, Jakobs describe en tres principios las hipótesis base de la imputación objetiva; la primera, refiere a la *igualdad* de las personas, lo que implica una *libertad de acción* a todas las personas iguales; conforme a ello se fundamenta el *riesgo permitido*; la segunda, se describe conforme al principio de *auto-responsabilidad*, mismo que da sustento al *principio de confianza* y a la *actuación a propio riesgo*.

La tercera hipótesis, alude a la *prohibición de regreso*, en el sentido de que, la comunidad con otro siempre es una comunidad limitada. Por tanto, si el otro se comporta incorrectamente, sólo se puede recurrir al primero, si esa comunidad también se extendía a la conducta incorrecta; en caso contrario, queda excluida la

responsabilidad del primero: *prohibición de regreso*. Si el otro coincide con la última, también aquí se podrá hablar de un actuar a propio riesgo.[453]

Para Claus Roxin, “la prohibición de regreso se hace consistir: En la negativa de imputar bajo cualquier título de autoría o de participación el resultado ocasionado por un sujeto ajeno al proceder imprudente de quien ha creado una primera condición con lo cual el resultado fuera indiferente”.[454]

El avance concreto de la teoría de la imputación objetiva, según consideramos, consiste en haber demostrado, primeramente, que en Derecho Penal la cuestión no consiste tanto en saber *quién ha causado algo*, sino que más bien, se trata de afirmar *a quién le es imputable* un cierto comportamiento perturbador de la norma penal.

Así, la pregunta respecto de saber a quién le es *imputable* un comportamiento perturbador de la norma penal, se responde a partir de la propia configuración organizativa de los roles y deberes de la integración comunitaria. De esta forma es precisamente como la teoría de la imputación objetiva desde un inicio brindó respuesta a los casos en que por ejemplo había una desviación en el curso causal de un comportamiento; de igual manera, ha sabido responder a los problemas de la causalidad adelantada (por ejemplo el caso del veneno vertido en cantidades iguales en el mismo vaso, pero que una de tales sustancias rinde primero sus efectos); y también a los casos de causalidad hipotética, entre muchos otros.[455]

Conforme al principio de confianza, nadie responde, aunque se cometa un daño, a propósito del incumplimiento de un deber de otro al que se le debía confiar dicho cumplimiento. Sin embargo, el que se confía de otro, si lesiona bienes ajenos o propios debe *responder* o *conformarse*, según sea el caso. Lo anterior se ejemplifica

---

[453] *Cfr. Ibídem*, pp. 295 y 296.

[454] *Ibídem*, p. 318.

[455] *Cfr. Ibídem*, pp. 299 y 300.

del siguiente modo, la doctrina conoce como casos de *autopuesta en riesgo*, allí cuando una persona, a sabiendas del error en que está inmiscuido otro, confía inútilmente en él.

Otro caso conocido, es el de una persona que solicita el servicio de un taxi, cuyo conductor no puede conducir por estar notoriamente ebrio; y, como es de adivinarse, un choque frontal en el periférico lesiona gravemente al pasajero, resultando por cierto ileso el ebrio conductor. En este último caso, los doctrinarios que siguen a Günther Jakobs, no pierden la oportunidad para advertir la presencia de una *auto puesta en riesgo* por parte del pasajero.[456]

Günther Jakobs ha procurado explicar "el principio de confianza a partir de la *división social del trabajo*, de la siguiente manera: 'Cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo no sería posible la división del trabajo'".[457]

4.4.1. Críticas a la teoría de la imputación objetiva, doctrina kantiana de la imputación, y doctrina funcionalista de la imputación.

Para comentar brevemente en qué consiste la teoría de la imputación objetiva, como reguladora del nexo causal, "digamos que consiste en la creación de *un riesgo intolerado* que a su vez *se concretiza en un resultado*, perteneciendo dicho resultado al *ámbito protector de la norma*. Si esto ocurre, entonces el resultado le será atribuido a la persona que elevó los niveles del riesgo permitido".[458]

---

[456] *Cfr. Ibídem*, pp. 313 y 314.

[457] *Ibídem*, p. 315.

[458] *Ibídem*, p. 245.

Como era de esperarse a la *teoría de la imputación objetiva*, se le han formulado diversas críticas; por lo que, a continuación mencionaremos algunas de ellas, que explica claramente Fernando Miró Llinares, en su obra *Imputación y Valoración en Derecho Penal*; quien después de desarrollar algunas ideas, funda su postura en la doctrina kantiana de la imputación; posteriormente, dentro de la misma obra el coautor Miguel Polaino Orts, formula argumentos en contra de ésta última, para sostener su postura a través de la doctrina funcionalista de la imputación, que tiene como presupuesto la teoría de los roles sociales.

Así, Miró Llinares expone que, la teoría de la imputación objetiva se ha acabado generalizando en casi todos los ordenamientos jurídicos de influencia alemana, mediante la creación, en la propia antijuridicidad, de un grado de valoración objetiva típica con criterios normativos y no ontológicos. Frente al injusto penal en su construcción más puramente finalista, el modelo de la teoría de la imputación objetiva vino a suponer la separación entre tipo objetivo y tipo subjetivo, y la relegación del dolo (tipo subjetivo) a un segundo plano, por lo menos en comparación con su relevancia en la dogmática finalista, dado que previamente a valorar el conocimiento y la voluntad del sujeto, era necesario que el sujeto hubiere realizado un riesgo típico o jurídicamente desaprobado (juicio de adecuación o desvalor de acción), lo cual se comprobaba con el criterio del hombre medio, y que el mismo se materializase en el riesgo finalmente causado (desvalor de resultado).[459]

"Esta pretendida posibilidad de atribución del sentido social de un hecho sin tomar en consideración 'lo subjetivo', esto es, en el tipo objetivo, ha sido lo más criticado de esta teoría penal. Especialmente desde el finalismo se ha criticado la posibilidad o utilidad de realización de un juicio objetivo general sin tener en cuenta los conocimientos del sujeto".[460]

---

[459] *Cfr.* MIRÓ LLINARES, Fernando y Miguel POLAINO-ORTS. *Imputación y Valoración en Derecho Penal*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, pp. 9 y 10.

[460] *Ibídem*, p. 10.

La separación entre tipo objetivo y tipo subjetivo que en el finalismo cumplía básicamente efectos explicativos o didácticos, aquí se convierte en ruptura entre el tipo objetivo en el que se realiza el juicio de peligro, y el tipo subjetivo donde se ubica el dolo, y eso no es compatible con la estructura ontológica de la acción, ni con la significación que tiene el dolo dentro del tipo entendido como injusto personal. Para el finalismo, donde no hay dolo es imposible que lo que se realice en el mundo exterior pueda merecer el calificativo de realización del tipo objetivo del delito doloso, y por lo mismo, es imposible que pueda constituirse el tipo subjetivo allí donde lo que se representa el sujeto como objeto de su voluntad sea algo extraño a la descripción del tipo objetivo. Porque, al fin y al cabo, lo único que debe ser valorado en un injusto es el hecho personal de un autor, no un comportamiento percibido por un espectador objetivo.[461]

Por todo ello, hay que dejar de contraponer lo objetivo a lo subjetivo, y entender de una vez por todas que ambos forman una unidad inescindible. Porque, la cuestión de la creación de un peligro penalmente relevante no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo pues es absolutamente dependiente de la voluntad de realización del autor, y, por lo tanto, del *dolo*. Si una acción es peligrosa y en qué medida lo es no puede determinarse si la valoración se proyecta exclusivamente al lado objetivo o externo del acto, pues para fundar un juicio correcto de peligrosidad es preciso tener en cuenta no sólo los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho, sino también la dirección de la voluntad de la acción.[462]

Agrega Miró Llinares que, quien con más claridad ha formulado los problemas sistemáticos que la separación entre tipicidad objetiva y subjetiva plantea a la teoría de la imputación objetiva, ha sido Urs Kindhäuser, quien señala que no resulta útil la utilización, para valorar la peligrosidad del comportamiento, de la figura de un observador ficticio construido *ex post* de conformidad con determinadas representaciones de adecuación: que una persona distinta del autor se hubiera

[461] *Cfr. Ibídem*, pp. 11 y 12.

