



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ARAGON**

**ESTUDIO COMPARATIVO DEL DELITO DE FRAUDE  
GENERICO CON LESION CIVIL.**

D-13

**TESIS PROFESIONAL**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :  
JUAN CARLOS CALOCA CORTES**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

DER 126

A mis padres, Don Carlos Caloca Balcazar y Doña Consuelo Cortés Cruz, por su incalculable cariño y comprensión hacia mi persona, así como por su incansable preocupación por mi superación a lo largo de la vida.

A mi esposa Patricia e hijo Rodrigo Josserand, personas a quienes les profeso un amor inmensurable, por su paciencia y cariño en los momentos que así lo requieren.

A mi abuela paterna, Doña Teresa Balcazar Navarrete, señora con toda la extensión de la palabra y a quien le tengo una gran admiración, además de mis padres, cariño y respeto.

A mis hermanos, Lidia, Gerardo, Alicia, Francisco Javier, María Guadalupe, Rosa María, y Mari, como una muestra de perseverancia y tenacidad, para alcanzar la meta deseada.

A mi maestra, Directora del presente trabajo de investigación jurídica, Lic. María Antonieta Landeros Camarena, por su inapreciable auxilio, dirección y comprensión en los momentos de dudas y obscuridad, respecto de los conocimientos pertinentes, para la realización de este trabajo de Tesis.

Al Lic. Francisco Chávez, por su invaluable colaboración, amistad y ciertas observaciones en el trayecto de este estudio comparativo.

## INDICE

### CAPITULO I

#### ANALISIS DEL DELITO DE FRAUDE GENERICO

##### 1).- ASPECTO POSITIVO DEL DELITO.

a).- Conducta .....	página	1
b).- Tipicidad .....	página	29
c).- Antijuricidad .....	página	34
d).- Imputabilidad .....	página	43
e).- Culpabilidad .....	página	52
f).- Punibilidad .....	página	69

##### 2).- ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO.

a).- Ausencia de Conducta .....	página	72
b).- Ausencia de Tipo .....	página	78
c).- Causas de Justificación .....	página	82
d).- Inimputabilidad .....	página	96
e).- Inculpabilidad .....	página	103
f).- Ausencia de Punibilidad o Excusas Absolutorias .....	página	114

### CAPITULO II

#### ELEMENTOS DEL TIPO

a).- Elementos Generales .....	página	117
b).- Elementos Especiales .....	página	123

**CAPITULO III**  
**LA LESION CIVIL**

- 1).- Concepto .....página 131
- 2).- Elementos de la figura jurídica .....página 137
- 3).- La lesión como vicio subjetivo .....página 156
- 4).- La lesión como vicio objetivo .....página 157
- 5).- La lesión como vicio subjetivo y objetivo .....página 158
- 6).- La lesión como vicio del consentimiento .....página 159
- 7).- Consecuencias que ocasiona la lesión .....página 165
- 8).- Reglamentación de la lesión en la legislación mexicana.pág.168

**CAPITULO IV**

**COMPARACION DE LA LESION EN MATERIA CIVIL  
CON EL DELITO DE FRAUDE GENERICO**

- 1).- Elementos coincidentes .....página 175
- 2).- Características que distinguen la lesión civil del -  
delito de fraude genérico .....página 181
- 3).- Delimitación del dominio del Derecho Penal con el --  
Civil .....página 184
- 4).- Interés jurídico que se tutela dentro del Derecho Penal  
y del Civil .....página 186
- 5).- La insuficiencia de la reglamentación de la lesión -  
Civil o del fraude genérico .....página 191

## INTRODUCCION

En el presente trabajo de investigación jurídica, se pretende deslindar el dominio de dos tipos de figuras legales diferentes, encuadradas cada una en el amplio campo del Derecho, como son: la Lesión, en materia civil, y el delito de Fraude Genérico. Un estudio profundamente complicado e interesante, puesto que hasta hoy, ni un sólo autor ha podido solucionar o deslindar con precisión y certeza los elementos distintivos -- que den como resultado la diferenciación entre cada una de las acciones legales aplicables, respectivamente, en las figuras a que hemos hecho referencia y por lo tanto, su debido ejercicio en cada caso concreto dentro de nuestra realidad jurídica; es decir, es un tema, el cual no se pretende que sea considerado como dogmático, sino únicamente como un intento de dar un poco de luz, a estas dos entrelazadas figuras legales y por lo tanto encontrar los elementos que distingan a cada cual, situándolas en su debida reglamentación jurídica, o como lo diría Francisco González de la Vega: "...La demarcación entre el dominio del Derecho Criminal y del Civil es tan difícil de fijar que los juristas de todos los siglos lo han ensayado sin éxito..."

(1)

---

(1) Derecho Penal Mexicano; Los Delitos; Décima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977; pág. 241.

Esto sin dejar de reconocer y, por lo tanto, de hacer mención que cada figura jurídica dicha con antelación, tiene su origen y trascendencia; así vemos que en el antiguo Derecho Romano se consideraba que había lesión, cuando se aprovechaba la ignorancia, la situación difícil o la extrema necesidad del otro contratante, trayendo como consecuencia, una desigualdad o desproporción en cada una de las prestaciones. Así vemos que Justiniano, consideraba una compra venta no válida, si ésta se realizaba por un precio menor a la mitad del valor objetivo, denominándola (*laesio enormis*), por otra parte sabemos que a toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta con la que se engañaba a otra persona, la denominaba Laesio como el "Dolus Malus", considerado por los romanos como un delito privado y comprendido dentro del Derecho Honorario.

Por lo que el pretor, en auxilio de las personas perjudicadas, por medio del Derecho Romano, comenzó a sancionar éstas conductas ilícitas, con las siguientes acciones legales:

1).- La Actio Doli.- La víctima del engaño, una vez ejecutado el contrato, podía hacerla valer, contra el autor del mismo, con el objeto de obligarlo a la reparación del daño causado.

2).- La Exceptio Doli.- Por medio de ella, se rechazaba la acción que reclamara la obligación del cumplimiento del contrato.

3).- La Lex Plaetoria.- Guillermo Floris Margadant S. considera que: "...de unos dos siglos antes de Cristo ampliaba ligeramente la posibilidad de sancionar el dolo aún tratándose

de negocios celebrados en forma impecable, cuando alguien aprovechaba la falta de experiencia de menores de 25 años..."

(2)

4).- La In Integrum Restitutio.- Por medio de la cual, se restablecían las cosas, al estado que guardaban antes de realizarse el daño, siempre y cuando esto fuere posible.

El Jusnaturalismo aplicaba el concepto de lesión a cualquier contrato, como sucede también en nuestra legislación, contemplando dicha situación, el artículo 17 del Código Civil vigente; evolucionando en igual forma, el delito de fraude, de manera complementaria a las acciones jurídicas del antiguo Derecho Romano ya citadas; haremos mención a la Lex Cornelia de Falsis, contemporánea de las anteriormente transcritas y en la que se reprimían las falsedades en los testamentos y en la moneda, hasta llegar a nuestros días, en base a la multiplicidad de casos concretos, cada uno con sus propias características; la presente reglamentación penal, prefiere hacer una enumeración detallada de cada uno de ellos, pero comprendidos todos, bajo la denominación común del tipo genérico de fraude, al que conjuntamente con la lesión civil, reiteramos, haremos el estudio comparativo en la presente tesis.

-----

(2) El Derecho Privado Romano; Como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea; Sexta Edición, Editorial Esfinge, - S.A., México 7, D.F., 1975; pág. 339.

## CAPITULO I

### ANALISIS DEL DELITO DE FRAUDE GENERICO

#### 1).- ASPECTO POSITIVO DEL DELITO.

- a).- Conducta.
- b).- Tipicidad.
- c).- Antijuricidad.
- d).- Imputabilidad.
- e).- Culpabilidad.
- f).- Punibilidad.

#### 2).- ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO.

- a).- Ausencia de Conducta.
- b).- Ausencia de Tipo.
- c).- Causas de Justificación.
- d).- Inimputabilidad.
- e).- Inculpabilidad.
- f).- Ausencia de Punibilidad o Excusas Absolutorias.

## CAPITULO I .

### ANALISIS DEL DELITO DE FRAUDE GENERICO.

#### 1).- ASPECTO POSITIVO DEL DELITO.

##### a).- Conducta.

La conducta, ha sido significada, como el comportamiento en su forma de exteriorización; tal es la razón o el objeto por el - que ha sido observada como elemento del delito, ya sea en su realización u omisión.

Anteriormente, no sólo se consideraba ilícita a la conducta humana, sino a toda aquella conducta (inclusive animal) que atentara o perjudicara los bienes protegidos por el hombre, descritos en la ley, de cuya infracción traía como consecuencia la imposición de una pena. Es por demás decir que tal criterio, es considerado en nuestro tiempo como absurdo y obsoleto, puesto que sólo - el hombre es el único ser con capacidad de discernimiento, de elección y de decisión, respecto de la realización de una conducta, - - ya sea en su forma positiva o negativa -, y por lo tanto de sus consecuencias naturales o jurídicas; coincidiendo con éste criterio, Fernando Castellanos Tena nos dice: "...Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión - deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad..."

(3)

-----  
(3) Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Parte General; Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1976; pág. 149.

Mariano Jiménez Huerta, al respecto, manifiesta: "...La - - palabra conducta penalísticamente aplicada, es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano. Frecuentemente suelen emplearse las palabras 'acto', 'hecho', 'actividad', o 'acción', para hacer referencia al elemento fáctico...- por lo que -...La expresión conducta es lo suficientemente amplia para recoger en su contenido - con exactitud las diversas formas en que el hombre manifiesta - - externamente su voluntad, esto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad, inercia, o inacción...". Así en este sentido el autor en cita, considera que la conducta es una forma de manifestarse el - comportamiento, ya que en él se encuentran los dos aspectos de la conducta - positivo y negativo - toda vez que son elementos con - que el hombre exterioriza su voluntad. Por lo que entiende al primer elemento como un hacer y distingue al segundo elemento como - un no hacer; de lo anterior se desprenden como elementos indivisibles entre sí, los siguientes:

a) Elemento interno.-

El cual tiene como punto de partida la voluntad humana como elemento esencial a todo comportamiento o forma de conducta, que dicho en otras palabras, es el factor psicológico que debe de entranar todo actuar del hombre, es la voluntad.

b) Elemento externo.-

En toda conducta humana, no es suficiente la presencia del - elemento psicológico para configurar el tipo establecido en la ley, sino que es necesaria, además, una manifestación externa, entendida como medio de concreción de la voluntad humana.

c) Elemento finalístico.-

Para la realización de la conducta ilícita es de gran importancia que ésta vaya encaminada a la obtención del resultado anti-jurídico para colmar el tipo legal, ya que de no ser así nos hallaríamos ante una conducta de la vida diaria sin ninguna importancia para el Derecho Penal.

d) Objetividad tutelada.-

Toda figura jurídica debe su creación, límites, fines y alcances, a los bienes materializados en el mundo exterior, por lo que es de comprenderse que dichos bienes están objetivamente presentes y la transgresión o perjuicio que se les causa a los mismos es lo que tutela el Derecho Penal.

(4)

Al respecto Fernando Castellanos Tena, expresa que la conducta: "...es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito..."

(5)

Así vemos como la acción y la omisión son, en la conducta, - dos aspectos que la comprenden, pero que nunca éstos caracteres - están divorciados del elemento interno, que es la intención, a la que la conducta lleva consigo misma y que es manifestada como la voluntad humana que va encaminada a la producción de un resultado.

-----  
(4) Derecho Penal Mexicano; Tomo I; Introducción al Estudio de las Figuras Típicas; Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1980; págs. 106, 107 a 119.

(5) Ob. Cit., pág. 149.

Por su parte Ricardo C. Núñez denomina a la conducta como -- "acción" y expone: "...En Derecho penal deberá considerarse acción todo efecto corporal positivo o negativo respecto del cual, por las circunstancias concretas del caso, no esté impedida su atribución al dominio activo o negativo de la voluntad..."; Pero esa conducta en sus múltiples formas de denominación y en sus disímiles facetas de realización, nos dice éste autor, no puede entenderse como un mero proceso causal, sino implica la intervención de la voluntad como medio teleológicamente dirigido para la obtención de un fin deseado por el individuo.

(6)

Podemos estimar, de acuerdo con la definición anterior, que el autor destaca como condición a la manifestación de la conducta, que no esté impedida esa exteriorización de la voluntad, por un factor ajeno a esa realización, pues ya no se estaría en la libre y clara decisión de elección del acto y como consecuencia no tendría intervención la voluntad en el resultado antijurídico.

Así las cosas Raúl Carrancá y Trujillo define a la conducta como: "...el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre..."

(7)

---

(6) Derecho Penal Argentino; Parte General; Tomo Primero; Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1959; págs. 230 y 234.

(7) Derecho Penal Mexicano; Parte General; Décima Tercera Edición, puesta al día por Raúl Carrancá y Rivas, Editorial Porrúa, S.A. México 1 D.F., 1980; pág. 261.

En tanto Celestino Porte Petit Candaudap, no compartiendo -- el punto de vista de Carrancá, distingue dos formas en las cuales puede desarrollarse el comportamiento humano, siendo éstas, la conducta y el hecho; partiendo de esta base, dará lugar a una correcta descripción del tipo y por lo tanto, se estará en posición de distinguir entre los delitos de mera conducta y de resultado material; clasificación de los delitos a que da lugar este razonamiento sin dejar de diferenciar entre el hacer y el no hacer, voluntarios o no voluntarios, que redundarían en la omisión culposa.

Considera como hipótesis de realización de la conducta:

I.- Cuando el sujeto realiza totalmente la conducta antijurídica, utilizando cualquier tipo de instrumento que tenga a su alcance, inclusive su cuerpo, se convierte en el autor material en la comisión del delito.

II.- Aquí el sujeto tiene como característica, que realiza parte de la conducta ilícita, llevándose a cabo la parte restante por la propia víctima o bien un tercero, o influyendo el autor del delito en las fuerzas subhumanas para que complementen la realización de la conducta infractora de la ley.

III.- En este caso, el sujeto se presenta como un mero instrumento para la comisión del delito, o por otra parte puede ser -- obligado a la producción del mismo, lo que traerá como consecuencia que intervengan causas excluyentes de responsabilidad penal y ser considerada su conducta como inimputable, puesto que estaba bajo el dominio de una fuerza invencible. (8)

---

(8) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; Tomo I; - Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1980; págs. 287 a 296.

Nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal en su artículo 7º describe el concepto de conducta que a la letra dice:

"...delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..."

En su artículo 9º, califica dicha conducta como dolosa, salvo prueba en contrario; y como es una presunción Juris Tantum, sólo se destruirá esta apreciación si el inculpado, probáse que no previó la producción del resultado ilícito, por lo que, en el caso, se aplicará la imprudencia o culpa prevista por la fracción II del artículo 8º del mismo ordenamiento legal.

Al hacer un estudio dogmático del artículo 7º del Código Penal substantivo en vigor, se podrá observar que en el mismo se --ponen de relieve dos formas de conducta de carácter trascendental para nuestro estudio que son - el acto y la omisión -, por lo que reportan el aspecto positivo (acto) y negativo (omisión) del comportamiento humano, sin hacer referencia al hecho, considerado - en algunas ocasiones como sinónimo de la acción y, en otras situaciones, como resultado de la misma conducta; cabe hacer el señalamiento que aquí se nos presenta un nuevo concepto de la conducta (acción) al que no hace mención precisa la ley, por lo que - es de entenderse que el acto y la omisión son las especies de un sólo género, que no puede ser otro concepto que la acción; para - los efectos de esclarecimiento haremos referencia a cada uno de ellos en forma específica.

En múltiples circunstancias el ser humano con la realización de su conducta voluntaria, se convierte en el sujeto activo en la comisión de un delito; se trata de la acción en estricto sentido, que el individuo desarrolla conscientemente para la obtención de un fin ilícito; pero habrá otras ocasiones en que, aún interviniendo, la conducta no esté unida a la voluntad humana como elemento psicológico para la infracción del tipo, esto es, el individuo actúa condicionado a una fuerza superior invencible, que lo hace conducirse en forma irresponsable penalmente, de acuerdo con la fracción I del artículo 15 de nuestro Código Penal en vigor; o simple y sencillamente es utilizado como mero instrumento para colmar la descripción de una hipótesis legal, por factores naturales o humanos.

Robustece éste punto de vista Raúl Carrancá y Trujillo, al comentar: "...La conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto o acto...No incluye, por tanto, para los fines penales, a los movimientos reflejos, que no son voluntarios (art. 15, fr. X c. p.), ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible (art. 15, fr. I. c. p.)..."

(9)

Al hablar de los movimientos reflejos Ignacio Villalobos nos determina que estos pueden confundirse con el acto querido por el individuo, pero observándolos detenidamente, son primor-----

(9) Ob. Cit., pág. 263.

dialmente manifestaciones del organismo, sin la intervención de la voluntad del sujeto "del yo consciente", es decir, que el - - acto no es suyo, sino que es el sobresalto de algún músculo u -- órgano de su cuerpo.

(10)

Fernando Castellanos Tena, al referirse a la acción o acto - - stricto sensu, expresa: "...es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar - el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación...";-

(11)

El autor visualiza aquí, más ampliamente éste concepto, en vir-- tur de que señala una situación consistente en proyectar esa --- acción voluntaria al mundo objetivo, traduciéndose; en un cambio en el mismo, o poniéndolo en una situación de peligro; en base - a esto y a los criterios anteriores tenemos como elementos esenciales de la acción en estricto sentido:

- a) Acto o acción;
- b) Voluntad como elemento psicológico; y,
- c) Resultado (modificación o situación de peligro en el mun-- do objetivo).

Así, Celestino Porte Petit Candaudap considera que la acción es toda actividad o hacer voluntarios, cuya finalidad es la producción de un resultado típico o extratípico, por lo que da lugar

-----

(10) Derecho Penal Mexicano; Parte General; Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1975; pág. 233.

(11) Ob. Cit., pág. 152.

a una infracción legal de carácter prohibitivo. Comprende como elementos de la misma a saber:

- a) La voluntad o el querer.
- b) La actividad y
- c) Deber jurídico de abstenerse.

(12)

Por nuestra parte pensamos que la conducta es un comportamiento humano, que reviste o es fuente de dos únicas formas de actuar, que son: la acción y la omisión, mismas que están esencialmente unidas al elemento psicológico, para la realización de un propósito o fin que se adecúa al tipo jurídico previamente descrito (en este caso penal) y que tiene por objeto tutelar un bien o valor protegido por la ley.

Por otra parte, Celestino Porta Petit Candaudap manifiesta, que no sólo la acción tiene significación y relevancia en el campo del Derecho Penal, como sinónimo de conducta, sino que tiene un relieve muy especial y específico también el hecho como resultado material de una conducta humana y al igual que la misma en sus dos diversas formas son los elementos objetivos del delito; por lo que expresa que hecho humano debe entenderse como la unión de tres elementos indivisibles entre sí, que configuran un todo orgánico del tipo y que de acuerdo con su terminología son:

- a) Una conducta;

-----  
(12) Ob. Cit., págs. 300 a 302.

- b) Un resultado material; y,
- c) La relación causal entre la conducta y la mutación en el mundo exterior.

(13)

Mariano Jiménez Huerta nos dice: "...Los comportamientos -- humanos que trascienden a las figuras típicas son únicamente --- aquellos que dejan su impronta en el mundo exterior. No son conductas típicamente relevantes las que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, sean propósitos, pensamientos o voliciones..." (14)

esto es, que esa conducta se proyecte hacia el exterior causando un daño (resultado) en el mundo objetivo para que pueda dicha conducta traer como consecuencia un hecho humano ilícito.

Sumándose a ésta idea, Ricardo C. Núñez hace notar que sólo el ser humano al traducir su pensamiento en una acción u omisión voluntaria, ocasiona un mal material a sus semejantes, conside--rándose este actuar como un hecho humano.

(15)

En este sentido Ignacio Villalobos manifiesta que ese resul--tado producto de la realización de la conducta ya sea en su forma positiva o negativa, no está integrado al acto, sino propiamente es su efecto y con la conjunción de ambos se forma el hecho de---lictuoso.

(16)

---

(13) Ob. Cit., pág. 326.

(14) Ob. Cit., pág. 107.

(15) Ob. Cit., pág. 219.

(16) Ob. Cit., págs. 234 y 235.

Nuestra legislación penal vigente no nos proporciona una solución para poder distinguir jurídicamente con claridad qué debemos entender por acto y qué comprender por hecho, pues cómo damente habla en forma indiferenciada de acto y hecho como manifestaciones del comportamiento humano.

La omisión en su aspecto doctrinal y jurídico, se presenta como la forma negativa en que se exterioriza la conducta humana voluntaria o no voluntaria (culpa o imprudencia); es la falta del movimiento corporal esperado y exigido por el tipo legal, en el que se ordena la realización de una conducta positiva, por lo que se infringe una disposición de carácter preceptivo; al respecto nuestra legislación penal en vigor, en su Código Sustantivo en sus artículos 335, 336, 337, 340, 343 y 400 nos proporciona claros ejemplos.

Ignacio Villalobos al mencionar la clasificación de los delitos: de acción, de omisión y de comisión por omisión; define a la omisión como: "...un no hacer algo que se debe hacer; violan, por tanto, un mandato y constituyen un actuar humano, o caen bajo la denominación genérica de actos humanos, porque son también una forma de exteriorización de una voluntad..."

(17)

Así mismo Ricardo C. Núñez nos comenta que simple y sencillamente el individuo no ejercita ninguna actividad muscular voluntariamente; siempre y cuando esa inacción no haya sido impedida por causas ajenas a su voluntad.

(18)

---

(17) Ob. Cit., pág. 255.

(18) Ob. Cit., pág. 236.

En este caso nos encontraremos, de haber intervenido estas causas extrañas a la voluntad del individuo, ante una causa --- excluyente de responsabilidad o en una conducta atípica sin relevancia para el Derecho Penal.

En relación a esto Raúl Carrancá y Trujillo expone que la omisión es: "...La conducta humana manifestada por medio de un no hacer activo, corporal y voluntariamente, teniendo el deber legal de hacer, constituye la omisión..., y no incluye la inactividad forzada por un impedimento legítimo (art. 15 fr. VIII - c. p.) ni todas las demás inactividades no tipificadas como delito por la ley, en particular. En cuanto al resultado...sólo - se traduce en una simple desobediencia a la ley, sin resultado concreto pero con peligro de que se produzca..."

(19)

Por su parte Mariano Jiménez Huerta expresa: "...La omisión típicamente descrita no es una mera realidad natural. Su esencia jurídica se colma por la contradicción entre la conducta del -- hombre y la norma tutelada penalmente que le impone una determi nada actuación positiva..."

(20)

Fernando Castellanos Tena, considera que: "...La omisión... radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una -- forma negativa de la acción..."

(21)

-----  
(19) Ob. Cit., pág. 264.

(20) Ob. Cit., pág. 147.

(21) Ob. Cit., pág. 152.

La omisión - nos dice - Celestino Porte Petit Candaudap, - consiste: "...en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a 'un tipo de mandamiento' o 'imposición'..." - Por lo que destaca como elementos que configuran su descripción los siguientes:

a) Voluntad o no voluntad (culpa).

Argumenta que la omisión es la forma en que no se realiza la acción exigida y esperada, en base al ejercicio de la voluntad como elemento psicológico para la realización de la misma, es decir, se pone de manifiesto el querer la inactividad o no - quererla (imprudencia).

b) Inactividad o no hacer.

Como se deriva de lo anterior, la omisión es considerada de acuerdo a una inactividad voluntaria o no, infringiendo un precepto de carácter imperativo, toda vez, que no se realiza lo que se debe hacer.

c) Deber jurídico de obrar.

La esencia de la omisión se fundamenta en un no hacer que es considerado para los efectos jurídicos, que dicho comportamiento contenga como condición indispensable una conducta positiva exigible.

d) Resultado típico.

Este resultado se ocasiona con la mera conducta negativa del individuo, puesto que con esto se colma el tipo descrito por la ley.

(22)

Deduciendo lo anterior podemos afirmar que de conformidad con los diferentes criterios de los penalistas citados, la omisión es el aspecto negativo de la actividad, que con unión del elemento psicológico, llámese voluntad o intención, se exterioriza en un comportamiento que se refleja como una inactividad sancionada por la ley; pudiendo ser ésta, según el criterio de Fernando Castellanos Tena, de carácter imprudencial en los delitos de olvido, (fracción II, artículo 8º del Código Substantivo Penal), o dolosa (artículos 8º, fracción I, y 9º del mismo ordenamiento legal ) y cuyo resultado es típico.

La omisión lleva consigo una segunda forma, denominada: --- Comisión por Omisión, de acuerdo con el punto de vista de algunos autores, u Omisión por Comisión, respecto de la forma de ver de algunos otros.

