



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

LA NATURALEZA JURIDICA DEL DELITO TIPIFICADO
EN EL ARTICULO 109 FRACCION II DEL CODIGO
FISCAL DE LA FEDERACION.

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

ADELIA HUESCA MONTAÑO



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 está 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.

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS.

- 1.- Concepto de delito.
- 2.- Elementos del delito
- 3.- Conducta
 - 3.1.- Concepto
 - 3.2.- Elementos
 - 3.3.- Manifestación de voluntad
 - 3.4.- Resultado
 - 3.5.- Nexo causal
 - 3.6.- Clases de conducta
 - 3.7.- Ausencia de conducta
 - 3.8.- Lugar y tiempo de la conducta
- 4.- Tipicidad
 - 4.1.- Concepto
 - 4.2.- Elementos e fases de la tipicidad
 - 4.3.- Función de la tipicidad
 - 4.4.- Ausencia de tipicidad
- 5.- Tipo
 - 5.1.- Concepto
 - 5.2.- Elementos
 - 5.3.- Clasificación de los tipos
 - 5.4.- Tipo de daño y de peligro
- 6.- Antijuricidad
 - 6.1.- Concepto
 - 6.2.- Elementos
 - 6.3.- Antijuricidad formal y material
 - 6.4.- Ausencia de antijuricidad
- 7.- Causas de justificación
 - 7.1.- Concepto
 - 7.2.- Causas que excluyen la incriminación
 - 7.3.- Excluyentes supra-legales
 - 7.4.- Razón de ser de las causas de justificación
 - 7.5.- Las causas de justificación
- 8.- Imputabilidad e inimputabilidad
 - 8.1.- Concepto
 - 8.2.- La responsabilidad
 - 8.3.- Fundamentos de la responsabilidad
 - 8.4.- Acciones libres en su causa
 - 8.5.- Concepto de inimputabilidad
 - 8.6.- Causas de inimputabilidad

- 9.- Culpabilidad
 - 9.1.- Concepto
 - 9.2.- Elementos
 - 9.3.- Teoría psicologista y teoría normati
vista de la culpabilidad
 - 9.4.- Clases De culpabilidad
 - 10.- Inculpabilidad
 - 10.1.- Concepto
 - 10.2.- Causas de inculpabilidad
 - 11.- Punibilidad
 - 11.1.- Concepto
 - 11.2.- Elementos
 - 11.3.- Ausencia de punibilidad
 - 11.4.- Excusas absolutorias
 - 11.5.- Actos que dan origen al delito
-

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y EL DELITO DE FRAUDE

1.- Delito de abuso de confianza

- 1.1.- Concepto
- 1.2.- Elementos
- 1.3.- Conducta
- 1.4.- Clasificación del delito en orden a la conducta
- 1.5.- Clasificación en orden al resultado
- 1.6.- Ausencia de conducta
- 1.7.- Tipicidad
- 1.8.- Ausencia de tipicidad
- 1.9.- Tipo
- 1.10.- Antijuricidad
- 1.11.- Causas de justificación
- 1.12.- Imputabilidad e inimputabilidad
- 1.13.- Culpabilidad
- 1.14.- Inculpabilidad
- 1.15.- Punibilidad
- 1.16.- Actos y contratos que dan origen al abuso de confianza

2.- Delito de fraude

- 2.1.- Concepto
- 2.2.- Elementos
- 2.3.- Conducta
- 2.4.- Clasificación en orden a la conducta
- 2.5.- Clasificación en orden al resultado
- 2.6.- Ausencia de conducta
- 2.7.- Tipicidad
- 2.8.- Ausencia de tipicidad
- 2.9.- Tipo
- 2.10.- Antijuricidad
- 2.11.- Causas de justificación
- 2.12.- Imputabilidad e inimputabilidad
- 2.13.- Culpabilidad
- 2.14.- Inculpabilidad
- 2.15.- Punibilidad
- 2.16.- Los diferentes tipos legales de fraude

3.- Coincidencias y diferencias en los delitos de abuso de confianza y fraude

- 3.1.- Coincidencias
 - 3.2.- Diferencias
-

CAPITULO TERCERO

EL DELITO TIPIFICADO EN EL ARTICULO 109 FRACCION II DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION

Delito del artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación

- 1.- Concepto
 - 2.- Elementos
 - 3.- Conducta
 - 3.1.- Concepto
 - 3.2.- Elementos
 - 3.3.- Manifestación de voluntad
 - 3.4.- Resultado
 - 3.5.- Nexo causal
 - 3.6.- Clasificación en orden a la conducta
 - 3.7.- Clasificación en orden al resultado
 - 3.8.- Ausencia de conducta
 - 3.9.- Lugar y tiempo de la conducta
 - 4.- Tipicidad
 - 4.1.- Concepto
 - 4.2.- Fases de la tipicidad
 - 4.3.- Función de la tipicidad
 - 4.4.- Ausencia de tipicidad
 - 5.- Tipo
 - 5.1.- Concepto
 - 5.2.- Elementos
 - 5.3.- Clasificación del delito en orden al tipo
 - 6.- Antijuricidad
 - 6.1.- Concepto
 - 6.2.- Elementos
 - 6.3.- Antijuricidad formal y material
 - 6.4.- Ausencia de antijuricidad
 - 7.- Causas de justificación
 - 7.1.- Concepto
 - 7.2.- Causas que excluyen la incriminación
 - 7.3.- Excluyentes supra-legales
 - 7.4.- Razón de ser de las causas de justificación
 - 7.5.- Las causas de justificación en el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación
-

- 8.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD
 - 8.1.- Concepto
 - 8.2.- La responsabilidad
 - 8.3.- Fundamentos de la responsabilidad
 - 8.4.- Acciones libres en su causa
 - 8.5.- Concepto de inimputabilidad
 - 8.6.- Causas de inimputabilidad
- 9.- Culpabilidad
 - 9.1.- Concepto
 - 9.2.- Elementos
 - 9.3.- Clases de culpabilidad
- 10.- Inculpabilidad
 - 10.1.- Concepto
 - 10.2.- Causas de inimputabilidad en el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación
- 11.- Punibilidad
 - 11.1.- Concepto
 - 11.2.- Elementos
 - 11.3.- Ausencia de punibilidad
 - 11.4.- Excusas absolutorias
 - 11.5.- Actos que dan origen a este delito
- 2.- Coincidencias y diferencias de los delitos de abuso de confianza y fraude, con el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación
 - 2.1.- Coincidencias
 - 2.2.- Diferencias
- 3.- Naturaleza jurídica del delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA CITADA

CODIGOS Y LEYES MEXICANAS.

INTRODUCCION

Al elegir como tema para tesis profesional, "LA NATURALEZA JURIDICA DEL ARTICULO 109 FRACCION II DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION"; ha sido a que el citado artículo tiene una gran relevancia en el ámbito fiscal penal, debido a la enorme cantidad de fraudes, abusos de confianza y defraudaciones fiscales imperantes en el país (México) que se han visto o escuchado a través de los diferentes medios informativos.

Tal circunstancia me motivó para tratar de desenmarañar la verdadera esencia del mencionado artículo en su fracción II. Este trabajo consta de tres capítulos.

El primer capítulo, "EL DELITO Y SUS ELEMENTOS", trata de los principios que dan origen al delito en general, es decir; conducta, tipicidad, tipo, antijuricidad etc..., para poder tipificar adecuadamente el delito contemplado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación cuyo texto dice, "artículo 109.- Se sancionará con las mismas penas del delito de defraudación fiscal quien. . . omita enterar a las autoridades fiscales dentro del plazo que la ley establezca, las cantidades que por concepto de contribuciones hubiese retenido o recaudado" (fracción II).

El segundo capítulo, "EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y EL DELITO DE FRAUDE", trata lo referente a la clasificación del delito en relación a la conducta del sujeto, al resultado, los actos que dan lugar a estos ilícitos, sus coincidencias y diferencias.

El capítulo tercero, ya con los elementos obtenidos de la investigación de los dos precedentes analizaré, "LA NATURALEZA JURIDICA DEL ARTICULO 109 FRACCION II DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION", para así en las conclusiones estar en aptitud de definir este ilícito y la posible solución o soluciones al mismo.

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS.

1.- Concepto de delito.

Delito es la acción u omisión culpable típicamente antijurídica, penada por la ley e imputable a un sujeto responsable, y sometido en ciertos casos a una condición externa de punibilidad.

2.- Elementos del delito.

- a) conducta
- b) tipicidad
- c) antijuricidad
- d) culpabilidad
- e) punibilidad

3.- Conducta.

3.1.- Concepto.

Para JIMENEZ DE ASUA, " el acto (conducta) es la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se guarda" (1).

(1) JIMENEZ DE ASUA, Luis "Tratado de Derecho Penal", V. III, Buenos Aires, Argentina, Segunda Edición, 1958, pp.61-84-329

Es necesario para la existencia del delito que se produzca una conducta humana, siendo ésta, elemento básico del delito. Consiste en un hecho material exterior, positivo o negativo producido por el hombre; si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado (2).

3.2.- Elementos.

Algunos juristas concuerdan que los elementos de la conducta son tres:

- a) la voluntad o el querer
- b) la actividad
- c) deber jurídico de abstenerse (3).

JIMENEZ DE ASUA nos dice que los elementos esenciales en cada conducta humana son:

- a) manifestación de voluntad
- b) resultado
- c) nexos causal entre aquélla y éste (4).

(2) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl "Derecho Penal Mexicano", México, D.F. 1980, Décima Tercera Edición, p.261

(3) PORTE PEHIT, Celestino "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", México, D.F. 1980, Quinta Edición, p.302

(4) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. p.332

3.3.- Manifestación de voluntad.

En el acto la manifestación de voluntad es siempre un movimiento corporal dirigido a la realización de un fin, mientras que la omisión es un no hacer, no llevar a cabo esa voluntariedad, por tanto la acción y la omisión han de ser realizadas de manera espontánea, por propia y libre determinación y con pleno conocimiento de lo que se hace (5).

3.4.- Resultado.

A.- Concepto.

El resultado es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta.

El resultado no es sólo un cambio en el mundo material, y menos el estricto daño y menos aún el concreto y efectivo perjuicio, que sólo nos importa en la responsabilidad civil. También es resultado la mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión que causa la injuria en el sujeto pasivo que la recibe en privado o enviada por carta. Y además lo es el riesgo o daño potencial y el peligro corrido de que habló CARRARA (6).

B.- Clasificación del resultado:

Resultado formal y resultado material.

(5) CARRANCA Y TRUJILLO, Raul ob. cit. p.263

(6) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. pp.337-339

Resultado formal es el que jurídicamente se consuma por el sólo hecho de la acción o de la omisión del culpable sin que sea precisa la producción de un resultado externo (falso testimonio).

Por resultado material se entiende el que no puede consumarse si no se produce el resultado antijurídico que el delincuente se propuso obtener como por ejemplo la aprehensión de la cosa en el robo.

Consecuentemente el delito de resultado material no puede producirse mientras no se origine y produzca el desenlace final que el delincuente se propuso obtener, como por ejemplo la muerte en el homicidio, la aprehensión de la cosa en el robo, y no se podrá hablar de delito de resultado formal si la acción constitutiva de éste no es suficiente para violar la ley independientemente si logra o no su objetivo.

3.5.- Nexo causal.

Según la teoría de la causalidad adecuada, sólo puede tomarse en cuenta como causa de un resultado aquella actividad normalmente adecuada para producirlo: "la causa es adecuada al resultado cuando éste se produce según lo normal y corriente en la vida, si el resultado se aparta de lo normal y corriente no hay relación de causalidad; la valoración de la actitud de la causa para producir el resultado se hará teniendo en cu-

enta los conocimientos del hombre medio y el particular del agente" (7).

Esta teoría es la más aceptable entre los juristas, por fundamentar principalmente el nexo causal en la probable producción del resultado y en su posible prevención por parte del agente, límites ambos de la responsabilidad en el ámbito penal.

En otras palabras el nexo causal es la conexión entre el acto de voluntad y la producción del resultado esperado.

3.6.- Clases de conducta.

A .- Positiva o de acción (acto)

B .- Negativa o de omisión.

"Acto y omisión -escribe el profesor CARRANCA Y TRUJILLO- son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudiera constituir delito.