[462] *Cfr. Ibídem*, pp. 13 y 14.

comportado de un modo diferente a éste, no podría jamás fundamentar el reproche que el autor se ha comportado incorrectamente. El derecho penal no trata del juzgamiento del curso del mundo, sino sólo de la pregunta de si una persona ha de hacerse cargo de la producción de un determinado daño por el hecho de que ella hubiese podido y tenido que evitarlo bajo el motivo dominante de seguir la norma, y dado que el destinatario de la norma sabe, ni más ni menos, aquello que sabe, y tiene que decidir cómo actuar sobre la base de este saber, sólo este saber puede ser determinante para la pregunta de si el autor se ha comportado de la manera en que debería y podría esperarse de él como destinatario de la norma en la situación concreta.

Esto se apoya en la idea, de que la valoración de un hecho como injusto no puede realizarse sin tener en cuenta a la persona libre, única que puede decidir, o no, someterse al mandato normativo.[463]

"Los problemas de esta idea de imputación, como atribución de sentido, objetiva, han llevado a un sector mayoritario de sus defensores a la modificación o matización de alguno de sus presupuestos esenciales. En efecto, ROXIN, admitió pronto la necesidad de hacer depender la realización del tipo objetivo de factores subjetivos y hoy es mayoritaria la integración del conocimiento del autor en el estándar de valoración objetiva de la conducta, realizada por medio de los denominados conocimientos especiales".[464]

Frisch Wolfgang, parte de la necesidad de tomar en consideración los conocimientos de una persona a la hora de valorar la peligrosidad de su comportamiento, pero pone en duda que no se pueda seguir predicando la objetividad del juicio si a la vez, se introducen los aspectos subjetivos o individuales, puesto que, lo que va a formar parte del juicio de peligro son circunstancias inequívocamente objetivas, sólo que cumplen con el criterio adicional de ser

[463] *Cfr. Ibídem*, pp. 15 y 16.

[464] *Ibídem*, p. 17.

conocidas por el autor: lo subjetivo o individual no es en sí mismo parte de la base del juicio, sino sólo criterio de selección para incluir los segmentos de la realidad (añadidos) en la base del juicio. No se trata pues, de hacer un juicio subjetivo dentro del tipo objetivo, sino de hacer el juicio objetivo, según parámetros objetivos y basándose en circunstancias objetivas desde los conocimientos y experiencias del autor.

Porque, lo que sí es cierto, es que al servirse de criterios subjetivos o individuales está abandonando la categoría de lo objetivo en la determinación misma del peligro objetivo y de su desaprobación, y se centra en lo subjetivo.[465]

Son varias las voces desde la teoría de la imputación objetiva que matizan que pueda realizarse el juicio de injusto en el tipo objetivo y acudiendo a los conocimientos del sujeto, pero que siguen defendiendo la separación entre imputación objetiva e imputación subjetiva porque con ello se sigue ofreciendo una dogmática más orientada a la interpretación normativa del tipo de injusto; y como señala Armin Kaufman, si se incluyen los conocimientos especiales del autor en el tipo objetivo del delito doloso lo que se está haciendo es desplazar toda la componente intelectual del dolo a la parte objetiva. El dolo quedaría vacío de contenido, pero si finalmente lo subjetivo es lo relevante ¿Entonces por qué no decir que lo relevante es el dolo?[466]

Existe un importante sector de la teoría de la imputación objetiva en su versión normativista más pura, el liderado por Jakobs Günther, que critica el correctivo de los conocimientos especiales, al considerar que el conocimiento del que el Derecho nada espera no puede ser indicativo de la infidelidad al Derecho, tal como sucede en el caso de los conocimientos especiales (conocimiento que no corresponde al rol del autor) o del conocimiento basado en un escrúpulo excesivo, al menos en todo caso en tanto el Derecho no deba transformarse en una institución total. Lo que importa es

[465] *Cfr. Ibídem*, pp. 18 y 19.

[466] *Cfr. Ibídem*, pp. 21 y 22.

la infracción del deber, y no el conocimiento que el sujeto tenga, pues es el deber objetivo el que define la expectativa infringida y no el propio sujeto.

Esto se deriva de la propia configuración de Jakobs de la imputación objetiva como juicio para la imputación de las desviaciones de las expectativas referidas al portador de un rol, de un modo tal, que será el rol y desde luego no el sujeto como ser natural en concreto, el que, al situar al sujeto en la sociedad, ofrezca la medida de la propia responsabilidad y sirva, por tanto, para definir el injusto penal. Así, la imputación es objetiva porque para la valoración de la situación típica no son decisivas las opiniones individuales del autor, de la víctima o del tercero acerca del significado del comportamiento, sino que lo decisivo está en lo que una persona racional en el rol respectivo tomaría como significado.[467]

En la doctrina kantiana de la imputación, el giro de la filosofía moral kantiana al sujeto cognoscente, cambia significativamente la perspectiva: la imputación ya no consiste en un proceso de descubrimiento de la presencia previa (ontológica) de un hecho sobre la base de unos presupuestos, sino más bien, de un juicio que realiza el sujeto imputante (el Juez) que no es de reconocimiento, sino constituyente, pues es el que imputa a alguien la realización de un hecho a partir de unas determinadas reglas, el que crea ese hecho a los efectos que interesan al juicio de responsabilidad.

Ese hecho es imputado al sujeto por el sujeto imputante porque existe una ley, pero en el proceso de imputación, previamente a tener en cuenta la comparación de lo realizado con lo obligado, ya hay una afirmación de pertenencia del hecho a la persona. Es posteriormente a esa imputación, cuando se confronta el hecho imputado con el deber, esto es, se valora si el hecho (ya imputado, eso sí) es justo o injusto, en el primer caso, si puede decirse que es acorde con el contenido del deber, y en el segundo, si puede decirse que no lo es. En la imputación moral kantiana hay,

[467] *Cfr. Ibídem*, pp. 24 a 26.

pues, una previa consideración de la acción como hecho, y una posterior valoración del hecho en relación con el deber que existía para el agente al actuar.[468]

Distintas a las reglas de conducta, son las reglas de imputación que, desde un punto de vista lógico, no pertenecen al sistema de reglas de comportamiento y que sólo poseen función en la retrospectiva. Estas reglas sirven para atribuir un hecho a un agente, en el caso de la imputación de primer nivel, o para atribuir al hecho ya valorado como injusto (por su comparación con una regla de conducta) como demérito del agente que lo ha llevado a cabo, en la imputación de segundo nivel. En un primer nivel, se imputa un hecho (imputatio facti) afirmándose, así, que el proceso no es un simple acontecimiento físico sino un hecho que el autor ha tenido alternativa de no realizar al ser originado en libertad.

La imputación de segundo nivel, que es el juicio sobre el merecimiento del hecho una vez que éste ya ha sido valorado como contrario a la norma. La comparación del hecho con la ley, no basta, sino que es necesario atribuir al agente la realización del hecho (ya desvalorado) a título de demérito, lo cual sólo es posible si éste tiene capacidad para adecuar su conducta conforme a la regla que rige en cada caso.

Desde esas bases, construye Hruschka Joachim, un esquema sistemático en el que, por orden, se diferencian tres pasos: la *imputatio facti*, la *applicatio legis* y la *imputatio iuris*. Primera y tercera son juicios de imputación, en los que se juzga la pertinencia de un hecho a un agente (imputatio facti) y la atribución al artífice (Urheber), del hecho antijurídico a título de demérito o, en su caso, el hecho que va más allá del deber a título de mérito (imputatio iuris). Entre esos dos procesos de imputación hay un proceso intermedio, muy importante, la applicatio legis, que no es un proceso de imputación, sino de valoración del hecho ya imputado al sujeto como suyo, y que consiste en la comparación de tal hecho con la regla de conducta que obliga a actuar o a no actuar de una determinada forma.

[468] *Cfr. Ibídem*, pp. 33 a 35.