Raúl Carrancá y Trujillo, al hablarnos de la comisión por omisión, nos dice que es la abstención de un movimiento corporal ordenado por el pensamiento del individuo criminal y por medio del cual, se comete un delito de carácter positivo. (24)

En igual forma Fernando Castellanos Tena, la considera como una decisión del sujeto a no actuar con el fin de que se produzca el resultado objetivo.

Así mismo Ricardo C. Núñez, determina que surge omisión --- comisiva punible, cuando hay una relación en una acción que es -  
-----

(23) Ob. Cit., pág. 154.

(24) Ob. Cit., pág. 265.

(25) Ob. Cit., pág. 136.

esperada y exigida por la ley penal, no realizándose ésta; ----  
siendo la fuente de donde emerge el resultado prohibido por un  
precepto penal, toda vez que esa conducta es jurídicamente obli  
gatoria como medio de evitar un resultado material típico.  
(26)

Al respecto Ignacio Villalobos manifiesta, que surgen los  
delitos de comisión por omisión cuando existen actos que violan  
una norma de carácter prohibitivo, pero en los que el resultado  
material se obtiene con la realización de un no hacer. Pero tam  
bién considera, que se dan casos en que no es necesario que exis  
ta ley expresa que regule esta obligación jurídica de obrar, --  
sino que puede ser creado por un contrato y cita por vía de ---  
ejemplo: "...al guía que se compromete a dirigir una expedición  
o un navío por sitios difíciles o peligrosos (y luego abandona  
esa dirección)..."

(27)

Celestino Porte Petit Candaudap, al referirse al concepto  
de comisión por omisión, señala: "...Existe un delito de resul--  
tado material por omisión, cuando se produce un resultado típi-  
co y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa),  
violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho)  
y una norma prohibitiva..."

-----  
(26) Ob. Cit., pág. 237.

(27) Ob. Cit., pág. 255.

Por lo que sostiene que son elementos de la misma los siguientes:

- a) Una voluntad o no voluntad (culpa, que remite a lo ---- dispuesto con relación a la omisión propia).
- b) Inactividad (que también reviste las características de la omisión propia).
- c) Deber de obrar y deber de abstenerse.

Es de considerarse que en este precepto existe un doble deber que son: un deber jurídico de obrar y una obligación legal de abstenerse, por lo que da lugar a un tipo dispositivo imperativo y a una prohibición.

- d) Resultado típico y material.

En este concepto a diferencia de la omisión, se produce un cambio en el mundo exterior, al infringirse una norma prohibitiva como medio para la obtención de ese resultado, por lo que tenemos un doble resultado, típico y material.

(28)

De acuerdo con este orden de ideas concluimos que la omisión por comisión como forma de la conducta, que tiene su origen en la omisión misma voluntaria, como el medio para la comisión de delito, teniendo como resultado un cambio en el mundo exterior; por lo que se manifiesta una doble transgresión legal, - puesto que se infringen dos normas: una, prohibitiva y otra, imperativa.

-----  
(28) Ob. Cit., págs. 311 a 321.

Cabe hacer mención que entre la conducta humana proyectada en cualesquiera de sus diversas formas y el resultado producido por la misma en el mundo objetivo, debe existir como nexo indispensable entre estos, una relación de causa a efecto, porque sólo de este modo, se podrá determinar la vinculación del hacer o no hacer del individuo con la mutación o alteración del mundo exterior; por supuesto sólo tiene importancia estudiar esta relación en los delitos, según dicen los autores, en los cuales, la hipótesis normativa exige un resultado perceptible en el mundo tangible, como es en el caso de los delitos de acción y de comisión por omisión.

Fernando Castellanos Tena al describir que numerosas teorías se han planteado, teniendo como objetivo la solución del problema que existe para determinar cuáles actividades del hombre deben tomarse como consecuencia o causas del resultado material.- Por lo que distingue dos tendencias: generalizadora, una; e individualizadora, la otra:

Según la primera, tiene su concretización en la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones, también conocida como de la "conditio sine qua non", tiene como representante a Von Buri; por lo que considera que todas las condiciones que intervienen en la producción del resultado son equivalentes y por lo tanto, todas son su causa.

Por lo que concierne a la corriente individualizadora, de ella emergen diferentes directrices:

a) Teoría de la última condición, de la causa próxima o de la causa inmediata.- Este criterio es sostenido por Ortman, al

decirnos, que de las causas que producen el resultado, sólo --- tiene importancia la última, es decir, la más cercana al resultado.

b) Teoría de la condición más eficaz.- Esta teoría es creada por Birkmeyer, quien explica que sólo es causa del resultado, aquélla condición que en la pugna de las distintas fuerzas antagónicas, tenga una sola de ellas eficacia relevante .

c) Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada.- - Esta tendencia únicamente acepta como verdadera causa, aquélla que se adecúa para producir el resultado.

(29)

También Raúl Carrancá y Trujillo expresa que esa relación de causalidad en las omisiones dá lugar a dos grupos de teorías: Normativa y de la Causalidad Artificial:

En cuanto a ésta, indican algunos autores alemanes, que el nexo causal en los delitos de omisión se debe, que al producirse la inactividad, concurre en su efecto una acción positiva, - porque el individuo al dejar de hacer alguna cosa, forzosamente implica la realización de otra, esto es, la producción de una - conducta positiva.

Por lo que toca a la teoría normativa, consiste en el no - desarrollar esa acción esperada que impone una norma de carácter obligatorio; da origen a la relación causal, porque al no - realizarse la acción exigida, se produce una conducta encaminada hacia un resultado, por lo que es de verse, esa unión de relación causal entre la omisión la infracción a un precepto de - - carácter prohibitivo y el resultado material deseado.

(30)

-----  
(29) Ob. Cit., págs. 156 a 158.

(30) Ub. Cit., págs. 317 a 320.

Ignacio Villalobos, respecto a la causalidad en los delitos que referimos, manifiesta: "...basta conectar esa causalidad - con el segundo elemento de la misma o sea con el requisito de suprimir una acción debida, pues entonces puede verse, sin prejuicios ni sutilezas, que el no hacer es precisamente la causa del resultado en el sentido valorativo del Derecho..."

(31)

Nosotros, en la misma forma, somos de la opinión que no necesariamente debe producirse un resultado material, como consecuencia de la conducta que así lo efectúe, para que pueda entenderse que existe una relación de causa efecto o vinculación del comportamiento humano con la realización del resultado de cambio; sino que debe entenderse que cualquier forma de la conducta - (positiva o negativa) tiene esa conexión de causalidad, un resultado sea material o espiritual (resultado típico), en virtud de estar conectado ese comportamiento con la descripción del tipo y no en orden a la producción de cambio en el mundo exterior, porque de ser así, estaríamos negando la relación de causalidad en aquéllos delitos, que producen un peligro de cambio en el mundo objetivo (delitos en grado de tentativa).

Celestino Porte Petit Candaudap, al proporcionarnos su concepto, al respecto, señala: "...Existe nexo causal cuando suprimiendo la conducta, no se produce el resultado. O sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir, que no hay relación de causalidad..."

(32)

-----  
(31) Ob. Cit., pág. 256.

(32) Ob. Cit., pág. 335.

En cuanto a este punto, destaca como teorías las siguientes:

a) Teoría del aliud actum, agere o facere, contemporánea o diversa.-

Dicha teoría sostiene que la causa debe localizarse en la acción, que lleva a cabo el sujeto que omite la conducta, que tiene el deber de realizar la acción esperada y exigida, por el tipo legal.

b) Teoría de la acción precedente.-

Esta tendencia consiste en que el sujeto al realizar una conducta, se coloca en la situación de realizar otra exigida para evitar que se produzca el resultado.

c) Teoría de la interferencia.-

Este modo de pensar va encaminado a buscar en el yo interno del individuo, la energía psíquica que lo determina para no realizar la conducta esperada, la cual es contenida y reprimida, produciéndose el resultado prohibido.

d) Teoría de la omisión misma o de la concepción normativa.-

Este criterio explica que la relación causal, debe hallarse en la omisión misma, lo que significa que el sujeto tiene la obligación jurídica de realizar una conducta positiva, exigida y esperada ya que de lo contrario se producirá un resultado antijurídico, por lo que indudablemente habrá una relación de causalidad en la omisión de esa actividad exigida en el resultado acaecido.

(33)

-----  
(33) Ob. Cit., págs. 354 a 356.

Nuestra legislación penal sustantiva en vigor, se apega a esta tendencia y nos proporciona, por vía de ejemplo, los tipos descritos en los artículos del 303 al 309, del mismo ordenamiento jurídico.

Por su parte, Ricardo C. Núñez vincula la relación de causalidad con la autoría, por lo que al respecto nos dice: que las bases que dieron origen a esta forma de proceder, se encuentran en Binding y tiene como finalidad, diferenciar la causalidad natural de la causalidad humana, fundada en la posibilidad que tiene el ser humano en el ejercicio de su voluntad, en poner a su servicio las fuerzas naturales para la consecución de sus propios fines, lo que significa la íntima relación de la causalidad humana con los efectos naturales, traduciéndose su actuación en una alteración o modificación en el mundo objetivo y siendo por lo tanto la conducta del individuo como el autor de dicho resultado antijurídico.

(34)

Precisar en qué momento, qué características son las indicadas para configurar la hipótesis normativa, y qué lugar o lugares deben tomarse en consideración para poder estimar la conducta infractora del tipo jurídico del sujeto, y de acuerdo con esto, la competencia del tribunal y ley que la ha de regular, es un problema de esencial importancia para el Derecho Penal.

Ignacio Villalobos expresa: "...en todo tiempo y en todo lugar en que se haya efectuado el total o parte de la conducta - -

-----  
(34) Ob. Cit., págs. 264 a 266.

constitutiva del delito, se puede afirmar que se cometió éste...- además considera, en atención a la omisión que - ...se ha de juzgar siempre teniendo presente el tiempo y el lugar en que debió prestarse o realizarse la acción omitida..."

(35)

En relación a esto, Fernando Castellanos Tena argumenta ----  
"...En la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado...";---

(36)

Sin embargo surge un problema cuando se nos presentan los delitos a distancia, y queriendo resolver esta cuestión Ricardo C. - Núñez, expone las diferentes teorías que pretenden resolver el problema:

"...a) Teoría de la actividad (residencia o ubicación).- La acción se comete en el lugar y en el momento en que el autor --- desenvuelve su conducta, actuando o manteniéndose inactivo.

b) Teoría del resultado final.- La acción se comete en el lugar y en el momento en que se produce el resultado delictivo - de daño o de peligro.

c) Teoría del resultado intermedio.- Esta teoría ha tratado de salvar los defectos de la teoría del resultado final, la cual, a veces, como sucede en los delitos agravados por el efecto, deja supeditada la comisión del delito a un resultado ocurrido eventualmente en lugares y momentos no comprendidos en la culpabilidad - del autor.

-----  
(35) Ob. Cit., págs. 257 y 258.

(36) Ob. Cit., pág. 160.

d) Teoría unitaria (mixta o de la ubicuidad).- El delito se comete en todos los lugares y tiempos en los cuales se ha realizado uno de sus elementos típicos..."

(37)

Nuestro ordenamiento jurídico penal, considera acertada --- esta última tendencia, llamada de la ubicuidad. Así aparece del artículo 2º que a la letra dice:

"...Se aplicará, asimismo:

I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República y

II. Los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el -- país en que se cometieron..."

También resultan aplicables y apegados a ésta teoría los -- artículos: 3º, 4º, 5º y 6º, todos del Código Penal en vigor.

Por otra parte al aludir a los criterios aplicables para -- determinar el tiempo de la comisión de la acción, Ricardo C. -- Núñez expone:

"...a) De la validez de la ley penal con relación al tiempo ... - Para establecer dentro del lapso de vigencia de cuál de las leyes sucesivas ha sido cometido un delito, se debe estar al momento de la conducta.

b) De la imputabilidad y culpabilidad.- Respecto de ambas ri ge el momento de la conducta...

-----  
(37) Ob. Cit., págs. 277 a 279.

c) Del conocimiento del interesado...

d) De la prescripción.- Teniendo por efecto la prescripción de la acción la extinción del derecho de perseguir penalmente el momento de la comisión del delito..."

(38)

Nuestra legislación penal en vigor, toma en consideración - el tipo únicamente para determinar si está todavía viva la acción penal ejercitable para la represión de esa conducta antijurídica; en caso contrario, estaremos en presencia de la prescripción.

Ahora bien, tocante al medio, la ley requiere de distintas características específicas para la comisión de los delitos, por lo que en vía de ejemplo encontramos diversas terminologías empleadas por el Código Substantivo Penal a saber: "...por medio - de seducción o engaño...", "...por medio de la violencia física o moral...".

Al trasladar la conducta humana en abstracto analizada en - páginas anteriores, al tipo legal en concreto de fraude genérico, que marca nuestra legislación penal substantiva en su artículo - 386, primer párrafo, que a la letra dice: "...Comete el delito - de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en - que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido..."; nos damos cuenta que se presentan las dos manifestaciones que consideramos con antelación de la conducta - positiva y negativa - configurando los diferentes elementos que muestra el tipo penal, siendo éstos a saber:

-----  
(38) Ob. Cit., págs. 283 y 284.

a) El engaño.

En donde se pone de manifiesto una actividad o hacer positivo, por parte del sujeto activo, con plena capacidad de discernimiento, entrañando en ello una cualidad subjetiva, pues dicha conducta es naturalmente ilícita al desprenderse del factor psicológico del infractor encaminando su conducta a inducir a error y por lo tanto sorprender la buena fé del sujeto pasivo, mostrándole una realidad objetiva completamente falsa e ilusoria, por medio de la exteriorización de ideas ficticias e inventadas (mentiras), respecto de la realidad que conoce, logrando influir en el ánimo de la víctima con la finalidad de obtener un beneficio ilícito, dando lugar a un delito de comisión.

b) El aprovechamiento del error.

Encuentra su punto de apoyo éste elemento del delito, en una conducta negativa por parte del sujeto activo, implicando en ello la infracción a un deber jurídico de obrar, esto es, que el infractor, necesariamente tenga la obligación de manifestar y aclarar una situación que puede ser perjudicial a un tercero, y como consecuencia de esto el beneficio ilícito que emerge se desplace hacia su favor, por lo que con tal comportamiento, el sujeto activo pone de relieve su intención dolosa, de no sacar del error en que se encuentra inmerso el sujeto pasivo, éste denota ignorancia o falsa apreciación de la situación, en tanto que el sujeto infractor, tiene un juicio certero y claro respecto de la cosa o transacción que se celebra, pero no realiza conducta alguna, tendiente a sacar del error al pasivo, sino por el contrario lo aprovecha obteniendo un lucro indebido, por lo que en la especie

nos encontramos que la actividad delictuosa, reviste las características de la comisión por omisión, de tal modo que se infringen dos tipos de normas: imperativa y prohibitiva.

La conducta engañosa o de mantenimiento en el error, no es posible medirla objetivamente, pues reviste características psicológicas del infractor, que se ponen en juego sobre la inteligencia del perjudicado, influyendo de manera definitiva en su posterior proceder.

Por supuesto que al crearse la conducta antijurídica, la cual tiene su punto de origen en el elemento psicológico del infractor, lugar donde tienen su nacimiento las ideas falsas e ilusorias, cuyo propósito es la obtención de un fin ilícito, es de trascendental importancia que éstas se exterioricen en un proceder objetivo, para ser tomadas en consideración por la ley en éste caso penal, pues con ello se transgrede el orden jurídico previamente establecido, ocasionándose como consecuencia el daño deseado.

Visto lo anterior, se deduce que la conducta en el delito de fraude genérico, reviste las dos formas de manifestación externa, unidas al elemento psicológico: a) positiva en cuanto al engaño o ardid, tendiente a inducir en error al sujeto pasivo; - b) negativa donde se trasciende a sus dos aspectos: omisión simple en actividad del sujeto activo, cuando no ocurre el resultado material por causas ajenas a su voluntad, quedando dicha actividad en grado de tentativa, y de comisión por omisión ocasionándose el perjuicio objetivo.

c) Alcanzar un lucro indebido.

En éste sentido la ley exige una vinculación necesariamente existente, entre la conducta ilícita inicial y el resultado material que se produce como consecuencia de aquella al presentarse una situación completamente desventajosa, que se traduce en un perjuicio patrimonial ocasionado al sujeto pasivo en beneficio - antijurídico del sujeto activo, por un desplazamiento o disminución del patrimonio de aquél, que tiene por fin ingresar al - haber económico del agente del delito, por medio de falacias o - abstenciones contrarias a la ley, existiendo una relación de causalidad, esto es, un enlâce o conexión jurídico entre la conducta inicial y el daño de índole material causado, lo que ubica al fraude genérico dentro de los delitos de resultado material.

Se presenta una disyuntiva de carácter legal, al mencionar que el individuo infractor de la ley, tome posesión de una cosa o alcance un lucro indebido. La primera parte de ésta disyuntiva, se refiere a las cosas o bienes corporales de naturaleza física, entendiéndose, los muebles e inmuebles y en cuanto a los lucros indebidos, se traduce en aquellos ilícitos beneficios, ganancias o utilidades económicas e inclusive la apropiación de derechos patrimoniales que se adjudica el sujeto activo, explotando la -- falsa creencia de la realidad o del error en que se encuentra el sujeto pasivo.

Es importante subrayar, que al hablar del desplazamiento - o disminución del patrimonio del sujeto pasivo en favor del sujeto activo y, por lo tanto, aumentando su haber económico en forma ilícita, estamos incluyendo en ello tanto las cosas materiales

como las inmateriales (derechos), que en forma unitaria conforman el patrimonio afectado.

La conducta observada por el delito de fraude genérico, es atentatoria de un valor tutelado jurídicamente de índole patrimonial, manifestándose la misma en falacias o abstención de conductas que impidan el error, con las que el delincuente obtiene la usurpación de cosas o derechos ajenos; por lo que propiamente el engaño, es la esencia jurídico-doctrinaria del delito de - - fraude.

b).- Tipicidad.

La tipicidad, en el presente estudio, es el segundo elemento del delito, en virtud de que todo comportamiento humano punible, necesariamente debe de revestir las características de típico, antijurídico y culpable, para ser objeto de apreciación del Derecho Penal, en cualquiera de sus diversas figuras legales; precisando de esta manera, el principio jurídico rector de "nullum crimen - sine lege", ya que en caso de faltar cualquiera de los elementos mencionados, no tendrá existencia jurídica penal dicha actividad ilícita, por lo que se impone transcribir el razonamiento jurídico implícito en el artículo 14 Constitucional, que a la letra - dice: "...En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata..."; dogma jurídico que enseña las exigencias legales por las que el juzgador, deberá calificar la conducta - como típica.

Es así como Fernando Castellanos Tena nos comenta: "...La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley..." Por su parte, Celestino Porte Petit - Candaudap explica que:<sup>(39)</sup> "...la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo..."

(40)

---

(39) Ob. Cit., pág. 166.

(40) Ob. Cit., pág. 471.

Raúl Carrancá y Trujillo, reafirmando este criterio, expresa: "...la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto..." - de lo que deduce que la tipicidad es esencial para la existencia del delito - ; por lo que afirmamos sin lugar a duda <sup>(41)</sup> que la tipicidad, debido a su naturaleza jurídica, además de constituirse como elemento del tipo, lleva consigo cualidades objetivas, entendiéndose estas, como un comportamiento o manifestación externa, de la voluntad del ser humano, - cuya realización se adecúa a lo descrito previamente por la norma penal.

De tal forma podemos concluir que la tipicidad es la realización de una conducta, vista en forma concreta que se apega a - las características descritas previamente en la ley penal, es -- decir, se adecúa a la hipótesis normativa.

Esta tipicidad precisa y urge el desarrollo o realización - de una acción u omisión, como formas incuestionables de la conducta, implicando en su consumación la participación de un sujeto denominado "activo" en base a su proceder inicial ilícito, - con características perjudiciales en bienes ajenos jurídicamente tutelados, como consecuencia de su actividad contraria a la ley, que resiente otro sujeto conocido jurídicamente como "pasivo", - dando esto como resultado una alteración en el orden social; es importante subrayar que es regla común que la acción u omisión - ilícitas, siempre recaen en un objeto corpóreo, sin embargo, sabemos perfectamente que toda regla general tiene sus excepciones, en estos casos la conducta no necesariamente podrá apreciarse -

-----  
(41) Ob. Cit., pág. 407.

en forma material o tangible, pues podrá suceder simplemente una transgresión legal, observándose ésta en un aspecto formal, siendo el caso de los delitos en grado de tentativa o aquellos de mero resultado jurídico; lo que nos lleva a sostener, que los elementos integrantes del tipo legal son: una conducta, el sujeto activo, el sujeto pasivo, y el objeto que bien puede ser material, jurídico, o que implique ambos significados.

El sujeto activo del delito, nos dice Raúl Carrancá y Trujillo: "...es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario; el que participa, activo secundario..." Por sujeto pasivo, según Carrara: "...se entiende la

(42)

persona que sufre directamente la acción; sobre la que recae los actos materiales mediante los que se realiza el delito..."

(43)

La doctrina jurídica inclusive ha dividido los delitos en individuales, monosubjetivos y plurisubjetivos; al respecto Celestino Porte Petit Candaudap expone: "...Monosubjetivo es aquel en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos. El plurisubjetivo, cuando el tipo requiere la intervención de dos o más personas..." De lo que resulta obvio que los delitos indi

(44)

viduales son cometidos por un sólo sujeto; la comisión de estos

---

(42) Ob. Cit., pág. 249.

(43) Citado por Raúl Carrancá y Trujillo; Ob. Cit., pág. 255.

(44) Ob. Cit., pág. 441.

delitos siempre irán dirigidos a causar un daño o perjuicio, --- bien sea en un objeto jurídico, en un objeto material o en ambos objetos.

Por objeto jurídico, debemos entender el bien o valor jurídicamente protegido; y el objeto material es la persona o ente corpóreo que sufre el peligro o perjuicio derivado de la conducta.

Al tratar de aplicar las anteriores aseveraciones, al delito de fraude genérico que venimos estudiando, descrito en el artículo 386 del Código Substantivo Penal vigente para el Distrito Federal, que establece: "...Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido..."; consideramos que habrá tipicidad en relación con este delito, siempre y cuando, una determinada conducta se adecúe perfectamente a la descripción que marca el tipo en cuestión, esto es, cuando determinada persona, lleve a cabo actividades u omisiones que encuadran, en forma precisa, en alguna de las situaciones previstas en tal hipótesis normativa, es decir, que el sujeto activo destaque en su proceder ilícito, una conducta engañosa, cuyo propósito sea lograr una falsa representación de la realidad, inducir a error a un sujeto o aprovechar aquél en el que ya se encontraba, al omitir la obligación jurídica de manifestarle la verdad y de este modo apropiarse de alguna cosa o un derecho o demostrar un aprovechamiento lucrativo indebido. El sujeto pasivo, será la persona en quien recaiga el engaño, cuya actividad exigida por el tipo legal, sea la realización de un -

acto de disposición de índole patrimonial en beneficio del sujeto activo, en forma voluntaria, en virtud de estar viciado su razonamiento por el engaño, respecto de alguna cosa o una transacción, o el perjuicio que sufre una persona en la disminución de su patrimonio, por el motivo de denotar una falsa apreciación -- respecto de una cosa o situación; de tal forma que ésta actividad ilícita (engaño) u omisión (aprovechamiento del error) siempre irán dirigidas a causar un daño en el patrimonio del sujeto pasivo, determinándose así el objeto jurídico, con el perjuicio causado al patrimonio, como bien tutelado por el Derecho Penal, y el objeto material por existir la persona que sufre el daño derivado de la conducta injusta; inclusive es posible la configuración de la actividad ilícita en grado de tentativa, al no lograr obtener el sujeto activo el beneficio antijurídico deseado por causas ajenas a su voluntad; y por último observamos en el tipo legal en estudio, que se permite la intervención de un número indeterminado de sujetos infractores, por lo que bien puede hablarse, en la infracción legal, de una forma individual: monosubjetiva o plurisubjetiva, o de sujetos activos primarios o secundarios.

c).- Antijuridicidad.

Ahora toca en turno el estudio de la antijuridicidad como tercer elemento del delito; por lo que al efecto se hacen presentes dos tendencias que pretenden desentrañar la esencia jurídica de tal elemento.

Estas distintas opiniones jurídico-doctrinarias las presenta Fernando Castellanos Tena, la primera al comentar que en la corriente presidida por Carlos Binding, se expone al delito, no como un comportamiento que se antepone o es contrario a la ley, sino como una conducta que se adecúa o ajusta a lo previamente establecido por el ordenamiento jurídico; entendiéndose que éste se integra por un conjunto de normas que le dan forma y contenido a la propia ley, en donde cada una de ellas son portadoras de los valores e intereses jurídicos protegidos por el Estado, por lo que en consecuencia lo que se infringe, viola o transgrede, es precisamente esos valores o intereses nacidos de la sociedad, -- estando implícitamente marcados o siendo el sentido significativo de toda norma legal que conforma al Derecho.