Ambos conforman la acción latu sensu, son especies de ésta. El acto o acción strictu sensu en su aspecto positivo y la omisión el negativo. El acto consiste en una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma - que prohíbe; la omisión es una actividad negativa, es un dejar de hacer lo que se debe hacer, es un omitir obediencia a la norma que impone un deber hacer. Ambos son con-

(7) GUELLO CALON, Eugenio ob. cit. p.301

ducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio, en el mundo exterior llamado resultado, con relación de causalidad entre aquéllos y éste" (8).

O sea la conducta omisiva es aquella en la que el agente ha evitado emprender la acción que de él se esperaba, y esta abstención será castigada jurídicamente si la acción esperada le es exigible al agente.

3.7.- Ausencia de conducta.

Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, si la atipicidad (ausencia de conducta) existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere (9).

3.8.- Lugar y tiempo de la conducta.

Autores como CUELLO CALON, CARRANCA Y TRUJILLO y PORTE PETIT, convienen en que: como todo hecho el delito se manifiesta en relación con el tiempo, el espacio y el modo de su realización. los problemas que derivan de ello tienen importancia práctica innegable. ¿Cuándo y dónde se tiene por consumado el delito a distan

(8) CARRANCA Y TRUJILLO, Raul ob. cit. p.227

(9) PORTE PETIT, Celestino ob. cit. p.475

cia?, ¿Es al iniciarse la acción o al producirse el resultado?, ¿En qué condiciones o circunstancias?, Diversas teorías dan solución a estos problemas:

La teoría de la actividad o de la residencia sostiene que: Los que dan por cometido un delito son el tiempo y el lugar de la actividad del agente.

Por el contrario la teoría del resultado, sostiene que son el tiempo y el lugar de la actividad lo que no sería aplicable a los delitos en grado de tentativa. De aquí la teoría del resultado intermedio, que apoyándose en la anterior concede, sin embargo, esencial importancia al lugar y al tiempo de la actividad decisiva del agente, lo mismo que al comienzo del resultado.

Por último la teoría del conjunto o de la ubicuidad unitaria o mixta, sostiene que: "Son igualmente determinantes el tiempo y el lugar tanto de la acción como del resultado externo, con lo que la represión de todo delito "a distancia" se hace posible por cualesquiera de las legislaciones de los países donde el delito ha tenido alguna manifestación de vida lo que afirma el orden público internacional.

Todo lo anterior se refiere a los delitos por comisión, pues en cuanto a las omisiones, se sostiene que se tienen por cometidos donde el agente debió ejecutar y omitió el acto a que estaba obligado, o donde se produjo el resultado (10).

(10) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl ob. cit. pp. 331-332

Generalmente la conducta humana (acción u omisión) y su resultado son coetáneos, o el intervalo de tiempo entre aquélla y éste es insignificante. Asimismo es lo corriente que en el lugar donde se ha manifestado la conducta humana donde la acción en amplio sentido tuvo lugar, se produzca también el resultado (11).

4.- Tipicidad.

4.1.- Concepto.

La tipicidad es la adecuación de una conducta humana con la descripción que la ley da para saber cuando una acción es delictiva o no, es decir, esta conducta humana coincide con lo expresado textualmente por el legislador.

"La tipicidad es la adecuación a alguno de los tipos legales" (12).

4.2.- Elementos o fases de la tipicidad.

Son tres fases por las cuales pasa la noción de tipicidad:

- 1.- La independencia.
- 2.- El carácter indiciario de lo injusto.
- 3.- La ratio essendi de la antijuricidad.

En la primera etapa la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, separada totalmente de la antijuricidad.

(11) CUELLO CALON, Eugenio ob. cit. pp.303-304 .

(12) CARRANCA Y TRUJILLO, Raul ob. cit. p.407

La segunda fase, es de la evolución en el funcionamiento de la tipicidad, según MAYER: "la tipicidad no se reduce a una mera descripción, pues le atribuye un valor indiciario de otras características del delito, sobre todo en orden a la antijuricidad, pues otorga a la tipicidad de un valor indiciario".

Es el más importante fundamento para conocer la antijuricidad. Ellas se comportan como el humo y el fuego.

La tercera fase es la ratio essendi de la antijuricidad, para EDMUND MEZGER, a diferencia de MAYER enclava la característica de la tipicidad en la sección dedicada a la antijuricidad.

Desde el primer momento se comprende que al soldar lo injusto con lo típico se hace posible concebir - con exceso y riesgo para la buena comprensión de los problemas - que el tipo penal actúe como ratio essendi de lo antijurídico. A ello se llega exagerando las consecuencias del correcto maridaje al caracterizar la acción como típicamente antijurídica. (13).

4.3.- Función de la tipicidad.

Puede afirmarse que la tipicidad es elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería incriminable la acción (14).

(13) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. pp.753-756-758

(14) CARRANCA Y TRUJILLO, Raul ob. cit. p.407

4.4.- Ausencia de tipicidad.

JIMENEZ DE ASUA señala: ha de afirmarse, pues que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos: a) cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos descritos en el código penal o en las leyes penales especiales, y puesto que son varias las relaciones o elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad, propiamente dicha); b) cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (ausencia de tipicidad en sentido estricto) (15).

5.- Tipo.

5.1.- Concepto.

El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. Es decir, el tipo es el producto creado por los legisladores con base en la descripción de una conducta considerada como delictuosa en los preceptos penales (16).

(15) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. p.934

(16) JIMENEZ DE ASUA, Luis "La Ley y el Delito", Buenos Aires, Argentina, Ed. Sudamericana Tomo I, 1978 p.146

5.2.- Elementos.

A) núcleo del tipo, B) bien jurídico protegido, C) sujeto activo, D) sujeto pasivo, E) objeto (material y jurídico) F) referencias a los medios empleados.

A.- Núcleo del tipo.

La descripción objetiva del núcleo del tipo está determinada por el uso de un verbo principal como por ejemplo: apoderarse, sustraer, hurtar, matar etc.

Es muy importante el núcleo del tipo pues por ser una figura que rige las cuestiones que se presentan en un delito específico, el núcleo del tipo delimita la acción del agente y lo sujeta estrictamente a lo descrito por él.

B.- Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido, es el interés protegido por el derecho (17).

(17) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. T. V.III, pp.792-795-799-102

Ahora bien, considerando que el bien jurídico protegido por la ley es todo aquello de naturaleza material o incorporal que sirve para la satisfacción de - las diferentes necesidades humanas individuales o colectivas, se incluyen también a la vida, la integridad corporal familiar, social, a la propiedad privada etc..., a su vez el objeto jurídico protegido es también el objeto de ataque y violación, cuando se destruye, deteriora o sencillamente se exponga a un peligro (18).

C.- Sujeto activo.

El sujeto activo como se vera más adelante concordando con las opiniones de los juristas en quienes estoy basándome para la realización de este trabajo, - sólo puede serlo la persona humana capaz de querer y entender sobre su propia conducta, es decir, el ser humano es el único responsable de sus acciones y omisiones en el -- transcurso de su vida social, moral y económica.

La persona humana como sujeto activo -- (ofensor o agente) del delito es quien comete o participa en su ejecución, el que lo comete es activo primario, el que participa activo secundario. Sólo la persona humana -- es posible sujeto activo de la infracción pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable, el espíritu individualista que ha penetrado en el derecho moderno hace-

(18) CUELLO CALON, Eugenio ob. cit. p.258

ya indisputable este principio de la Revolución Francesa.

D.- Sujeto pasivo.

Por sujeto pasivo, paciente, ofendido o inmediato, se entiende la persona que sufre directamente la acción, sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito; el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.

Es la persona individual el sujeto del mayor número de delitos, la tutela penal la protege a lo largo de su vida, en el mayor número de preceptos de las leyes penales que tipifican los delitos (19).

Se considera que en todo delito existen dos sujetos pasivos, uno constante, esto es el estado administración que se halla presente en todo delito por cuanto todo delito es violación de un interés estatal, y uno eventual dado por el titular del interés concreto violado por la infracción, y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derecho-habiente, de la querrela y de la acción civil, - que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal (20).

(19) CARRANCA Y TRUJILLO, Raul ob. cit. pp.249-255
 (20) PORTE PETIT, Celestino ob. cit. p.420

E.- Objeto: material y jurídico.

Objeto material, es la persona o cosa sobre la que recae el delito, puede ser la persona física, la persona moral o jurídica, los animales, los seres inanimados.

Es objeto jurídico del delito, el bien o interés jurídico protegido por la norma, aquel cuya tutela establece la ley la comunicación de una pena. Es a un tiempo el objeto de protección y el objeto de ataque; más todavía, el bien jurídico de cuyo daño o peligro depende la antijuricidad de la conducta (21).

F.- Referencias a los medios empleados.

Los medios empleados son aquellas formas de realizar o manifestarse la conducta humana para producir un resultado antijurídico, por ejemplo: en un asesinato se puede emplear alguna substancia tóxica, o un puñal, etc..., en ocasiones los delitos se agravan por el medio empleado para producirlos.

Existen medios en los cuales las referencias son temporales, si éstas se relacionan con el tiempo, de no existir esta concurrencia no dará lugar a la tipicidad. Otros en los que las referencias son es-

(21) DE P. MORENO, Antonio, "Derecho Penal Mexicano", Parte Especial, De los Delitos en Particular, México, D. F. Segunda Edición, 1968, p.36

peciales, es decir de lugar, la ley señala como típicos determinados medios locales de comisión del delito, y que la ejecución del acto en otro lugar recae bajo el tipo.

En algunos casos se exigen determinados medios, dando origen a los llamados delitos con medios legalmente determinados o limitados. En éstos la tipicidad de la conducta se produce, no mediante cualquier realización del resultado final, sino cuando este resultado se ha logrado de la manera que la ley determina.

5.3.- Clasificación de los tipos.

En la clasificación de los tipos utilizo la que al respecto ha hecho la Suprema Corte de Justicia de México, que señala: desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos estos se han clasificado en :

- 1.- Fundamentales o básicos
- 2.- Especiales y
- 3.- Complementados o complementarios(22).

¿Qué debe entenderse por tipo fundamental o básico?. Aquel en que cualquier lesión del bien jurídico basta por si sola para integrar un delito. Es el que se presenta en su puro modelo legal, sin más carac-

(22) PORTE PETIT, Celestino ob. cit. pp.432-433-435-436-447

terística que la essentiale delicti. O bien son aquellos que contienen una descripción que sirve de base a otros tipos derivados.

Tipo básico es aquel que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo por ejemplo el homicidio.

Especiales.- En contraste con el fundamental o básico existe el delito especial, que se forma autónomamente agregándose al tipo fundamental otro requisito. Los tipos especiales pueden ser: privilegiados o - cualificados.

Un delito es especial cualificado, cuando se forma autónomamente agregando al tipo fundamental o básico alguna circunstancia que implica aumento o disminución de la pena, como por ejemplo el infanticidio.

Los complementados o complementarios como su nombre lo indica estos tipos necesariamente necesitan para originarse el tipo fundamental o básico, el complemento de esta clase de delitos serían las circunstancias que bien podrían ser agravantes o atenuantes con las que el delito se reviste en un momento dado. El tipo complementario es también una especie del básico genérico, pero en éste la figura no aparece completa sino que se

integra con el tipo básico al que está subordinado y por un complemento del núcleo, que en el tipo básico se ha de finido (23).

5.4.- Tipo de daño y de peligro.

La diferenciación de estos tipos es la siguiente: si el tipo ampara los bienes frente a su destrucción o disminución el tipo se clasifica como de daño, por ejemplo: el homicidio, el fraude, el abuso de confianza. Si el tipo protege a los bienes contra la posibilidad de ser dañados, será de peligro como el disparo de arma de fuego, la omisión de auxilio (24).

6.- Antijuricidad.

6.1.- Concepto.

La antijuricidad es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza.

"Obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales" (25).

6.2.- Elementos.

A.- Conducta externa (objetiva) es decir que atiende sólo al acto en sí.

(23) PORTE PETIT, Celestino ob. cit. p.447

(24) PORTE PETIT, Celestino ob. cit. p. 449

(25) CUELLO CALON, Eugenio ob. cit. p. 309

B.- que ese acto constituya una violación al derecho (una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación).

6.3.- Antijuricidad formal y material.

Según CUELLO CALON, la rebelión contra la norma jurídica constituye la antijuricidad formal y el daño o perjuicio social causado por esa rebelión constituye la antijuricidad material.