En otras palabras, primero se imputa el hecho a la persona, luego se aplica la ley valorando la conformidad o disconformidad del mismo con la norma, y finalmente se imputa la desaprobación jurídica a título de demérito.[469]

Conforme a lo anterior, en el ejemplo que se ha manejado de la autoría mediata, bajo los aspectos que nos refieren los autores, podríamos imputar el hecho a los autores, pues como se manifestó, ellos cometieron la conducta sirviéndose de otros como instrumento, estos es, se les imputa el hecho a los sujetos activos; y aplicando la ley, se valora que existe una disconformidad con la norma, puesto que no está permitido, sino prohibido que a través del engaño, se hagan ilícitamente de algún objeto o alcancen un lucro indebido, así se colma la valoración; y además, hay una desaprobación jurídica a título de demérito por la conducta, al existir una disminución, afectación en el patrimonio de los ofendidos.

La doctrina de la imputación, nos enseña que el juicio debe ser entendido como una valoración del comportamiento realizado desde la comparación con la norma que establece un deber de actuar o de no actuar. En segundo lugar, nos muestra que tal juicio sólo tiene sentido si se realiza sobre el comportamiento personal realizado por el sujeto, aquello que sabe que hace y que podría no hacer, de modo que la valoración objetiva acerca de la conformidad o disconformidad del comportamiento con el mandato se realizará sobre todos los datos objetivos que puedan informar acerca de tal cumplimiento o incumplimiento, incluidos el conocimiento de lo que se hace.

Para saber si una persona ha infringido una determinada norma, debemos adoptar un punto de vista social-normativo: no nos interesa saber si, para ella, en ese momento, estaba realizando lo contrario a la norma; tampoco, si quería, en el sentido de deseaba o no hacerlo, sino si lo que ella ha hecho tiene el significado que la norma atribuye al comportamiento típico. No es necesario conocer (generalmente) ni

[469] *Cfr. Ibídem*, pp. 37 a 39.

las apreciaciones subjetivas de esa persona sobre el significado de su comportamiento, ni su relación emocional con sus propios actos y con las consecuencias de los mismos. Pero antes de valorar lo hecho, es necesario comprobar si tenía control sobre lo que estaba haciendo y si sabía lo que hacía, esto es, si podía hacer lo contrario de lo que sabía que hacía. Si es así, ya tenemos un primer paso: el comportamiento es suyo, le pertenece. Y es que todo aquello que no controlase o que no supiese que hiciese no se le va a poder imputar como propio si la norma va a exigir que a la persona le fuera exigible el comportamiento.[470]

En el caso a estudio del delito de fraude, evidentemente, por el medio comisivo engaño o aprovechamiento del error, el sujeto activo, sabe y tiene control del hecho, pues conoce que sus manifestaciones son falsas, o que la víctima se encuentra en alguna falsa concepción de la realidad, de la cual se aprovecha; y al conocer lo que hace, podía hacer lo contrario, podía no continuar con las maquinaciones, o podía sacar del error a la víctima; es por ello, que en el caso del delito de fraude, podemos decir que el comportamiento le pertenece, la conducta es suya. No debe olvidarse, que dicho delito no puede ser cometido, en la Ciudad de México, en virtud de la violación de un deber de cuidado que debía observar.

Pero que alguien haya hecho algo o, mejor, que se le pueda imputar un hecho, no prejuzga que ese hecho sea antijurídico. Simplemente establece el objeto a valorar, aquello sobre lo cual después (o casi simultáneamente) se va a realizar el auténtico juicio: el de si infringía o no la norma. Para este juicio habrá que analizar si esa persona, en el momento de actuar, se comportaba fuera de lo esperado por la norma, no, como ya se ha dicho, conforme a sus propias valoraciones en aquella situación espacio-temporal (cognoscibilidad individual), sino conforme a lo que la sociedad esperaría de esa persona en la situación concreta en la que se encontraba y ante la motivación normativa existente (cognoscibilidad objetiva).

[470] *Cfr. Ibídem*, pp. 45 y 46.

¿Qué importancia tiene entonces, en dicha valoración, el conocimiento que ella tuviera? Pues ni más ni menos que el de marcar, o constituir, por medio de la imputación del hecho a la persona, el objeto de la valoración normativa: sabiendo lo que esta persona debía saber, la exigencia social para el caso concreto, conforme a la experiencia general y a la valoración normativa concreta, es la siguiente, y frente a ella la persona hizo esto, por lo que se puede decir que ha infringido (o no) la norma. No se trata, por tanto de una valoración subjetiva, sino de la valoración del hecho previamente imputado al sujeto sobre la base de su conocimiento (el que se le imputa) y voluntad (en el sentido de control). No puede valorarse el comportamiento del sujeto desde su propia visión de lo que está bien o no, sino desde la visión social de lo que está bien o no.

Tampoco significa que el dolo, se valora antes que la peligrosidad del comportamiento. Lo que significa es que en el delito doloso, la decisión de llevar a cabo un hecho, que es lo que después va a ser valorado, debe imputarse previamente al sujeto, y debe definirse lo que se sabía concretamente para, a partir de ahí, realizar la valoración de peligrosidad mediante la comparación con los estándares de riesgo, con lo que socialmente se diría que debió hacerse o no. Esto supone realizar una valoración subjetiva de la peligrosidad: no es el sujeto el que valora, y por eso no nos importa la intención que tenga el sujeto, la relación subjetiva con la norma y con el bien jurídico.[471]

Miguel Polaino-Orts, respecto de la postura que adopta Miró Llinares, debate que, la persona viene desempeña un rol en el mundo social y el rol es el elemento complejo que reúne un aspecto formal o externo (algo así como la identificación externa de un rol), y un aspecto material o interno (que es un conjunto de derechos y deberes). Objeto de imputación, es la deviación de un rol. Por ello, rechaza los conocimientos en tanto conocimiento (o sea: como elementos puramente cognitivos) mas no el conocimiento estandarizado incorporado al rol y, que por ello, propiamente

[471] *Cfr. Ibídem*, pp. 46 a 48.

deja de ser conocimiento para convertirse en algo amparado por el concepto de deber.

Ello significa, que el conocimiento se introduce en el rol perdiendo su carácter de *conocimiento* (*subjetivo*) para convertirse en *deber* (*normativo*). El caso básico es más que conocido: un ferretero vende un afilado cuchillo de cocina a un cliente manifiestamente alterado que solicita el objeto mientras que, en el curso de una pelea, ha conseguido agarrar a su contrincante por el cuello.[472]

Caro John considera, que ese supuesto ha de resolverse conforme a la doctrina de la prohibición de regreso, de acuerdo con la cual la conducta mantiene su neutralidad delictiva siempre que sea una conducta perteneciente a su rol social. El problema en este caso es considerar, precisamente, qué rol ejerce el sujeto que proporciona el cuchillo en tal contexto: si sigue ejerciendo el rol de ferretero o si se convierte en 'dueño de la cosa', y -por tanto- en garante del resultado material […] de manera que si entrega el chuchillo en tal circunstancia ya no lo hace como ferretero que vende un producto a su cliente sino como garante que se convierte en partícipe de una conducta que, conforme a la semántica social, contiene un evidente sentido delictivo: el sentido de organizar (o co-organizar) un delito de homicidio.[473]

Pero lo que nos interesa resaltar, es que en ese caso, el ferretero sería partícipe del delito de resultado material (homicidio), pero no por su conocimiento especial de la situación de riesgo (¡el conocimiento especial en tanto elemento cognitivo-subjetivo no interesa al Derecho Penal!) sino porque el rol ha variado, o más exactamente: el ejercicio usual y cotidiano del rol de ferretero se ha interrumpido y lo que ha hecho variar el rol de ferretero no es algo subjetivo sino algo objetivo, es más, algo normativo; la revolución objetiva-social que hace que la expectativa

[472] *Cfr. Ibídem*, pp. 69 y 70.

[473] *Cfr. Ibídem*, p. 70.

normativa varíe drásticamente hasta el punto de convertir un contexto delictivamente neutral en una organización delictiva.[474]

El conocimiento que interesa al Derecho Penal no es el mero conocimiento sino, en todo caso, el *conocimiento normativizado y mediado por el deber*. Dicho sea con otras palabras: lo subjetivo que adquiere relevancia penal a efectos de imputación no es propiamente subjetivo sino objetivo, o si se quiere, lo subjetivo objetivizado, y esta objetivización de lo subjetivo conlleva, necesariamente, la *normativización de lo objetivo y lo subjetivo*. Lo que haya de imputarse, ya sea a título de dolo ya de culpa, no es un elemento meramente cognitivo ni volitivo (ninguna subjetividad, en fin) sino el quebrantamiento de una expectativa social amparada por un rol, esto es, la infracción de un deber jurídico.