Por otra parte Max Ernest Mayer, al representar la segunda tendencia, determina que al derivarse toda norma o hipótesis legal de los valores o intereses que la sociedad trata de salvaguardar, éstos encuentran su origen y fundamento en la costumbre, la religión, sentimientos de unidad nacional, etc., traduciéndose tales valores, al ser tomados en cuenta por el Estado, en normas

de carácter cultural y que, por lo tanto, toda contradicción o transgresión a éste tipo de normas constituye la atijuricidad.

Teniendo como antecedente y fundamento estas dos encontradas opiniones, el autor en cita, subraya que al contemplar el elemento de la antijuricidad, es evidente que ésta tiene una cualidad objetiva, es decir, es la conducta humana en su fase externa, sin incluir para ello el elemento subjetivo, por lo que afirma - este autor, estando de acuerdo con la tesis de Binding, que:----  
"...la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo..."

(45)

Son notorias las cualidades esenciales de la antijuricidad, entendiéndose éstas en una conducta objetiva y por supuesto que transgrede como consecuencia un valor o bien tutelado legalmente.

Empero ésta conducta objetiva, al vulnerar el interés jurídico que se trata de salvaguardar por el Estado, se coloca en -- una situación de apreciación jurídica, actividad que realiza el juzgador para emitir un juicio valorativo o desvalorativo acerca de la misma.

Por lo que Ignacio Villalobos, apunta: "...Si analizamos la función legislativa, podemos distinguir, al menos idealmente, un momento valorativo en que se compara un género de conducta... -- con los ideales de orden, de seguridad y de bienestar públicos, y se obtiene una estimación desfavorable o se califica tal - - -

---

(45) Ob. Cit., págs. 176 y 177.

conducta como un desvalor jurídico... - de tal forma concluye -- que - ...Por tanto es acertada la fórmula que declara que la antijuricidad es la violación de las normas objetivas de valoración..."

(46)

Mariano Jiménez Huerta, al proporcionarnos su concepto de - antijuricidad, concuerda con los anteriores tratadistas, describiendo a la misma, como un concepto valorativo que nutre su - esencia de hecho fáctico típico, debidamente perceptible a los - ojos del legislador, por lo que nos dice: "...Para que una conducta típica pueda considerarse delictiva, necesario es que lesionese un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la - comunidad... - de tal forma que en la contradicción existente - entre la actividad ilícita del infractor y la norma objetiva, - distingue éste autor a la antijuricidad como una característica del delito, en donde se destacan puntos de vista del juzgador - formales o materiales, y subjetivos u objetivos, haciendo alusión a los diferentes criterios doctrinarios existentes al respecto, y recapitulando sostiene - ...La determinación de lo antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta, pues lo antijurídico no es otra cosa que ofensa a las normas de valoración recogidas en el ordenamiento jurídico, con independencia absoluta de la situación en que actúe el agente..."

(47)

-----  
(46) Ob. Cit., pág. 261.

(47) Ob. Cit., págs. 207 y 218.

Ricardo C. Núñez, al hablar de la antijuridicidad, utiliza estos términos ya que subraya que la misma, implica controversia entre un hecho delictivo y el derecho objetivo, por lo que en consecuencia el núcleo de la antijuridicidad, reviste un carácter de perjudicialidad de la acción, que se manifiesta de manera objetiva, completamente al margen de la culpabilidad del autor.

Así al haberse descubierto las dos cuestiones fundamentales en que puede ser apreciada la antijuridicidad - formal y material - define el autor en cita acerca de la primera, que: "...Semejante formalismo no es, sin embargo, absolutamente incompatible con un funcionamiento razonable y justo del principio de la antijuridicidad en el Derecho positivo. Si bien el sistema de la justificación del hecho en los casos particulares funciona mediante el principio de la regla (antijuridicidad) y de la excepción (justificación) establecida de manera expresa por la ley, la razonabilidad y las posibilidades de lograr soluciones justas en su aplicación práctica, dependen de la extensión que el legislador le confiera al sistema de las causas de justificación... - y finaliza en atención a la antijuridicidad material, escribiendo - ...una conducta es materialmente antijurídica cuando es contraria a una norma de cultura reconocida por el Estado...". De tal forma que sujeta su criterio antijurídico de orden<sup>(48)</sup> formal a una declaración por parte del juzgador, en un sentido desvalorativo de la conducta realizada, brindándole un amplio margen al legislador - en la aplicación de alguna causa de justificación, cosa que legalmente en ningún momento debe presentarse, pues la aplicación

-----

(48) Ob. Cit., págs. 300 y 302.

de la ley no depende del criterio extensivo que se la quiera dar a las causas de justificación, sino a la situación y circunstancias reales y legales al momento de la infracción.

En tanto, Celestino Porte Petit Candaudap comenta que para tener lugar la antijuridicidad, se deben dar cita dos requisitos indispensables: a) la adecuación o conformidad de un hacer o no hacer respecto a un tipo penal, y b) que ésta actividad no esté amparada por una causa de exclusión de la infracción legal; así, al referirse a la antijuridicidad formal, que él designa nominal, es respetuoso del principio excepción-regla, que se deriva de la infracción a una norma penal, bien sea de carácter prohibitiva o preceptiva, y afirma, que la base de la antijuridicidad formal, -- encuentra sus raíces en el dogma "nullum crimen sine lege" y, al hablar respecto de la antijuridicidad material, nos hace partícipes de un problema de índole doctrinario, que se presenta al tratar de deslindar el ámbito de dicha antijuridicidad, en general o penal, mostrando dos corrientes:

1.- La que trata de localizar la esencia de la antijuridicidad en el amplio campo del Derecho.

2.- La que busca ésta antijuridicidad, únicamente dentro del Derecho Penal.

El autor en cita, se inclina por la primera tendencia, estimando que la antijuridicidad especial es innecesaria.

(49)

Compartimos el criterio del anterior tratadista respecto de este problema, puesto que no podemos pensar que únicamente se dé el calificativo antijurídico dentro del Derecho Penal, en virtud de que se trata de un concepto universalmente válido en lo vasto y extenso del campo del Derecho, en cualquier rama que se encuentre adherida en las dos clasificaciones esenciales del Derecho - (Privado y Público).

Pensamos que la antijuridicidad, en su calidad de elemento del delito, es la valoración que realiza el juzgador, de todo -- comportamiento externo u objetivo, del ser humano, en relación al índice de valores o intereses que salvaguarda el Estado a -- través del conjunto de normas que conforman el orden jurídico, - sin tomar en consideración el factor o situación psicológica del individuo al momento de realizar el acto ilícito.

Así vemos que la conducta, para ser calificada como antijurídica, en el delito de fraude genérico, requiere que se manifieste objetivamente, bien sea en un aspecto activo (engaño) o pasivo - (aprovechamiento del error), ya que precisamente en ésta forma - es como se proyecta al exterior, desplegando y destacando en su esencia un actuar engañoso, dirigido a la víctima, implicando en ello un encubrimiento de la realidad y por lo tanto de la verdad, respecto de un bien o una transacción, con el propósito de inducirlo en el error y de ésta manera lograr la disposición de su - patrimonio, conducta por la que el sujeto activo se hace ilícitamente de un objeto material, de la usurpación de un derecho o de

la obtención de un lucro indebido, mediante un acto de disposición patrimonial a su favor y por lo tanto, en perjuicio del sujeto pasivo.

Por lo que ésta actividad perjudicial, encuentra su objetivo, en la ingenuidad o inexperiencia, buena fe y en múltiples ocasiones en la extrema necesidad del sujeto pasivo, al sorprender la claridad, ocultando la verdad, aprovechando ilícitamente la buena disposición, explotando el error en que éste se encuentra y abusando de la búsqueda de auxilio que en los momentos difíciles requiere el individuo, quien en su comportamiento denota, en ese momento precisamente, un nerviosismo, una turbación respecto de sus actos y de la realidad, y obra en forma irreflexiva, perfeccionando el sujeto activo su proceder antijurídico en base a tales circunstancias y, en consecuencia, incrementa su haber económico al obtener, en condiciones completamente desventajosas e ilusorias, un bien.

Sólo de ésta manera es como el juzgador norma su criterio y realiza su actividad legal de valoración, apreciación y calificación de tal situación, en relación al orden jerárquico de valores, bienes o intereses jurídicos que tutela la ley, y del mínimo de seguridad y bienestar de la colectividad que debe garantizar el Estado; siendo el patrimonio del sujeto pasivo, el valor o bien, específicamente perjudicado en el delito de fraude genérico que examinamos, entendido éste como el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de ser apreciados en dinero.

No olvidemos que éste proceder ilícito, puede diferenciarse dentro de alguno de los dos conceptos distintivos que emergen de la antijuridicidad, de la siguiente manera:

1.- En la antijuridicidad formal.- Se destaca la actividad ilícita del delito de fraude genérico que comentamos, en grado de tentativa, al no alcanzar el infractor sus metas queridas, -- donde el sujeto activo recorre algunas de las etapas del delito, como son: a) la fase interna, cuando el infractor concibe psicológica y perfectamente, la idea o proceder delictuoso, entendido esto, en las quimeras falsas y mendaces, proyectadas por el sujeto activo al sujeto pasivo, o el proceder omisivo de la obligación jurídica del agente de declarar la verdad, respecto de un error en que se encuentra la persona, siendo su propósito, en -- ambas actividades antijurídicas, lograr un beneficio ilícito; y b) la etapa externa, en la que dicho sujeto activo manifiesta -- objetivamente su conducta ilegal, traducida en el engaño, enfocado directamente hacia el pasivo, o en el aprovechamiento del error en que se encuentra éste, con el fin de apropiarse de alguna cosa o lograr un lucro indebido; empero en la tercera fase, -- que es la consumación, el infractor, no agota su actividad injusta, bien sea por arrepentimiento o por causas ajenas a su voluntad, y no logra hacerse de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido.

2.- En la antijuridicidad material.- El agente, al desarrollar su conducta ilícita poniendo de manifiesto su actuar engañoso o induciendo a error al sujeto pasivo, lo determina a realizar una actividad de disposición patrimonial a su favor, causando -

con ello la disminución patrimonial de la propia víctima y, por lo tanto, adecuando su proceder a lo previamente descrito por el tipo, además de la consiguiente infracción del ordenamiento jurídico.

d).- Imputabilidad.

Al hablar de la imputabilidad, inmediatamente nos viene a la mente que estamos tratando acerca del aspecto psicológico del delito, pues constituye este concepto, el antecedente interno -- que dará mérito suficiente para iniciar la configuración de la culpabilidad como elemento subjetivo del mismo.

Fernando Castellanos Tena, conforme a este criterio, señala que indiscutiblemente para ser culpable un individuo, preciso es que antes sea imputable, empero no es simplemente la designación de antecedente, sino que además, se debe de contar, al momento de la realización del hecho ilícito, con el pleno conocimiento y voluntad, entendiéndose por lo tanto, como elementos de la imputabilidad:

- a) Un Entender, y
- b) Un Querer.

Implicando en ello, la exigencia legal de condiciones mínimas necesarias, tanto de salud mental, como de desarrollo físico que marca nuestra legislación penal, para el ejercicio del libre albedrío del sujeto infractor, de aquello que conoce y entiende como inviolable y temible al sancionar su conducta.

Por lo que define a la imputabilidad como: "...la capacidad de entender y de querer en el campo de Derecho Penal..."

A colación, y únicamente con fines didácticos, el autor nos muestra las diferentes doctrinas que han dado pie a los fundamentos de la responsabilidad en el devenir del tiempo y que son a saber:

1.- La Escuela Clásica.- Propugnando los libero - arbitristas que el sujeto de una acción punible posee al tiempo de su -- infracción capacidad de discernimiento, condicionando la responsabilidad penal como consecutiva de la responsabilidad moral.

2.- Oponiéndose a ésta forma de pensar, la Escuela Positi-- vista, por su parte, buscó la causa de la conducta ilícita del - individuo, en los contrastes de la sociedad, como móviles o fuer<sub>z</sub>as del medio ambiente del sujeto que lo determinan a delinquir, encontrando y afirmando al hombre, ya no moralmente responsable, sino responsable por el hecho de vivir en colectividad.

(50)

Por nuestra parte, y apegándonos a la primera escuela (libe<sub>r</sub>o - arbitristas), entendemos que en la unión de los elementos - de la imputabilidad, anteriormente mencionados - querer y enten- der - trae como consecuencia un concepto jurídico que se traduce en la responsabilidad penal, tomando como condiciones previas - e indispensables, características subjetivas (capacidad mental) óptimas y comprensivas, entendiéndose esto como una calidad inte<sub>l</sub>ectiva (discernimiento) del infractor respecto de la realidad - social y del orden jurídico establecido en la comunidad, para - con ello consentir (querer o elemento volitivo), en cometer la - actividad ilícita y como consecuencia de ésta imponerse la san-- ción respectiva.

Por lo que en nuestra forma de pensar destacamos los elemen<sub>t</sub>os siguientes:

-----

(50) Ob. Cit., pág. 217 a 220.

- a) Capacidad subjetiva.
- b) Una calidad intelectual.
- c) Consentimiento o elemento volitivo.
- d) Actividad ilícita.
- e) Sanción jurídica (penal).

Será imputable, dice Raúl Carrancá y Trujillo: "...todo --- aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana..."

(51)

Ignacio Villalobos, por su parte determina que la imputabilidad "...debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de ésta última y por lo mismo difiere de ella como difiere la potencia o la capacidad abstracta de su ejercicio concreto en actos determinados... - así piensa que - ... Si la imputabilidad es capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, y capacidad por tanto de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente, su corolario inmediato es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos..."

(52)

-----  
(51) Ob. Cit., pág. 415.

(52) Ob. Cit., págs. 287 y 289.

Esa libertad que tiene el individuo de conducirse como mejor le parezca dentro de la sociedad y determinando su comportamiento, bien sea de acuerdo con los valores e intereses que tutela al Estado o situándose en una posición completamente contraria a ese orden jurídico, haciéndose acreedor a las consecuencias jurídicas, pues con su conducta es calificado de responsable penal.

Nuestra legislación sustantiva vigente, en materia penal, de ninguna manera precisa ni aclara lo que debe entenderse por imputabilidad, y por lo tanto, de responsabilidad penal, pues únicamente en su artículo 10, señala los límites de ésta, ya que a la letra dice:

"...La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley..."

Asimismo determina, qué personas son responsables de los delitos en sus artículos 13 y 14 del mismo ordenamiento legal.

Deliberadamente nos hemos abstenido, de incluir a la persona moral como sujeto infractor de la ley y por lo tanto acreedor a alguna sanción jurídica, pues con ello estaríamos negando las características o cualidades esenciales de individualidad (personal), imputabilidad y de culpabilidad, de la persona física como sujeto sancionable, pues de ser así, la pena se reflejaría sobre todos los miembros de la sociedad, tanto culpables como inocentes, lo cual además de repugnar al Derecho Penal moderno, se dejarían de lado los principios de justicia y de sentido común, por lo que nuestro ordenamiento jurídico sustantivo penal, en su artículo - 11 únicamente impone una medida de seguridad.

Sin embargo, en ocasiones, el sujeto activo consciente y -- voluntariamente, busca colocarse en alguna causa de inimputabilidad, realizando actividades características, como son: ingiriendo bebidas embriagantes, haciendo uso de drogas o enervantes, -- etc., con el objeto de darse el ánimo o valor suficiente, para -- cometer su comportamiento contrario a la ley, tratando de sorprender la buena fe del juzgador, que en última instancia resulta -- infructuoso su intento; previendo nuestra legislación tal situación, al calificar todo tipo de actividad que cause un daño, como presumiblemente dolosa (regla común), en el artículo 9º del - Código Sustantivo Penal, y denominándola la doctrina, como Actio nes Liberae in Causa - libres en su causa pero que determinan la responsabilidad penal en cuanto a su efecto.

Por lo que escribe Fernando Castellanos Tena: "...La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; - pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culpablemente, se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito..."

(53)

Con sobrada razón el autor en cita encuentra como fundamento de la imputabilidad, la acción o acto precedente, en un estado de predisposición ilícita.

De tal suerte coincide con este criterio Ignacio Villalobos, al decir: "...Si la culpabilidad se produce al actuar, es claro

-----  
(53) Ob. Cit., pág. 221.

que la capacidad de culpabilidad debe existir en ese momento - mismo... - y refuerza su punto de vista al concretar - ...Sin embargo, siendo éste primer acto ejecutado con plena capacidad, como primer eslabón de una cadena causal y con la mira puesta en producir el resultado antijurídico, no puede menos de imputarse todo ello al mismo sujeto..."

(54)

Al respecto Raúl Carrancá y Trujillo consolida el criterio establecido, pues entiende por "Acciones Liberae in Causa", las que se producen por una causa libre, pero siempre determinante de su efecto, en virtud de que el individuo decide su comportamiento en estado de plena conciencia con el fin de que la consecuencia antijurídica resulte en un estado de inimputabilidad.

(55)

Concluimos que siendo el delito un hecho surgido del hombre, no puede tener realidad sin la preexistencia de un sujeto imputable. La imputabilidad es un concepto indispensable, para poder fundamentar el juicio de culpabilidad, que lleva implícito un juicio de reprobación y castigo.

La imputabilidad es, pues, la capacidad de entender y de querer; para que un individuo conozca la ilícitud de su acto y quiera realizarlo, es necesario que esté en pleno uso de sus facultades psíquicas, intelectivas (entendimiento), para ello contando con su mayoría de edad, trae consigo las consecuencias penales de la infracción.

---

(54) Ob. Cit., págs. 288 y 289.

(55) Ob. Cit., pág. 421.

De lo que se desprende, la existencia y exigencia legal, de distintas calidades que en forma complementaria, debe poseer el sujeto activo al momento de la realización de su proceder ilícito, que se caracteriza como una manifestación engañosa:

En primer término, se destaca la plena capacidad mental o subjetiva, que debe presentar dicho individuo, como punto de origen, de su actividad engañosa, y que en forma directa se proyecta hacia el sujeto pasivo, con el propósito ilícito de inducirlo a error, es decir, de bloquear y sorprender su razonamiento, temerariamente para oscurecer la realidad, precisión y claridad respecto de la transacción, derecho o bien, que se pretenda apropiarse u obtener un lucro indebido.

En segundo término, observamos que como consecuencia de estar el agente infractor en óptimas condiciones psíquicas al momento de la infracción, entiende perfectamente los alcances ilícitos de su transgresión legal, al desarrollar su conducta engañosa en contra de un determinado individuo, con el fin de lograr su objetivo antijurídico, no obstante el saber y comprender que está actuando ilícitamente, no se abstiene de hacerlo, denotando con ello su grado de temibilidad.

Ahora tenemos como tercera calidad, ese consentimiento o elemento volitivo, que va entrañablemente unido a la calidad intelectual, al ponerse de relieve abiertamente, el uso y ejercicio de su capacidad de libre elección, libre albedrío o discernimiento, al actuar apegado a Derecho u oponerse a lo mandado por la ley, es decir, aquí ya no sólo entiende y comprende hasta donde

podría llegar su actividad ilícita, sino además conforme con --- esto decide llevarla a cabo, rompiendo libre y conscientemente - ese orden jurídico, en perjuicio de los demás conciudadanos, mediante su conducta engañosa y con la finalidad clara de lograr - un desplazamiento de índole patrimonial en beneficio propio.

De tal manera, que si la fuente de donde emerge la conducta engañosa, se encuentra en la mente y por lo tanto se revela con características subjetivas que adquieren un papel primordial en el delito de fraude genérico que tratamos, también sabemos que - para ser tomada en cuenta esa actividad ilícita por el Derecho - Penal, ésta necesariamente debe exteriorizarse, ya sea en cual-- quiera de sus dos formas, - activa o pasiva -, ya que los simples pensamientos de ninguna forma son apreciados conforme a Derecho. De lo que se deduce que tal actividad ilícita es indispensable - que se presente objetivamente, para con ello atentar en contra - del patrimonio de algún particular.

Empero sólo podrá el individuo infractor de la ley, poseer todas estas cualidades esenciales, cuando tenga un mínimo de desarrollo, tanto físico, como psíquico, al cometer su actividad - ilícita, obteniendo estas mínimas condiciones de apreciación y - valoración de la realidad social y alcances jurídicos, en su mayoría de edad, toda vez que es regla común que contando con dicha mayoría de edad (18 años), se comprenden verdaderamente y se distinguen los valores e intereses que se tutelan dentro de la --- sociedad; pues quien aun no cumple con su mayoría de edad y transgrede dichos valores o intereses jurídicos, obviamente no denota

temibilidad en su conducta, pues no distingue ni comprende los alcances jurídicos que trae como consecuencia su proceder contrario a la ley, y nos encontraremos que este sujeto al momento de la infracción está en condiciones o circunstancias sui generis o apremiantes que lo obligaron a realizar tales situaciones.

Así podemos concluir que una vez, salvados estos requisitos legales, estará el juzgador en posibilidades de emitir un calificativo de imputable al sujeto infractor de la ley y, por lo tanto, de aplicarle la sanción jurídica respectiva.

e).- Culpabilidad.

Habiendo estudiado la imputabilidad como el presupuesto de la culpabilidad, entendiéndose por aquella la capacidad que tiene el individuo, para entender y querer en el campo del Derecho Penal, corresponde ahora delimitar los márgenes de la subjetividad del delincuente en su actuar intencional o imprudencial; al desarrollar éste análisis de la culpabilidad, con ello complementado la exigencia legal, de que toda conducta ilícita, ha de ser típica, antijurídica y culpable.

Fernando Castellanos Tena, al respecto considera que la culpabilidad se identifica precisamente, por un nexo intelectual y emocional que une al agente con su acto, por lo que muestra, con el fin de encontrar la naturaleza jurídica de éste elemento del delito, las siguientes posiciones doctrinarias:

a) Teoría Psicologista o Psicológica de la Culpabilidad.- En donde encuentra su fundamento jurídico ésta corriente doctrinaria, en un hecho derivado del carácter psicológico del sujeto, consistiendo por lo tanto, en un proceso intelectual volitivo, desarrollado en la mente del autor, es decir, en el conocimiento y voluntad de delinquir, siendo notorio, el nexo psicológico entre el sujeto y el resultado antijurídico deseado.

b) Teoría Normativa o Normativista de la Culpabilidad.- En ésta postura doctrinal, nos dice el autor, juega un papel preponderante la norma que entraña un juicio valorativo o desvalorativo (reprocha) esto es, en exigir al individuo infractor, la - -

observancia de una conducta diversa a la realizada. De tal modo que del juicio de reprochabilidad se desprenden dos situaciones: una conducta dolosa, o culposa cuyo autor se encontraba en la posibilidad de haber evitado y por la otra la presencia de la hipótesis normativa que le exigía un comportamiento acorde con el Derecho.

(56)

Ignacio Villalobos, independientemente de las corrientes doctrinarias enunciadas anteriormente, se determina por un abuso de las facultades racionales que el agente posee al tiempo de su acción, denotando un desprecio al orden jurídico establecido, sin tomar en consideración los resultados nocivos que cause con su proceder ilícito a sus semejantes, como efecto de su conducta.

Por lo que reconoce que concurren dos tipos de características en la actividad del infractor:

"...1) Una actitud psicológica del sujeto, conocida como -- 'situación de hecho de la culpabilidad' y

2) Una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el derecho y con sus obligaciones personales..."

(57)

Por su parte Raúl Carrancá y Trujillo, apegándose a la teoría normativista, define a la culpabilidad como el elemento subjetivo del delito, traduciéndose por lo tanto, en la reprobación jurisdiccional de la conducta, que ha negado, una conducta obligatoria exigida por la norma.

(58)

-----  
(56) Ob. Cit., págs. 232 a 234.

(57) Ob. Cit., págs. 100, 284 y 285.

(58) Ob. Cit., pág. 413.

Asímismo Mariano Jiménez Huerta, sigue esta corriente doctrinaria, al decirnos: "...Una declaración de culpabilidad, sólo -- puede pronunciarse en contra de una persona cuando el hecho le -- fuere reprochable por haberlo libremente cometido en algunas de las situaciones anímicas o estados psíquicos que integran el contenido de la voluntad que preside los actos humanos..."

(59)

La culpabilidad como elemento subjetivo del delito se entiende, por lo tanto como el enlace jurídico, existente entre el elemento psicológico del infractor, traduciéndose en un pleno conocimiento y determinación de su actividad y la transgresión de -- los valores o intereses que el orden jurídico salvaguarda, esto como resultado de la búsqueda de un fin contrario a la ley de -- tal sujeto, es el nexo jurídico que se presenta entre la libre -- y consciente decisión del individuo a delinquir y la ruptura de ese orden jurídico previamente establecido por la violación de -- un valor o interés tutelado legalmente como resultado directo de tal conducta.