6.4.- Ausencia de antijuricidad.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación pues ésta constituye el aspecto negativo de la antijuricidad (26).

(26) CUELLO CALON, Eugenio ob. cit. p.320

7.- Causas de justificación.

7.1.- Concepto.

Existe una causa de lícitud o justificación cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante; es aquella situación especial en la que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone (27).

7.2.- Causas que excluyen la incriminación.

Las causas que excluyen la incriminación son: ausencia de conducta, causas de justificación, causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad.

7.3.- Excluyentes supra-legales.

A las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley se les llama supra-legales; no es correcta esta descripción pues sólo pueden operar si se desprenden dogmáticamente es decir, el ordenamiento positivo, más la doctrina designa así a las causas impeditivas de la aparición de algún factor indispen-

(27) PORTE PETIT, Celestino ob. cit. p.169

sable para la configuración del delito y que la ley no enuncia específicamente.

7.4.- Razón de ser de las causas de justificación.

Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuricidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El estado excluye la antijuricidad que en condiciones ordinarias subsistiría cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso. Para EDMUND MEZGER la exclusión de la antijuricidad se funda: en la ausencia de interés y, en función del interés preponderante.

7.5.- Las causas de justificación.

Las causas de justificación son: legítima defensa, estado de necesidad (si el bien salvado es más valioso que el sacrificado), cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer) cuando se equipara al cumplimiento de un deber, impedimento legítimo.

Es legítima la defensa necesaria

para rechazar una agresión actual, o inminente, o injusta mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor.

Estado de necesidad, es una situación de peligro que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.

Nuestro código establece en la fracción V del artículo 15, como excluyente de responsabilidad : "obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley".

8.- Imputabilidad e inimputabilidad.

8.1.- Concepto.

La imputabilidad es la capacidad de querer y de entender en el campo del derecho penal.

8.2.- La responsabilidad.

Es el deber jurídico en que se halla el ser humano imputable de dar cuenta a la sociedad de su acción.

8.3.- Fundamentos de la responsabilidad.

Desde tiempos lejanos se ha

tomado en cuenta para la declaratoria de responsabilidad del delincuente, no sólo el resultado objetivo del delito, sino también la causalidad psíquica.

La influencia del cristianismo en la legislación penal convirtió el libre albedrío en el eje central del derecho represivo.

8.4.- Acciones libres en su causa (acciones liberae in causa).

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el agente, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación de inimputable realizando en esas condiciones la acción delictiva. A esas acciones se les llama liberae in causa (libres en su causa pero determinadas en cuanto a su efecto) (28).

8.5.- Concepto de inimputabilidad.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, son aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de atribuirle el acto que realizó.

8.6.- Causas de inimputabilidad.

A.- Falta de desarrollo mental: minoría de edad y sordomudez.

(28) FORTE PETIT, Celestino ob. cit. pp.170-171-174-175-187-198-200-201-202-330 y 443

B.- Falta de salud mental.

C.- Trastorno mental transitorio: embriaguez, fiebre y dolor (29).

9.- Culpabilidad.

9.1.- Concepto.

La culpabilidad puede definirse como: el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley, aunque aquí es imprescindible hablar de la imputabilidad en el sentido de que ésta es un supuesto previo a la culpabilidad, pues sin la imputabilidad que es la capacidad de conocer y querer realizar determinada conducta, es decir; se necesita una condición especial de ser del agente, se refiere a un estado espiritual del mismo y tiene como fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos.

9.2.- Elementos.

a) psicológicos (salud mental)

b) biológicos (madurez física).

(29) JIMENEZ DE ASUA, Luis "La Ley y el Delito", p.339

9.3.- Teoría psicologista y teoría normativista de la culpabilidad.

Teoría psicologista; aquí la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad, ya supuesta la esencia de la culpabilidad, consiste en el proceso intelectual desarrollado en el autor.

Teoría normativista; para esta doctrina el ser de culpabilidad lo constituye un juicio de reproche, una conducta es culpable si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta distinta a la realizada.

9.4.- Clases de culpabilidad.

La culpabilidad reviste dos formas una más grave que es el dolo (o sea la intención de realizar un hecho que la ley prevé como delito), y otra de menor gravedad la culpa (cuando obrando sin intención y sin el cuidado debido se causa un resultado dañoso, -previsible y penado por la ley) (30).

(30) CUELLO CALON, Eugenio ob. cit. pp.214-216-390

10.- Inculpabilidad.

10.1.- Concepto.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad.

10.2.- Causas de inculpabilidad.

Podría afirmarse que el fundamento de todas las causas de inculpabilidad está en que no puede exigirse una conducta adecuada a la norma, bien porque el error esencial invencible del agente le hizo creer que su acción estaba justificada o porque la violación moral o la situación del individuo, en si misma o en su ligamen con otras personas no le permitía ajustarse a lo que él consideraba como justo y en otra coyuntura hubiera respetado (31).

11.- Punibilidad.

11.1.- Concepto.

La punibilidad se refiere al momento normativo de una abstracta referencia en la ley, de la sanción con que se ve amenazada a una conducta descrita en abstracto (32).

11.2.- Elementos.

- a) merecimiento de penas.

(31) JIMENEZ DE ASUA, Luis "La Ley y el Delito", pp.303-304

(32) JIMENEZ DE ASUA, Luis Trat. op. cit. pp.224-225

- b) amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos le gales.
- c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

11.3.- Ausencia de punibilidad.

Son aquellas causas que dejando unisubsistente el carácter delictivo de la conducta o he cho impiden la aplicación de la pena, por razón de las personas y la utilidad social de la impunidad como no san cionables (33).

11.4.- Excusas absolutorias.

Los juristas ofrecen varias definiciones que coinciden en su esencia, por ejemplo:

MAX ERNST MAYER las incluye en el grupo de las causas que dejan subsistente el carácter delictivo del acto y que no hacen más que excluir la pena.

Para JIMENEZ DE ASUA las excusas absolutorias son:

(33) CARRANCA Y FRUJILLO, Raul ob. cit. p.140

Las que hacen que, a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y culpable no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública (34).

11.5.- Actos que dan origen al delito.

Puede decirse que toda conducta que no esté encaminada a la realización de un acto lícito, dará lugar al nacimiento de un delito, pues humanamente es imposible señalar los actos que dan origen a los delitos.

(34) JIMENEZ DE ASUA, Luis *Trat. ob. cit.* V.VII, pp.107-108

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA Y EL DELITO DE FRAUDE.1.- Delito de abuso de confianza.1.1.- Concepto.

La idea que del delito de abuso de confianza se ha tenido de la época romana a nuestros días, sufrió una serie de modificaciones. En el derecho romano no existía una clara diferenciación entre el abuso de confianza y el robo ni entre éstos con el delito de fraude o estafa, se les denominaba estelionatos. Posteriormente se utilizó la palabra hurto que no tenía ningún significado técnico, y ésta fué substituida por los jurisconsultos romanos con manoxo que se aplicó con bastante propiedad al apoderamiento de la cosa, de attrestare, contrectare, la que a su vez fué reemplazada por substracción.

Durante largo tiempo dominó con su significado romano la palabra substracción a la contrectatio del derecho tradicional furtum est contrectatio fraudulosa (35).

(35) DE P. MORENO, Antonio "Derecho Penal Mexicano", Parte Especial, De Los Delitos en Particular, México, D.F. Segunda Edición, 1968, pp.169-178

Posteriormente la legislación francesa en su ley del 13 de mayo de 1863 dió la base del actual delito de abuso de confianza con esta redacción: "el que en perjuicio del dueño, poseedor o detentador, distrajera o disipare efectos, dinero, mercancías, billetes, cartas de pago o cualesquiera otro documento que produzca o lleve consigo una obligación o descargo que se le hubiere entregado en depósito o por virtud de un empleo asalariado, - con cargo de devolverlos, presentarlos o de aplicarlos a un uso determinado sufrirá las penas señaladas en el artículo 406" (36).

En nuestra legislación sus antecedentes los encontramos en el artículo 407 del código de MARTINEZ CASTRO, con posterioridad las observaciones hechas por Don MIGUEL S. MACEDO, en la exposición de motivos del proyecto de reformas al código penal en 1912 se halla, el fundamento de la definición actual del delito de abuso de confianza que a la letra dice:

Artículo 382 Código Penal.- Al que con perjuicio de alguien, disponga para si o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa hasta con número 100 veces el salario cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.

(36) SODI, Demetrio "Nuestra Ley Penal", Edición Sudamericana, p.89

Si excede de esta cantidad pero no de 2, 000 la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 hasta 180 veces el salario.

Si el monto es mayor de 2, 000 veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario.

El delito que nuestra ley mexicana designa abuso de confianza, siguiendo lo señalado por el código francés, consiste en la antijurídica apropiación que el agente hace de la cosa ajena mueble que obra en su poder por habersele transmitido la tenencia, abusando de la confianza en él depositada (37).

El diccionario dice:

Abuso: Su acción y efecto de abusar.

Abusar: Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de una cosa.

Confianza: F. Esperanza firme que se tiene en una persona o cosa, de confianza loc.- dícese de la persona en quien se puede confiar y de aquella con quien se tiene

(37) JIMENEZ HUERTA, Mariano "Derecho Penal Mexicano", México, D.F. 1980, p.170

trato familiar, dicese de las cosas muy adecuadas para el fin a que se destinan (38).

1.2.- Elementos.

En el delito de abuso de confianza los elementos constitutivos son:

1.- Transmisión de la simple tenencia más no el dominio de la cosa mueble al abusario.

2.- Disposición indebida de la cosa mueble que el abusario recibió condicionalmente.

3.- La disminución que de manera injusta sufre en su patrimonio el sujeto pasivo del delito (39).

El abuso de confianza necesariamente requiere que la cosa mueble se haya dado previamente al abusario en simple tenencia de ella, y no el dominio para disponer del objeto, por lo que se supone se tiene solamente la posesión precaria del bien, teniendo la obligación de restituir o destinarlo al fin para el que le fué remitido.

(38) DICCIONARIO Aristos, Barcelona, España, 1975, pp.16-154

(39) DE P. MORENO, Antonio ob. cit. p.173

La disposición indebida de la cosa para sí o para otro, se entiende el hecho de que su precario poseedor viola la finalidad jurídica de la tenencia, se apropia de dicho bien material disponiendo o disipando de ésta como si fuera su legítimo propietario. En sí la disposición del bien en personal provecho del tenedor o para otro, es el elemento consumativo del delito de abuso de confianza.

En el abuso de confianza la disminución patrimonial de los bienes del sujeto pasivo es consecuencia lógica de la disposición indebida que hace el sujeto activo del mismo, el daño al patrimonio se percibe en el momento en que debido a la criminal maniobra sobre la cosa no se logra su restitución o no se puede hacer uso de los derechos sobre ella (40).

1.3.- Conducta.

"La esencia de la conducta radica en que el agente disponga del objeto material del delito"(41).

1.4.- Clasificación en orden a la conducta.

Debido a que en nuestra legislación penal se utiliza la palabra disponer (disponga) que indica una actividad por parte del sujeto activo, un hacer volun

(40) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco "Derecho Penal Mexicano", México, D.F., Décima Octava Edición, 1982, pp. 229-230-232

(41) JIMENEZ HUEBLL, Mariano op. cit. p.125

vario, su conducta se manifiesta materialmente en forma de acción positiva o negativa. Por lo tanto en orden a la conducta se clasifica como delito de acción (42).

La naturaleza misma del delito excluye la posibilidad de llevar a cabo la acción consumativa del abuso de confianza en forma imprudencial.

En el delito de abuso de confianza la violación de la finalidad jurídica de la tenencia que es la característica principal, sólo es factible que surja de modo intencional (43).

1.5.- Clasificación en orden al resultado.

Como el abuso de confianza tiene lugar en el momento mismo de la disponibilidad en que el agente hace para si o para otro de la cosa ajena mueble, se trata de un delito instantáneo. Considerando además que la ley ampara el deterioro de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo, de una efectiva lesión, y no sólo de un supuesto peligro de dichos bienes se considera que es un delito de lesión o daño.

(42) PAVON VASCONCELOS, Francisco "Comentarios de Derecho Penal", México, D.F., Quinta Edición, 1982, p.163

(43) DE P. MORENO, Antonio ob. cit. p.173

1.6.- Ausencia de conducta.