El conocimiento sólo interesa si es deber y el deber forma parte del rol de la persona: conocimiento, deber, rol y persona, son la misma cosa, y por ello, el conocimiento es inescindible de la persona, y la imputación requiere necesariamente tener en cuenta el conocimiento (es decir, el deber) para poder realizar la imputación (infracción del deber).[475]

La imputación no es, pues, para él, un juicio *jurídico* de atribución de responsabilidad *penal* sino una forma de constatación de la causalidad *física* mediante la cual se pueden atribuir, como cosa propia, los hechos (los que sean: buenos y malos, morales e inmorales) a su autor. Con ello, se configura la imputación no como un concepto jurídico (normativo), sino como un concepto ontológico (naturalístico, prejurídico). El funcionalismo normativista ha sido, y es en la actualidad, la más firme garantía de seguridad jurídica en la Dogmática contemporánea y precisamente la doctrina de la imputación objetiva es, probablemente, el mejor ejemplo de ello. La imputación penal, a diferencia de lo que

[474] *Cfr. Ibídem*, pp. 70 y 71.

[475] *Cfr. Ibídem*, p. 71.

considera la concepción kantiana de Miró Llinares, únicamente tiene sentido como concepto normativo.[476]

4.5. El concepto funcionalista de imputación.

La doctrina funcionalista de la imputación, tiene como presupuesto la teoría de los roles sociales. Los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol; en función de ese rol, a cada sujeto le corresponde administrar un determinado segmento de la realidad, así, por ejemplo, hay sujetos a los que, en función de su posición social en el mundo social, les corresponde desempeñar el rol de taxista, de magistrado, de panadero, de bombero, de padre de familia, de conductor de autobuses municipales o de obrero de la construcción. El punto de partida en el mundo social es, pues, el *reconocimiento del rol* de cada uno: de la *posición que cada sujeto ocupa en la realidad*.

El rol presenta un doble aspecto: un aspecto *formal* y un aspecto *material*. El aspecto formal es algo así como la máscara, la vestimenta externa, la etiqueta colocada en la solapa de cada sujeto, que le identifica socialmente e indica su posición en el mundo social. Pero el rol se rellena, a su vez, de una lista, un haz de derechos y de deberes que constituyen el contenido material del rol.

Así, un sujeto que desempeñe el rol de taxista dispondrá, por ejemplo, del derecho municipal de cobrar el correspondiente precio por transportar a un viajero de un sitio *X* a un sitio *Y*, y a su vez, tendrá la obligación de pagar las tasas municipales correspondientes al ejercicio de tal labor, etc. Al que ostente el rol de bombero, por ejemplo, se le vinculará la obligación de proceder de la manera más expedita en caso de incendio para procurar extinguir los mismos, rescatar a las personas que se hallen en los inmuebles, etc., y al propio tiempo, dispondrán del derecho a ver reconocida su labor con la gratificación dineraria y honorífica que prevea la autoridad

[476] *Cfr. Ibídem*, p. 73.

competente. Al rol de padre se le atribuyen, por su parte, una serie de derechos (el derecho de conceder su propio apellido a su vástago, derecho a disfrutar de su paternidad en las horas pertinentes, derecho a ser titular de la patria potestad, etc.), pero también se vinculan al rol paterno-filial una serie de obligaciones: ante todo, el deber de alimentar al menor de edad y de procurar su cuidado adecuado e integral (alimento, vestimenta, etc.), el deber de protección, etc.[477]

En tanto que el ciudadano cumple su rol, no se genera ningún conflicto social: al contrario, produce la expectativa social de cumplimiento de la norma. El conflicto surge cuando el sujeto se aparta del rol social, quebrantando la expectativa que de él socialmente se esperaba: *el quebrantamiento del rol es la esencia de la imputación penal*. Para ello, se requiere, al menos, la posibilidad de incumplimiento del rol.

El sujeto que gestiona su ámbito de organización creando una *disimetría* entre su comportamiento real y el comportamiento que de él, en función de su rol social, se esperaba socialmente, no sólo infringe su rol y quebranta la norma, sino que defrauda expectativas socialmente institucionalizadas, de manera que corre el riesgo de que se le reprochen jurídicamente su proceder.

Desde este punto de vista, puede definirse muy sencillamente la imputación penal como la *desviación respecto de aquella expectativa que compete al portador de un rol* o, más escuetamente: como la *desviación de un rol*. En este sentido, la imputación es, precisamente, el *reverso* del ejercicio correcto del rol, de manera que debe su existencia precisamente por el hecho del sujeto que se desvía y no adecua su conducta al rol que se espera que desempeñe en la sociedad. La imputación objetiva es, pues, en esencia, una *defraudación imputable de las expectativas sociales*.[478]

---

[477] *Cfr. Ibídem*, pp. 75 a 77.

[478] *Cfr. Ibídem*, pp. 78 y 79.

La imputación penal, además de imputación personal (quebrantamiento del rol), es una *imputación personal*, lo que significa que ha de consistir siempre en la *infracción de un deber*, y además no de cualquier deber, sino precisamente de un deber que, primero, pertenecía al ámbito material del rol propio y, segundo, podría y debía haberse cumplido. La imputación penal es, en consecuencia, *la infracción de un deber propio, personal y posible*.

El rol no sólo da la medida de la responsabilidad, sino que representa el *límite* de la misma; de otro, *sólo es imputable lo que forma parte del rol*, porque *el ámbito de la retribución (imputación) no puede exceder del ámbito de la esfera de competencia*. Si la imputación es de la desviación del rol, entonces *únicamente puede ser objeto de esa imputación el quebrantamiento o la inobservancia de alguno de los deberes inherentes al rol*, pero ninguno que quede al margen o fuera de ese rol.[479]

Por lo general, los seres humanos desempeñan en el mundo *dos o más roles simultáneamente*, o al menos, que cada sujeto tiene dos o tres máscaras que puede usar indistintamente, dos o tres etiquetas que puede ponerse sobre la solapa una junto a la otra. Por ejemplo, nada impide que el magistrado sea al mismo tiempo magistrado y padre de familia, o que en un sujeto concurran el rol de taxista y el de Presidente de su comunidad de vecinos, o que otro sujeto sea al tiempo dueño del colectivo, conductor del mismo y tributador a la Hacienda Pública.

Esa dualidad o multiplicidad de roles, esa eventual concurrencia de roles en un mismo sujeto se explica por la existencia de dos clases de roles distintas: los *roles comunes* y los *roles especiales*.

El *rol común*, es aquel que afecta a todo sujeto en la sociedad: así, puede citarse el rol de pagar a hacienda, o el rol de socorrer a quien se halla desamparado y en situación de peligro, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero. Se trata de

[479] *Cfr. Ibídem*, pp. 80 y 81.

un *rol de solidaridad mínima*, que afecta a todo ciudadano que se encuentre en el mundo social, sin distinciones de ningún tipo.

Los *roles especiales*, son los que obligan únicamente a aquellos sujetos que se encuentren en una posición especial, concreta, determinada, que les distingue y les individualiza frente al resto de ciudadanos: por ejemplo, el rol de funcionario público, el rol de padre, etc. Por ello, no son deberes de solidaridad mínima sino *deberes de garante*, porque generan una incumbencia singular, específica, a la que únicamente se puede llegar mediante la titularidad del rol especial.[480]

La imputación penal, además de imputación personal y normativa, es también una *imputación social*, y no sólo porque la imputación sea una forma de restablecimiento social ante el quebrantamiento de un rol y ante la infracción de un deber, sino porque la imputación presupone siempre la *defraudación de expectativas sociales*.

También, puede atribuírsele un sentido socialmente estabilizador (*imputación valorativa integradora*); esto es, si cumples el rol, la sociedad te premia con la confianza de los demás; si lo incumples, la sociedad te lo demanda imputándote una responsabilidad por la gestión incorrecta del segmento social asociado al rol en cuestión.[481]

El sujeto que cumple su rol respetando la norma, fomenta con su propia *fidelidad al Derecho* la capacidad de los ciudadanos para *orientar su conducta a la norma*, esto es, para tomar a la norma como *guía o referente del propio comportamiento personal*.