Teniendo como antecedente, de acuerdo con el criterio común de los penalistas, citados anteriormente, que la culpabilidad -- reviste dos formas de exteriorización, -- dolo y culpa --, depen--diendo estas siempre del modo en que se produzca la actividad -- con que el agente infractor ocasione un determinado perjuicio en los bienes o derechos ajenos, pudiendo ser por medio de una eje--cución consciente del hecho ilícito, o por medio de un comporta--miento en el cual, se cause igual resultado por una causa de ne--gligencia, falta de cuidado, de aplicación o de imprudencia.

También suele hablarse doctrinariamente de la preterintencionalidad, como una tercera forma de la culpabilidad, entendiéndose ésta como un efecto directo de la conducta, donde el resultado delictuoso, sobrepasa a la intención del sujeto; sin embargo, dentro de nuestra legislación sustantiva penal, no se encuentra precepto alguno que enmarque y califique de ésta manera alguna - situación antijurídica.

Al referirse Fernando Castellanos Tena, al dolo, comenta: --  
"...consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a --  
la producción de un resultado típico y antijurídico..."

Subrayando como elementos del mismo, a saber:

a) Etico.- Constituido por el conocimiento de la contraposición a un deber.

b) Volitivo o Emocional.- Destacándose en éste elemento el factor psicológico, es decir, la voluntariedad de realizar el --  
acto.

(60)

Raúl Carrancá y Trujillo, al respecto, anota: "...el dolo --  
puede ser considerado en su noción más general como intención, y  
ésta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. Sobre ser vo  
luntaria la acción deberá estar calificada por la dañada inten--  
ción para reputársela dolosa..." - por lo que distingue los si--  
guientes elementos:

a) Intelectuales.- Implicando en ello el pleno conocimiento  
y por lo tanto la previsión y evitabilidad del resultado ilícito.

-----  
(60) Ob. Cit., pág. 239.

b) Emocionales.- Derivados de la voluntad de causación, --- esto es la decisión libre y determinante de producir el resultado ilícito.

(61)

Por lo que se pone de relieve, en los anteriores conceptos la clara comprensión y determinación del daño que se pretende -- ocasionar, aún sabiendo perfectamente que con tal comportamiento se está contradiciendo lo mandado o prohibido por la ley, y en -- virtud de que en ésta forma el infractor muestra toda su inten-- ción de realizar el acto ilícito.

Al reflexionar un poco acerca de lo anterior, si bien se -- observan las características de consciencia y voluntad, traduci-- das en la intención, no podemos dejar de pensar en el problema -- jurídico que surgiría, cuando aún el agente denotando la inten-- ción de delinquir, se produzca un error que bien podría ser de -- precisión o apreciación en cuanto al objeto.

Disipando ésta duda, Ignacio Villalobos escribe: "...Siendo la esencia del dolo la voluntad que actúa sobre un conocimiento real e integral del acto..."

En ésta forma el autor anterior, marca perfectamente los -- lineamientos que deben observarse en cuanto al dolo, siendo éstos de exactitud y precisión respecto del objeto jurídico, pues de -- otra manera, estaríamos desviando la dirección o enfoque de nues-- tra actividad ilícita hacia los linderos de la imprudencia.

---

(61) Ob. Cit., págs. 225 y 426.

De tal modo presenta el autor en cita, la siguiente clasificación:

A) Dolo directo.- Se caracteriza porque la voluntad es encaminada directamente al resultado ilícito.

B) Dolo indirecto, distinguiendo varias subespecies:

a) Dolo simplemente indirecto.- Se presenta cuando el agente se propone un fin y sabe perfectamente que con el acto que -- realiza para lograrlo, se pueden producir otros resultados anti-jurídicos, que no fueron motivo de su voluntad, pero al comprender previamente su seguro acaecimiento, no le hace desistirse de su propósito, por lo que los admite con tal de lograr el objetivo deseado.

b) Dolo indeterminado.- Cuando el sujeto activo, no se propone causar un daño determinado, sino simplemente sólo causar alguno para fines ulteriores.

c) Dolo eventual.- Aquí el individuo infractor si se propone un resultado, pero sabe y admite la posibilidad de que se produzcan otros diversos o mayores.

(62)

Para nosotros el dolo consiste, en el ejercicio de la voluntad consciente, y libremente ejercida esto es, la intención del agente plenamente integrada al hecho delictuoso, donde se ponen de manifiesto las pretenciones buscadas.

El dolo, en nuestro Derecho Positivo Penal, se encuentra -- previsto por el artículo 8º del Código Substantivo, al ennumerar

-----  
(62) Ob. Cit., págs. 296, 303 y 304.

las formas de culpabilidad, con una terminología propia, al expresar que: "...Los delitos pueden ser:

I. Intencionales, y

II. No intencionales o de imprudencia..."

Siendo obvio que la intención se refiere al dolo, sin embargo la misma, de acuerdo con la clasificación doctrinal que acabamos de estudiar en páginas anteriores, no precisa ni específica a qué tipo de dolo está haciendo mención nuestra legislación penal, pues entendiéndose en forma genérica, pensamos que se está refiriendo a los delitos cometidos con dolo directo.

Ahora bien, analizando someramente el párrafo primero del artículo 9º del Código que comentamos, se comprende en el mismo la presunción de intencionalidad, al lado del principio de inocencia general, en la comisión de un delito, correspondiendo en primer término al Agente del Ministerio Público, como órgano investigador, deslindar la responsabilidad penal, de aquellas personas que se encuentren involucradas en el mismo, teniendo que observar muy especial y estrictamente, las formalidades procesales, establecidas por los artículos 19 y 20 de nuestra Ley Suprema, disposiciones que consagran la garantía de seguridad en el procedimiento y exigencias que deberá respetar dicho Agente del Ministerio Público, como representante social, al llevar a cabo la investigación previa, para conformar el cuerpo del delito, e indicar a los posibles responsables por la comisión de un ilícito, los cuales al consignarlos ante el Juez competente, como órgano jurisdiccional, tendrán la oportunidad de demostrar su inocencia, durante la secuela del procedimiento, aportando para

ello, las pruebas que juzguen convenientes con la finalidad de lograr su libertad definitiva en la sentencia respectiva.

Procediendo a relacionar cada una de las fracciones del artículo 9º del Código Substantivo Penal en cuestión, con los diferentes tipos de dolo observamos y afirmamos que la fracción I, - se refiere al dolo indeterminado, pues hay intención genérica de delinquir, pero sin determinación del daño.

La fracción II, para algunos tratadistas penales es la preterintencionalidad, nosotros no comulgamos con esta tercera forma de culpabilidad, por lo que nos parece que encuadra en el dolo simplemente indirecto y, en la segunda hipótesis que muestra dicha fracción "...o si se resolvió a violar la ley fuere cual - fuere el resultado..." nos encontramos ante el dolo indeterminado.

En cuanto a las fracciones III y IV, el juez deberá tomar - en cuenta las circunstancias personales del infractor, para regular la pena dentro de los límites mínimo y máximo que marque.

La fracción V (error en la persona o en la cosa), aunque en un principio denota el sujeto la intención delictuosa, respecto del objeto o bien perjudicado, no puede atribuírsele el dolo en cualquiera de sus diversas formas que mencionamos.

Por último, la fracción VI, no se puede entender como excluyente de responsabilidad, pues subsiste la acción delictuosa, - por considerarse que los bienes y valores que tutela el ordenamiento jurídico son de interés público.

La culpa como segunda forma de la culpabilidad, se presenta como una forma negativa del comportamiento ilícito, distinguiéndose por no tomar en cuenta las debidas precauciones y cuidados

obligatorios, en su realización, causando con ello un resultado típico, previsible y evitable sancionado por la ley.

Fernando Castellanos Tena, expone las diferentes posturas doctrinarias que se han originado, con el objeto de determinar la naturaleza de la culpa, siendo estas a saber:

a) La culpa consciente, con previsión o con representación.-

Dentro de ésta corriente doctrinaria se destaca el conocimiento del agente de las consecuencias que pueden ser ocasionadas como resultado de su acto, teniendo las posibilidades intelectivas de comprender y por lo tanto de prever el acaecimiento de un resultado antijurídico, producto de su proceder como posible, sin quererlo, abrigando la esperanza de que no ocurra. Por lo que en conclusión, presenta el autor a la voluntad como originadora de la conducta causal con representación por la posibilidad de predicción del resultado.

b) La culpa inconsciente, sin previsión o sin representación.-

Esta se presenta, cuando él infractor a pesar de haber desarrollado una conducta ilícita, no utiliza su capacidad intelectual en prever las consecuencias legales, no obstante de ser éstas lógicas en su consumación, no se contempla el resultado previsible; de tal forma que existe voluntariedad en la conducta causal, pero sin existir representación por el resultado de naturaleza previsible.

Así, considera que existe culpa: "...cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado

típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas..."

(63)

Por supuesto que él autor al mencionar la palabra conducta, está hablando tanto de la acción como de la omisión, en su realización delictuosa, sin llevar en sí un objetivo deseado, sin embargo no debe de entenderse que se carece del factor psicológico, puesto que con tal razonamiento se impondría la calificativa legal de inimputable, sino que estamos refiriéndonos a una pereza mental, que se traduce en la negligencia, falta de cuidado, de reflexión o imprudencia que presenta el individuo al realizar su actividad, siendo su obligación jurídica llevar a cabo las debidas precauciones y cuidados necesarios con el fin de prever y -- evitar la producción de un daño.

Ignacio Villalobos, al respecto manifiesta: "...En términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuricidad típica no - querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo..."

Por lo que desprende éste autor los siguientes elementos:

- a) Un actuar voluntario, como base sustantiva de todo delito.
- b) La adecuación de tal conducta al tipo penal.

---

(63) Ob. Cit., págs. 246 y 247.

c) La ausencia de intención, esto es, de querer o consentir, la producción del resultado típico.

d) Que tal realización de lo antijurídico se deba a negligencia o imprudencia del agente.

e) La existencia de la obligación jurídica por parte del responsable de prever lo que podía suceder por su actuación, o que haya tenido las posibilidades de poder contemplar la producción del daño.

f) La posibilidad de evitar la producción del perjuicio jurídico, pues lo contrario ocasionaría los nexos de causalidad, dando lugar a un juicio de reprochabilidad.

(64)

Pretendiendo fundir los diversos conceptos de culpa, Raúl Carrancá y Trujillo, escribe: "...La culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado..."

(65)

Como puede observarse, resulta factor común en todos y cada uno de los autores citados, destacar el daño como producto de una conducta negligente, entendiéndose ésta, como una actividad inconsciente, carente de finalidad, pero siendo previsible y evitable el perjuicio, en virtud de estar ausente el interés de seguridad y protección que debe observar todo individuo al realizar cualquier tipo de actividad dentro de la sociedad y respecto de los valores o bienes que ésta enaltece.

-----  
(64) Ob. Cit., págs. 309 a 311.

(65) Ob. Cit., pág. 439.

Por el contrario, Mariano Jiménez Huerta no radica la culpa o imprudencia, como la describe la ley, en el daño como característica finalística de la acción, sino en el modo, forma o circunstancias en que el individuo origina un resultado típico, como elementos que matizan e integran el concepto de imprudencia.

(66)

Por nuestra parte pensamos que la culpa o imprudencia, como la redacta nuestro Código Sustantivo Penal en su artículo 8 fracción II, consiste en la imprudencia, imprevisión, negligencia o irreflexión, formas de actuación de una conducta que omite los cuidados necesarios de seguridad y protección respecto de los valores o bienes de sus conciudadanos, en su realización, sin mostrar para ello la intervención de la voluntad dirigida a causar una infracción legal, denotando por ello la ausencia del elemento psicológico en la producción del evento antijurídico.

Consecuentemente encontramos como elementos los siguientes:

- a) Una conducta humana de aspecto negativa (omisión).
- b) Imprudencia, imprevisión, negligencia o irreflexión, como formas de manifestación de tal conducta.
- c) La ausencia del elemento psicológico, en la producción del daño.
- d) Un resultado típicamente antijurídico.
- e) La relación de causalidad entre la conducta causal y el resultado acaecido.

---

(66) Ob. Cit., pág. 459.

Sin embargo en múltiples ocasiones se produce el hecho anti-jurídico; sin mediar la conducta humana, realizándose ésta con - todas las debidas precauciones exigidas por la ley, se origina - éste entendiéndose, por lo tanto, que por azares del destino, se une a la actividad humana una causa extraña e imprevisible, no - pudiendo atribuírsele al sujeto infractor de la ley, por no pre- sentar la intención o imprudencia en dicho evento típico, por lo que en éstos casos queda fuera la culpabilidad, no dá lugar a un juicio de reproche y en consecuencia no se le podrá imputar a -- persona alguna responsabilidad penal, entendiéndose ésta situa-- ción como un caso fortuito, debidamente reglamentado en el artí- culo 15 fracción X del Código Substantivo Penal.

En éste sentido, Fernando Castellanos Tena menciona tal si- tuación como: "...un problema de metaculpabilidad...en virtud de no ser previsible el resultado. El Estado no puede exigir la pre- visión de lo humanamente imprevisible..."

(67)

Raúl Carrancá y Trujillo lo define como un: "...mero acciden- te, hecho causal o contingente...desde el punto de vista del su- jeto a quien no puede imputarse ni intención (dolo) ni impruden- cia (culpa), por lo que el elemento psíquico del delito se encuen- tra, desde luego, ausente, y por ello, ausente también la volun- tad..."

(68)

-----  
(67) Ob. Cit., pág. 250.

(68) Ob. Cit., pág. 446.

Así distinguimos como diferencia, entre culpa inconsciente y caso fortuito, que aunque en las dos se presenta la ausencia - de previsión del resultado delictivo, en la culpa inconsciente - existe la posibilidad y obligación jurídica de prever el daño, y en el caso fortuito, no.

Visto lo anterior, Ignacio Villalobos encuentra como fundamento de la culpabilidad en la omisión voluntaria de realizar el cuidado necesario, al redactar: "...la culpa es, substancialmente, no el querer ni el consentir lo antijurídico, sino una voluntaria omisión del cuidado necesario para evitarlo..."

(69)

Por su parte Raúl Carrancá y Trujillo, fundamenta la culpabilidad en la peligrosidad del criminal al decirnos: "...El fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en que determinada conducta es producida, llenando el tipo legal; condiciones que prueben que el hecho mismo es atribuible al sujeto, fue querido por éste y amerita un juicio de reproche..."

(70)

Por nuestra parte, consideramos como fundamento de la culpabilidad, bien sea en su aspecto doloso (intención) o culposo - - (imprudencia), un menosprecio por el orden jurídico, toda vez -- que presenta en sus diversas actuaciones, la determinación libre y consciente de causar el daño y por otra parte muestra que omite realizar las debidas precauciones necesarias y exigidas por - la ley, denotando con ello su temibilidad y finalidad de vulnerar

-----

(69) Ob. Cit., pág. 311.

(70) Ob. Cit., págs. 416 y 417.

los valores de protección y seguridad que emanan de la colectividad para ser posible la vida gregaria.

En nuestra legislación penal sustantiva en su artículo 60 - señala la aplicación de sanciones a los delitos de imprudencia, tomando en cuenta la gravedad o levedad de tal culpa, para hacer operar una mayor o menor penalidad.

Por lo tanto la culpabilidad en el delito específico que -- analizamos, muestra tan sólo la intención o dolo directo en su - realización, pues el sujeto, en la transgresión legal, denota el pleno conocimiento y voluntad de delinquir, desarrollando una actividad ilícita, encaminada directa, clara y conscientemente a - engañar a un individuo, sorprendiendo su buena fé, o ignorancia, por medio de mentiras, encubriendo y cambiando dolosamente una - realidad que conoce perfectamente en perjuicio del sujeto pasivo, con el ánimo o propósito de obtener un beneficio ilícito.

En ésta forma se pone de relieve la libre intervención del factor psicológico que tiene, en el delito en concreto que comen- tamos, un papel destacado, pues la conducta ilícita, reviste cua- lidades subjetivas en su origen y exteriorización, toda vez que son ideas falsas que se proyectan hacia la mente o razonamiento de la víctima, sorprendiéndola e imponiendo, por lo tanto, una - realidad ficticia respecto de la cosa o transacción.

Esta conducta antijurídica, al poner de manifiesto la plena intención o dolo directo del agente, que en forma libre conscien- te y determinante comete con su proceder engañoso, al hacerse de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido, transgrediendo en esta

forma los valores, intereses o derechos que la ley tutela y que, por lo tanto, ocasiona el daño patrimonial, integrándose con esto, el nexo o unión jurídicos, por su actividad ilícita, en relación con la norma jurídica en que su conducta se ha adecuado.

En el aprovechamiento del error, aunque se presenta una conducta de carácter negativo, entendida ésta como una omisión comisiva, tratada en páginas anteriores, con ello no estamos refiriéndonos a la culpa, como segunda forma que presenta la culpabilidad, pues ya se ha sostenido que, en el delito de fraude genérico que estudiamos, unicamente se dá la intención o dolo directo en su comisión.

Así en esta forma, también se destaca la participación del elemento psicológico, del infractor, al determinarse en forma -- libre y consciente, en no sacar del error en que se encuentra -- inmerso el sujeto pasivo, al mostrar éste, ignorancia o falsa - apreciación de la realidad existente, denotando el sujeto activo por su parte un juicio certero y claro respecto de tal situación; por lo que pone de manifiesto su intención o dolo directo, al -- no realizar consciente y deliberadamente, conducta alguna, ten-- diente a sacar del error en que se halla la víctima, sino por el contrario lo aprovecha, causando con ello el perjuicio esperado.

Formándose por lo tanto el enlace o nexo jurídico, entre la conducta antijurídica, entendida ésta como el aprovechamiento del error y la infracción legal, al hacerse como causa de este proceder, el sujeto activo, de alguna cosa o incrementar su haber - - económico, en base de un lucro indebido.

Emitiendo el juzgador, como consecuencia de la observancia, en cualquiera de éstas dos formas de proceder el infractor de la ley, calificativa de culpable.

f).- Punibilidad.

Como se ha visto, para que pueda integrarse un juicio repro-  
batorio, respecto de la conducta, ésta debe de ser típica, anti-  
jurídica, y culpable; sin embargo, no es suficiente éste juicio  
calificativo, basado en la reprochabilidad de la acción del suje-  
to, pues es cuestión indispensable, que los valores jurídicos --  
que tutela la norma, sean respetados por todos siendo el Estado  
el representante común de la sociedad y encargado de vigilar que  
se cumplan estos mandatos, ya que en caso de vulnerarse los mis-  
mos, tendrá el ejercicio pleno, de hacer uso del jus puniendi, -  
con el fin de corregir dicha situación, lo cual significa, que -  
la norma al pretender imponer una obligación a través de un man-  
dato o una prohibición, se ve en la necesidad de ligar a ella, -  
la amenaza de una pena (sanción penal), porque de no ser así, -  
perdería su eficacia y se convertiría en un precepto puramente -  
declarativo, así existen diversas teorías, al respecto, entre las  
que se encuentran las que consideran a la punibilidad como elemen-  
to del delito y otras que la determinan como consecuencia del --  
mismo.

Entre nuestros penalistas, Fernando Castellanos Tena y Ma-  
riano Jiménez Huerta sostienen igual punto de vista, al manifes-  
tar que la punibilidad no forma parte del delito, puesto que el  
primero expone: "...La punibilidad consiste en el merecimiento -  
de una pena en función de la realización de cierta conducta..."

(71)

y el segundo nos dice: "...La punibilidad es la secuencia lógico jurídica del juicio de reproche: nulla poena sine culpa..."

(72)

De lo que se desprende que tales autores, hacen hincapié en que el delito es la oposición al orden jurídico, tanto objetiva (antijuridicidad), como subjetiva (culpabilidad), mientras que la pena es la reacción de la sociedad, y por ello externa al delito, constituyendo su consecuencia ordinaria.

Entre los autores que conciben a la punibilidad como elementos del ilícito, figura Raúl Carrancá y Trujillo, al comentar -- que: "...Si para que la acción humana constituya delito se requirieren, entre otros elementos, la culpabilidad y la antijuridicidad, y para que sea sancionada además la punibilidad, faltando alguno de ellos la acción dejará de ser incriminable..."

(73)

Por nuestra parte coincidimos con el criterio del autor anterior al pensar que la punibilidad, constituye un elemento del delito, entendida ésta precisamente como la amenaza de la sanción penal (pena) esencial para la eficacia y observancia de sus mandatos o prohibiciones que marca el tipo, y que por lo tanto para su debida aplicación, es necesaria la intervención del Estado, por ser el legítimo representante de la colectividad ya que su finalidad es la de garantizar la permanencia armónica del orden social y toda vez, que de no seguirse estos principios básicos, la hipótesis normativa significaría tan sólo un precepto puramente declarativo.

-----  
(72) Ob. Cit., pág. 473.

(73) Ob. Cit., pág. 451.

La punibilidad en el delito que tratamos la marca nuestra legislación penal substantiva, en su artículo 386, fracciones -- I, II y III, reformado por Decreto Publicado en el Diario Oficial de 29 de diciembre de 1981, que a la letra dice: "...El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de ésta última cantidad.

II.- Con prisión de 3 a 6 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de 500 veces el salario.

III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario..."

2).- ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO.

a).- Ausencia de Conducta.

Continuando el trayecto del presente estudio que nos hemos impuesto, al comentar en primera instancia los elementos que integran el aspecto positivo del delito, toca en turno examinar ahora, los elementos que conforman el aspecto negativo del mismo.

Dejando plenamente asentado en las primeras páginas del -- presente Capítulo I, que todo comportamiento humano, manifestado por medio de una acción o una omisión, ligados al elemento psicológico, es la base indubitable, para iniciar el procedimiento de configuración del tipo penal; es de comprenderse que, no existiendo éste enlace fundamental, estará ausente la conducta productora del ilícito penal, faltará como lo es, un elemento esencial del delito, y en consecuencia, éste no se integrará a pesar de las circunstancias.

La Doctrina jurídico-penal, nos muestra dos hipótesis o -- causas que dan lugar a que se origine la ausencia de conducta:

a) Fuerza física exterior irresistible o vis absoluta.

b) Fuerza mayor o vis maior, con características supralegales.

En cuanto a la primera de ellas, la mayoría de los tratadistas penales, como Fernando Castellanos Tena, <sup>(74)</sup> Celestino Porte Petit Candaudap, <sup>(75)</sup> Raúl Carrancá y Trujillo <sup>(76)</sup> e Ignacio Villalobos, <sup>(77)</sup> convergen en afirmar que ésta causa se presenta, cuando

(74) Ob. Cit., pág. 162.

(75) Ob. Cit., pág. 406.

(76) Ob. Cit., pág. 477.

(77) Ob. Cit., pág. 347.

el sujeto realiza un hacer, o un no hacer, en virtud de una fuerza física exterior superior a la propia, cuya circunstancia determina su acto como involuntario y por lo tanto no propio; es decir, es la violencia hecha al cuerpo del agente, dando por resultado, que éste realice irremediablemente, lo que no ha querido ejecutar, o deje de hacer lo que tenía y quería hacer.

La naturaleza jurídica que entraña esta fuerza física exterior irresistible, denota la ausencia de una conducta propia, - responsable del daño ocasionado, toda vez que el individuo causante del perjuicio desarrolla una acción u omisión, que no quería, ni estaba en su mente preverla y evitarla, esto es, no se presenta la unión de la voluntad como elemento psicológico, al evento típico y antijurídico, para conformar la infracción legal; en consecuencia, esta actividad forzada, no puede constituir -- delito, por lo que se estima que en estos casos, el hombre actúa como un instrumento de las circunstancias.

En la fuerza mayor o vis maior, es también unánime el criterio sostenido por los jurisconsultos penales, ya que de entre ellos, Fernando Castellanos Tena, (78) Ignacio Villalobos (79) y Celestino Porte Petit Candaudap (80), coinciden en opinar que se trata de una segunda hipótesis de ausencia de conducta, no prevista por la ley, pero con efectos operatorios, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad - -

-----  
(78) Ob. Cit., pág. 163.

(79) Ob. Cit., pág. 348.

(80) Ob. Cit., pág. 416.

o inactividad, en virtud de una fuerza física irresistible subhumana, esto es, proveniente de la naturaleza o de los animales.

Resulta justo señalar, que aunque en nuestro medio tiene esta causa un carácter de supralegal, siempre que se presenta surte efectos jurídicos, haciendo uso en estas situaciones el juzgador de una fuente del Derecho como lo es la costumbre, teniendo esta la finalidad de llenar una laguna de la ley.

Las Diferencias existentes entre la Vis Absoluta y la Vis Maior, saltan a la vista, al deducirse que la primera, la fuerza física, tiene su origen en el hombre, y la segunda, proviene de la naturaleza o de los animales.