Tomando en consideración que la disposición o apropiación de la cosa mueble objeto del delito requiere necesariamente una actividad voluntaria, para integrar la conducta como elemento objetivo del delito, habrá ausencia de conducta cuando esta actividad sea involuntaria.

1.7.- Tipicidad.

Hay tipicidad en la conducta cuando ésta se adecúa a los elementos descriptivos del artículo 382 del código penal (se tipifican en la disposición de la cosa).

1.8.- Ausencia de tipicidad.

Si tanto la descripción típica del sujeto activo, del sujeto pasivo y las condiciones que debe reunir la cosa como objeto del delito no se adecúan a lo descrito por el legislador existirá ausencia de tipicidad o atipicidad.

1.9.- Tipo.

El delito de abuso de confianza es en esencia un acto único, pues la acción típica no permite división en varios actos, es por ello de naturaleza uniusubsistente.

Como en el delito de abuso de confianza se viola la buena fé o seguridad ofrecida al agente se considera delito patrimonial porque daña el derecho de la posesión de las cosas que forman parte del patrimonio de las personas, quebrantando con ello la finalidad jurídica de la tenencia, por tanto el abuso de confianza se consuma cuando el agente dispone de la cosa mueble sin que se le haya transmitido el dominio de ella, ajustándose con ese sólo hecho a lo descrito por el legislador.

1.10.- Antijuricidad.

Normalmente se dice abordando la cuestión en forma negativa, que hay antijuricidad en el abuso cuando el acto de disposición de la cosa ajena mueble no se encuentra justificado en la ley. Es la disposición in justa lo que constituye la acción antijurídica en el abuso de confianza, dado que cuando tal disposición es justa impide la calificación objetiva de ilicitud.

1.11.- Causas de justificación.

Se puede hablar de causas de justificación en este delito:

El estado de necesidad cuando la disposición del bien es motivada por la situación de peligro en que se encuentra el agente y la apropiación de la cosa

es necesaria para la salvaguarda de un bien de mayor jerarquía como es la vida y la salud.

El cumplimiento de un deber cuando el poseedor precario dispone de la cosa apropiándose de ella en cumplimiento de un mandato legal, cuando éste es emanado de autoridad competente, o bien ejercicio de un derecho declarado, no existe antijuricidad en la acción del agente, pues su conducta está justificada en la ley.

El consentimiento del ofendido es posible en el abuso de confianza debido a que se trata de bienes disponibles; el propietario legítimo puede consentir en la apropiación de la cosa por el poseedor en precaria tenencia ya sea en forma expresa o tácita, y en este caso no hay ilicitud en la conducta (aquí el consentimiento del ofendido debe ser otorgado con anterioridad al acto de disponibilidad).

1.12.- Imputabilidad e inimputabilidad.

La imputabilidad en el abuso de confianza se considera como la capacidad de entender y el deseo del agente de querer realizar la acción delictiva, para apropiarse de la cosa objeto del delito pues el acto delictivo sólo se admite por comisión dolosa del agente.

Si ésta no existe el delito no se lleva a cabo.

1.13.- Culpabilidad.

"Disponer de una cosa es apropiarse de ella con ánimo de dominio". Y nada más cierto, de modo que la apropiación sin ese ánimo no puede hablarse del delito por faltar el elemento subjetivo de culpabilidad en el agente (44).

1.14.- Inculpabilidad.

Existen propiamente dos grandes causas de inculpabilidad: genérica una y general otra, con alcances supralegales.

1.- Error con sus especies y variedades: error de hecho, error de derecho, eximentes putativas y obediencia jerárquica.

2.- No exigibilidad de otra conducta.

Error de hecho.- Recae sobre hechos jurídicos es decir sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica.

Error de derecho.- Recae sobre una regla de derecho; es decir sobre el derecho objetivo.

(44) PAVON VASCONCELOS, Francisco pb. cit. pp.123-124-125-126-127-128-129

Eximentes putativas.- Cabe lo putativo en el cumplimiento de la ley cuando se cree que ésta autoriza un acto que, en realidad no se permite.

Obediencia jerárquica.- El que actúa en obediencia jerárquica cree que lo mandado es legítimo y por ello actúa.

No exigibilidad de otra conducta, se deduce que cuando no es exigible otra conducta, nos hallamos en presencia de una causa general de inculpabilidad (45).

1.15.- Punibilidad.

Para la punibilidad en el abuso de confianza, la ley atiende para sancionarla al monto del perjuicio causado y apreciado en dinero; la pena será hasta de un año y multa de 100 veces el salario cuando el monto del abuso no excede de 200 veces el salario. Si excede de esta cantidad pero no de 2,000 veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario (46).

(45) JIMENEZ DE ASUA, Luis "La Ley y el Delito", pp.392-404-407-410

(46) Código Penal para el D.F., Art. 382

1.16.- Actos y contratos que dan origen al abuso de confianza.

Resultaría imposible enumerar los actos jurídicos que pueden dar origen al abuso de confianza, puede decirse en términos generales que este delito es cometido por aquellas personas que tienen la legítima tenencia del objeto material y dan lugar a él según la legislación: Los contratos, las resoluciones judiciales u orden de autoridad y son :

Arrendamiento; comodato; mandato; comisión mercantil; prestación de servicios; prenda; modalidad rescisoria de la compra-venta; tutela; albaceazgo; sindicatura; secuestro; régimen de separación de bienes en el contrato matrimonial; bienes muebles de los hijos sujetos a la patria potestad; depositario de los bienes del ausente; administración de sociedades y asociaciones civiles; depósito de mercancías en almacenes generales; fideicomiso de bienes muebles.

La descripción que los juristas dan a estos actos y contratos originadores del delito de abuso de confianza son:

1.- Arrendamiento.- Artículo 2398 del código civil que dice: "hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente una a conceder el uso o goce temporal de una cosa y la otra a

pagar por este uso o goce un precio cierto. . . ." Siendo la esencia del contrato de arrendamiento el otorgamiento del uso o goce temporal de una cosa a cambio de una remuneración, el arrendatario la recibe en precaria tenencia, - sólo lo autoriza a servirse de ella durante un tiempo y - uso convenidos, que resulte conforme a su naturaleza o destinación, surgirá el abuso de confianza en el instante en que el sujeto activo disponga de la cosa con ánimo de dominio, para venderla, gravarla o empeñarla, o para retenerla como si fuera el legítimo propietario.

2.- Comodato.- El comodato o préstamo de uso es un contrato sobre las cosas no traslativo de dominio, consiste en la concesión gratuita del uso de una cosa no fungible con la obligación de restituirla individualmente. Artículo 2497 del código civil: "El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se -- obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro la obligación de restituirla individualmente".

Si el usuario gratuito de la cosa - dispone del bien dará lugar al abuso de confianza.

3.- Depósito.- En materia de depósito se hace distinción según se trate de depósitos civiles, mercantiles o bancarios.

Depósito civil.- Contrato por el cual el depositario se obliga así al depositante a recibir una cosa mueble o inmueble, que el depositario le confía y a guardarla para restituirla cuando la pida, es decir, únicamente se transfiere al tenedor de la cosa la simple tenencia para el único objeto de guardarlo y restituirla, configurando el abuso de confianza la disposición o adueñamiento del bien mueble depositado.

Depósito mercantil.- El artículo 335 del código de comercio reza: el depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba, y a devolverla con los documentos si los tuviere, cuando el depositante se lo pida. En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia. En el depósito mercantil en general, el custodio o guardador de las cosas no tiene facultad alguna de disposición si las distrae o las disipa, comete el abuso de confianza.

Tratándose de depósitos bancarios a la vista, a plazo o previo aviso, de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras.

Cuando el depositario dispone de esos valores fungibles no ha lugar al abuso de confi-

anza, porque la operación le transfiere la propiedad y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo cuando el dinero se entregue en caja, saco o sobre cerrado, en tal caso el depósito es ordinario no tratativo de la propiedad, artículos 267 y 268 de la ley de títulos y operaciones de crédito.

Artículo 267.- "El depósito es una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie salvo lo dispuesto en el artículo siguiente".

Artículo 268.- "Los depósitos que se constituyan en caja, saco o sobre cerrados no transfieren la propiedad al depositario y su retiro quedará sujeto a los términos y condiciones que en el contrato mismo se señala".

El depósito bancario de títulos puede dar ocasión al abuso de confianza pues por sistema general, no transmite la propiedad al depositario, excepto cuando el depositante autoriza la disposición de los títulos, pues entonces el depositario sólo se obliga a restituir otro tanto de la misma especie, artículo 276 de la ley de títulos y operaciones de crédito.

Artículo 276.- "El depósito bancario de títulos no transfiere la propiedad al depositario a menos que, por convenio escrito, el depositante lo autorice a disponer de ellos con obligación de restituir otros tantos títulos de la misma especie".

4.- Mandato.- El mandato, contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga, dentro de sus grandes variedades puede traer como consecuencia la recepción precaria de bienes por el mandatario para destinarlos a ciertos usos o con obligación restitutoria.

5.- Comisión mercantil.- Las observaciones anteriores son aplicables a la comisión mercantil, dado que ésta no es sino el mandato aplicado a actos concretos de comercio artículo 273 del código de comercio.

Artículo 273.- "Salvo convenio en contrario, en los depósitos con interés, éste se causará desde el primer día hábil posterior a la fecha de la remesa y hasta el último día hábil anterior a aquél en que se haga el pago".

6.- Prestación de servicios.-

Las diversas formas de prestación de servicios, tales como servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado donde el operario sólo pone su trabajo, el contrato de hospedaje, la prestación de servicios profesionales, y el contrato de obras a precio alzado, reglamentados por la ley del trabajo y código civil respectivamente, cuando dan por resultado la recepción de bienes muebles sin transmisión de dominio para los simples efectos del trabajo encomendado, puede dar ocasión al abuso de confianza.

7.- Prenda.- Puede existir caso de disposición indebida, elemento de abuso de confianza, con motivo de los contratos o actos en que se otorgue prenda, porque ésta es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago artículo 2856 del código civil.

Artículo 2856.-"La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

8.- Modalidad rescisoria de la compra-venta.- Las ventas en abonos de automóviles, motores, pianos, máquinas de coser y otros bienes susceptibles de identificarse de manera indubitable se pueden pactar con la modalidad de que la falta de pago de uno o varios abonos ocasione la rescisión del contrato mediante - los requisitos marcados en el artículo 2310 del código civil.

Artículo 2310.- La venta que se haga facultando al comprador para que pague el precio en abonos se sujetará a las reglas siguientes:

I.- Si la venta es de bienes inmuebles, puede pactarse que la falta de pago de uno o varios abonos ocasionará la rescisión de contrato, la rescisión producirá efectos contra tercero que hubiese adquirido los bienes de que se trata, siempre que la cláusula rescisoria se haya inscrito en el registro público.

II.- Si se trata de bienes muebles, tales como automóviles, motores, pianos, máquinas de coser y otros que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable, podrá también pactarse la cláusula resolutoria de que habla la fracción anterior y esa cláusula producirá efectos contra tercero que haya adquirido los bienes, si se inscribió en el registro público.

III.- Si se trata de bienes muebles que no sea susceptibles de identificarse indubitablemente y que, por lo mismo, su venta no pueda registrarse, los contratos podrán pactar la rescisión de la venta por falta de pago, pero esa cláusula no producirá efectos contra tercero de buena fe que hubiera adquirido los bienes a que esta fracción se refiere.

Ese carácter impone una condicional restitución de la cosa y hace posible el delito de abuso de confianza.

9.- Tutela, albaceazgo, sindicatura.- Los tutores, albaceas o síndicos reciben los bienes para su guarda y administración con obligación de restituirlos, la destrucción, disipación o adueñamiento que cometen en los bienes muebles conformarán el abuso de confianza.

10.- Secuestro.- En el secuestro deben distinguirse los siguientes casos:

El depositario de los bienes secuestrados o embargados es su propio dueño, no es posible abuso de confianza porque conserva su dominio no obstante con el embargo disminuyen sus derechos de disposición nuestro código establece expresamente; que se

considera como abuso de confianza para los efectos de la pena el hecho de disponer o sustraer una cosa su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial (primera parte fracción I del - - artículo 383 del código penal).

Artículo 383.- Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena: el hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial, o bien si la hubiere dado en prenda y la conserva en su poder como depositario a virtud de un contrato celebrado con institución de crédito, en perjuicio de ésta.