Ahora bien, Miró Llinares, replica a Polaino-Orts. Lo que se pretende explicar con la afirmación de que la imputación objetiva no es objetiva, que no se puede

[480] *Cfr. Ibídem*, pp. 82 y 83.

[481] *Cfr. Ibídem*, pp. 84 y 85.

realizar sin tener en cuenta lo que imputemos que sabe el sujeto, pues su rol, su deber, puede mutar o cambiar según la persona esté en una u otra situación. Para atribuir un sentido social o la desviación de un rol es necesario tener en cuenta a la persona libre, y esta lo es únicamente cuando actúa sabiendo lo que hace y pudiendo hacer otra cosa y siempre que, además, podamos decir que se comporta de forma diferente a lo establecido en el mandato normativo.[482]

Conforme a lo anterior, y pensando en un ejemplo aplicable al delito de fraude, de acuerdo con el concepto funcionalista de imputación, podemos imputar penalmente, al empresario que en ejercicio de su rol de empresario, utiliza sus conocimientos, e incluso las herramientas que la persona jurídica le proporciona para defraudar a las personas. Supongamos, que el sujeto activo, un empresario dedicado a la compra y venta de metales, en específico oro, utiliza a la persona jurídica que él mismo constituye junto con diverso socio, y de la que además ostenta el cargo de Presidente del Consejo de Administración, y único autorizado para disponer de los recursos de las cuentas bancarias aperturadas por la persona moral, para ofrecer a los sujetos pasivos, víctimas, la posibilidad de adquirir a través de él y de su representada, la compra del metal oro, a diversas personas; esto a un precio que resulta atractivo para los sujetos pasivos, e incluso firma con ellos, en representación de la persona jurídica, diversos contratos con cada uno de los sujetos pasivos, en los que se compromete a adquirir y entregar a los suscriptores, determinada cantidad de oro, a cambio del depósito del importe de quinientos mil pesos 00/100 Moneda Nacional, en las cuentas bancarias de la persona moral que el mismo les proporciona.

Por supuesto, en el ejemplo, el medio comisivo engaño no está sujeto a discusión y lo tendremos que dar por acreditado, al haber logrado evidenciar que desde antes de la celebración de los contratos el sujeto pasivo tuvo la dolosa intención de no cumplir con lo pactado; en esas condiciones, conforme al concepto funcionalista de imputación, el sujeto activo se aparta del rol que le corresponde en

[482] *Cfr. Ibídem*, p. 97.

su carácter de empresario, es decir, se desvía y no adecua su conducta al rol que se espera que desempeñe en la sociedad.

El cumplir con los contratos que suscriba en representación de la moral, forma parte del rol que está desempeñando; y además, como un deber inherente a éste, está la obligación de cumplir con lo convenido, en este caso, con los suscriptores de los documentos; y al no haberlo hecho, cuando podía y debía conducirse de acuerdo con su rol, se desvía y engaña a los ofendidos obteniendo un beneficio indebido, que se traduce en las cantidades de dinero depositadas en las cuentas bancarias de la persona moral que les proporcionó. De ahí que se pueda afirmar, que conforme a ello, al existir una desviación en el rol por parte del sujeto activo, se le puede imputar penalmente la conducta y su resultado material, siendo procedente una responsabilidad.

CONJETURAS.

Considero necesario precisar, que las presentes derivan del análisis de la totalidad de los planteamientos de la investigación, esperando contribuyan en la práctica a resolver los casos en los que estamos en presencia de un autor mediato en el delito de fraude, y que generen una reflexión, que nos lleve a argumentar el por qué estimamos se presenta un autor mediato en el delito de fraude; y como se mencionó en el escrito introductorio, son afirmaciones que derivan de la propia investigación, complementadas por el ejercicio como servidor público adscrito desde diciembre de 2008 a la fecha, en la Fiscalía Central de Investigación para la Atención de Delitos Financieros, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, área encargada de la investigación y conocimiento de los delitos de fraude cuando el monto es superior a quince mil veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, de conformidad con el artículo 56 fracción VI del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

PRIMERA.- La presente investigación, se desarrolló desde una perspectiva del Ministerio Público, como investigador y persecutor de los delitos, desde lo que tiene que acreditar, el valorar si la investigación aporta elementos para formular su imputación, y posteriormente presentar su acusación, por la comisión por autoría mediata del delito de fraude, ya que en ésta, debe precisar la autoría concreta que se atribuye al acusado, y señalar los medios de prueba que pretenda ofrecer, que le generaron convicción de que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Pero por qué desde este panorama; consideramos, que en la práctica existe una problemática para tratar de acreditar este tipo de comisión en el delito fraude, pues como se comentó ampliamente, en estos casos, el medio comisivo engaño lo

actualiza el instrumento, por así estar determinado por el autor mediato, y el cómo el Ministerio Público, con el apoyo de sus auxiliares, puede llegar a determinar que se cometió un hecho que la ley señala como delito de fraude y existe la probabilidad de que el imputado lo cometió sirviéndose de otros como instrumento, presenta dificultades, como son, el establecer que nos encontramos ante un autor mediato, el cual, en algunas ocasiones puede ser desconocido físicamente por la víctima u ofendido, y simplemente conocer su nombre.

Por ello, necesariamente la autoridad ministerial tiene que conocer cuando está en presencia de un autor mediato, diferenciando ésta forma de autoría de los autores materiales y coautores; así, en la presente investigación se analizaron dichas formas de autoría, para poder establecer con claridad cuándo se presenta un autor mediato, pues como se comentó, si quien actualiza el medio comisivo en el delito de fraude, conoce que las manifestaciones que vierte en la víctima, son engañosas, y que las hace para verse beneficiado indebidamente u obtener alguna cosa, sería entonces un autor material, o bien, pudiera darse el caso de que estemos ante una coautoría.

Además, se analizaron las diversas formas de participación delictiva, el instigador, el cómplice y el auxiliador, que igualmente son necesarias para establecer cuando nos encontramos ante un autor mediato, y no ante alguien que determinó dolosamente al autor a cometerlo, o que prestó ayuda o auxilio al autor para su comisión, o que con posterioridad a la ejecución del delito auxilió al autor.

Esto, porque al tratar de ubicar la forma de autoría o participación de una persona en un ilícito, se presentan dudas para su clasificación, pues en ocasiones la línea que divide por ejemplo, al autor mediato del instigador, o al autor mediato y el cómplice, no es tan clara, sobre todo cuando se trata del delito de fraude, en donde el medio comisivo engaño o aprovechamiento del error, requiere de audacia, ingenio, inteligencia, y en donde podría discutirse, que el instrumento no tiene esas cualidades, o las tiene, incluso mejores que las del autor mediato, y hace más creíbles las manifestaciones falaces; no obstante, es el autor mediato, quien en todo

momento tiene el dominio de la voluntad del instrumento, y el dominio sobre los acontecimientos, ya que puede evitar la consumación del resultado.

La importancia de poder acreditar, y generar convicción en el juzgador, de cuando estamos en presencia de un autor mediato en el delito de fraude, nos servirá para evitar casos de impunidad, ya que, una absolución a un delincuente puede derivar de errores en la investigación, que afecten la acusación. No solo eso, sino estamos ante un caso de los mencionados, no se acusaría a quien no tiene intervención en los hechos, y con ello, se protegería al inocente.

SEGUNDA.- La investigación que realiza el Ministerio Público de los hechos que ponen de su conocimiento, no solo se efectúa para un ejercicio de la acción penal, a través de la solicitud de un citatorio, de una orden de aprehensión, de la solicitud de vinculación a proceso, o de la acusación, sino como lo establece el propio Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 213; la investigación, tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal; esto es, no en todo los casos se llega a un ejercicio de la acción penal, sino que va a depender de lo que el Ministerio Público recabe durante su investigación, ya que ésta, debe realizarse de manera inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles que permitan allegarse de datos para el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito, así como la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión.

Aún más, las normas que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, respecto de la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, tienen como objeto el esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño.