Nuestro Código Substantivo Penal vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, en su artículo 15, fracción I, se refiere a la fuerza física exterior irresistible, calificándola como una circunstancia excluyente de responsabilidad.

Inclusive Francisco Pavón Vasconcelos, muestra como factores eliminatorios de la conducta: el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo, y los actos reflejos, donde pueden originarse movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos, debido a un estado fisiológico y mental de descanso del cuerpo, por una serie de reacciones del sistema nervioso producidas por causas artificiales o bien teniendo como causa el organismo humano un estímulo fisiológico corporal, excitando el sistema nervioso y produciendo el movimiento inconsciente.

(81)

---

(81) Manual de Derecho Penal Mexicano; Parte General; Quinta Edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1982; págs. 253 a 257.

Por lo que recapitulando podemos afirmar que en todas y cada una de las referencias de los tratadistas penales, se destaca como característica indispensable, para demostrar una ausencia de conducta, que ésta no esté unida al factor psicológico del individuo, al realizar el perjuicio típico y antijurídico, bien sea por una fuerza física exterior irresistible, proveniente del hombre, de la naturaleza, o de los animales; por el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo y los movimientos reflejos, acciones desarrolladas, en una etapa de descanso de la mente y del cuerpo o teniendo como causas, reacciones o excitaciones orgánicas o nerviosas que lo impelen a conducirse de una manera no querida, ni prevista por él.

No es posible aplicar esta doctrina jurídica al delito de fraude genérico que estudiamos, pues sabemos perfectamente en razón de todo lo anterior que en la fuerza física exterior irresistible o vis absoluta, se aprecia la ausencia de la conducta propia como causa productora del perjuicio jurídico, es decir, el cuerpo del agente ocasiona el evento contrario a la ley, empero en el mismo no está presente su voluntad, entendida como la intención directa del individuo en el surgimiento del ilícito para los efectos de configurar la infracción legal, toda vez que en el delito que cuestionamos, se visualiza de una manera indubitante la existencia de la intención o voluntad, como causa que emerge del elemento psicológico, para desprender una serie de ideas falsas e ilusorias que se cristalizan en una conducta engañosa con el propósito de inducir a error a otra persona o, se muestra la consciente abstención de sacar del error a determinada

persona, no manifestándole la verdadera situación jurídica, ambas actividades ilícitas, describiendo el propósito directo de causar el daño típico y antijurídico, esto es, se encuentra perfectamente unido el elemento psíquico a la conducta productora del perjuicio injusto.

En la fuerza mayor o vis maior, con características supra-legales en atención a sus cualidades inherentes, cuyos efectos antijurídicos son propiciados por una fuerza física irresistible subhumana, sin dar posibilidad de intervención del individuo para la producción del hecho antijurídico, pensamos que en consecuencia no es posible que con tales antecedentes, pueda aparecer responsabilidad penal y por consiguiente la configuración de un delito, por lo que en el caso concreto del delito de fraude genérico, no es posible la aplicación de dicho criterio doctrinario, porque jamás se muestra en el mismo la presencia de tal -- fuerza mayor, como causa principal de la existencia del ilícito, por lo contrario en la infracción legal que mencionamos, se caracteriza por la intervención y deliberada decisión de un individuo para llevar a cabo la transgresión legal, donde se destaca como cualidad primordial, la subjetividad del agente, de acuerdo con las características expuestas.

El sueño, sonambulismo, hipnotismo y actos reflejos, cuya distinción y fundamento se encuentra en la involuntariedad del movimiento por el sujeto infractor, presentando un resultado -- típico y antijurídico, consideramos que no es posible someter -- estas circunstancias al tipo en estudio, pues al estar ausente el elemento psicológico, entendido como la voluntad o intención

en la conducta, se aleja de las características que presenta el mismo, en virtud de distinguirse éste por su acentuada intención en su comisión.

b).- Ausencia de Tipicidad y de Tipo.

Teniendo como antecedente y base fundamental, que toda conducta ilícita, para merecer el calificativo de típica, debe estar previamente descrita en un tipo penal, resulta claro y valedero que no integrándose todos y cada uno de los elementos exigibles en el tipo, la actividad observada, jamás podrá denominarse típica, por lo que en su apreciación jurídica habrá atipicidad; tampoco podrá, considerarse como típica, una conducta no tipificada por la ley como delito.

Fernando Castellanos Tena, anota que ausencia de tipicidad se ocasiona: "...Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo..."

(82)

Celestino Porte Petit Candaudap<sup>(83)</sup> y Francisco Pavón Vasconcelos<sup>(84)</sup> distinguen dos formas de conceptualización, al precisar que en la ausencia de tipo, el legislador voluntaria o involuntariamente omitió prever tal o cual conducta o hecho no describiéndolo en la ley; en cambio en el caso de atipicidad el comportamiento delictivo, está plenamente contemplado en la hipótesis -

-----  
(82) Ob. Cit., pág. 172.

(83) Ob. Cit., pág. 466.

(84) Ob. Cit., pág. 284.

legal en forma abstracta, pero no hay conformidad al tipo, por faltar cualquier elemento integrante del mismo.

Algunas causas que pueden originar hipótesis de atipicidad son las siguientes a saber:

- a) Cuando falta la calidad exigida en la ley, respecto del sujeto activo o pasivo.
- b) Cuando no existe el objeto material o jurídico.
- c) Cuando no se presentan los elementos objetivos (descripción de la conducta) o subjetivo (motivo o fin) que marca el tipo.
- d) Cuando no se dan los medios de comisión requeridos por la ley.
- e) Cuando está ausente la propia modalidad de la acción.
- f) Cuando no se presentan las referencias temporales o espaciales señaladas en la hipótesis normativa.

Por último atendiendo a los diferentes argumentos expuestos por los autores citados, debemos considerar y sostener que en el fondo definitivamente encontramos ausencia de tipo, cuando se trata de encajonar una conducta a determinada hipótesis normativa, que en ningún momento existe.

Por lo que estimamos que la atipicidad en el delito en concreto de fraude genérico que nos incumbe, de acuerdo con las circunstancias previamente citadas, establece criterios tales como:

- a) no es posible la aplicación del criterio que exige la presencia de la calidad de los sujetos activos o pasivos, toda vez que el tipo no marca calidad especial, por lo que es de entenderse que la infracción normativa la podrá realizar cualquier indivi-

duo en perjuicio de una persona indeterminada; b) cuando no -- exista el objeto material o jurídico, entendiendo el bien jurídico protegido como el patrimonio y el objeto material como el sujeto pasivo que sufre el peligro o perjuicio derivado de la conducta, esto es, la persona que ve disminuido su haber económico como consecuencia de la inducción al error (engaño) o el aprovechamiento del mismo, en toda transacción jurídica; c) cuando no se presentan los elementos objetivos, esto es, la descripción de la conducta ilícita que en el delito en cuestión reviste los dos aspectos, positiva (engaño) y negativa (aprovechamiento del error), unidas al elemento psicológico y en donde la participación de la subjetividad, marca el sello de distinción de este ilícito, frente a todos los demás delitos, manifestándose en la exteriorización de ideas falsas y mendaces, proyectadas hacia la víctima, o la explotación del error una vez conocido en que se encuentra el pasivo con el motivo o fin de lograr el beneficio antijurídico; d) cuando no se dan los medios de comisión requeridos por la ley, es decir, al no mostrar el infractor al desarrollar su comportamiento ilegal la inducción al error del pasivo, como consecuencia de la falsa representación de la realidad por el sujeto activo o, el aprovechamiento del error existente en un individuo; e) cuando está ausente la propia modalidad de la acción, siendo en el caso y de manera muy especial, puesto que se cuenta, al infringir el valor que protege la norma legal, precisamente con la anuencia o voluntad de la víctima, viciada con la conducta indebida del agente del delito; f) en el caso que tratamos el tipo no marca alguna

referencia temporal o espacial, por lo que este criterio, no es aplicable al delito que estudiamos.

No demostrándose todas y cada una de las cualidades legales exigidas por el tipo, sin duda que nos colocaremos en otra hipótesis normativa o en una actividad ordinaria sin ninguna trascendencia para el Derecho Penal.

Finalmente en el delito que estudiamos, no podemos sostener la existencia de un atipo, pues precisamente el artículo 386 del Código Penal contiene la descripción legal de aquellas conductas consideradas fraudulentas.

c).- Causas de Justificación.

A pesar de existir una conducta que al manifestarse objetivamente reviste características típicas, ya sea en su aspecto -- formal o material puede presentarse ésta, a los ojos del juzgador como lícita, por llevar en su ejecución una causa excluyente de incriminación cuando dicho comportamiento se encuadra en cualquier hipótesis normativa penal, protegida por alguna causa de justificación, legitimando una conducta aparentemente ilícita, que utiliza indistintamente la doctrina jurídico-penal, o, que bien, -- nuestro respectivo ordenamiento jurídico substancial, en el TITULO PRIMERO, CAPITULO IV, prefiere denominar Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad.

Es así como Raúl Carrancá y Trujillo, al utilizar el término causas que excluyen la incriminación, reconoce que: "...significan que la acción no es culpable o antijurídica o punible..."

(85)

Las causas de justificación, para Fernando Castellanos Tena: "...son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la - antijuricidad de una conducta típica..."

(86)

Ignacio Villalobos las denomina excluyentes de antijuricidad y explica: "...Supuesto ya que el contenido de toda antijuricidad es el ataque, la puesta en peligro o la lesión a los intereses --

-----  
(85) Ob. Cit., pág. 451.

(86) Ob. Cit., pág. 181.

protegidos por la ley... es claro que faltará la antijuricidad, o quedará excluida, cuando no exista el interés que se trata de amparar, o cuando concurren dos intereses..."

(87)

Existen causas de licitud, de acuerdo con la terminología de Celestino Porte Petit Candaudap: "...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..."

(88)

Nuestra Ley Substantiva Penal, en su artículo 15, enumera diferentes hipótesis, como causas excluyentes de incriminación, situándolas en la siguiente forma:

"...I. Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible - implica esta hipótesis la ausencia de conducta -;

II. Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un -- estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado toxinfecioso agudo o por un - - trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio - entraña ésta situación la ausencia de imputabilidad -;

III. Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual

-----

(87) Ob. Cit., pág. 351.

(88) Ob. Cit., pág. 493.

resulte un peligro inminente - determinándose la causa de justificación denominada legítima defensa -;

IV. El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial - originándose el estado de necesidad, que es una causa de justificación, cuando el bien salvado es de mayor valor que el sacrificado.

V. Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley - causa de justificación -;

VI. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar - surgiendo en este caso en beneficio del infractor la ignorancia de la ley -;

VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si ésta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía - denotándose la obediencia jerárquica, la que es considerada como causa de inculpabilidad -;

VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que se manda, por un impedimento legítimo - donde se subraya como causa excluyente de responsabilidad penal, por ser causa de justificación, el impedimento legítimo -;

IX. Ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando - no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso - se excluye la responsabilidad penal por no - -

exigibilidad de otra conducta, en virtud del parentesco, consanguíneo o de afinidad, o bien por causa de gratitud o estrecha amistad -;

X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas..." - se pone de relieve en esta hipótesis legal, el caso fortuito, como causa excluyente de responsabilidad.

Habiéndose deslindado, en la codificación citada, las causas de justificación, hecho el debido análisis de la ausencia de conducta y en virtud de que el respectivo estudio de la inimputabilidad lo haremos con posterioridad, comenzaremos a dar una somera idea de la defensa legítima.

La defensa legítima se encuentra prevista en el artículo 15, fracción III, del Código Substantivo Penal en vigor para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal; consiste en la actividad que repele una agresión injusta, que afecte al que se defiende en forma inmediata, en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor, o bienes de otro individuo, y donde además este proceder sea violento y sin derecho.

Fernando Castellanos Tena sostiene que la legítima defensa es: "...repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección..." Así, Francisco Pavón-

(89)

Vasconcelos escribe: "...es la repulsa inmediata, necesaria y - proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho..." (90)

Por último Celestino Porte Petit Candaudap expresa: "...Se puede definir esta causa de justificación como el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, -- actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido provocada insuficientemente..." (91)

Es común el criterio de fundamentar la legítima defensa como causa de nulidad antijurídica, en base a un interés preponderante, y justamente así lo manifiesta Ricardo C. Núñez al decirnos: "...El criterio justificador de la legítima defensa se encuentra en la prevalecencia del interés que el Derecho tiene en la defensa del bien atacado frente al que tiene en mantener incólume el bien del agresor lesionado por el agredido o por el tercero que lo defiende..." (92)

De tal forma que la finalidad jurídica en esta causal de justificación, es mantener intangible y seguro el interés colectivo, frente a un abuso del interés individual, que con la actividad antijurídica del agente se pretende infringir, la paz y los derechos sociales, situándose de esta manera el individuo al margen de todo orden jurídico, legitimando el Estado, toda conducta que tenga por objeto suprimir, dicha actividad injusta, reencausando el orden y el bienestar social.

-----  
(90) Ob. Cit., pág. 309.

(91) Ob. Cit., pág. 501.

(92) Ob. Cit., pág. 344.

La legítima defensa por lo tanto, se presenta con características objetivas, impersonales o generales y con un rango constitucional, por estar contemplada por el artículo 10 de nuestra Carta Magna, al señalar:

"...ARTICULO 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa..."

Así como nuestro ordenamiento Jurídico substantivo penal, nos da la pauta para configurar la existencia de la legítima -- defensa, así también nos marca los casos en que esta deja de -- tener eficacia jurídica, en sus cuatro párrafos siguientes a la fracción III del mencionado artículo 15, de dicho ordenamiento legal.

El estado de necesidad, precisado con toda exactitud, en -- la fracción IV del código de referencia, donde se expone:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

"...la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudi--- cial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peli--- gro;..."

Ricardo C. Núñez, sostiene que: "...el estado de necesidad se debe definir como la situación en que se encuentra una perso-- na que, para salvar un bien en peligro, debe lesionar mediante

una conducta penalmente típica, otro de un tercero que represente un interés jurídico menos valioso..."

(93)

Francisco Pavón Vasconcelos, a este respecto, explica: ---  
"...es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio..." Raúl --  
Carrancá y Trujillo sintetizando apunta: "...el estado de necesidad está justificado, dentro de ciertos límites precisos, el ataque contra bienes ajenos jurídicamente protegidos, a fin de salvar los propios de igual o de mayor valor..." (94)

(95)

Ignacio Villalobos condiciona el estado de necesidad a --- tres situaciones:

a) Cuando el bien jurídico que se protege es mayor que el sacrificado, preconizando de tal forma el interés preponderante, de acuerdo al principio de la estimación de los intereses en con curso y ratificando la conveniencia de salvar el más valioso.

b) Presentando la equivalencia de intereses jurídicos, al -- utilizar el ejemplo clásico, donde dos naufragos luchan por sus vidas, o por el único medio de salvarlas, llegando uno a sacrificar al otro.

c) Cuando el bien que se sacrifica, es de mayor valía que el que se preserva, trascendiendo así los límites jurídicos y - contrariando a la vez el principio del interés preponderante.

(96)

---

(93) Ob. Cit., pág. 316.

(94) Ob. Cit., pág. 321.

(95) Ob. Cit., pág. 547.

(96) Ob. Cit., págs. 379 y 380.

Por nuestra parte pensamos que ante el temor de una situación de peligro que en sus proporciones, atente contra los bienes de un individuo o inclusive su propia vida, en comparación con la de otro sujeto, se está en el caso de salvaguardar los valores preponderantes, siendo estos precisamente los propios, por preconizar un interés específico y directo, en el caso de no poder ofrecer protección a los demás bienes o valores de otra persona.

Sólo es así como se implantan las bases, para que el Derecho Punitivo, a través de los tipos penales, donde están determinados los bienes y valores jurídicos dignos de tutela, legitima las acciones que se presentan antijurídicas, pues aun no se ha encontrado mejor solución jurídica, para evitar que dos intereses jurídicos, en ocasiones entren en conflicto, observándose un panorama crítico, pues si bien con tal decisión se salvaría un bien jurídico, produciría al mismo tiempo la destrucción o lesión de otro. Por lo que se acude al criterio de valoración de dichos bienes, de manera que el valor de menos importancia debe ceder el paso al más relevante.

Así el fundamento del estado de necesidad lo encontramos en la incompatibilidad entre bienes jurídicos, optándose por la salvación de uno de ellos, cobrando vigor el principio del interés preponderante por eso, sólo cuando el bien salvaguardado -- supera al sacrificado, se integra la justificante, obrando el atacante con derecho, es decir, jurídicamente.

El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, como causas excluyentes de responsabilidad penal, se encuentran

puntualizadas en la fracción V, del artículo 15 del Código Substantivo Penal en vigor para el Distrito Federal; dicho cumplimiento se refiere en forma extensiva a todos los individuos en general, pues aunque los deberes comunes son impuestos por la ley a quienes ostentan un empleo, autoridad o cargo público, -- también excepcionalmente corresponden al particular su cumplimiento (artículo 400, fracción I, del mismo ordenamiento legal antes mencionado, donde se crea un deber jurídico a cargo de todo aquél que no procure por medios lícitos a su alcance, impedir la consumación de los delitos, que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio).

Raúl Carrancá y Trujillo, al respecto, escribe: "...Cuando se trata del cumplimiento de un deber legal, los tratadistas distinguen dos distintos casos, en orden a los sujetos: 1, los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal resultante del empleo, autoridad o cargo público, que pesa sobre el sujeto, v. g., el agente policial que catea un domicilio obedeciendo la orden recibida; y 2, los ejecutados en cumplimiento de un deber legal que pesa sobre todos los individuos: v. g., la aprehensión de un delincuente in fraganti..."

(97)

Lógico es considerar que en estos casos, quien cumple con la ley, no ejecuta un delito, aún cuando su conducta, sea típica; por ende estas características del comportamiento ordenado, en forma expresa por la propia ley, o por ella autorizada, excluyen automáticamente la antijuridicidad.

Ahora bien, los deberes, cuyo cumplimiento impiden el nacimiento de la antijuricidad, pueden derivar según Francisco Pavón Vasconcelos:

"...a) De una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuricidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley...pudiendo emanar de un Reglamento y aún de una simple ordenanza...b) De una orden de la autoridad, debiendo entenderse por tal manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual, se exige al subordinado un comportamiento determinado..."

(98)

Encontrándose en la naturaleza de esta circunstancia excluyente de incriminación, el concurso de dos intereses jurídicos, cuya solución, es optar por el más importante; por lo que sustentando este criterio, Ignacio Villalobos nos dice: "...Aún cuando suele hablarse simplemente de un deber o de un derecho, refiriéndose al que impulsa o allana la ejecución del acto, en realidad y puesto que se trata de actos generalmente prohibidos, hay que tomar en cuenta esa prohibición y el deber o derecho de ejecutar los mismos actos, en condiciones especiales, para convenir en que el conjunto significa un concurso de dos deberes consagrados jurídicamente, o de un deber y un derecho en aparente contradicción y referidos ambos al mismo sujeto y al mismo acto: como en

-----

(98) Ob. Cit., págs. 334 y 335.

el caso ya mencionado de un cateo, en que concurren el deber general de respetar el domicilio de todo ciudadano, con el especial que surge, a veces, de urgir en los secretos de una persona para sacar a la luz lo que se oculta con detrimento de la Justicia o del orden público..."

(99)

Al referirnos al ejercicio de un derecho consagrado en la ley, desde luego que no se trata de un proceder delictivo, por ser el complemento jurídico de la fracción V que estamos analizando, del precepto y ordenamiento legal, mencionados con anterioridad; Fernando Castellanos Tena señala: "...pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir..." ; Teniendo su origen esta causa de justificación al parecer de Francisco Pavón Vasconcelos en:

(100)

"...a) En el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado - Lo que significa que queda descartada la violencia como medio en el ejercicio de un derecho, porque éste - debe encausarse por vías legales -; b) De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente..."

(101)

La naturaleza o fundamento jurídico del ejercicio de un derecho lo localizamos precisamente, en esa autorización o reco

-----  
(99) Ob. Cit., pág. 356.

(100) Ob. Cit., pág. 211.

(101) Ob. Cit., págs. 336 y 337.

cimiento que otorga el Estado al individuo para llevar a cabo - dichas actividades.

La obediencia jerárquica, establecida en la fracción VI del artículo y ordenamiento legal que comentamos, debido a que muestra características de la inculpabilidad, se estudiará más adelante, tratando de ser sistemáticos.

El impedimento legítimo, como última causa de justificación, descrita en la fracción VIII, del dispositivo normativo a que - venimos haciendo referencia del Código Substantivo Penal nos - dice:

"...Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ...Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo..."

De manera que no existirá delito, cuando se contravenga lo dispuesto en una ley penal, realizando un comportamiento omisivo, en base a un impedimento legítimo.

Se advierte por lo tanto, que esta causal de justificación, surte sus efectos jurídicos, cuando el sujeto, teniendo la obligación jurídica, de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, - - colmándose en consecuencia el tipo legal, surgiendo nuevamente el principio del interés preponderante, donde una norma de carácter superior, impide la actuación de otra inferior; acudiendo en este caso la doctrina jurídico-penal, a presentar el ejemplo clásico, del sujeto que se niega a declarar por impedírselo la ley, en virtud del secreto profesional.

Por lo que una vez analizado el aspecto de las causas de justificación, podemos afirmar en relación con el delito de fraude genérico, que nos ocupa en el presente trabajo, que ninguna de las causales excluyentes de criminalidad, son aplicables al ilícito referido; en virtud de destacarse en la legítima defensa una actitud agresiva por parte del sujeto activo, dirigida en forma inmediata sobre la persona, honor o bienes de un individuo o de un tercero, produciendo una situación de peligro o lesionando cualquiera de los valores jurídicos mencionados, en cambio en el delito específico citado, ni una sola vez muestra síntomas de violencia para la apropiación de cosa, derecho o logro del incremento económico indebido, pues se consigue contando con la voluntad del sujeto pasivo, mediante una entrega voluntaria y pacífica, debido a la falsa situación creada. En igual forma en el delito de fraude genérico jamás se presenta un estado de necesidad donde se da la contradicción de dos intereses jurídicamente tutelados, teniendo que lesionarse al menor o equivalente para la supervivencia del otro, en base a que en el ilícito que tratamos únicamente se perjudica o se pretende causar el daño a un sólo valor protegido por la ley, como lo es el patrimonio de una persona. El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho nunca podrán excluir la responsabilidad en el ilícito que estudiamos pues la ley jamás consignará la obligatoriedad de una conducta que vaya en contra de los valores o bienes ostentados por la sociedad, siendo uno de ellos el patrimonio, y en idéntica forma la ley no otorga, reconoce, ni autoriza derecho alguno, para que los individuos realicen acti-

vidades ilícitas de engaño, con los efectos de inducir a error o el aprovecharse del ya existente para lograr con ello hacerse de alguna cosa, derecho u obtener un lucro indebido.

El impedimento legítimo, como última causa de justificación analizada en este inciso, tampoco podrá ser reconocida como excluyente de responsabilidad en el ilícito mencionado, pues la omisión de manifestar la verdad, en la relación jurídica, no podrá estar sujeta a norma alguna, toda vez que se tiene la obligación jurídica de decirla, para los efectos de observar un comportamiento acorde con la ley y no producir la disminución patrimonial.

d).- Inimputabilidad.

Partiendo desde el punto de vista de que la inimputabilidad, constituye una calidad del sujeto infractor, referida a las condiciones mínimas necesarias, de salud como de desarrollo mental, para el ejercicio de la plena capacidad de discernimiento en la realización del acto ilícito; la inimputabilidad, consecuentemente, supondrá la ausencia de éstas condiciones mínimas exigidas - por la ley, traducida en una incapacidad del individuo, para conocer, entender y consentir la ilicitud de su conducta.

Francisco Pavón Vasconcelos, a este respecto, escribe: "...la inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha - capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del -- hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión..."

(102)

Por lo que, pretendiendo aún más clarificar ésta situación jurídica, Ignacio Villalobos explica: "...la excluyente de inimputabilidad será la que suprima, en el juicio, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos; o que elimine la -- posibilidad, aún conociendo el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a ejecutarse, de tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido (abulia o impulsiones psicopáticas como la piromanía, la cleptomanía, la dipsomanía, etc.)..."

(103)

-----  
(102) Ob. Cit., pág. 367.

(103) Ob. Cit., pág. 414.

Estos estados de inconciencia se distinguen, unos de otros, debido a la causa de inimputabilidad mediadora que presente la persona en su comportamiento ilícito, determinante del evento antijurídico, deslindándose éstas causas de inimputabilidad, de acuerdo con su naturaleza, en : legales o supraleales.

Serán legales, aquellas causas de inimputabilidad expresamente consignadas en nuestra legislación substantiva penal, donde se destacan trastornos mentales de características transitorias, como son en la fracción II, o el miedo grave, fracción IV, ambas del artículo 15, y permanentes, descritas en el artículo 68, preceptos normativos de nuestra ley en cita, el primero de ellos nos dice:

"...ART. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

II. Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado toxifeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio..."