El legislador consideró establecer como equiparable al abuso de confianza, el hecho de disponer o sustraer una cosa, por parte de su dueño, cuando la ha dado en prenda y la conserva en su poder en virtud de un contrato.

El depositario no es el propietario de los bienes, como recibe las cosas en custodia y no en dominio, su disposición configura el abuso.

El depositario es simple interventor con cargo a la caja de la negociación embar-

gada, cometerá el interventor verdadero abuso de confianza en los casos en que disponga del producto de las ventas del cual se le ha conferido la tenencia precaria.

11.- Régimen de separación de bienes en el contrato matrimonial.

El artículo 215 del código civil dice: los bienes de los cónyuges adquiridos en común por donación, herencia, legado, o cualquier otro título gratuito o por dón de la fortuna, entre tanto se hace la división serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro, pero en ese caso el que administre será considerado como mandatario.

Si el conyuge administrador y mandatario dispone de los bienes muebles que corresponden a su mandante, cometerá el delito de abuso de confianza.

12.- Bienes muebles de los hijos sujetos a la patria potestad.

El artículo 428 del código civil en relación con el 429 y 430, atribuyen la propiedad, administración y usufructo al hijo, de los bienes que adquiere por su trabajo; pero en cambio tratándose de bienes que adquiriera por otro título ordena que le corres-

ponde su propiedad y la mitad del usufructo a quien o quienes ejerzan la patria potestad, salvo disposición en contrario del testador, legador o donante.

El artículo 436 del código civil, resguarda los bienes del hijo con la prohibición expresa a los que ejerzan la patria potestad de enajenar o gravar de algun modo los muebles que corresponden al hijo, salvo el caso de absoluta necesidad o evidente beneficio, al criterio del juez que debe otorgar la autorización. Cuando éste ejerce la patria potestad y viola las prohibiciones legales, jurídicamente comete abuso de confianza; pero ésta no produce responsabilidad penal para su tutor, por aplicación de los artículos 385 en relación con el 377 del ordenamiento penal.

Artículo 377.- El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, no produce responsabilidad penal contra dichas personas. Si además de las personas de que habla este artículo tuviere intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a ésta la excusa absolutoria, pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido. Pero si procediere acompañarse o siguiere al robo algún otro hecho que por sí sólo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señala la ley.

Artículo 378.- El robo cometido por un cónyuge contra el otro, por un suegro contra su yerno o su nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra otro hermano, produce responsabilidad penal, pero no se podrá proceder contra los delincuentes sino a petición del agraviado.

13.- Depositario de los bienes del ausente.

El artículo 652 del código civil expresamente previene que las obligaciones y facultades del depositario serán las que la ley asigna a los depositarios judiciales. A reserva de analizar la figura del depositario y su variante, éstos reciben las cosas muebles de los que se les transmiten la simple tenencia. Si las distraen de su objeto cometen abuso de confianza.

14.- Administración de sociedades y asociaciones civiles.

En su ejecución puede presentarse el delito cuando el administrador abuse de la confianza y de las facultades otorgadas.

15.- Depósito de mercancías en almacenes generales.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 280 de la ley general de títulos y operaciones de crédito que a la letra dice: salvo el caso a que se refiere el artículo siguiente, los almacenes generales están obligados a restituir los mismos bienes o mercancías depositadas, en el estado en que los hayan recibido, respondiendo sólo de su conservación aparente y de los daños que se deriven de su culpa.

La acción dispositiva puede ser llevada a cabo por persona física, que represente a la entidad jurídica o que actúe en su nombre y bajo su responsabilidad, será penalmente responsable del delito la persona física que autorice, ordene o ejecute dicha acción dispositiva.

El caso del depósito de mercancías o bienes individualmente protegidos, no transfiere el dominio de ellos, de conformidad con el artículo 282 de la ley mercantil al depositario, que está obligado a devolverlos también individualmente. El acto dispositivo de dichas mercancías o bienes originan el delito de abuso de confianza.

16.- Fideicomiso de bienes muebles.

Artículo 346 de la ley general de títulos y operaciones de crédito: en virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Quedan fuera de posibilidad de constituir el fideicomiso, los bienes que de acuerdo con la ley, sean estrictamente personales de su titular, previene el artículo 351 de la mencionada ley. Si el fin determinado objeto del fideicomiso, impidiera por su naturaleza la disposición de la cosa, y el fiduciario dispone de ella, comete el delito de abuso de confianza(47).

(47) DE P. MORENO, Antonio ob. cit. pp.174-175-176-177-178
179-180-181-182-183 y 184
GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco ob. cit. pp.233-234-235
236-237-238 y 239

2.- Delito de fraude.

2.1.- Concepto.

El origen del delito de fraude se remonta al igual que el delito de abuso de confianza, a la definición que de ellos hicieron los jurisconsultos romanos, a este respecto CARRARA escribió: el stellionatum (estelionato) derivado de estelión (animal de indefinibles colores) que se usó como título delictivo aplicable a los actos ilícitos efectuados en perjuicio de la propiedad ajena los cuales oscilaban entre la falsedad y el hurto sin identificarse plenamente con ninguno de ellos (48).

En Francia, la denominación otorgada por la legislación al fraude o estafa es; escroquerie, que esencialmente coincide en lo general con la figura designada en nuestra ley, se caracteriza por el hecho de inducir a alguien mediante engaños o artificios a incurrir en un error para obtener un lucro indebido.

En nuestro país encontramos la descripción típica del delito de fraude en el artículo 386 del código penal para el distrito federal en los siguientes términos.

Artículo 385.- 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 alcan

(48) PAVON VASCONCELOS, Francisco ob. cit. pp.147-148-149

za un lucro indebido (49).

Conforme a su noción doctrinaria penal, el delito de fraude es también un delito patrimonial, que consiste principalmente en obtener mediante falacias o engaños, o por medio de maquinaciones o artificios, la usurpación de cosas o de hechos ajenos (50).

"Acto mediante el cual una persona engañando a otra o aprovechándose del error en que se halla, obtiene ilícitamente alguna cosa o lucro indebido" (51).

La verdadera esencia antijurídica del delito de fraude, consiste en los engaños, ardides o artimañas y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para inducir en un error a otro y obligarlo a realizar una acción de disposición patrimonial.

Esta original esencia del delito de fraude trasciende a la consideración penalista en los diversos sistemas y criterios conceptuales seguidos por los códigos. Las notas conceptuales que distinguen esta especie típica, consisten precisamente, en la obtención de una cosa o en el logro de un enriquecimiento indebido a través de engaños, maquinaciones o artificios, como se establece en nuestro código penal (52).

(49) DE P. MORENO, Antonio ob. cit. p.197

(50) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco ob. cit. p.241

(51) DE PINA, Rafael, DE PINA VERA, Rafael "Diccionario de Derecho", p.238

(52) JIMENEZ HUERTA, Mariano ob. cit. p.138

2.2.- Elementos.

1.- Una actitud engañosa o el aprovechamiento del error por parte del sujeto activo del delito.

2.- El hecho de que el sujeto activo del delito se hace ilícitamente de una cosa.

3.- La obtención de un lucro indebido que el agente activo obtiene del sujeto pasivo.

4.- La relación de causalidad entre la actividad engañosa y la obtención de un lucro (53).

JIMENEZ HUERTA, manifiesta que, los elementos constitutivos del delito de fraude son: una conducta falaz, un acto de disposición y; un daño y un lucro patrimonial (54).

A su vez DE P. MORENO señala como elementos constitutivos del delito de fraude: engañar a alguno o bien aprovecharse de su error, la acción consumativa; de que el sujeto se haga ilícitamente de la cosa ajena o alcance un lucro indebido, la relación o presupuesto lógico que debe unir inseparable y fatalmente la actitud engañosa o el aprovechamiento del error (55).

(53) PAVON VASCONCELOS, Francisco ob. cit. p.168

(54) JIMENEZ HUERTA, Mariano ob. cit. p.154

(55) DE P. MORENO, Antonio ob. cit. p.190

2.3.- Conducta.

La conducta en el delito de fraude está presente en el momento mismo en que el agente se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, mediante el engaño o aprovechamiento del error en que se halla la víctima para hacerse del objeto material (56).

2.4.- Clasificación en orden a la conducta.

El engaño como medio comisivo del delito de fraude implica necesariamente una actividad del sujeto activo, por ende es un delito de acción (comisión), de comisión por omisión y unisubsistente o plurisubsistente.

El aprovechamiento del error también como medio comisivo, implica una actividad comprendiendo esta acción todos los actos realizados por el agente para reforzar el estado anímico del sujeto pasivo, aunque de igual manera puede consistir en una inactividad para llegar a la obtención de la cosa objeto del ilícito o del lucro indebido. Ahora bien; si el acto delictuoso necesita de unidad o pluralidad de acciones, el delito será por tanto unisubsistente o plurisubsistente.

(56) PAVON VASCONCELOS, Francisco ob. cit. p.255

2.5.- Clasificación en orden al resultado.

En cuanto al resultado, el fraude es un delito instantáneo, material y de daño o lesión.

Es instantáneo, en virtud de que la disminución del bien jurídico revela la consumación instantánea del delito, (en el instante en que el sujeto activo se hace de la cosa o alcanza el lucro indebido, el fraude se ha consumado).

Es un delito material, debido a su integración conceptual, pues presupone el desplazamiento o disminución patrimonial que implica el acto de disposición. Es claro que en el delito de fraude, el engaño, el aprovechamiento del error por el sujeto activo y el lucro indebido que éste alcanza son elementos predominantemente psíquicos pues la manifestación de la conducta, es exteriorizada por una falsa apariencia que encubre la verdadera intención del agente para inducir a otro (sujeto pasivo) a cometer o caer en un engaño y, a su vez el sujeto activo aproveche ese margen de error en que se encuentra la víctima para obtener un lucro indebido, mediante la entrega de la cosa en detrimento patrimonial del sujeto pasivo (57).

(57) JIMENEZ HUERTA, Mariano ob. cit. pp? 145-146-147

2.6.- Ausencia de conducta.

Habrá ausencia de conducta en el delito de fraude cuando el sujeto activo reciba la cosa objeto del mismo sin emplear los medios comisivos de engaño o aprovechamiento del error en que se encuentra el sujeto pasivo cuando se habla del delito de fraude. Es decir el agente debe realizar una actividad intelectual especial, para expresar la acción o conocer el estado de error en que se encuentra el sujeto pasivo.

2.7.- Tipicidad.

Como en el artículo 286 del código penal no se establece alguna calidad especial en los sujetos activos o pasivos del delito, cualquier persona puede colocarse en el supuesto de la ley, por lo tanto habrá tipicidad si el sujeto activo del delito es una persona plenamente capaz e imputable, pues sólo así podrá responder de la acción delictuosa que cometa.

2.8.- Ausencia de tipicidad.

Existirá ausencia de tipicidad del hecho, si falta la adecuación de éste al tipo legal. Es decir, no existen los medios comisivos del error y engaño y, si falta el objeto jurídico del delito.

2.9.- Tipo.

Como en el fraude genérico simple, no necesita de ningún otro tipo legal para tener existencia propia tiene el carácter de tipo autónomo e independiente. Así mismo el fraude es un tipo de formulación casuística y alternativamente formado, pues incluye en su definición los medios comisivos de engaño y aprovechamiento del error.

2.10.- Antijuricidad.

Con relación al fraude, se dice que el hecho es antijurídico, cuando no se encuentra amparado en una causa de justificación. La antijuricidad es inherente tanto a la acción (fraudulenta) como al resultado (ilícito).

2.11.- Causas de justificación.

Pueden funcionar en el delito de fraude como causas de justificación las siguientes:

El estado de necesidad, aquí se sacrifica el bien menor o sea el patrimonio ajeno, para salvar el mayor la vida o la integridad corporal.

El ejercicio de un derecho, el recuperar por ejemplo, la cosa propia que está en poder de otro, usando el engaño.

Cumplimiento de un deber, aquí la licitud puede emanar directamente de un precepto legal que sea causa de justificación del sujeto activo del delito.

2.12.- Imputabilidad e inimputabilidad.

En el delito de fraude la imputabilidad se observa claramente en la conducta intencionalmente dolosa del sujeto activo, es decir, el agente lleva a cabo el delito engañando y aprovechando el error en que se haga caer a su víctima, el sujeto activo tiene plena conciencia de la ilicitud de su acción y actúa en forma voluntaria para obtener el resultado deseado (58).