Por lo que, si con los datos y medios de prueba que obran en sus registros de investigación, el Ministerio Público llega a la convicción de que no se acredita la comisión del hecho que la ley señala como delito, y no existe la probabilidad de que el imputado lo cometió; o se actualiza alguna causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito; podrá optar por alguna determinación, que para el particular podrían ser el archivo temporal, al no encontrar antecedentes, datos suficientes o elementos de los que se puedan establecer líneas de investigación que permitan realizar diligencias tendentes a esclarecer los hechos que dieron origen a la investigación; o bien, un no ejercicio de la acción penal, cuando el hecho no se cometió, o no constituye delito, o agotada la investigación, el Ministerio Público estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar una acusación, entre otras; esto en términos de los artículos 254, 255 y 327 del Código Nacional de Procedimiento Penales.

TERCERA.- Como se ha visto, el delito de fraude es cometido por los más audaces, los más ingeniosos o intelectuales, lo que también lleva implícito que, para acreditar la conducta del o los sujetos activos, existe cierta dificultad, pues al ser audaces, inteligentes, tratan de disimular su conducta, haciéndola aparecer como incumplimientos de contratos, deudas de carácter puramente civil, o negocios mal logrados, que como es conocido por disposición del artículo 17 párrafo octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil; o en ocasiones, por el contrario, deudas de carácter civil o incumplimientos de contratos, intentan ser denunciados para ser investigados como delitos; esto, como medio de presión al deudor que, ante la amenaza o posibilidad que le infunden, de poder ser sometido a una pena de prisión, decide cumplir con sus obligaciones.

Aquí, el Ministerio Público debe conocer los elementos del delito de fraude, para estar en condiciones de establecer cuándo se está ante la comisión de un delito, y cuándo se trata de un incumplimiento a una obligación de carácter civil o mercantil;

es por ello, que en la presente investigación también se analizaron los elementos del delito de fraude, para determinar si estamos ante la comisión de un hecho que la ley prevé como delito de fraude.

Otra de las circunstancias que se debe considerar, es que, como se desarrolló, en el fraude, la propia víctima, el sujeto pasivo, es quien coopera con la acción de desplazamiento patrimonial a favor del sujeto activo en virtud de la confianza traicionada, del engaño. Esto es, la víctima u ofendido, es quien entrega voluntariamente su patrimonio al sujeto activo; en el caso, al instrumento, desde luego, producto del engaño o aprovechamiento del error. Lo que nos lleva a establecer, que en los casos de autoría mediata, quien recibe el lucro indebido o la cosa, puede ser el instrumento, quien a su vez la entrega a quien lo determinó a cometer la conducta, o también pude ocurrir, que el lucro indebido o la cosa, sea entregada al autor mediato, ya sea mediante una entrega material, o a través de algún medio como en el caso de las cuentas bancarias, en donde quien se encuentra autorizado para disponer de los recursos de la cuenta puede ser el propio imputado, o él mismo, como representante de diversa persona jurídica, incluso como la descripción típica lo establece, podría ser en beneficio de un tercero.

Esto también problematiza el acreditar la comisión del hecho delictivo, al tener que tener indicios razonables que establezcan, para efectos de una acusación, el detrimento en el patrimonio del ofendido con el consecuente incremento en el patrimonio del autor mediato, y con base en éstos, establecer el monto de la reparación del daño para su satisfacción.

CUARTA.- Es la víctima y/o el ofendido, quienes principalmente aportan los datos para acreditar el medio comisivo engaño o aprovechamiento del error, y el detrimento en su patrimonio, pues son ellos quienes lo resintieron, a quienes les hicieron las manifestaciones engañosas o de quien se aprovecharon del error en el que se encuentran.

De tal forma que, es la víctima y/o el ofendido quien debe aportar al Ministerio Público los datos, documentos e información con la que cuente, para acreditar el hecho y la comisión del delito, tan es así, que tienen el derecho de que se le reciban todos los datos o elementos de prueba pertinentes con los que cuenten. Pero, qué ocurre en los casos en los que la víctima u ofendido no aportan los datos idóneos y pertinentes para acreditar alguno de los elementos del delito; pues en éstos, el Ministerio Público, debe valorar si con los datos y medios de prueba que obran en sus registros, generan convicción para acreditar la comisión del hecho que la ley señala como delito, y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió; y en los casos que aprecie que no cuenta con los datos y medios de prueba, podrá optar por alguna determinación, como el archivo temporal, al no tener antecedentes, datos suficientes o elementos de los que se puedan establecer líneas de investigación que permitan realizar diligencias tendentes a esclarecer los hechos, con fundamento en el artículo 254 del Código Nacional de Procedimiento Penales.

QUINTA.- El engaño, puede verse afectado en su convicción, con los conocimientos que pueda tener el pasivo, o con la actividad a la que se dedique, incluso con la ganancia, utilidad, o bien qué se le prometa, si estos son ilícitos. No debe olvidarse, que al ser el Ministerio Público quien acusa en el delito de fraude, es quien debe aportar medios y datos de prueba con los que se acredite, o hasta ese momento existan indicios suficientes, que establezcan que el imputado a través del engaño se hizo ilícitamente del alguna cosa u obtuvo un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

En efecto, el Ministerio Público no solo como acusador, sino como órgano técnico, es quien debe demostrar con datos de prueba idóneos, pertinentes, suficientes y razonables, que los hechos que estima constitutivos de delito, se cometieron por el imputado a través de la autoría mediata. Por ello, durante el desarrollo de la investigación se analizaron dos grandes temas, el delito de fraude, y las formas de autoría y participación, desde sus antecedentes históricos, hasta como

se encuentran regulados actualmente, y también, se comentaron diversos temas del sistema acusatorio y oral, como fue la formulación de imputación y la acusación, al ser estos actos, en los que el Ministerio Público argumenta ante el Juez de Control y hace del conocimiento del imputado, que los hechos que cometió son constitutivos del delito de fraude, y que se le atribuyen a título de autor mediato, al servirse de un instrumento para su comisión.

Uno de los aspectos principales, sino el principal, que lleva a la víctima u ofendido a llevar a cabo el acto de disposición patrimonial, es el convencimiento que realiza el activo en el sentido de hacerle creer falsamente, que puede ganar más dinero u obtener un beneficio mayor, que el negocio que le formula representa una buena oportunidad para incrementar su patrimonio; con lo que pudiera vislumbrarse que es la víctima u ofendido, quien incrementa su riesgo.

Aquí consideró que, esta situación de que la víctima incremente su riesgo, es parte del engaño, pues la maquinación que le presentan debe representarle un beneficio en su patrimonio, ya que, a alguien que le ofrezcan un negocio en el que perderá lo invertido, u obtendrá ganancias menores a la que le otorgan, por ejemplo las instituciones bancarias, difícilmente, sino prácticamente imposible, llevará a cabo la disposición de su patrimonio en beneficio del activo o de un tercero.

Es en donde entran a consideración los conocimientos especiales que pudiera tener la víctima, respecto de alguna materia u oficio, porque para alguien que conoce, por mencionar algo, de la importación y exportación de mercancía, por ser un comerciante de muchos años, no le resultaría creíble que un procedimiento de importación de mercancías del extranjero, se realizara a través un Notario o Corredor Público, puesto que conoce que dichos trámites son efectuados a través de Agentes Aduanales.

En el mismo sentido, un especialista en arte, no accedería a comprar un cuadro original de un autor de renombre, por una cantidad ilusoria respecto del costo real del

mismo, salvo que tenga conocimiento que dicho cuadro sea producto de un ilícito y se le pretenda vender por ese motivo en esa cantidad.

Lo anterior, nos lleva a comentar otro de los puntos importantes en cuánto a los medios comisivos engaño o aprovechamiento del error, lo que en la doctrina se le denomina acto de corrupción, en donde por criterio de jurisprudencia se ha establecido, que quien participa en un acto de corrupción o trámites irregulares, no puede decirse engañada. Esto, de conformidad con el siguiente criterio: “Fraude Genérico. No se actualiza el engaño para configurar el ilícito, conforme al artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, cuando los hechos en que se basa constituyen un acto de corrupción o la práctica de trámites irregulares conocidos previamente por el pasivo”.