Así en estos casos de perturbación psicológica temporal, se pueden observar circunstancias casuales o eventuales, que teniendo su origen en medios artificiales, que subraya la hipótesis transcrita y cuya utilización del individuo se deba a causas accidentales y por ende involuntarias, revestirá su conducta irresponsabilidad penal, por no tratarse de una adicción, hábito o costumbre, sino de un acto que, por sus cualidades significativas, le es ajeno al individuo.

Comentando cada una de éstas circunstancias jurídicas, - - Raúl Carrancá y Trujillo expone: "...Cuando por el empleo de una sustancia tóxica (v. gr. quinina, atropina, yodoformo, ácido salicílico, tropocafina, etc.), se produce una intoxicación que provoca un estado de inconsciencia patológico, las acciones que en tal estado se ejecutan, no son propias del sujeto, sino que puede decirse que le son ajenas...Sólo habrá inimputabilidad cuando la embriaguez sea accidental y plena, pues entonces el sujeto dejó de ser, involuntariamente, causa psíquica del resultado...Todo lo dicho a las sustancias tóxicas, es igualmente aplicable a los estupefacientes...- Por lo que al seguir hablando ahora de las tox infecciones, nos dice, que también existe inimputabilidad, al presentarse -...enfermedades febriles graves, especialmente infecciosas, que perturban la funcionabilidad psíquica. Tal puede ocurrir en casos de tifus exantemático, tifoidea y paratifoidea, meningitis cerebro-espinal, tetanos, rabia, encefalitis letárgica, poliomiелitis, viruela, neumonía, corea, paludismo, septicemia, tisis, lepra, poliartritis, etc. ...en todos estos casos la inimputabilidad del sujeto es inconcusa...- así al referirse al estado tox infeccioso agudo, nos sigue comentando que -...La gravedad que califica el estado de tox infección corresponde determinarla al médico forense...- y por último al analizar el trastorno mental concluye -...Por trastorno mental debe entenderse - toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas, innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen..."

(104)

-----  
(104) Ob. Cit., págs. 490, 492, 495, y 496.

Fernando Castellanos Tena expresa que el miedo grave, como causa eximente de imputabilidad que describe la fracción IV del artículo 15 del ordenamiento legal a que hemos hecho mención:-- "...obedece a procesos causales psicológicos...el miedo se engendra en la imaginación..." es decir, el miedo es una circunstancia interna del agente; que muestra la cualidad substancial de bloquear, alterar o incluso de nulificar la capacidad de discernimiento del infractor.

El estado de inconsciencia de características permanentes, está previsto por el artículo 68 del ordenamiento legal que comentamos, el cual dispone:

"...Los locos, idiotas, imbéciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo.

En forma igual procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales..."

Habiendo estudiado las perspectivas jurídicas que suelen observarse en la generalidad de las personas que denotan situaciones comunes de inimputabilidad, no debemos dejar de lado aquellos individuos que muestran características muy especiales en referencia a su persona y que en consecuencia en estos mismos términos los comprende la legislación substantiva penal.

Por lo que, al efecto, el artículo 67 indica:

"...A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción..."

Pretendiendo afianzar esta excluyente de inimputabilidad, en forma interpretativa del precepto mencionado con anterioridad, Ignacio Villalobos apunta: "...Independientemente de aquellos - casos en que la sordomudez congénita se encuentra asociada con anomalías o deficiencias mentales, o con verdaderos trastornos afectivos, está perfectamente comprobado y explicado que la sola falta del oído y de la palabra, por ser falta de comunicación - con los demás hombres deja al sujeto aislado en la sociedad y le priva del adelanto, la comprensión del miedo y aun la correcta interpretación de sus percepciones visuales y sensitivas. Especialmente se hallan los sordomudos en la imposibilidad de recibir y asimilar las ideas abstractas del bien y del mal, de la Moral, del Derecho, de la solidaridad, del deber, y por tanto carecen de una conciencia jurídica que les haga responsables de sus actos.

Por eso es que la sordomudez se singulariza, como excluyente de responsabilidad..."

(106)

Indiscutiblemente, el argumento expuesto por el autor citado anteriormente brinda un poco de luz al infortunado precepto - aludido, al destacar la sordomudez congénita, cosa que omite el

---

(106) Ob. Cit., pág. 421.

tipo legal; empero observamos que en términos generales, hace referencia al igual que el legislador, a aquellas personas sordomudas, carentes de toda instrucción o educación básica, para el efecto de conocer, entender, y por lo tanto, acatar los mandatos de la ley; por lo que, al igual que en la redacción defectuosa de la hipótesis normativa, olvida a aquellas personas que, aunque faltas de la funcionabilidad del oído y del habla, cuentan con una modesta instrucción, que les permite conocer y comprender las imposiciones y prohibiciones que marca la ley, e incluso el propio autor y el precepto legal en cuestión, no alcanzan a dilucidar esa situación jurídica que pudiera presentarse: si un sordomudo que ya habiendo sido instruido, cometiera un acto ilícito; por ello concluyendo nos atrevemos a afirmar que solamente un individuo que padezca la sordomudez, podrá ser considerado inimputable, cuando su enfermedad sea congénita, no demuestre educación alguna o se encuentre en alguno de los casos previstos por las fracciones II y IV del artículo 15 del Código Substantivo Penal.

La causa de carácter suprallegal, determinante en la conducta de un individuo para ser declarado judicialmente como inimputable del daño ocasionado, suele ser la minoría de edad, por lo que en esta, el agente infractor no posee las cualidades esenciales jurídicas de un mínimo de desarrollo tanto físico como psíquico al cometer su actividad ilícita, pues es notorio que no distingue y comprende con claridad, los alcances jurídicos que trae consigo su proceder delictuoso, denotando en consecuencia una temibilidad de su conducta inmadura dentro del campo del Derecho

Penal, declarándose esta circunstancia, por lo tanto como una -- causa de inimputabilidad.

Actualmente es la LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO FEDERAL, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 2 de agosto de 1974, la que se encarga de readaptar socialmente a los menores de 18 años, mediante el estudio de su personalidad y aplicando medidas correctivas de protección social, cuando estos menores, infringen las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o incluso manifiesten cualquier otro comportamiento que haga presumir, alguna inclinación en su conducta a causar daños.

Visto lo anterior, únicamente podemos pensar en la minoría de edad, como causa excluyente de imputabilidad que pudiera presentar el sujeto activo, productor del delito de fraude genérico que examinamos, donde dicho sujeto, quedaría dentro de las disposiciones que marca la ley anteriormente citada.

No es posible querer encuadrar dentro de esta conducta engañosa o el aprovechamiento de un error con fines ilícitos, traducidos en hacerce ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido, que nos marca el artículo 386 del Código Substantivo Penal vigente para el Distrito Federal, como causas jurídicas de inimputabilidad, alguna de las hipótesis jurídicas descritas en las fracciones II o IV del artículo 15, donde se destaca un trastorno mental transitorio, o en la descripción legal del artículo 68, donde se pone de manifiesto un trastorno mental de características permanentes, ambos preceptos del mismo ordenamiento legal.

e).- Inculpabilidad.

Entendido que la culpabilidad, entraña como características esenciales, el conocimiento y voluntad del agente, para llevar a cabo la comisión del delito, haciéndose acreedor a la calificativa legal de culpable, estaremos advirtiendo que estando ausentes alguna de estas características o ambas, dejará de configurarse tal elemento "sine qua non" del delito y, en consecuencia, concurrirá la inculpabilidad como causa excluyente de responsabilidad penal.

Celestino Porte Petit Candaudap expresa: "...Para que exista inculpabilidad se necesita que no le sea reprochable al agente el hecho psicológico, es decir, que no tenga deber jurídico de no delinquir..." e Ignacio Villalobos anota: "...es manifiesto que la exclusión de la culpabilidad existirá siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento, y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúe libre o espontáneamente..."

(108)

De este modo se observan puntos doctrinarios fundamentales como: el error o ignorancia respecto del hecho antijurídico y la coacción sobre la voluntad del agente, que Fernando Castellanos Tena destaca al escribir: "...En estricto rigor, las causas de -

(107) Inimputabilidad e Inculpabilidad Como Aspectos Negativos del Delito; Editorial Porrúa S. A. México, 1954, pág. 26.

(108) Ob. Cit., pág. 426.

inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo... - al hacer la distinción entre error e ignorancia señala -... El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido... es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; ...en la ignorancia hay ausencia de conocimiento..."

(109)

Por su parte, Francisco Pavón Vasconcelos sostiene que son causas de inculpabilidad: el error y la no exigibilidad de otra conducta; por lo que, al tratar la ignorancia y el error, comenta: "...Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo..."

(110)

Este error, enseña la doctrina jurídico-penal, puede ser de hecho o de Derecho; el primero denominado así, por la naturaleza intrínseca del actuar humano, de acuerdo con las condiciones que intervienen en el desenvolvimiento del mismo, puede dividirse a su vez en: esencial o accidental, según recaiga sobre un elemento constitutivo del delito o sobre circunstancias de facto que no desvirtúan el ilícito.

---

(109) Ob. Cit., págs. 254 y 255.

(110) Ob. Cit., pág. 405.



c) Aberratio In Delicti.- En este caso se ocasiona un resultado legal diferente al deseado.

Nuestro ordenamiento jurídico substantivo penal, se refiere al error accidental, en la fracción V del artículo 9, que como ha quedado anotado, en ningún momento se borra la culpabilidad, teniendo relevancia únicamente para variar el tipo, por lo que a la letra dice:

"...La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

...V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y..."

El error de Derecho, no podrá admitirse como una eximente de culpabilidad, porque la equivocada interpretación o significado de la ley, no justifica, ni autoriza su infracción, de acuerdo al principio, universalmente válido, del Derecho: "La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha"; lo cual quiere decir, que si el sujeto activo desconocía la disposición jurídica que sanciona su ilícito proceder, y pretende alegar esta situación como excluyente de culpabilidad, tal circunstancia no le favorece en razón de lo expuesto.

La no exigibilidad de otra conducta, al tener la concepción normativa de la culpabilidad como fundamento jurídico, al ser notorio que el agente al tiempo de la infracción, muestra conoci-

miento y voluntad en su realización, aun es cuestión de polémica entre los tratadistas penales, determinar la naturaleza jurídica de dicha situación.

Ignacio Villalobos, pretendiendo ser explícito, comenta: ---  
"...cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se ha ce referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pe ro no de derecho, por los cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infrac ciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reserven para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial..."

(111)

Aunque el autor anteriormente citado funda su punto de vis ta en una infracción de tipo culposo, por no mostrar el agente - en su actuación ilícita malicia o temibilidad, entendemos sin em bargo que aunque menciona el termino de la no exigibilidad de - otra conducta dentro del tópico de la inculpabilidad, sin duda - alguna pensamos que tales razonamientos no se identifican con - las circunstancias que dan origen a esta causal excluyente de - incriminación, por no denotar en sus argumentos las cuestiones -

-----

(111) Ob. Cit., pág. 437.

indispensables que dan paso a la inculpabilidad como son el error esencial de hecho, ignorancia, o coacción sobre la voluntad del agente en el momento de la infracción legal, sino que debido a - que hacen alusión a diferentes circunstancias como son; nobleza o emotividad, determinando con ello que el individuo se conduzca de determinada manera, contraria a la ley, pero sin demostrar en su conducta algún grado de peligrosidad, creemos por lo tanto que tales circunstancias están referidas a una dispensa o excusa absoluta, pero nunca como causal excluyente de culpabilidad.

Al respecto, Miguel Angel Cortés Ibarra señala: "...La no -- exigibilidad, como se concibe, no convierte al autor en inimputable ni lo impele a obrar con error o ignorancia. Esta eximente - consolida elementos objetivos dejando subsistente el aspecto subjetivo que condiciona a la culpabilidad, por lo que no la reputamos como causal eliminadora de éste constitutivo elemento del - delito. Consecuentemente, todos los casos que llevan en sí características de 'no exigibilidad', sólo justificarán su licitud - cuando la ley penal así lo determine..."

(112)

Es notorio que el autor anteriormente citado destaca en su criterio el error o la ignorancia para presumir en la actividad antijurídica la excluyente de culpabilidad, olvidándose en esta ocasión de tomar en cuenta la coacción sobre la voluntad del -- individuo, como causa suficiente que deja sin efectos jurídicos

-----

(112) Derecho Penal Mexicano; Parte General; Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1971; pág. 248.

a la culpabilidad al tiempo de la infracción legal, trayendo esto como consecuencia el temor fundado, perfectamente contemplado por la fracción IV del artículo 15 del Código Substantivo Penal; pues como hemos visto al principio del presente tema, no sólo el error esencial de hecho o la ignorancia, originan la inculpabilidad del sujeto, sino también la existencia de una presión o coacción sobre su voluntad por parte de un tercero, impidiendo con ello que ésta no obre de una manera libre y espontánea, sino determinada y encaminada a llevar a cabo un tipo de conducta, no querida ni prevista por el agente, siendo en ocasiones antijurídica, con -- esto en ningún momento estamos diciendo que el elemento psicológico o intelectual se encuentren afectados, sino exclusivamente su poder de decisión y elección en la ejecución de una infracción a la ley, es decir, hay un claro y absoluto conocimiento en relación con los hechos delictuosos, empero se aprecia de manera notable jurídicamente aquellas circunstancias bien sean objetivas (externas), o subjetivas (internas), por parte de un tercero --- que presionan la decisión del individuo, quedando esta completamente al margen del evento antijurídico.

De manera que, concluimos, la no exigibilidad de otra conducta constituye causa suficiente para dar origen a la inculpabilidad como causal excluyente de incriminación legal, por revestir las características anteriormente expuestas, donde la voluntad del agente se encuentra bajo los efectos de una presión insalvable, que lo impele a realizar la infracción legal, siendo evidente que una decisión obligada no es una determinación propia.

No obstante que los tratadistas penales, citan al temor fundado, ya estudiado con anterioridad, al lado de el encubrimiento de parientes y allegados, previsto en la fracción IX del artículo 15 del mismo ordenamiento legal como formas específicas de la no exigibilidad de otra conducta, distinguimos y afirmamos por lo tanto en razón de lo expuesto que sólo aquella consideramos como una no exigibilidad de otra conducta, en virtud de los argumentos jurídicos de esta fracción y que al respecto describe: -- "...Ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciera por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de: a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; b) El cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad..." ; por lo que dicho encubrimiento lo consideramos, más bien, como una excusa absolutoria, explicandose con mayor amplitud dicha excusa en páginas posteriores.

La obediencia jerárquica aun sigue discutiéndose sobre su naturaleza jurídica; Fernando Castellanos Tena, respecto de este problema legal, distingue diversas situaciones:

"...1o. Si el subordinado tiene poder de inspección sobre la orden superior y conoce la ilicitud de ésta, su actuación es delictuosa, por ser el inferior, al igual que el superior, súbdito del orden jurídico, y si conoce la ilegitimidad debe abstenerse de cumplir el mandato en acatamiento de la ley, norma de mayor

categoría que el acto de voluntad de quien manda.

2o. Si el inferior posee el poder de inspección, pero desconoce la ilícitud del mandato y ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible, se configura una inculpabilidad a virtud de un error esencial de hecho.

3o. El inferior, conociendo la ilícitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace, ante la amenaza de sufrir graves consecuencias; se integra una inculpabilidad en vista de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional (según algunos), o una no exigibilidad de otra conducta (para otros).

4o. Cuando el subordinado carece del poder de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otra conducta, - como algunos incorrectamente suponen..."

(113)

Ricardo C. Núñez, al referirse a la obediencia debida, enmarca su criterio, en base al inciso 5o., artículo 34 del Código Penal Argentino, destacando como factor constitutivo de esta cuestión normativa, una causal de justificación, al escribir: "...Cuando a pesar de la tipicidad penal del hecho ejecutado en virtud de la orden legítima por el funcionario inferior, el ejercicio normal del cargo por parte del que ordena, lo justifica, no puede haber cuestión acerca de si el que obedeció procedió lícitamente si se limitó, a su vez, a cumplir su propia función..."

(114)

---

(113) Ob. Cit., págs. 257 y 258.

(114) Ob. Cit., pág. 413.

Por su parte, Raúl Carrancá y Trujillo afirma que la obediencia jerárquica, surtirá efectos jurídicos de inculpabilidad, cuando esta demuestre ser legítima, esto es, implicar una situación de obediencia obligatoria impuesta por la ley.

(115)

Así vemos que la naturaleza del mandato, no se encuentra limitado estrictamente por la ley, y sólo podrá integrarse la inculpabilidad, como causa excluyente de incriminación legal, en relación al sujeto infractor: al desconocer la ilícitud de la orden, cuando teniendo conocimiento de la ilícitud del mandato no puede rehusarse en su realización, por estar coaccionada su voluntad al llevarla a cabo; previamente tomando en cuenta que esta orden debe tener su origen en una superioridad idónea y legítima.

Al manifestar que un individuo es responsable penalmente, estaremos diciendo con ello, que se han conjuntado los elementos esenciales que integran todo tipo jurídico en su persona, como son: la existencia de una conducta, que es típica, antijurídica, el sujeto es imputable, y en consecuencia culpable, que dá mérito suficiente para aplicársele una sanción legal, entendido este último elemento como punibilidad.

Ignacio Villalobos nos dice que se utiliza el término de responsabilidad: "...para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente antijurídico, si obró

culpablemente: así los fallos judiciales suelen concluir con esa declaración, teniendo al acusado como 'penalmente responsable' - del delito que motivó el proceso y señalando la pena que debe -- sufrir..."

(116)

Así, Fernando Castellanos Tena puntualiza: "...La responsabilidad resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la Ley a su conducta..."

(117)

Al tratar de aplicar los anteriores conocimientos doctrinarios jurídicos al delito de fraude genérico que venimos analizando, observamos que no es posible que exista el error esencial, - ignorancia o coacción en la voluntad del agente al tiempo de la comisión del delito; por lo que en consecuencia no puede surgir en ningún momento algún tipo de error accidental o temor fundado ya que no puede presentarse la no exigibilidad de otra conducta para dar origen a la inculpabilidad del sujeto infractor; así -- teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica en la obediencia - jerárquica no se encuentra limitada por la ley, ello no quiere - decir que pudiera presentarse en alguna ocasión como excluyente de criminalidad en el delito que tratamos, pues sabemos perfectamente que en tal ilícito se destaca la subjetividad delictuosa - del individuo, manifestándose en un dolo directo y en un aprovechamiento de un error conocido previamente en otra persona para fines ilícitos propios.

-----  
(116) Ob. Cit., pág. 290.

(117) Ob. Cit., pág. 219.

f).- Ausencia de Punibilidad o Excusas Absolutorias.

Se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizando un delito la ley establece la imposición de la pena, es decir, que en los casos en los cuales, existiendo una conducta típica, anti jurídica, imputable y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basadas en consideraciones de variada índole - excusa de pena al autor.

Fernando Castellanos Tena, congruente con este punto de vista, manifiesta: "...Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena..." Jiménez de Asúa, las define como: "...las - (118) que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública..." es decir, son causas que, debido a las condiciones (119) que revisten, traen como consecuencia: la no imposición de la sanción legal que aplica el Estado, lo cual no quiere decir que el sujeto sea declarado irresponsable penalmente, sino que se le otorga el perdón jurídicamente, en virtud de principios de justicia y equidad; en base a este criterio es como se le exime al sujeto activo de toda sanción penal.

-----  
(118) Ob. Cit., pág. 271.

(119) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos; Ob. Cit., pág. 427.

Estas causas pueden ser:

a) En razón de los móviles afectivos revelados.-

Donde surge la no exigibilidad de otra conducta como excusa absolutoria, prevista en la fracción IX, artículo 15, fracción - IV del artículo 247, ambos preceptos del Código Substantivo Penal, en vigor para el Distrito Federal; el Estado, en estos casos, -- guarda respeto, por los móviles tan nobles que en estas situaciones se desarrollan.

b) En razón de la conservación del núcleo familiar.-

Se reprime la punibilidad del ilícito, en base a la unidad familiar, pues constituye ésta la célula de toda sociedad, por lo que se destacan las características de que el delito se realice por un ascendiente contra la persona de su descendiente, o -- por éste contra aquél. Tal excusa, por lo tanto, no aprovecha a un tercero extraño, que intervenga en la comisión del ilícito; -- pero para castigar a éste se requiere la petición del ofendido, ésta situación rige para el robo, el fraude y el abuso de confianza (artículos 377, 385 y 390 del ordenamiento legal en cita).

c) En razón de la maternidad consciente.-

El artículo 333 del comentado cuerpo de leyes, declara impune el aborto, cuando el embarazo sea resultado de una violación. Es claro que si el acto erótico le fue impuesto violentamente a la mujer, vulnerando su libertad sexual salvaguardada en la ley, no puede exigírsele la aceptación de una maternidad no querida, ni buscada; la ley no puede imponer obligaciones jurídicas de --

ese orden. Se reconoce en este tipo de aborto, una no exigibilidad de otra conducta y por lo tanto una causa de inculpabilidad,

d) En razón de la mínima temibilidad revelada.-

El artículo 375 del Código Substantivo Penal, en vigor, para el Distrito Federal, muestra en forma indubitable, las condiciones específicas, para que el sujeto infractor, quede exento de toda responsabilidad penal, por lo que a la letra dice: "...Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea - restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos - los daños y perjuicios, antes de que la Autoridad tome conoci- --- miento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha -- ejecutado el robo por medio de la violencia..."

El fundamento de esta excusa se encuentra en la restitución espontánea, que es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

En relación al delito que estudiamos, cabe señalar que es - posible que en él se presente como excusa absolutoria, para el - efecto de eximir al individuo de la sanción legal, únicamente, - aquella que opera en razón de la conservación del núcleo familiar, de acuerdo a lo establecido por los artículos 377 y 378, atento a lo dispuesto por el artículo 390, todos del Código Substantivo Penal, vigente para el Distrito Federal.

CAPITULO II  
ELEMENTOS DEL TIPO

- a).- Elementos Generales.
- b).- Elementos Especiales.

## CAPITULO II . ELEMENTOS DEL TIPO.

### a).- Elementos Generales.-

Hemos sostenido con antelación, que toda conducta al manifestarse típica es porque encuentra sus raíces jurídicas en un precepto normativo, previamente establecido para tal efecto, integrado con los elementos que hemos analizado, constitutivos del delito penal, desprendiéndose de tal razonamiento la formula jurídica de : "nullum crimen sine typo".

Ignacio Villalobos, al respecto, muestra al tipo como un modo delo continente de la generalidad de sujetos que, en condiciones ordinarias, su proceder se haya delimitado en los diferentes marcos legales, siendo por lo tanto el tipo legal la descripción objetiva y esencial de un acto que la ley considera delictuoso.

(120)

En similar forma de pensar, Celestino Porte Petit Candaudap conceptualiza al tipo, abarcando tanto la conducta como el hecho anti-jurídicos, con la finalidad de ser descritos por la norma penal.

(121)

Coincidiendo con los dos autores anteriormente citados, y únicamente con diferente terminología, Mariano Jiménez Huerta describe al tipo como el "corpus delicti", calificándolo como la esencia del sistema jurídico mexicano, comprendiendo en él, los

(120) Ob. Cit., pág. 267.

(121) Ob. Cit., págs. 423 y 424.

procedimientos punitivos y sus criterios científicos jurídicos -  
rectores, por lo que el "corpus delicti" en forma genérica pro-  
yecta su influencia en la dogmática del ilícito y, de manera espe-  
cífica, en el estudio de la tipicidad, determinando las distin-  
tas figuras legales penales, como los marcos que describen y - -  
circunscriben abstractamente los elementos esenciales que carac-  
terizan a cada tipo.

(122)

Apegándose al principio general de Derecho, nulla poena sine  
lege, Raúl Carrancá y Trujillo, entiende que la ley no es la crea-  
dora de los tipos legales, concretándose su función a reconocer  
su existencia, fijar las diferentes características que deben de  
revestir, cada uno de ellos, y aplicar las sanciones respectivas.

(123)

Es de tomarse en cuenta que la posición de este autor, ra-  
dica en considerar que todas las figuras delictivas se encuentran  
distribuidas en el mundo objetivo actuante de la sociedad y que,  
por lo tanto, las diversas actitudes punibles de cada uno de los  
individuos integrantes de la misma se encuentran regulados por el  
Estado, a través del respectivo ordenamiento jurídico.

Por su parte al hablar de la conducta como un acto exterior  
punible, caracterizándose en un hecho individualizado legalmente,  
en la figura delictiva y su función como tipo penal, Ricardo C. -

-----  
(122) Ob. Cit., págs. 27 a 29.

(123) Ob. Cit., pág. 171.