La inimputabilidad existirá si el sujeto lleva a cabo la acción delictuosa sin su consentimiento o sin el deseo de querer engañar al sujeto pasivo del delito de fraude.

2.13.- Culpabilidad.

Para que exista culpabilidad en el delito de fraude se requiere que la conducta del sujeto activo conformada con los elementos subjetivos de engaño y aprovechamiento del error de la víctima, dé como consecuencia el resultado deseado por el agente o sea el hacer se ilícitamente de un objeto u obtenga un lucro indebido (59).

(58) PAVON VASCONCELOS, Francisco ob. cit. pp.124-163-164
165-168-168-174-176

(59) JIMENEZ DE ASUA, Luis "La Ley y el Delito" pp.157-339

2.14.- Inculpabilidad.

Habrán casos de inculpabilidad en el delito de fraude cuando, por virtud de un error de hecho, de carácter esencial e invencible, se impide el nacimiento del dolo al faltar el elemento psicológico en cuya situación, el hecho objetivamente antijurídico no reviste causas de culpabilidad.

2.15.- Punibilidad.

Al igual que los otros delitos patrimoniales robo y abuso de confianza, el código penal adopta un sistema netamente objetivo que atiende, para graduar la pena, al importe de lo defraudado el artículo 386 establece: I.- Con prisión de tres días a seis meses y multa de 3 a 10 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad. II.- Con prisión de seis a tres 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 120 veces el salario si el valor de lo defraudado fuere de 500 veces el salario (60).

(60) PAVON VASCONCELOS, Francisco ob. cit. pp.176-177

2.16.- Los diferentes tipos legales de fraude.

Siguiendo el orden de exposición de los artículos 386 y 387 del código penal se pueden enumerar los siguientes casos:

Fraude de engaño o aprovechamiento del error; fraude de defensores o de patronos en asunto civil; penal o administrativo; fraude de disposición indebida; fraude por medio de títulos ficticios o no pagaderos; fraude de contra establecimientos comerciales, fraude de compra-venta al contado; fraude por falta de entrega de la cosa o de devolución de su importe; fraude de doble venta de una misma cosa; fraude de usura; fraude por medio de sustitutos de la moneda; fraude de simulación de contratos, actos o escritos judiciales; fraude en los sorteos o por otros medios; fraude en las construcciones; fraude en los materiales de construcción; fraude en la venta o traspaso de una negociación; fraude por supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones; fraude en la propiedad literaria, dramática o artística; fraude en contra de trabajadores; fraude por medio de mercancías subsidiadas o con franquicia; fraude cometido por intermediarios en operaciones sobre inmuebles o gravámenes reales; fraude en operaciones de condominio; fraude en la promesa falsa de trabajo a al proporcionar el mismo.

1.- Fraude de engaño o aprovechamiento del error (párrafo primero del artículo 386 del código penal).

2.- Fraude de defensores o de patronos en asunto civil, penal o administrativo (fracción I art. 387 del c.p.).

3.- Fraude de disposición indebida (fracción II art. 387 c.p.): "al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad que la gravó; parte de ellos o un lucro equivalente".

4.- Fraude por medio de títulos ficticios o no pagaderos, (fracción III art. 387 c.p.): "al que obtenga de otro una cantidad endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle".

5.- Fraude contra establecimientos comerciales, (fracción IV art. 387 c.p.): "al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe".

6.- Fraude de compra-venta al contado, (fracción V art. 387 c.p.): "al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado y rehuse despues de recibirla hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exigiere lo primero dentro de quince días de haber recibido la cosa de el comprador".

7.- Fraude por falta de entrega de la cosa o de devolución de su importe, (fracción VI, art. 385 c.p.): "al que hubiere vendido una cosa mueble y recibió su precio, si no la entrega dentro de los quince días del plazo convenido o no devuelve su importe en el mismo término en el caso de que se le exija esto último".

8.- Fraude de doble venta de una misma cosa, (fracción VII, art. 387 c.p.): "al que vende a dos personas una misma cosa, sea mueble, raíz y recibe el precio de la primera o de la segunda enajenación de ambas o parte de él, o cualquier otro lucro con perjuicio del primero o del segundo comprador".

9.- Fraude de usura, (fracción III art. 387 c.p.): "al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen créditos o lucros superiores a los usuales en el mercado".

10.- Fraude por medio de substitutos de la moneda, (fracción IX art. 387 c.p.): "al que para obtener un lucro indebido, ponga en circulación fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquier material como signos convencionales en substitución de la moneda legal".

11.- Fraude de simulación de contratos, actos o escritos judiciales, (fracción X art. 397 c.p.): "al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido. Se presumirá simulado el juicio que se siga en contra de un depositario judicial, cuando en virtud de tal juicio, acción, acto o escrito judicial resulte el secuestro de una cosa embargada o depositada con anterioridad, cualquiera que sea la persona contra la cual se siga acción o juicio".

12.- Fraude en los sorteos o por otros medios, (fracción XI art. 387 c.p.): "al que por sorteos, rifas, loterías, promesas de venta o por cualquier otro medio se quede con todo o parte de las cantidades recibidas, sin entregar la mercancía u objeto ofrecido".

13.- Fraude en las construcciones, (fracción XII art. 387 c.p.): "al fabricante, empresario, contratista, o constructor de una obra cualquiera que emplee en la construcción de la misma materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra

inferior a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de él".

14.- Fraude en los materiales de construcción, (fracción XIII art. 387 c.p.): "al vendedor, de materiales de construcción o cualquiera especie que habiendo recibido el precio de los mismos no los entregare en su totalidad o convenidos".

15.- Fraude en la venta o traspaso de una negociación, (fracción XIV art. 387 c.p.): "al que venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella, o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que éstos últimos resulten insolutos. Cuando la enajenación sea hecha por una persona moral, serán penalmente responsables los que autoricen aquélla y los dirigentes, administradores o mandatarios que la efectúen".

16.- Fraude por supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones, (fracción XV art. 387 c.p.): "al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones".

17.- Fraude en la propiedad literaria, dramática o artística, (fracción XVI c.p.): "al que eje-

cuta actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas".

18.- Fraude en contra de trabajadores, (fracción XVII art. 387 c.p.): "al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta, o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente recibe".

19.- Fraude por medio de mercancías subsidiadas o con franquicia, (fracción XVIII art. 387 c.p.): "al que habiendo recibido mercancía como subsidio o franquicia, para darles un destino determinado, las distraja de este destino o en cualquier forma desvirtúe los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia".

20.- Fraude cometido por intermediarios en operaciones sobre inmuebles o gravámenes reales, (fracción XIX art. 387 c.p.): "a los intermediarios en operaciones de traslación de dominio, de bienes inmuebles, de gravámenes reales sobre éstos que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravámen, si no los destinaren

en todo o en parte, el objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro".

21.- Fraude en operaciones de condominio, (fracción XX art. 387 c.p.): "a los constructores o vendedores de edificios en condominio que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él si no lo destinaren, en todo o en parte, el objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro".

22.- Fraude en la promesa falsa de trabajo o al proporcionar el mismo, (contemplado en el art. 389 del código penal): "se equipará al delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años y multa de 400 a 1, 000.00 pesos, el valerse del cargo que se ocupe en el gobierno, en una empresa descentralizada o de participación estatal, o en cualquiera ocupación de carácter sindical, o de sus relaciones con los funcionarios o dirigentes de dichos organismos para obtener dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o aumento de salario en tales organismos" (61).

(61) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco ob. cit. pp.247-248-249-250-251-252-253-254-255-256-257-258-259-260-261-262-263-264-265-266-267-268-269-270-271-272-273-274-275-276-277 y 278.
DE P. MORENO, Antonio o. cit. pp.190-191-192-193-194-195-196-197-198-199-200-201-202-203-204-205-206-207-208-209-110-211-212-213-214-215-216-217 y 218

3.- Coincidencias y diferencias en los delitos de abuso de confianza y fraude.

3.1.- Coincidencias.

Analizando las características de ambos delitos, considero que la primera de ellas es la igualdad en la intención de los sujetos activos de estos delitos, pues en ellos existe el deseo de obtener el dominio sobre la cosa o bien como si fueran propietarios legítimos.

La segunda característica; es el objeto jurídico de dichos delitos y es el patrimonio del sujeto pasivo quien constituye el bien tutelado a través de la de la penalidad de la conducta o del hecho tipificado.

La tercera característica; es el enriquecimiento ilegítimo, correspondiente con el deterioro patrimonial que afecta al sujeto pasivo de los delitos (62).

3.2.- Diferencias.

Más que hablar de diferencias, es mejor hablar de diferencia pues a mi modo de ver, estos delitos una vez analizados cada uno de sus elementos típicos, considero que la única diferencia posible estriba:

En el abuso de confianza, el sujeto activo obtiene la cosa objeto del delito lícitamente sin emplear

(62) PAVON VASCONCELOS, Francisco ob. cit. p.153

engaños ni aprovechar errores, pues el sujeto pasivo le ha ce entrega de ella voluntariamente, y en el delito de fraude de el agente recibe la cosa ajena mueble objeto del delito como resultado de una acción engañosa, en otras palabras, en el abuso de confianza la acción dolosa nace despues de que se tiene la cosa, es decir, en el momento de la disposición de ella con perjuicio del sujeto pasivo; y, en el fraude el dolo es anterior a la posesión y a su vez es causa de ésta.

Los efectos de estos delitos: abuso de confianza y fraude, no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuir sus valores patrimoniales, si no que se traduce de hecho en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o de recho en que recae la infracción (63).

(63) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco ob. cit. p.227

CAPITULO TERCERO

EL DELITO TIPIFICADO EN EL ARTICULO 109 FRACCION II DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION.Delito del artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación.

1.- Concepto.

El código fiscal de la federación establece que, se sancionará con las mismas penas del delito de defraudación fiscal quien omita enterar a las autoridades fiscales dentro del plazo que la ley establece las cantidades que por concepto de contribuciones hubiere retenido o recaudado.

2.1.- Elementos.

1.- Omisión de enterar a las autoridades fiscales, en el plazo establecido en la ley, las cantidades retenidas o recaudadas por el agente.

2.- La disminución injustificada que sufre en su patrimonio el fisco como sujeto pasivo de este ilícito (54).

(64) ARTICULO 109 Fracción II del Código Fiscal de la Federación

3.- Conducta.

3.1.- Concepto.

El simple hecho de dejar de hacer algo como lo es el entregar a las autoridades respectivas, las cantidades que se han retenido o recaudado por contribuciones de los sujetos pasivos del impuesto, y que debieron ser ingresadas dentro del plazo que señala la ley, implica el deseo en si de disponer de algo que únicamente se tiene a título precario; la conducta en este delito es por tanto: la omisión de enterar a tiempo lo retenido o recaudado (65).

3.2.- Elementos.

- a) manifestación de voluntad
- b) resultado
- c) nexa causal (66).

3.3.- Manifestación de voluntad.

En este delito es el deseo de dejar de hacer lo que la ley ordena, que es el de entregar a tiempo lo retenido o recaudado por el agente (67).

3.4.- Resultado.

El resultado es en si el fundamento esencial de la conducta del agente en este delito al no ingre

(65) JIMENEZ HUERTA, Mariano ob. cit. p.125

(66) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. trat. p.332

(67) CARRANCA Y TRUJILLO, Raul ob. cit. p.263

sar a las arcas del fisco federal las cantidades retenidas o recaudadas, se produce lógicamente el detrimento patrimonial del mismo.

3.5.- Nexo causal.

En el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación el nexo causal, es el resultado producido por la omisión de no ingresar lo retenido o recaudado en tiempo a las autoridades que pueden disponer de esas cantidades conforme a la ley.

3.6.- Clasificación en orden a la conducta.

En orden a la conducta es como lo señalé anteriormente de omisión, señala el mencionado artículo que: " comete el delito quien omita enterar a las autoridades fiscales..."; por tanto, la simple omisión de entregar lo retenido o recaudado por el sujeto activo del delito señala una actividad contraria a lo que de él se espera, es decir, una conducta negativa u omisiva, al no ingresar a las arcas del fisco federal el dinero ajeno que posee en ese momento precariamente el cual conserva sin estar autorizado para ello; es por tanto un delito de omisión.