El acto de corrupción, la ilicitud del contrato, o el tramite irregular, no hace desaparecer la antijuridicidad penal del hecho, esto es, la conducta típica y antijurídica del activo; lo que consideramos acontece, es que el derecho penal no puede sancionar una conducta ilícita desde su comienzo, pues la víctima conocía de la antijuridicidad del trámite o promesa formulada, y por ello, el derecho no puede validar esa actividad irregular sancionando a quien la promete llevar a cabo, ya que al actuar del activo y pasivo no está permitido por la norma. Pero el engaño, podría actualizarse, solo que no sería relevante para el derecho penal.

SEXTA.- Otro de los elementos a considerar, es que al ser la víctima y los testigos quienes aportan los antecedentes del cómo ocurrieron los hechos, se presenta la tarea de encontrar el grado de credibilidad que se le otorga a sus testimonios; precisar que convicción generan en el Ministerio Público y en el Juez de Control, ya que se trata de hechos pasados que no pueden observarse, y lo que se obtiene con los diversos datos y medios de prueba, es una creencia de esos hechos, pues puede darse el caso que los hechos que refieren haber presenciado los testigos tengan

ciertas discrepancias, al ser normal que los testigos olviden ciertos detalles al comunicar que fue lo que presenciaron.

Por ello, el Ministerio Público tiene que allegarse de otros datos de prueba que obren en la carpeta de investigación, de indicios razonables que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que el imputado lo cometió, como pueden ser pruebas documentales, materiales, periciales.

En el ejemplo planteado en la autoría mediata, las entrevistas de los trabajadores, de los instrumentos que llevan a cabo la conducta de engaño son de especial valor, pues de las mismas se pudieran obtener indicios en el sentido de que, más que estar en una forma de autoría mediata, los trabajadores, pudieran ser considerados como cómplices por prestar dolosamente ayuda al autor para su comisión, incluso podrían llegar a ser coautores. Lo que se va a demostrar, para generar convicción en el Juez de Control, con los restantes datos y medios de prueba de los que se allegue el investigador.

SÉPTIMA.- Otro punto que es necesario mencionar, y que en cierta forma se encuentra vinculado con nuestra investigación, y en general con la actividad del Ministerio Público como investigador y persecutor de los delitos, es la autonomía que debiera tener en su labor de investigación y persecución de los delitos.

Como se sabe, el Ministerio Público de la Ciudad de México, actualmente es presidido por un Procurador General de Justicia, nombrado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal (artículo 10 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal); la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, integra la administración pública centralizada de la Ciudad de México (artículo 2° de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal), y el titular de la Procuraduría, acuerda con el Jefe de Gobierno el despacho de los asuntos encomendados a la dependencia.

Por lo que, en ocasiones, dentro de ciertas investigaciones, puede darse el caso que, al no existir independencia entre el Jefe de Gobierno, y el titular de la Procuraduría, al ser nombrado éste último por el primero, no se tenga completa independencia para que el Ministerio Público, en la investigación de los hechos que ponen de su conocimiento, emita una determinación de forma autónoma, sino que se tenga que adecuar a lo que le establezca el titular de la Administración Pública. Esto no quiere decir que todos los casos se determinan de esta forma, sino que, en algunos, dada su relevancia política, o por afectarse a determinado grupo social, se tengan que resolver en determinado sentido.

OCTAVA.- También se debe tomar en cuenta, que el Ministerio Público tiene algunas limitantes en la investigación de los hechos, como por ejemplo el solicitar información que proporcionen los ciudadanos al Instituto Nacional Electoral; la información que proporcionan los contribuyentes al Servicio de Administración Tributaria para el cumplimiento de sus obligaciones; o el denominado secreto bancario, el cual, si bien el Ministerio Público puede solicitar dicha información a las instituciones bancarias a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, éste solo puede ser materia de excepción cuando se trate de información de la víctima u ofendido y de los imputados.

No obstante, aunque no se puede tener acceso a los datos aportados por los ciudadanos, en específico al domicilio señalado al padrón electoral, es común, que en diversas dependencias se realicen trámites o se soliciten servicios, en los que el Ministerio Público puede obtener fotocopias simples de la credencial para votar de los ciudadanos.

Esto guarda especial atención, porque no debemos olvidar, que de acuerdo con los artículos 263 y 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente, y deberán

ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece ese Código. Lo que incluye las diligencias, actos y técnicas de investigación del Ministerio Público, ya que, de no ser practicados conforme a lo establecido en la ley, se considerarán prueba ilícita, siendo ésta cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad del dato o medio de prueba.

También, el Ministerio Público debe tomar en cuenta otros aspectos con los que se puede ver afectada o terminada su investigación, como son la extinción de la pretensión punitiva por prescripción, o cuestiones de competencia, en donde el órgano encargado de la investigación del delito corresponda a diversa entidad federativa o a la Federación.

NOVENA.- Es necesario mencionar, y podría ser materia de diverso análisis, que además puede afectar seriamente el resultado de una investigación, del esclarecimiento de un hecho, de la protección al inocente, la reparación del daño a la víctima, o que el culpable no quede impune, es la corrupción o prácticas corruptas, en el sentido de ofrecer al Ministerio Público algo a cambio de que la carpeta de investigación se determine en determinado sentido que le beneficia a quien formula el ofrecimiento.

Aquí, depende del Ministerio Público si acepta o no el desviar su actuar a los principios que rigen su actividad, como el de honradez, legalidad, profesionalismo; no obstante, actualmente existen los llamados exámenes de control de confianza, con los que se pretende determinar si el servidor público, en este caso el Ministerio Público, cuenta con las características necesarias para desempeñar ese cargo, y su función no se encuentra afectada por algún interés que lo lleve a afectar su imparcialidad y honradez.

Tampoco, la práctica de dichos exámenes garantiza una ausencia de actos de corrupción o que afecten el desempeño del servidor público, puesto que, en el caso de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, no obstante su Ley Orgánica establece que deberá contar con un Centro de Evaluación y Control de Confianza (artículo 84), que tiene por objeto la programación y la aplicación de las evaluaciones de control de confianza para la selección de los aspirantes a ingreso, así como para la permanencia, promoción y certificación del personal sustantivo de la Procuraduría (artículo 132 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal); a la fecha no existe tal, y su personal es evaluado por el Centro de Control de Confianza de la Secretaría de Seguridad Pública de la Ciudad de México.

Este tema no solo concierne al Ministerio Público, también los abogados postulantes, tanto Asesores Jurídicos particulares o Defensores particulares, pues se encuentran relacionados, ya que, quienes finalmente ofrecen o acceden a una práctica irregular son ambas partes.

Otro de los puntos que queremos mencionar, que si bien no llega a ser una práctica corrupta, pero si tiene que ver con las personas, y en gran medida con los abogados al ser peritos en derecho, es que, en ocasiones, presentan denuncias de hechos, con la finalidad de ocuparlas como un medio de presión para el imputado, para que cumpla con sus obligaciones de carácter civil. Por lo que se debe poner especial atención en los hechos, y en caso de que no sean constitutivos de delito, determinar el Ministerio Público un no ejercicio de la acción penal, incluso una facultad para abstenerse de investigar, en términos de los artículos 253 y 255 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

DÉCIMA.- Si es admisible, y es posible generar convicción en el juzgador, que el imputado colmó los elementos del tipo penal de fraude, sirviéndose de otro como instrumento.

Para que el Ministerio Público pueda formular su acusación, entre otras, debe realizar una relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos atribuidos en modo, tiempo y lugar, así como su clasificación jurídica; precisar la autoría concreta que se atribuye al acusado; y señalar los medios de prueba que pretenda ofrecer.

Así, debe allegarse de datos y medios de prueba con los que evidencie de forma razonable, que la persona que materializa el engaño en la víctima, en este caso el instrumento, no tiene conocimiento o intervención en que, a través de sus manifestaciones falaces, obtendrá un beneficio indebido o se hará ilícitamente de una cosa. En estos casos, el Ministerio Público valorara entre otras, lo que manifieste el instrumento en su entrevista o declaración, y en su caso, lo que declare el imputado.