Núñez concuerda con la mayoría de los autores penalistas, pues nos dice que éstos dan, descriptivamente, la explicación de los actos o hechos punibles, indicando sus propios elementos, teniendo como modelo la función de considerar si una conducta cae en los límites de lo punible.

(124)

Francisco Pavón Vasconcelos, señala que el tipo legal es la descripción concreta que hace la ley de una conducta, considerada como delictuosa, trascendiendo en ocasiones a un resultado, conectándose con ello una sanción penal.

(125)

Lo que nos lleva a concebir al tipo, como el marco legal, creado por el legislador, continente de una conducta considerada por éste como delictuosa, previamente establecida al tiempo de su realización; cumpliendo de esta forma con la máxima jurídica "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Praevia Legge Poenali", con el propósito de distinguir e individualizar cada uno de los comportamientos sancionables, mientras no presenten una causa de licitud, conformando con esto la Codificación Penal.

De tal manera que la doctrina jurídica, nos enseña que los elementos generales del tipo legal, se distinguen en: objetivos o descriptivos, subjetivos, y normativos.

En los elementos descriptivos, se pone de relieve la objetividad de la conducta antijurídica, traduciéndose la observancia legal, en movimientos corporales simples, o tendientes a un resultado material o tangible; originándose en consecuencia los delitos de mera conducta o los de resultado material.

---

(124) Ob. Cit., pág. 221.

(125) Ob. Cit., pág. 265.

Celestino Porte Petit Candaudap, inclusive, nos presenta -- las siguientes circunstancias exigidas por la ley, relativas al tipo:

a) Referencias Temporales.- Señaladas por la ley en orden al tiempo, y de no concurrir, no se origina la tipicidad.

b) Referencias espaciales.- Donde la exigencia es en cuestión del espacio, o sea del lugar.

c) Referencia en cuanto a los medios.- La ley exige determinados medios comisivos, dando lugar a los delitos denominados: - "delitos con medios legalmente determinados" o "limitados"; ya -- que en caso de no presentarse la realización del ilícito por los medios jurídicamente especificados, no podrá surgir la tipicidad.

En los elementos normativos, se hace necesaria, la intervención del criterio del juzgador, cuando se presenta oscuro el panorama jurídico, respecto de la contemplación legal, de una figura típica; pues a menudo, para tipificar un hecho humano, que -- lleva implícitas exigencias técnicas legislativas, obligando al intérprete a efectuar una especial valoración de esa conducta -- injusta.

Situación jurídica, así comprendida por Ricardo C. Núñez al anotar: "...Tienen este carácter aquellos elementos del hecho -- punible que consisten en apreciaciones realizables por el juzgador de acuerdo con normas jurídicas..."

(126)

En los elementos subjetivos, al perfeccionarse las hipótesis penales, se incluye la finalidad o sentido que el infractor

ha de imprimir a su actividad, esto es, ha de estar unida, dicha conducta, al coeficiente psicológico, con el objeto de integrar un estado de conciencia, para que de esta manera pueda ser interpretada como típica.

Exactamente así lo entiende Francisco Pavón Vasconcelos, al escribir: "...Los tipos contienen muy frecuentemente elementos - subjetivos por cuanto están referidas al motivo y al fin de la - conducta descrita..." se refuerza este punto de vista, al mani-  
(127)  
festar Ricardo C. Núñez: "...Son aquellos que, refiriéndose a -- estados psíquicos del delincuente, concurren a estructurar el - hecho punible en los casos en que, si bien éste consiste funda-- mentalmente, en su corpus criminis, en un comportamiento externo del agente, su criminalidad o el grado de ella depende de un de-- terminado estado de conciencia de aquel..."

(128)

Fernando Castellanos Tena, por su parte, muestra que los - elementos generales, se encuentran comprendidos en tipos legales, denominados de acuerdo por su composición en: normales y anormales.

Normales, serán aquellos que delimitan una descripción obje- tiva; y anormales, los que involucran factores objetivos, con - elementos subjetivos o normativos.

(129)

Aplicando los conocimientos anteriores, al delito de fraude genérico, que nos ocupa observamos que su descripción está ubica- da en el Título Vigésimo Segundo, Capítulo III, del Código Subs-  
-----

(127) Ob. Cit., pág. 273.

(128) Ob. Cit., pág. 228.

(129) Ob. Cit., pág. 168.

tantivo Penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo - 386 que establece: "...Comete el delito de fraude el que enga--- ñando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se - hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido..."; tipo penal que contiene elementos normativos, al implicar la in- tervención del criterio del juzgador para valorar la consciencia y voluntad del agente para obtener el enriquecimiento de orden - patrimonial, es decir, la comparación necesaria que realiza el - juez competente, entre los elementos que presenta el tipo de --- fraude genérico, (engaño, aprovechamiento del error etc.), con - las normas culturales básicas, para determinar si es lícito o - ilícito el beneficio obtenido; dicho tipo penal también presenta elementos subjetivos, pues es la esencia jurídica de este delito, la subjetividad que imprime el sujeto activo en su comisión, to- da vez que el sentido característico que el agente emplea para - lograr el objetivo antijurídico deseado, lleva consigo el sello de la falsa representación de la realidad, es decir, el engaño - encaminado a inducir a error, o el aprovechamiento de un error - ya existente, en beneficio propio; por lo que de acuerdo con su composición, el tipo es anormal, por involucrar en su integración elementos normativos y subjetivos.

b).- Elementos Especiales.

Al adquirir vida jurídica cualquier figura delictiva, su -  
funcionabilidad, reviste características propias y específicas,  
connotando con ello, a elementos especiales, que darán lugar a -  
diversas modalidades legales, en relación a los demás tipos pena  
les, conformando y derivando de esta manera: tipos autónomos, in  
dependientes o básicos, especiales y complementados, circunstan  
ciados o subordinados.

Al referirse a los tipos jurídicos que entrañan una autono  
mía e independencia, Fernando Castellanos Tena, puntualiza: ----  
"...Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo..."  
(130)

Celestino Porte Petit Candaudap, al hacer la clasificación  
de los tipos, menciona que el tipo básico: "...es aquel que no -  
deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente indepen--  
diente de cualquier otro tipo..." ; el tipo fundamental o bási  
co, nos explica Mariano Jiménez Huerta, es: "...aquel en que cual  
quier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar -  
un delito..."  
(132)

---

(130) Ob. Cit., pág. 170.

(131) Ob. Cit., pág. 448.

(132) Ob. Cit., pág. 260.

Por lo tanto observamos que los elementos especiales que -- configuran el tipo básico, destacan dentro de nuestro Código -- Substantivo Penal, la hipótesis normativa más sencilla, donde se distinguen como los elementos esenciales del tipo, y donde en--- encuentran su apoyo circunstancias que a menudo integran como ele--- mentos específicos, nuevas denominaciones legales, por lo que es--- taremos hablando de los tipos especiales, complementados, circuns--- tanciados o subordinados.

Un delito de tipo especial, encuentra su antecedente en la hipótesis normativa fundamental o básica, agregándose circuns--- tancias, que redundan en una subsunción o absorción del tipo -- original, de tal suerte observamos que el dispositivo original -- al subsumirse, crea un tipo específico que denota una agravación respecto de la sanción penal.

En los ilícitos de tipo complementados, circunstanciados o subordinados, en la misma forma que los anteriores, adquieren -- sentido jurídico, en base al tipo básico o fundamental, al cual se adhieren circunstancias que derivan en peculiaridades modifi--- cadoras de la pena, aumentándola o disminuyéndola, Fernando Cas--- tellanos Tena, al respecto expone: "...Estos tipos se integran -- con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta -- (homicidio calificado por premeditación, alevosía, etc.)...Depen--- den de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al -- tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de este, al cual no sólo complementan, sino se subordinan (homicidio en -- riña)...". Celestino Porte Petit Candaudap, considera que: ----  
(133)

---

(133) Ob. Cit., págs. 169 y 170.

"...es aquel que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndosele una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo..."

(134)

Así las cosas debemos deducir que el tipo complementado, - - circunstanciado o subordinado, adquiere vida jurídica en razón al tipo autónomo e independiente, en el cual se adhieren circuns-----tancias que muestran la capacidad de aumentar o disminuir la pe--na, por lo que es de entenderse, que estaremos haciendo referen--cia a una circunstancia agravante o atenuante de la pena respectivamente.

Es así como observamos que los tipos especiales y los com--plementados, circunstanciados o subordinados pueden ser: Privilegiados o Cualificados.

Es especial, complementado, circunstanciado o subordinado - privilegiado, cuando formándose en virtud del tipo básico o autó--nomo, se añade a este fundamental, otro requisito que implica - disminución o atenuación de la pena; y un delito siendo especial, complementado, circunstanciado o subordinado, será cualificado, cuando integrándose en base al tipo independiente, se agregan a éste básico, una circunstancia que implique aumento o agravación en la sanción penal.

De lo que surge la diferencia tajante entre los tipos espe--ciales y los complementados, circunstanciados o subordinados, en que los primeros absorben a su antecedente jurídico, excluyendo

-----

(134) Ob. Cit., pág. 450.

de tal manera su aplicación, mientras que los segundos conservan su dependencia absoluta al tipo básico, presuponiendo en todo momento su presencia, implicando las circunstancias de referencia una cualidad accesoria sin ninguna trascendencia para lograr una valoración autónoma.

Por supuesto que el tipo penal siempre es en función de diferentes conductas penadas por la ley, bien sea por distintos sujetos describiendo características propias, con su proceder antijurídico, o por un mismo individuo, dando paso al concurso de delitos.

En la primera cuestión, nuestra Legislación Substantiva Penal, nos señala en su Capítulo III, a las personas responsables en la comisión de algún delito; así en su artículo 13 distingue, en su primer apartado a los autores principales o intelectuales, en el segundo al sujeto provocador o instigador, en el tercero a los cómplices, y en la cuarta a los encubridores.

Habrán ocasiones en que nos situemos frente a la disyuntiva de que con una sola conducta llevada a cabo por un mismo sujeto, se infrinjan diversas disposiciones normativas, o por otro lado, con múltiples acciones delictivas, se ocasionen distintos resultados, surgiendo de tal modo, el concurso de delitos, donde éste puede ser ideal o formal, y real o material.

Sólo podrá existir el concurso ideal, al parecer de Fernando Castellanos Tena: "...sí con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales..."

(135)

Contemplando debidamente esta situación jurídica nuestro ordenamiento substantivo penal, en su artículo 58, al expresar:-----

(135) Ob. Cit., pág. 295.

"...Siempre que con un sólo hecho ejecutado en un sólo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración..."; esto es, produciéndose la conducta en un aspecto singular, en su proceso consumativo, va transgrediendo - diversos valores jurídicos que encuentra en su camino, hasta su total agotamiento, permitiendo al juzgador la aplicación de una sanción de acuerdo a la peligrosidad del agente.

El concurso real o material, nos dice Fernando Castellanos Tena, reviste pluralidad de acciones y de resultados: "...Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por algunos de ellos..."

(136)

Raúl Carrancá y Trujillo al respecto, escribe: "...Por último puede darse pluralidad de acciones con pluralidad de resultados. Entonces se está en presencia de delitos diversos que dan lugar al concurso real o material. Si el sujeto no ha sido sentenciado por ninguno de ellos..."

(137)

Por lo que presenta su base jurídica en una pluralidad de actividades ilícitas del agente completamente desligadas unas de otras, infringiendo diversos preceptos legislativos penales, sin que haya sido juzgado y sancionado por alguno de ellos, pues de haber sido condenado por alguno de estos delitos, estaremos en el caso de la reincidencia.

---

(136) Ob. Cit., pág. 297.

(137) Ob. Cit., pág. 675.



- a) De especialidad.
- b) De consunción.
- c) De subsidiaridad, y
- d) De alternatividad.

La especialidad consiste en la exclusión de la norma general, al aplicar la de carácter especial, ya que la ley especial, excluye a la general; existe el principio de consunción al sostener - Celestino Porte Petit Candaudap: "...cuando la materia o el caso regulado por una norma, quedan subsumidos en otra de mayor amplitud..." - en tanto el principio de subsidiaridad - "...cuando al concurrir dos normas o más respecto de una materia, tiene aplicación la norma principal o primaria en vez de la subsidiaria, - secundaria, eventual o supletoria..."

(140)

Por último, el principio de alternatividad, aparece regulado por el artículo 59 de nuestra codificación sustantiva penal, que a la letra dice: "...Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una -- sanción diversa, se impondrá la mayor..."

Así relacionando el delito de fraude genérico, con los demás tipos penales, comprendidos en el Código Substantivo que comentamos, presenta debido a sus elementos esenciales, una autonomía e independencia absoluta, revistiendo características de tipo fundamental o básico; por lo tanto al denotar circunstancias agravantes, siendo estas precisamente las maquinaciones o artificios, para obtener la entrega de la cosa o derecho de índole patrimonial, se observa tal tipo jurídico, como complementado, circuns-

-----

tanciado o subordinado, cualificado, pues muestra la capacidad de aumentar la penalidad; siendo de esta forma que en el delito de fraude genérico, sólo podrá apreciarse en el concurso de delitos, el real o material, cuando el agente establezca como su *modus vivendi*, el estar continuamente infringiendo la ley, con diversas actividades, por lo que no es posible pensar que el tipo en estudio, va a estar al margen y fuera del alcance de su infracción por el sujeto activo en cuestión, al realizar éste una pluralidad de actividades ilícitas en forma separada y en consecuencia con diversos resultados antijurídicos, en ocasiones esta pluralidad de actividades se dan con una sola finalidad, produciendo un sólo resultado antijurídico; por último, al haber examinado todos y cada uno de los elementos especiales que concurren al tipo legal de fraude genérico que nos ocupa, no podemos hablar de una concurrencia de normas o leyes incompatibles entre sí, -- por no estar regulada esta situación jurídica por otro tipo jurídico.

Una vez conocidos los elementos que integran el tipo penal de fraude genérico, y habiendo aprendido que estando ausente alguno de los mismos, no podrá ser posible que se forme el delito en cuestión; sin embargo quedará subsistente la posibilidad de encontrar en la conducta antijurídica, el ilícito civil, que en posterior capítulo analizaremos.

**CAPITULO III**  
**LA LESION CIVIL**

- 1).- Concepto.
- 2).- Elementos de la figura jurídica.
- 3).- La lesión como vicio subjetivo.
- 4).- La lesión como vicio objetivo.
- 5).- La lesión como vicio subjetivo y objetivo.
- 6).- La lesión como vicio del consentimiento.
- 7).- Consecuencias que ocasiona la lesión.
- 8).- Reglamentación de la lesión en la legislación mexicana.

CAPITULO III .  
LA LESION CIVIL .

1).- Concepto.

En toda vida gregaria los individuos, llevan a cabo entre si, una serie de prestaciones recíprocas, cuya naturaleza jurídica - entraña obligaciones y derechos correlativos a cada uno de ellos, dentro del campo normativo, protector de toda manifestación de - voluntad, denominándose tales actividades: actos jurídicos; distinguiéndose de acuerdo con el sentido o amplitud que las partes pretendan alcanzar en los mismos, en su conformidad de voluntades, los cuales se traducirán en convenios o contratos jurídicos.

El Código Civil Substantivo en vigor para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, en su Libro Cuarto; De las obligaciones; Primera Parte; De las - obligaciones en general; Título Primero; Fuentes de las obligaciones; Capítulo I; Contratos, determina:

"...ART. 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

ART. 1793.- Los convenios que producen o transfieren las -- obligaciones y derechos toman el nombre de contratos..."

En idéntica forma Rafael Rojina Villegas, define al convenio como: "...un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales...-y

al contrato-...como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones..."

(141)

De tal forma que de acuerdo con la doctrina jurídica, el convenio en sentido amplio se clasifica en: a) Convenio en estricto sentido, cuyas características jurídicas son las de modificar o extinguir derechos y obligaciones y; b) El Contrato, siendo su finalidad jurídica, la creación o transmisión de derechos y obligaciones. De ahí que se piense y así se exprese que el convenio lato-sensu, es el género y el contrato la especie, y se afirme - por otro lado que el convenio en estricto sentido muestra cualidades negativas, en tanto que el contrato características positivas.

De tal modo que principalmente en el contrato jurídico, --- como acuerdo de voluntades, donde su finalidad es la creación o transmisión de derechos u obligaciones, es dable pensar que tiene su origen la lesión; empero no con ello negando la posibilidad de que en el convenio en estricto sentido, se produzca esta situación, en virtud de encontrarse una de las partes, casual--- mente, bajo las mismas causas que al contratar (ignorancia, inexperiencia, extrema necesidad, miseria, etc. ), para que tenga - lugar la lesión. Pues en todo caso, en tales circunstancias, es indubitable que tendrá que partirse de una base fundamentalmente contractual, para hablar de lesión en dicho convenio, en razón - de ser premisa jurídica esencial, la existencia previa de una -- obligación o un derecho engendrado por un acuerdo de voluntades

-----

(141) Compendio de Derecho Civil; Tomo IV, Contratos; Décima Edición; Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1977; pág. 7.

-contrato - para conforme a ello, realizar su modificación o ex tinción de las prestaciones recíprocas, de tal suerte que, tanto en el contrato, como en el convenio stricto sensu, se debe obser var, equidad, buena fé, y seguridad en relación de aquello por - lo que se está obligando, así como en sus consecuencias jurídicas que surjan en forma posterior a la celebración del acto jurídico, pues resulta imperante en toda transacción legal, respetar los - principios universalmente válidos de Derecho "Pacta Sunt Servanda" y el de "Justicia Conmutativa", evitando de esta manera que apa rezca la lesión, perjudicando a cualquiera de las partes.

Eugene Gaudement define a la lesión como: "...un perjuicio que experimenta una de las partes en un contrato a título onero so, cuando hay desigualdad de valor entre las prestaciones que - recíprocamente se deben los contratantes..."

(142)

Al referirse a la lesión, Rafael de Pina, comenta que es el: "...daño derivado del desequilibrio de las prestaciones recípro cas de un contrato oneroso..." ; sosteniendo estos puntos de -

(143)

(142) Teoría General de las Obligaciones; Traducción y Notas de - Derecho Mexicano por Pablo Macedo; Editorial Porrúa, S.A., México, 1974; pág. 94.

(143) Elementos de Derecho Civil Mexicano; (Obligaciones Civiles -Contratos en General); Volumen Tercero; Quinta Edición; - Revisada y Actualizada por Rafael de Pina Vara; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1980; pág. 287.

vista, Raúl Ortíz-Urquidí, concibe a la lesión como: "...el perjuicio que sufre una de las partes en un contrato conmutativo'...";  
(144)

por último, Ignacio Galindo Garfias escribe que la lesión consiste en: "...una notoria desproporción entre lo que se da y lo que se recibe a cambio. La lesión, no puede presentarse en los actos a título gratuito, ni en los contratos unilaterales. Tiene lugar, en los contratos bilaterales..."

(145)

Por lo que es notorio que la lesión civil, sólo se alojará, de acuerdo con la opinión generalizada de los tratadistas civiles, anteriormente citados, en los contratos jurídicos, cuyas cualidades sean: 1) a título oneroso, en el que dada su naturaleza recíproca, implicará provechos y gravámenes para ambas partes; 2) conmutativo, derivado del anterior, cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos, desde la celebración del pacto legal; y 3) bilateral, que en la misma forma crea derechos y obligaciones en ambas partes. De tal manera que subrayando lo que se afirmó en un principio, al no guardar alguno de los contratantes las condiciones de justicia, buena fé, o licitud en su conducta y

-----  
(144) Derecho Civil; Parte General; Introducción - Teoría del Derecho (Ubicación del Civil) - Teoría y Técnica de Aplicación de la Ley - Teoría General del Negocio Jurídico; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1977; pág. 387.

(145) Derecho Civil; Primer Curso; Parte General. Personas. Familia; Segunda Edición, corregida y puesta al día; Editorial Porrúa, S.A., México, 1976; pág. 234.

propósito, dará lugar a la desproporción o daño contractual; por lo que podemos concluir que la lesión, no sólo consiste en el perjuicio causado a una de las partes, al ponerse de relieve una desigualdad en las prestaciones en el momento de la celebración del acto jurídico o en los efectos ordinarios derivados de éste, sino que también es indiscutible que esta cuestión objetiva va ligada estrechamente con el aspecto subjetivo de las partes al momento de celebrar el acto jurídico, y es así precisamente como lo concibe nuestra codificación substantiva civil, en su artículo 17, al señalar que se explota la suma ignorancia, notoria --- inexperiencia o extrema miseria de otro, ( aspecto subjetivo ); obteniendo de tal manera una de las partes un lucro excesivo evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga - ( aspecto Objetivo ).

Aun cuando nuestra legislación civil enunciada anteriormente se queda corta, pues no incluye dentro de sus posibles causas de lesión al caso de extrema necesidad, y al redactar en forma incorrecta una suma ignorancia y no obstante que cada uno de estos conceptos los tratamos un poco más ampliamente en páginas posteriores, podemos decir, que la ignorancia siempre irá referida al momento de contratar las partes, en un desconocimiento total --- respecto de aquello por lo cual se está obligando, bien sea que esto lo demuestre uno de los autores del acto jurídico, aprovechándose de ello, en consecuencia, su cocontratante causándole el perjuicio objetivo, o ambos no se encuentren enterados y ciertos por lo que están transigiendo.

En lo que concierne a la notoria inexperiencia, se presenta esta situación cuando alguno de los contratantes al celebrar el acto jurídico respectivo, no está completamente cierto, claro y determinado, en relación de aquello por lo que está pactando, - siendo el caso que, en ocasiones, al darse cuenta el copartícipe de tal incertidumbre, no aclara ni determina con precisión la situación en forma indubitable, aprovechándose en su beneficio de la mayor parte de los derechos contractuales, causando con ello la desventaja patrimonial.

La extrema miseria de una de las partes, al celebrar el - - acto jurídico, lo sitúa en un estado de desventaja, frente a su co-contratante, quien sabe perfectamente las circunstancias permanentes en las que se encuentra aquél, mismas que al ser tan apremiantes en un momento dado, lo obligan a aceptar aún conociendo las condiciones lesivas del pacto legal, que por lo tanto, se convierten en provechosas ganancias para su co-contratante.

Y la extrema necesidad, que se origina circunstancialmente en una de las partes, al celebrar el acto jurídico, pues debido a la situación momentánea o transitoria de búsqueda de auxilio, para la solución de un problema personal, es orillado a llevar a cabo tal pacto legal, con otro individuo que conoce perfectamente su situación, en condiciones completamente desfavorables y desventajosas que le ocasionan un perjuicio pecuniario y que redundan en beneficio de su co-contratante.

2).- Elementos de existencia y validez necesarios para la figura jurídica.

La celebración de toda transacción jurídica, debe de manifestarse en forma libre y consciente, de ello depende que los contratantes, estén perfectamente ciertos, de aquello respecto de lo -- cual, transigen determinando con esto los elementos legales esenciales, que al efecto marca nuestra legislación substantiva civil, en su artículo 1794, al describir:

"...Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato..."

Rafael Rojina Villegas, define al primer elemento como: "...el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones..." ; En este mismo sentido, George Ripert y Jean Boulanger, nos dicen: "...En principio, para realizar un acto jurídico, se requiere por lo menos dos personas; la mayoría de los actos jurídicos son convenciones, es decir, acuerdos de voluntades entre diversas personas. En ese caso, las personas que figuran en un acto jurídico en calidad de autores, - toman el nombre de partes. La voluntad de cada una de ellas, que

-----

(146) Compendio de Derecho Civil; Tomo III, Teoría General de las Obligaciones; Décima Edición; Editorial Porrúa, S.A., México, 1981; pág. 54.

está en correlación con la de la otra, toma el nombre de consentimiento, que indica la convergencia de voluntades concurrentes a la formación del acto..."

(147)

Por tanto, el consentimiento como elemento esencial del acto jurídico, es de entenderse como el consensu o consurso de dos o más voluntades, referidas sobre un mismo objeto jurídico.

Este consentimiento, bien puede ser expreso o tácito; es expreso, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por comportamientos (positivos o negativos), fácilmente comprensibles e indubitables; será tácito, cuando se desprenda de hechos o actos que lo presupongan o tiendan a presumirlo. De estos dos tipos de consentimiento, es regla común que la voluntad contractual deba exteriorizarse.

La doctrina jurídica considera dos clases de objetos, en cuanto al segundo elemento esencial o de existencia: el objeto directo y el indirecto en los actos jurídicos.

El primero de ellos está constituido por la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones o sea en todo acto jurídico las partes, tendrán siempre como finalidad inmediata cualquiera de estas circunstancias, poniéndose de relieve de esta manera las características del contrato.

En cuanto al objeto indirecto del acto jurídico lo viene a constituir la prestación o prestaciones a que se obligan las par-

-----  
(147) Tratado de Derecho Civil; Según el Tratado de Planiol; Tomo I Ediciones La Ley, Buenos Aires; pág. 418.