3.7.- Clasificación en orden al resultado.

En cuanto al resultado este delito es: instantáneo, de lesión o daño.

Instantáneo porque éste tiene lugar en el momento mismo en que el agente conserva en su poder in debidamente, con perjuicio del fisco federal, la cosa aje na objeto del delito (68).

3.8.- Ausencia de conducta en el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación.

Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquélla; abarca la falta de acción o de omisión es decir; el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias en este delito existirá si el sujeto actúa de manera involuntaria, sino existe en el sujeto activo libre albedrío no se integrará la conducta (69).

3.9.- Lugar y tiempo de la conducta.

En el delito que señala el citado artículo el lugar y tiempo de la conducta serán aquellos en que el sujeto activo desee cometer el ilícito; es decir, el lugar donde preste sus servicios como servidor público en este caso de recaudador o retenedor de impuestos.

(68) CUELLO CALON, Eugenio ob. cit. pp.267-268-301
 (69) PORTE PETIT, Celestino ob. cit. p.405

4.- Tipicidad.

4.1.- Concepto.

La conducta del agente será típica si se ajusta a lo descrito en el precepto legal, es decir; si omite enterar a las autoridades en el tiempo que éstas le determinan expresamente, las cantidades retenidas o recaudadas por concepto de contribuciones (70).

4.2.- Fases de la tipicidad.

1.- La primera fase en este delito se caracteriza por la descripción que hace el legislador de la conducta del agente, (la independencia).

2.- La segunda fase es la conducta en sí realizada por el agente al cometer en esta fase el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación, es decir; en la retención indebida de lo que recaudó o retuvo para sí o para otro sin autorización, (el carácter indiciario de lo injusto).

3.- La tercera fase en este ilícito es la acción típicamente antijurídica que realiza el sujeto activo, (la ratio essendi de la antijuricidad).

4.3.- Función de la tipicidad.

La función de la tipicidad en este delito es al igual que en todos principalmente descriptiva de lo que debe ser la conducta realizada por el agente.

4.4.- Ausencia de tipicidad.

Surgirá en este delito, cuando la conducta no se adecúe a lo descrito por el legislador en el tipo penal.

5.- Tipo.

5.1.- Concepto.

El tipo es el resultado creado por los legisladores basados en la descripción de una conducta considerada como ilícita en los preceptos penales.

5.2.- Elementos.

A) núcleo del tipo, B) bien jurídico protegido, C) sujeto pasivo, D) sujeto activo, E) objeto, F) referencias a los medios empleados.

A.- El núcleo del tipo tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación, lo determina concretamente la omisión de enterar lo retenido o recaudado, en este caso el verbo específico es enterar.

B.- Bien jurídico protegido, en este caso el bien jurídico protegido es la posesión o seguridad patrimonial, la violación a la buena fé del poseedor legítimo, será lo que constituya el delito, puesto que da-

fia el derecho de la posesión de las cosas que forman parte del patrimonio de las personas (71).

C.- Sujeto pasivo, en el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación el sujeto pasivo es; el fisco federal, pues él recibe lo retenido o recaudado, por tanto las arcas federales son las que resienten el resultado de este ilícito.

D.- Sujeto activo, como en todos los delitos en el contemplado en este artículo (109 fracción II c. f. f.) el sujeto activo es el que realiza, participa y actúa originando mediante esa actividad la comisión del delito, siendo necesario que esta actividad o conducta se dé en los seres humanos, en este caso por ejemplo serán para citar sólo alguno de los considerados por la legislación: los patrones que retienen el impuesto sobre la renta de sus trabajadores, el notario público que no paga los impuestos de sus clientes, el agente aduanal que no ingresa al erario federal lo recaudado.

E.- Objeto.

Con antelación mencioné que los autores consultados para este trabajo, distinguen entre: objeto material y objeto jurídico. Considerando al objeto material como la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro, aquello en quien se concreta o realiza la acción

(71) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. pp.87-102-753-758-785

delictiva, que en el artículo mencionado es la omisión de enterar las cantidades retenidas o recaudadas a las autoridades fiscales. Y el objeto jurídico del mismo es la finalidad de no ingresar a las arcas federales en el tiempo establecido por la ley lo retenido o recaudado (72).

F.- Referencias a los medios empleados.

La doctrina distingue sólo entre hechos y actos jurídicos como formas de realización de las violaciones jurídicas y estos hechos y actos jurídicos en el ámbito fiscal penal que nos ocupa, se traducen en las acciones u omisiones como forma de realizar lo previsto en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación es decir; la manifestación de voluntad del sujeto activo del ilícito se exterioriza en el momento de omitir el pago de impuestos y, en el momento de retener las cantidades de éstos, cuotas o contribuciones una vez que éstas han sido entregadas por el sujeto pasivo, ahora bien; la falta de pago o entrega de lo recaudado en el tiempo o modo establecido en la ley son los únicos medios posibles empleados en este delito. (73).

5.3.- Clasificación del delito en orden al tipo.

El delito del artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación, es de tipo unisubsistente, pues no necesita para su formación de ninguna otra

(72) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. pp.87-108-109. V.III

(73) CARRANCA Y TRUJILLO Raul ob. cit. p.333

figura complementaria, sino necesariamente de un único acto que lesione el interés patrimonial del sujeto pasivo, que en este caso es el fisco federal primordialmente, a que el estado-administración se encuentra presente en todo delito por cuanto todo delito es violación de un interés del estado (74).

6.- Antijuricidad.

6.1.- Concepto.

En el delito del citado artículo, habrá antijuricidad desde el momento mismo en que el sujeto activo contraviene a la ley haciendo exactamente lo contrario a lo que el precepto legal menciona, es decir; el no ingreso a las arcas federales de lo que se ha retenido o recaudado en el tiempo precisado en este ordenamiento jurídico (75).

6.2.- Elementos.

A.- Conducta externa, es decir; la acción del agente de no ingresar a las arcas del fisco federal lo retenido o recaudado por él.

B.- Que el acto constituya una violación al derecho, en este caso el no ingreso en el tiempo y el lugar adecuado de las cantidades retenidas o recaudadas por el agente, violan lo previsto en la ley.

(74) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. p.729

(75) PAVON VASCONCELOS, Francisco ob. cit. p.126

6.3.- Antijuricidad formal y material en el delito del artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación.

Antijuricidad formal, la rebeldía del agente de este ilícito al no ingresar las cantidades retenidas o recaudadas constituye la antijuricidad formal.

Antijuricidad material, en este delito es el daño causado al patrimonio del disco federal por el agente.

6.4.- Ausencia de antijuricidad.

En este ilícito la ausencia de antijuricidad surgirá si media alguna causa de justificación en la conducta del sujeto activo

7.- Causas de justificación.

7.1.- Concepto.

Se llaman causas de justificación a las situaciones especiales en las que un hecho que normalmente está considerado como delito por la ley penal, no se tipifica como tal debido a la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone, en este delito si la omisión de enterar a las autoridades fiscales en el plazo establecido por el legislador de la cosa objeto del ilícito se encuentre plenamente justificado por la misma ley.

7.2.- Causas que excluyen la incriminación en el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación.

Las causas que excluyen la incriminación son: ausencia de conducta, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

7.3.- Excluyentes supra-legales.

La doctrina designa excluyentes supra-legales a las causas impositivas de la aparición de algún factor indispensable para configurar el delito y que no están específicamente enunciadas en la ley.

7.4.- Razón de ser de las causas de justificación.

Existe razón de ser de las causas de justificación en este delito, cuando hay ausencia de interés que se trata de proteger y en función de un interés preponderante, en este caso si la omisión de entregar o enterar a las autoridades fiscales en el plazo establecido por el legislador de la cosa objeto del delito se encuentra plenamente justificado por la misma ley (76).

7.5.- Las causas de justificación en este delito.

Las causas de justificación posibles en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la

federación son:

Estado de necesidad; si el sujeto activo se encuentra en situación tal de peligro que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico, en este caso la violación de la confianza que le ha sido depositada al hacerlo retenedor o recaudador de impuestos para el fisco federal.

Cumplimiento de un deber; cuando el poseedor precario de las recaudaciones dispone de ellas en cumplimiento de un mandato legal.

Obediencia jerárquica; podemos equiparar a la obediencia jerárquica con lo mencionado en el párrafo anterior, en tanto cuanto se obedece a un mandato emanado de una autoridad superior (77).

8.- Imputabilidad e inimputabilidad.

8.1.- Concepto.

La imputabilidad en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación se contempla en el sujeto activo del mismo, en el deseo de querer llevar a cabo la omisión de entregar en el plazo establecido por las autoridades lo retenido o recaudado.

8.2.- La responsabilidad.

Es este delito la responsabilidad es la aceptación de las consecuencias a que se hace acreedor el sujeto activo del ilícito.

(77) PAVON VASCONCELOS, Francisco ob. cit. pp.127-128

8.3.- Fundamentos de la responsabilidad.

Se toma en cuenta para la fundamentación de la responsabilidad no sólo el resultado objetivo del delito, sino también el deseo de realizar actos en el ámbito del derecho fiscal penal.

8.4.- Acciones libres en su causa.

Las acciones libres en su causa, son aquellas en las cuales el sujeto activo del ilícito se coloca en situación de inimputable realizando de esa manera el ilícito, en este delito sólo sería posible tomar en cuenta la embriaguez del agente como tal acción y, con mucha reserva pues una vez vuelto a la normalidad (sobriedad) no existiría ya esta acción libre en su causa.

8.5.- Concepto de inimputabilidad.

En este ilícito la inimputabilidad será la falta de capacidad del sujeto activo tanto psíquica como física para poder llevar a la práctica no sólo este delito sino cualquier otro, pues el agente no se encuentra en condiciones de atribuirle un hecho delictivo (78).

8.6.- Causas de inimputabilidad.

Las causas de inimputabilidad de naturaleza jurídica son: estados de inconciencia permanentes y transitorios, miedo grave, sordomudez, fiebre y dolor, embriaguez, minoría de edad (79).

(78) JIMENEZ DE ASUA, Luis "La Ley y el Delito", p.339

(79) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. 340

9.- Culpabilidad.

9.1.- Concepto.

Debido a que el sujeto activo del delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación se le exige proceda conforme a las normas legales establecidas con anterioridad, es decir; que entregue lo recaudado o retenido en el plazo previamente establecido por la ley, al no entregar las cantidades a que hace mención el citado artículo se presume la culpabilidad del sujeto activo en tanto cuanto éste es responsable de sus actos y las consecuencias que éstos pudieran acarrearle, al omitir la entrega de las retenciones o recaudaciones, se hace acreedor a que su conducta le sea reprochada, elemento indispensable de la culpabilidad, por tanto si el sujeto activo no se halla en ninguno de los casos mencionados anteriormente (causas de justificación), la culpabilidad de éste es bien manifiesta en el resultado final de la omisión, no ingreso a las arcas fiscales de lo recaudado o retenido.

9.2.- Elementos.

Los elementos son: psicológicos (salud mental), biológicos (madurez física).

9.3.- Clases de culpabilidad.

La culpabilidad reviste dos formas:

a) el dolo que son las maquinaciones o artificios de las

cuales se vale el agente activo para lograr el resultado deseado, el dolo a su vez se clasifica en dolo directo, in directo, indeterminado y eventual; b) la culpa en que la actividad del agente realizada en forma imprudencial o ac tuando negligentemente produce el resultado delictivo, a su vez la culpa se divide en: a) culpa consciente y; b) cul pa inconsciente.

En el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación se observan ambos casos dado que la conducta del sujeto activo en este delito el dolo, que en este caso sería dolo directo (en donde el resultado coincide con el propósito del agen te), es decir; la omisión de entregar las cantidades rete nidas o recaudadas en el tiempo establecido por la ley y a las personas autorizadas para recibir las implica un modo muy peculiar del agente, pues él sabe que de no hacerlo se hará acreedor a las penas señaladas para el caso, y no obs tante ello no basta para evitar que realice la acción deseada, asimismo se observa también a la culpa consciente (aquí el sujeto ha previsto el resultado típico como posible pero no solamente no lo quiere, sino que piensa que no ocurrirá), aquí el sujeto en el delito mencionado sabe que de no entregar en tiempo y a las personas autorizadas para disponer lícitamente de las cantidades retenidas o recaudadas se vale de ciertas manifestaciones o artificios para disimular su conducta por lo que indudablemente el do lo y la culpa en este ilícito son perfectamente posibles e inseparables.