Debe demostrar, que el hombre de atrás, el autor mediato, tiene en todo momento el dominio de la voluntad del instrumento, y que derivado de las maquinaciones del instrumento a la víctima, el primero se hace de un beneficio indebido en beneficio propio o de un tercero. Esto, para no, en palabras de Edgar Alberto DONNA, corroer el sistema y ampliar el campo de la autoría a supuestos que no lo son, salvaguardando el principio de legalidad, y cumpliendo además uno de los objetos de la investigación, el proteger al inocente.

Naturalmente, el hecho que la ley señala como delito de fraude, y la probabilidad de que el imputado lo cometió sirviéndose de otro como instrumento, tiene que estar acreditado con datos de prueba idóneos, pertinentes, suficientes y razonables; el engaño, el falso conocimiento infundido a la víctima, y el consecuente resultado material, tienen que encontrar un enlace lógico natural.

También, el Ministerio Público debe precisar cuál fue la conducta del instrumento, y por qué éste no es considerado, coautor, autor material, cómplice o

auxiliador; lo que contribuirá a la reprochabilidad de la conducta del autor mediato. Ya que, si el sujeto que materializa el engaño presta un aporte a la ejecución, o facilita la ejecución del hecho, con conocimiento de ello, no podría ser considerado un instrumento; igual circunstancia ocurre cuando lo realiza conjuntamente a través de un plan común y división de funciones.

La representación, debe tener especial cuidado, para evitar casos de impunidad, o que sujetos que no tengan responsabilidad penal sean sujetos a un procedimiento, y quién debiera ser sujeto de reproche no le sea formulado el juicio correspondiente, porque, como se ha mencionado en diversos apartados, el delito de fraude es cometido por los más audaces, los inteligentes, quienes trataran que sus conductas queden impunes, o que no sean sujetos de investigación alguna, y si lo son, de argumentar que se trata de incumplimientos de contratos, o de negocios mal logrados en los que se vio afectado el patrimonio del ofendido, pero que no existió dolo alguno en materia penal.

La víctima y el ofendido, deben mencionar al Ministerio Público todas las manifestaciones engañosas, falaces, o el falso conocimiento que les infundió el imputado, para que la representación pueda allegarse de los registros de investigación que sean conducentes y necesarios para evidenciar el medio comisivo engaño, evitando caer en contradicciones u omisiones que pudieran restarle o ver disminuida su credibilidad en cuanto a la forma en que ocurrieron los hechos.

Pues se trata de reconstruir un hecho que ya ocurrió, el cual además, en la forma en que se materializó se encuentra previsto en la ley como delito, y éste debe ser expuesto de forma oral ante el Juez de Control, para que valore y determine si existen elementos de convicción que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió sirviéndose de otro como instrumento.

Esperamos, que estos comentarios contribuyan en la práctica a resolver los casos en los que estamos en presencia de un autor mediato en el delito de fraude, y que más que una guía para poder establecer cuándo estamos en presencia de ellos, se genere una reflexión, que nos lleve a argumentar el por qué estimamos se presenta un autor mediato en el delito de fraude, pues en este delito como en otros, no hay guías, todos son casos particulares, al ser el engaño y el aprovechamiento del error, medios comisivos cuyo límite es la imaginación humana, en éstos, la víctima u ofendido son lo que aportan los datos esenciales para que el Ministerio Público pueda esclarecer los hechos.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

Obras.

- ✓ ALMANZA ALTAMIRANO, Frank y Oscar Peña González, *Manual de Argumentación Jurídica Guía Teórica y Práctica*, México, Editorial Flores, 2013.

- ✓ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 4ª ed. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 2013.

- ✓ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La Etapa Intermedia en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, 2ª ed., México, Flores Editor y Distribuidor, 2015.

- ✓ BENAVENTE CHORRES, Hesbert y José Daniel Hidalgo Murillo, *Código Nacional de Procedimientos Penales, Guía práctica y Comentarios desde el Sistema Acusatorio Mexicano*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2014.

- ✓ DÍAZ ARANDA, Enrique y Manuel Cancio Meliá, *Imputación ¿Objetiva? ¡Normativa! Del Resultado ¡a la Conducta!*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013.

- ✓ DONNA, Edgar Alberto, *La Autoría y la Participación Criminal*, 3ª ed., Santa Fe, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2009.

- ✓ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la Imputación Objetiva*, México, Ángel Editor, 2003.

- ✓ FRANK, Jerome, *Derecho e Incertidumbre*, 4ª ed., Argentina, Editorial Fontamara, 2012.

- ✓ GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Argumentación Jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del Juez*, 5ª ed., México, Porrúa, 2015.

- ✓ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 39ª ed., México, Porrúa, 2014.

- ✓ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Diálogo en el Infierno con Roxin*, México, Ubijus Editorial, 2009.

- ✓ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ, Sandra Luz y Rosalío López Durán, *Técnicas de investigación jurídica*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2013.

- ✓ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, *et. al., Metodología de la Investigación*, 6ª ed., México, McGraw-Hill / Interamericana Editores, 2014.

- ✓ HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Hacia una Teoría de la Prueba para el Juicio Oral Mexicano*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.

- ✓ INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, *Manual Básico de Formación para el Agente del Ministerio Público*, México, Ubijus Editorial, 2010.

- ✓ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *La Teoría del Delito –aproximación al estado de la discusión-*, México, Porrúa, 2010.

- ✓ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y Luis O. Porte Petit Moreno, *El Delito de Fraude (Reflexiones)*, 7ª ed., México, Porrúa, 2009.

- ✓ MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7ª ed., 2ª reimp, México, Porrúa, 2013.

- ✓ MIRÓ LLINARES, Fernando y Miguel Polaino-Orts, *Imputación y Valoración en Derecho Penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.

- ✓ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, 3ª ed., Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., 2010.

- ✓ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Delitos contra el patrimonio*, 11ª ed., México, Porrúa, 2005.

- ✓ POLANCO BRAGA, Elías, *Lecciones de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en Materia Penal*, México.

- ✓ POLANCO BRAGA, Elías, *Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio Juicio Oral*, México, Porrúa, 2015.

- ✓ POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral*, México, Porrúa, 2015.

- ✓ QUINTANAR ITURRIA, María Soledad, *La Implementación del Sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México (Manual Práctico)*, México, Groppe Libros, 2013.

- ✓ QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Dogmática Penal Aplicada al Sistema Acusatorio y Oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011.

- ✓ REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Delitos Patrimoniales*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011.

- ✓ RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J., *El Tipo Objetivo y su Imputación Jurídico-Penal*, 2ª ed., Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 2011.

- ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal* [trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo], 7ª ed., Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

- URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *Autoría y Participación en el Derecho Penal*, 2ª ed., México, Flores Editor y Distribuidor, 2011.

- ZAMORA-PIERCE, Jesús, *El Fraude*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011.

Legislación.

- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_orig_14ago31_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

- Ley que Reforma el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1946, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref12_09mar46_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

- Fe de erratas a la Ley que Reforma el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de julio de 1946, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_fe_16jul46_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

- ✓ Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref46_13ene84_ima.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

- ✓ Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal (en línea), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref63_10ene94.pdf. Consultado el 5 de noviembre de 2014.

- ✓ Decreto de Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, disponible en http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/julio_16_96.pdf. Consultado el 21 de julio de 2016.

- ✓ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal; del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 4 de junio de 2004, disponible en http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/junio04_04_50.pdf. Consultado el 21 de julio de 2016.

- ✓ Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal y de la Ley de Ejecución

de Sanciones Penales para el Distrito Federal (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 9 de junio de 2006, disponible en http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/junio06_09_66bis.pdf . Consultado el 21 de julio de 2016.

- ✓ Decreto por el que se reforman diversos artículos de Códigos y Leyes Locales, que Determinan Sanciones y Multas Administrativas, Conceptos de Pago y Montos de Referencia, para Sustituir al Salario Mínimo por la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, de Manera Individual o por Múltiplos de ésta (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de noviembre de 2014, disponible en http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/6885511eb855178216793bed3fc1eeba.pdf. Consultado el 21 de julio de 2016.

- ✓ Decreto por el que se expide la Ley de Ingresos de la Ciudad de México para el Ejercicio Fiscal 2017 (en línea), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de diciembre de 2016, disponible en http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/leyes/LEYDEINGRESOSDELACIUDADDEM%C3%89XICOPARAELEJERCICIOFISCAL2017.pdf. Consultado el 22 de agosto de 2017.