10.- Inculpabilidad.

10.1.- Concepto.

En el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación la inculpabilidad existirá si se cree que lo mandado es legal y por ello actúa el sujeto activo cometiendo la omisión de enterar al sujeto pasivo de las cantidades que obtuvo por concepto de contribuciones en el plazo exigido por la ley, como es el caso de la obediencia jerárquica y el cumplimiento de un mandato (80).

10.2.- Causas de inculpabilidad en el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de l. federación.

Las causas más frecuentes de inculpabilidad son: a) el error, b) la ignorancia. De las cuales en este delito se contempla el error (que es un falso conocimiento de la realidad), que en este caso sería un error de hecho esencial, el cual recaé sobre un elemento fáctico cuyo desconocimiento afecta al factor intelectual del dolo, por ser éste elemento constitutivo del tipo, o bien fundante de una conducta justificada, como ocurre en las eximentes putativas (las situaciones en las cuales el agente, por error esencial de hecho insuperable cree fun-

(80) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. p.339

dadamente, al realizar un hecho típicamente antijurídico, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta típica permitida, lícita sin serlo). El error puede ser vencible o invencible según deje subsistente la culpa o borre toda culpabilidad, como sería el caso de la retención de impuestos por algún mandato legal si el sujeto activo no tiene la precaución de cerciorarse si esta orden es emanada de autoridad competente o no.

11.- Punibilidad.

11.1.- Concepto.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. La referencia en la ley, de la sanción a que se hace acreedor el sujeto activo del delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación es la siguiente: "se sancionará con prisión de tres meses a seis años, si el monto de lo defraudado no excede de 5, 000.00; cuando exceda de esta cantidad, la pena será de tres a nueve años de prisión.

Cuando no se pueda determinar la cuantía de lo que se defraudó la pena será de tres meses a seis años de prisión" (81).

(81) Artículo 108 Código Fiscal de la Federación

11.2.- Elementos.

- a) merecimiento de una pena
- b) llenándose los presupuestos legales el estado amenaza con la imposición de sanciones.
- c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley

11.3.- Ausencia de punibilidad.

La ausencia de punibilidad en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación dado que ésta constituye el aspecto negativo de la punibilidad al impedir su aplicación debido a que el estado no sanciona ciertas conductas por razones de justicia o de equidad, se observaría si el sujeto activo del delito se amparase bajo una excusa absolutoria.

11.4.- Excusas absolutorias.

Las excusas absolutorias son circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuricidad y culpabilidad; queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer una pena al autor. En el caso del artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación la única excusa absolutoria admisible sería el pago espontáneo con sus respectivos recargos antes de que la autoridad fiscal descubra la omisión, y el sujeto pasivo

compensar el perjuicio ocasionado por la misma, o medie algún requerimiento, orden de visita o cualquier otra gestión notificada por la misma tendiente a la comprobación del cumplimiento de las disposiciones legales.

Por tanto aunque el sujeto activo del delito haya tenido la intención de omitir el pago y la entrega de lo recaudado o retenido por concepto de contribuciones, si finalmente se arrepintió de su acción y subsanó de manera definitiva el daño que pudiese haber ocasionado con su conducta, es indudable que no se hace acreedor de ninguna pena aunque si de elevados (en cada caso particular) recargos, los cuales debe cubrir junto con lo omitido extemporáneamente (82).

11.5.- Actos que dan origen a este delito.

Los actos que originan este delito son en esencia: a) retención, b) recaudación (83).

a) retención por ejemplo del pago del impuesto sobre la renta que deben hacer los patronos, respecto de los ingresos percibidos por sus trabajadores; retención de las cuotas respectivas al instituto del fondo nacional para la vivienda de los trabajadores.

b) recaudación del impuesto al valor agregado, por la enajenación de bienes; recaudación

(82) JIMENEZ DE ASUA, Luis ob. cit. p.137

(83) Artículo 109 Fracción II del Código Fiscal de la Federación.

del impuesto al valor agregado por la prestación de servicios independientes; recaudación al valor agregado por la otorgación del uso o goce temporal de bienes o servicios.

No ingresar al erario lo recaudado por el agente aduanal en el tiempo establecido por la ley; no ingresar al erario las cantidades que los notarios públicos reciben de sus clientes en operaciones de cesión de derechos, donaciones, compra-venta (84).

(84) Artículo 10. Ley de Impuesto al Valor Agregado

2.- coincidencias y diferencias de los delitos de abuso de confianza y fraude, con el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación.

2.1.- Coincidencias.

Las coincidencias entre estos delitos son:

1.- Identidad en el ánimo del agente; en estos delitos, el sujeto activo guiado con la misma intención de ejercer un dominio sobre la cosa, o sea, sobre el objeto material del delito como si fuera el legítimo propietario (en este ilícito el objeto concreto es el patrimonio del erario federal) en detrimento del patrimonio del sujeto pasivo de dichos ilícitos.

2.- Objeto jurídico; en todas estas figuras dicho objeto se identifica con el patrimonio, es el bien protegido por la legislación en los delitos de abuso de confianza, fraude y el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación.

3.- Enriquecimiento indebido; existe comunmente el enriquecimiento indebido concordante con la disminución del patrimonio, que sufre el sujeto pasivo de los ilícitos mencionados (85).

(85) PAVON VASSONCELOS, Francisco ob. cit. p.153

2.2.- Diferencias.

Las diferencias de los delitos anteriormente señalados son:

1.- En el abuso de confianza se requiere disposición de la cosa que ya previamente tiene el sujeto activo del delito, dentro de la esfera de su poder material el cual sólo le transmitió la tenencia y no el dominio de ella el sujeto pasivo (86).

2.- En el delito de fraude se supone la recepción de la cosa por voluntaria entrega que hace de ella el sujeto pasivo, a consecuencia del error en que se halla, ya sea éste originado por la engañosa actividad que el agente despliega, una situación preexistente la cual es aprovechada por éste (87).

3.- En el delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación además de que el agente tiene en su poder la cosa objeto del delito al retener indebidamente las cantidades que son las que constituyen la cosa ajena, disponiendo de ellas como si fuera el legítimo propietario, omite enterar a las autoridades correspondientes dentro del plazo establecido por la ley las recaudaciones obtenidas (88).

(86) DE P. MORENO, Antonio ob. cit. p.173

(87) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco ob. cit. p.227

(88) Artículo 109 fracción II del Código Fiscal de la Federación.

3.- Naturaleza jurídica del delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación: ¿abuso de confianza?, ó ¿fraude?

Aun cuando el código fiscal de la federación lo tipifica como delito de fraude (defraudación fiscal), una vez analizadas las características, coincidencias y diferencias de los delitos de abuso de confianza y fraude, así como el análisis somero de los elementos constitutivos que dan origen al nacimiento de cualquier delito, es decir; de los delitos en general. El delito tipificado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación es por su naturaleza jurídica: abuso de confianza; debido a que las características esenciales correspondientes a este delito, se contemplan claramente desde el inicio de este tercer capítulo, al desglosar los elementos constitutivos del artículo en cuestión, es decir;

1.- Transmisión de la simple tenencia más no el dominio de la cosa objeto del delito, en este caso el sujeto activo tiene en su poder la cosa mueble que son las cantidades obtenidas por la recaudación de contribuciones (89).

2.- Disposición indebida de la cosa objeto del delito al omitir hacer las declaraciones correspondientes en el plazo establecido para ello, redundando en personal provecho del tenedor.

3.- La disminución que de manera injusta sufre el patrimonio del sujeto pasivo del delito, en este caso el patrimonio del erario federal (90).

4.- Es un delito de acción debido a que la conducta del agente se manifiesta, materialmente en forma de acción en este caso negativa que dá como resultado la omisión de no enterar a las autoridades en el plazo establecido por la ley las recaudaciones obtenidas.

5.- Es un delito instantáneo en cuanto al resultado pues el agente dispone para sí o para otro de la cosa ajena mueble de que se trata, es decir; en el momento mismo de la disposición surge lo instantáneo del delito.

6.- Es un delito de lesión o daño, considerando que la ley ampara el deterioro de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo de una efectiva lesión y sólo de un supuesto peligro (91).

7.- Es un delito unisubsistente debido a que la acción típica del agente no admite división en varios actos.

(90) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco ob. cit. p.229

(91) PAVON VASCONCELOS, Francisco ob. cit. pp.123-163

8.- Es un delito patrimonial, porque daña el derecho de la legítima posesión que forman el patrimonio de los sujetos pasivos de dichos ilícitos.

9.- Proporciona al agente un enriquecimiento indebido beneficiándose sin derecho por lo obtenido ilícitamente.

Por tanto basada en el resultado obtenido durante el desarrollo de esta investigación he llegado a las siguientes conclusiones:

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Una vez analizados los principales elementos que dan origen al delito en general, sostengo: que la naturaleza jurídica del delito contemplado en el artículo 109 fracción II del código fiscal de la federación es : abuso de confianza.

SEGUNDA.- Cuando sostengo que este delito es abuso de confianza, me baso en el hecho evidente de que la cosa, objeto material del mismo, llega a manos del abusario sin engaños ni aprovechamiento de errores.

TERCERA.- Al decir que es delito de abuso de confianza, es porque se traiciona la buena fe, la confianza cabe repetir, que se depositó, en los que resultan sujetos activos del delito, cuando se dejó en sus manos un tributo que corría a su cargo haber ingresado puntualmente al fisco.

CUARTA.- Al ser lesionados los intereses del fisco desde el momento en que no recibe el pago en su debido tiempo, es explicable que, independientemente de la pena privativa de libertad a quienes resulten culpables, se les obligue a soportar los recargos y la multa respectivas.

QUINTA.- Y es obvio que para exigir el pago de las cantidades correspondientes, se utilice el procedimiento administrativo de ejecución.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ARISTOS, "Diccionario", Ed. Ramón Espona, Barcelona.
- CARNELUTTI FRANCISCO, "Teoría General del Delito", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL, "Código Penal Anotado", Ed. Porrúa, México, 1976.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, "Parte General de Derecho Penal", Ed. Antigua Librería Robredo, México, 1941.
- CARRARA FRANCISCO, "Programa de Derecho Criminal", Ed. Temis Bogotá, Bogotá, 1974.
- CUELLO CALON EUGENIO, "Derecho Penal Conforme al Código Penal", Ed. Nacional, México, 1953.
- CUELLO CALON EUGENIO, "Derecho Penal", Ed. Nacional, México, 1973.
- CUELLO CALON EUGENIO, "Derecho Penal Parte General", Ed. Bosh, Barcelona, 1971.
- DE LA GARZA SERGIO FRANCISCO, "Derecho Financiero Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1978.
- DE PINA RAFAEL, DE PINA VARA RAFAEL, "Diccionario de Derecho", Ed. Porrúa, México, 1983.
- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, "Derecho Penal Mexicano", (Los Delitos), Ed. Porrúa, México, 1982.
-

- JIMENEZ DE ASUA LUIS, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, Tomo III, 1958.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, Tomo IV, 1958.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS, "La Ley y el Delito", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Tomo I, 1978.
- MORENO DE P. ANTONIO, "Comentarios de Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1968.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "Comentarios de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México, 1982.
- PORTE PETIT CELESTINO, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México, Tomo I, 1980.
- SODI DEMETRIO, "Nuestra Ley Penal", Ed. Sudamericana.
- VILLALOBOS IGNACIO, "Derecho Penal Mexicano" Parte General", Ed. Porrúa, México, 1960.

- JIMENEZ DE ASUA LUIS, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, Tomo III, 1958.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, Tomo IV, 1958.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS, "La Ley y el Delito", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Tomo I, 1978.
- MORENO DE P. ANTONIO, "Comentarios de Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1968.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "Comentarios de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México, 1982.
- PORTE PETIT CELESTINO, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México, Tomo I, 1980.
- SODI DEMETRIO, "Nuestra Ley Penal", Ed. Sudamericana.
- VILLALOBOS IGNACIO, "Derecho Penal Mexicano" Parte General", Ed. Porrúa, México, 1960.
-

CODIGOS Y LEYES MEXICANAS

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ed. Porrúa, México 1982.

CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS, Ed. Porrúa, México, 1978.

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, Ed. Publicaciones Administrativas y Contables, México, 1984.

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, México, 1984

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ed. Andrade, México 1984.