Cuando mencionamos que las cosas estén en el comercio estamos refiriéndonos a contrario sensu, de aquellas que están fuera del comercio, bien por su propia naturaleza o por disposición de la ley; Las cosas están fuera del comercio por su propia naturaleza, cuando no pueden ser materia de apropiación de alguna persona, como es el caso usual de los astros. Las cosas se encuentran fuera del comercio por disposición de la ley, al considerarse el bien por el legislador irreductible a propiedad privada, siendo el caso típico, los bienes afectados para un servicio público.

La ley requiere que las cosas estén debidamente identificadas para ser objeto en la celebración de los actos jurídicos, por tanto pensamos que una cosa está determinada por las partes, cuando en el contrato respectivo, se le ha apreciado de una manera fehaciente.

En la prestación de un servicio o la realización de un hecho se deben de observar dos tipos de características:

- a) Debe ser posible.
- b) Debe ser lícito.

De acuerdo con la primer característica nuestro Código Substantivo Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal en vigor, marca a contrario sensu en su precepto 1828, lo siguiente:

"...Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización..."; al referirse a la licitud, el

mismo ordenamiento jurídico que comentamos, también a contrario -sensu manifiesta: "...ART. 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres..."

De tal modo que al hablar de la observancia de la omisión de una conducta al llevarse a cabo las condiciones exigidas en el -- pacto jurídico, deberá de presentar estas mismas exigencias legales, por lo que únicamente citaremos lo que establece la codificación mencionada anteriormente a este respecto, a contrario sensu, en su artículo 1829 que a la letra dice: "...No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él..."

Así las prestaciones de hacer o no hacer, serán imposibles - por su naturaleza o por disposición de la ley; imposibles por su inherente naturaleza, al ir en contra de una ley natural que necesariamente rige la conducta, e imposible por disposición de la -- ley, cuando van en contra de las buenas costumbres o disposiciones normativas que regulan toda actividad, determinándose de esta manera la ilicitud en las prestaciones.

Inclusive el objeto como elemento de existencia de toda ---- transacción jurídica, puede constituir también el motivo o fin de terminante por el cual se obligan las partes.

Una vez analizados los elementos de existencia, entraremos al estudio de los requisitos de validez del acto jurídico.

Nuestra legislación substantiva civil, en su artículo 1795, establece como causas, por las que el contrato puede ser invalidado, las siguientes:

- "...I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la --  
forma que la ley establece..."

Por capacidad debemos de entender la aptitud que tiene una -  
persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, así como para  
poder ejercitar por sí mismo sus derechos y cumplir con sus obli-  
gaciones; de lo que se desprenden dos tipos de capacidad:

- a) La capacidad de goce; y,
- b) La capacidad de ejercicio.

La primera consiste en la aptitud que tiene toda persona pa-  
ra ser sujeto de derechos y obligaciones; y la segunda es la apti-  
tud que adquieren las personas por el hecho de haber cumplido la  
mayoría de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales,  
para por sí mismas hacer valer sus derechos y cumplir con sus obli-  
gaciones.

Cuando la ley substantiva civil, en su artículo 1795, habla  
de incapacidad en los contratos, se refiere precisamente a la in-  
capacidad de ejercicio, por lo tanto los individuos que se encuen-  
tren en ese estado de inconsciencia de sus actos jurídicos, no --  
podrán obligarse o quedar obligados en la celebración de un con-  
trato legal.

La capacidad de ejercicio es la regla general, de tal suerte  
que la incapacidad es la excepción, por lo que podemos afirmar --  
que la incapacidad de las personas debe estar determinada por la

ley, de lo contrario se presumirá la capacidad de los individuos; así refiriéndose a la capacidad de goce, el ordenamiento jurídico que comentamos, en su precepto 22, describe: "...La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene -- por nacido para los efectos declarados en el presente código..."

Hemos mencionado con anterioridad que la voluntad, para ser parte complementaria en todo negocio jurídico y pueda surtir sus efectos legales plenamente, debe de presentarse de una manera libre, consciente y determinante, de tal modo que al no revestir estas características, se dice que la voluntad se encuentra viciada, y a las circunstancias que transforman o derivan el panorama jurídico se les denomina: vicios de la voluntad; doctrinariamente se consideran como vicios de la voluntad para algunos autores civiles el error, el dolo, la mala fé, la violencia o intimidación y, para algunos otros tratadistas, además, la lesión y la reticencia.

El Código Substantivo Civil, en su artículo 1812, señala: -- "...El consentimiento no es válido si ha dado por error, arrancando por violencia o sorprendido por dolo..."

Ignacio Galindo Garfias, al hablarnos del error, puntualiza: "...El error es el falso conocimiento de una cosa...que determina al sujeto en la formación de su voluntad en un sentido distinto a aquel que se hubiera formado, sin la existencia de esa circunstancia...- por lo que distingue diversas clases de errores, siendo el primero el error obstantivo, donde comenta que - ...incide

sobre la declaración de voluntad, y no sobre la formación de la voluntad. La discrepancia existente entre la voluntad declarada y la voluntad interna... - el error vicio o nulidad, en el cual - - ...la declaración concuerda puntualmente con la voluntad interna; pero esta, la voluntad interna se ha desviado en su formación..." - deslindando el autor la contradicción entre la descripción objetiva y la configuración subjetiva, al momento de celebrar el -- contrato respectivo; por otra parte, continuando su explicación - nos dice que este error, puede ser de hecho o de Derecho, de modo que tienda a alterar las condiciones materiales del negocio o que se denote una parcial o total ignorancia de la ley, produciendo - como efectos jurídicos ambas circunstancias la invalidez del contrato, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1813 del Código Civil.

Empero, determina el autor en cita, que para que el error -- mencionado origine la invalidez de la transacción jurídica, es -- necesario que recaiga sobre los elementos esenciales del contrato, influyendo la voluntad o desviándola, dando lugar a una clasificación de errores específicos, en los siguientes casos:

"...a) Cuando es radical y recae sobre la naturaleza misma del negocio... - esto es, debido a la incorrecta determinación, - certeza y claridad respecto de las condiciones reales del contrato las partes se encuentran confundidas en cuanto a los efectos - jurídicos del mismo, siendo el ejemplo clásico el contrato de mutuo que al recibir el dinero la contraparte piensa erróneamente - que se trata de una donación.



El dolo y la mala fé se encuentran expresamente previstas por nuestro ordenamiento jurídico civil substantivo en el artículo -- 1815 que a la letra dice: "...Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificios que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido..."

Es de notarse que en el cuerpo del precepto anteriormente -- transcrito, se encuentran contenidos dos tipos de comportamientos o actitudes que configuran: una acción, empleada por alguno de los contratantes con el ánimo directo de inducir a error a su co-contratante; y, una actitud negativa u omisión, traducida en mantener o disimular el error una vez conocido.

Raúl Ortiz-Urquidi, al hablar del dolo referido a la ignorancia, le dá los mismos efectos jurídicos que al error, al escribir: "...En cuanto a la ignorancia, que no es sino la ausencia de conocimiento con respecto al asunto o materia del negotium, lo mismo podemos decir, puesto que es obvio que tal falta de conocimientos no puede dar otro resultado que inducir a error a quien la pade--ce...-por lo que distingue un dolo principal y otro incidental, al definir al primero como - ...el que se emplea para determinar la voluntad de una persona a celebrar un negocio jurídico, de tal modo que si las maquinaciones o artificios en que dicho dolo consiste no se hubiere empleado para inducir a error o mantener en él a esa persona, el negocio no se habría celebrado..." ; en tan-

-----  
(149)

to Von Tuhr hace mención al dolo incidental, comentando que éste se presenta en un contrato jurídico ya celebrado, en el cual sólo determina al contratante engañado a: "...cerrar el contrato en condiciones distintas (desde luego desventajosas para esa persona) de las que sin él habría admitido..."

(150)

Concluyendo podemos afirmar que el dolo consiste en una actitud consciente y deliberada tendiente a inducir a error, a una persona con el objeto de determinarla a celebrar una transacción jurídica, en condiciones desproporcionadas a su perjuicio, que de haberlas conocido, no se habría obligado en esos términos; en tanto la mala fé, se desprende del error en que se encuentra inmerso uno de los contratantes, al haberse celebrado el contrato jurídico, o antes, bien sea sobre las cualidades intrínsecas del objeto o en cuanto a los términos convencionales que fueron pactados, cuestión que aprovecha una de las partes, disimulando conocer dicho error con el fin de hacerse de alguna cosa u obtener un mayor provecho ilícito posible.

Rafael de Pina, por su parte, al explicar lo que es la violencia o intimidación, define a la primera como: "...la presión - física o moral hecha sobre una persona para decidirla a realizar un acto que sin la concurrencia de esta circunstancia no realizaría ... - diferenciándola de la intimidación al decir que es -...el resultado o consecuencia natural de la violencia..."

(151)

-----  
(150) Citado por Raúl Ortiz-Urquidí, Ob. Cit., pág. 325.

(151) Ob. Cit., pág. 289.

Desafortunadamente no coincidimos en parte con el criterio del jurista anteriormente citado, toda vez, que si es cierto que la violencia implica una coacción física, esta siempre ha de ser referida a cuestiones exteriores o tangibles, es decir, lleva --- consigo características objetivas, de ahí su diferencia con la intimidación, que no siempre será una consecuencia de aquella, puesto que puede mostrarse en una forma independiente, esto es, al -- hacer presión sobre la voluntad del copartícipe del negocio jurídico, al enfocarse o dirigirse tal conducta ilícita a hacer mella o causar preocupación sobre aquellas cuestiones de apreciación -- subjetiva de la persona, al no causarle un perjuicio directo, pero si indirecto, al ocasionar un peligro respecto de los bienes o en la propia integridad de otras personas con las que se tiene una - relación de parentesco, amistad o gratitud, de tal suerte que la coacción estará dirigida a presionar psicológicamente a un individuo, con el fin de llevar a cabo una transacción jurídica, completamente desproporcionada a sus propios intereses.

Situación jurídica en la que únicamente se precisa con claridad lo que respecta a la violencia dentro de nuestra legislación y no así lo que debemos entender por intimidación, tal y como se observa en los preceptos civiles respectivos, que a continuación se transcriben:

"...ART. 1819.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la - libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes



nos lleva a reflexionar acerca de la mala fé, o como él la denomina (mala intención), argumenta - ...para que haya mala intención, se necesita que haya un error fortuito, y para que haya éste se necesita una falsa creencia de la realidad, y en cambio ya se dijo antes, en la reticencia no hay creencia falsa, sino ausencia de creencia, hay ignorancia, y por lo mismo no pueden confundirse ambas figuras..."

(152)

Por nuestra parte, pensamos que el tratadista civil, anteriormente mencionado, deslinda perfectamente el campo de aplicación y extensión de cada una de las circunstancias denominadas como vicios de la voluntad, por lo que consideramos que se encuentra en lo justo, y nos apegamos a su criterio.

El objeto, motivo o fin del contrato jurídico, será ilícito, cuando las causas o razones subjetivas de las partes que realizan el acto jurídico, van en contra de una norma prohibitiva o de interés público, o bien en contra de las buenas costumbres.

La forma, último de los elementos de validez, se entiende como una de las causas requeridas por la ley, para que un acto jurídico pueda producir plenamente sus efectos de derecho; por lo tanto, es necesario establecer qué debemos comprender por forma.

Para ello creemos conveniente explicar los diversos sistemas

-----

(152) Derecho de las Obligaciones; Quinta Edición, Rectificada y Adicionada (Reimpresión inalterada de la Quinta Edición); Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., México; págs. 318 y 321.

que se utilizan para perfeccionar un pacto jurídico; así tenemos que se hacen patentes dos sistemas: El Consensualismo, y El Formulismo.

Dentro del consensualismo, encontramos que el acto jurídico se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades, sin que se requiera plasmar ese consentimiento en un dogma.

En cambio, en el formulismo, vemos que para que el contrato jurídico pueda tener plena eficacia, es necesario que la voluntad se plasme o se exteriorice de manera escrita.

De lo anterior, se infiere que por formulismo o por forma, debemos entender aquella exigencia que la ley considera, en ocasiones, como necesaria en un escrito privado y, en otras veces, en escrito público.

Esta idea se manifiesta en el artículo 1832 de nuestra codificación substantiva civil, al señalar:

"...En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley..."

Empero también, establece el ordenamiento jurídico en cuestión, la posibilidad de formalidades para ciertos actos jurídicos, tal y como lo ordena en sus artículos 1833 y 1834.

Generalmente los contratos jurídicos se celebran entre las partes de una manera simple, no se ajustan para su cumplimiento o nacimiento a algún acontecimiento posterior, y por tanto, en estos actos simples, los efectos jurídicos se producen de manera inmediata y permanente en los términos pactados; sin embargo exis

ten ocasiones, en las cuales, aquellos se sujetan a modalidades, a saber:

- A) La Condición;
- B) El Término o Plazo; y,
- C) El Modo o Carga.

La condición se presenta respecto de un acontecimiento futuro de realización incierta, del cual dependerá que se produzcan o se extingan consecuencias de Derecho; por lo que podemos deducir la existencia de dos tipos de condiciones:

a) La condición suspensiva.- En estos casos, se entiende - que permanece latente el derecho o la obligación, y únicamente - se llevará a cabo cuando se cumpla la condición convenida.

b) La condición resolutoria o extintiva.- Está referida a - un acontecimiento futuro de realización incierta, del cual dependerá que se produzcan o extingan derechos u obligaciones.

Al término o plazo, lo podemos definir como aquel acontecimiento de realización siempre cierta, del cual dependerá que se produzcan o se extingan derechos y obligaciones. Al igual que la condición, el término podrá ser suspensivo o resolutorio, revisitando las mismas características.

El modo o carga, como tercera modalidad en los actos jurídicos, está referido a aquella declaración de voluntad emitida por el autor del mismo, que en forma accesoria se incluye en los contratos principalmente a título gratuito, en virtud de que tal modalidad la podemos encontrar excepcionalmente en los actos bilaterales ( contrato de compra-venta a un precio menor de lo justo debido a un acto de liberalidad manifiesto por alguna de las - -

partes en la celebración del trato legal ); de tal suerte que en la aceptación del beneficio por un sujeto determinado, éste contrae al momento una obligación ajena a la naturaleza intrínseca del negocio jurídico, esto es, el gravamen o carga que limita el beneficio del gratificado, en base al acto de liberalidad, determinándolo a llevar a cabo el modo por voluntad de quien decidió en su provecho, por lo que se traduce el modo o carga en un fin accesorio que va ligado al principal, por un acto entre vivos -- ( donación ), o por causa de muerte ( herencia o legado ), que actúa como premisa esencial del acto de liberalidad, entendiéndose se que de manera contraria, al no producirse dicha aceptación del modo o carga, el acto jurídico queda sin efecto, resultando el mismo sin existencia jurídica.

A través de los estudios anteriores, hemos venido hablando de las cualidades y diferencias de los elementos que integran, toda transacción o contrato jurídico, por lo que es tiempo de referirnos a las ineficacias que tienen lugar en estos mismos.

La Teoría Clásica separa en tres grupos las ineficacias:

- a) Inexistencia.
- b) Nulidad Absoluta.
- c) Nulidad Relativa.

En cuanto a la primera, enseña esta corriente doctrinaria, que cuando falta un elemento estructural, como puede ser el consentimiento u objeto, el acto jurídico será inexistente, dando lugar a las siguientes características: a) El acto jurídico no producirá efecto jurídico alguno; b) No podrá ser convalidado por las partes; c) Cualquier interesado puede demandar la inexistencia.

Habrá nulidad absoluta cuando el consentimiento de las partes o de una de ellas, vaya en contra de una norma prohibitiva o de interés público, reuniendo las mismas características que la inexistencia; empero, presenta la excepción de que sí produce -- efectos jurídicos en forma provisional, los cuales serán eliminados retroactivamente, una vez, que se constate por el juzgador ésta nulidad absoluta.

En la nulidad relativa, al igual que en la absoluta, se producen provisionalmente todos los efectos jurídicos, mismos que serán eliminados retroactivamente, una vez declarada esta nulidad; empero, el interesado para hacer valer esta situación, estará su jeto a un término legal, de tal manera que al no intentar su acción, dentro del tiempo concedido por la ley, los actos jurídicos sancionados con este tipo de nulidad, quedarán firmes en razón de la prescripción; asimismo los actos sancionados con la nulidad - relativa podrán ser confirmados por las partes, esto es, que los contratantes, estarán en la posibilidad de ratificar su voluntad, purgando de esta manera el vicio, para el efecto de que el acto legal quede plenamente válido y pueda producir perfectamente sus efectos jurídicos.

Se destacan así como características distintivas de estas - ineficacias, que la inexistencia será siempre respecto de la ausencia de los elementos esenciales y las nulidades operarán en - referencia a los elementos de validez del acto jurídico.

Nuestra legislación substantiva civil, hace mención a cada una de estas ineficacias, en sus artículos respectivos, que a la letra dicen:

"...ART. 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado...

ART. 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

ART. 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos -- los caracteres ennumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos... - en cuanto a la ilicitud que bien puede ser en el objeto, fin o condición, determina - ...ART. 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley... - por último en el precepto 2228 establece: ...La falta de forma establecida por la ley, sino se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo..."

3).- La lesión como vicio subjetivo.

Hemos sostenido con antelación que en la celebración de todo contrato jurídico (bilateral y conmutativo), las partes deben saber perfectamente la naturaleza, alcance y obtención de beneficio que traerá consigo la obligatoriedad de su conducta; la voluntad - tendrá que manifestarse en una forma clara, consciente y determinante respecto de aquello por lo que se está pactando, destacando con su comportamiento una equidad en las prestaciones recíprocas, de tal manera que al surgir una prestación notoriamente desproporcionada a lo que por su parte se obliga, está demostrando con --- ello que su razonamiento se encuentra afectado por un vicio, pues resulta lógico pensar que nadie por su propio querer, acepta una contraprestación notoriamente inferior, al margen de lo justo que entraña y debe observarse en cuanto a la obligatoriedad de cada una de las partes, a menos que dicha desventaja implique una libralidad y así se exprese en el contrato respectivo.

Es de hacer notar que en el caso no estamos tratando cuestiones inherentes a la desproporción material, sino exclusivamente, - lo que concierne a la apreciación subjetiva, que se dá de una manera errónea en la mente de un individuo, al tiempo de celebrar - una transacción jurídica, en la que su inteligencia se encuentra viciada, por la confusión existente en las cualidades reales de una cosa, o en los términos, condiciones o cargas en el contrato, es decir, por la no percepción de la realidad respecto de aquello por lo cual se está transigiendo.

4).- La lesión como vicio objetivo.

Esta teoría funda su punto de vista en las consecuencias objetivas que se aprecian al momento de celebrar el contrato comutativo o al de producirse sus consecuencias, consistentes en los resultados lesivos proyectados hacia el patrimonio de uno de los contratantes, al no obtener la justa retribución recíproca por la cual él se obliga, revistiendo en ese instante el acto jurídico - una desproporción notoria, como consecuencia del vicio del consentimiento que dio origen a la consecución de la transacción jurídica; es decir, no toma en cuenta el estado anímico de una de las partes, sino únicamente, la desproporción evidente en las prestaciones que son de naturaleza recíproca, como causa suficiente que dá mérito al daño patrimonial. De tal manera que en este caso, es independiente el que haya estado o no viciada la voluntad en el sujeto, pues lo que interesa es la notoria desventaja contractual referida a una de las partes, entendida como la ausencia de aquellas ganancias justas derivadas y esperadas del negocio jurídico, demostrándose con ello un vicio objetivo en el trato legal, en perjuicio del copartícipe contractual.

5).- La lesión como vicio subjetivo y objetivo.

En esta corriente doctrinaria, de sentido ecléctico, es donde se puede observar en una forma complementaria, los dos aspectos o circunstancias que traen como consecuencia un daño en el patrimonio de uno de los contratantes, al momento de celebrar el contrato respectivo, en virtud que, en toda transacción jurídica, se ponen en juego los dos tipos de elementos que la conforman: el Subjetivo y el Objetivo.

a) El Subjetivo, en cuanto al momento de concebir una de las partes en forma viciada, el objeto jurídico, materia del negocio jurídico donde infortunadamente, se desconoce o conoce erróneamente, las cualidades inherentes y por lo tanto el valor real de aquello por lo cual se obliga; por ello es de entenderse que, subjetivamente, no se está en condiciones conscientes, claras y determinantes para la celebración de un acto jurídico.

b) El Objetivo, por encontrarse referido este elemento a aquellas características visuales o tangibles que tienen su origen y fundamento en los razonamientos anteriores y que se muestran como una consecuencia lógica-jurídica, pues de manera inevitable surge el perjuicio, objetivo y evidente, al momento de no percibirse los beneficios esperados, basados en la equidad de toda transacción jurídica, al observarse la desproporción en cada una de las prestaciones, trayendo esto consigo una notable desigualdad y ocasionando el perjuicio patrimonial a uno de los contratantes al no obtener las justas utilidades o ganancias en la celebración del acto jurídico.

6).- La lesión como vicio del consentimiento.

La lesión como figura jurídica, dentro de nuestro Derecho, es una cuestión bastante controvertida en cuanto a su naturaleza, aplicación o funcionabilidad, es decir, de cómo debe de ser entendida dentro de nuestra reglamentación civil; para algunos doctrinarios, se refiere dicha problemática a los valores fundamentales, tales como: la justicia, la seguridad, la licitud y buena fé; para otros es considerada como un vicio del consentimiento, y en forma de pensar de algunos más, no es apreciada como vicio de la voluntad, sino como un vicio objetivo del contrato bilateral.

El primer criterio es sustentado por Rafael Rojina Villegas, al pretender dar la solución correcta a tan complejo problema jurídico, argumentando que no sólo debe de tomarse en cuenta principios rectores como la justicia o la seguridad para dar cumplimiento e igualdad en las prestaciones a la celebración del contrato, sino que también es primordial que entren en juego, los conceptos legales de licitud y buena fé, como factores importantes en la decisión del mismo, de tal manera que describiendo el comportamiento del lesionador, afirma: "...ha existido en el caso una conducta inmoral de un contratante que explota la inferioridad espiritual o económica del otro, habrá que concluir que en este conflicto axiológico o de estimativa jurídica, deben vencer la justicia, la licitud, y la buena fé en los contratos..."  
(153)

Nótese como el autor anteriormente citado, en una forma sutil, apoya su punto de vista en cuestiones subjetivas pertenecientes a uno de los contratantes, al darse cuenta de la existencia de una inferioridad espiritual, entendida como inexperiencia, error o situaciones económicas apremiantes de su co-contratante, proyectando una conducta inmoral o ilícita (engaño, aprovechamiento del error, coacción), contrariando de esta manera los principios de justicia, licitud y buena fé, que reviste todo contrato conmutativo.

Ernesto Gutiérrez y González es uno de los que postulan a la lesión como un vicio del consentimiento, al redactar: "...es el vicio de la voluntad de una de las partes, originado por su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria en un contrato conmutativo... - agregando que - ...ese vicio de la voluntad de una de las partes, debe producir el efecto de que la otra parte obtenga un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que ella por su parte se obliga, pues si el contrato se llegara a otorgar bajo ese estado de inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria, pero no resulta la desproporción en las prestaciones, no se dará la lesión..."; por otra parte, los juristas que consideran a la lesión, no como un vicio del consentimiento, sino como un perjuicio derivado del contrato conmutativo, entre ellos Henri, León y Jean, todos de apellido Mazeaud, aseveran que la --

-----  
(154) Ob. Cit., pág. 310.

lesión no es otra cosa que el perjuicio económico que sufre una de las partes, en virtud de la desproporción de las prestaciones en un contrato conmutativo, haciendo patente su adhesión a la -- teoría objetiva referida a la lesión.

(155)

En tanto, Pothier afirma que en la lesión: "...hay imperfección en el consentimiento de la parte lesionada, puesto que no ha querido dar lo que ha dado en el contrato, sino en la falsa - suposición de que lo que recibe en cambio vale tanto como lo que ha dado, pues estaba en disposición de no dar la cosa si hubiese sabido que lo que por ella recibía valía menos..." ; fundando el autor en cita, su criterio, en el error sobre las cualidades - -  
(156)  
esenciales, de la cosa, pues de haber sabido las cualidades reales de la misma no se habría obligado en esos términos.

Por su parte Castán escribe: "...la lesión más que un vicio de la voluntad constituye una circunstancia que la ley ha creído conveniente erigir en causa de rescisión, para proteger a la parte perjudicada, y que suele estudiarse dentro de la teoría de los vicios del consentimiento, porque está muy ligada a ella, y, en cierto modo, la completa y suple, al ser la lesión indicio revelador de la existencia del vicio en el querer... - por lo que, - destacando el vicio de la voluntad en una de las partes como causa

-----

(155) Lecciones de Derecho Civil; Parte Primera, Volumen I; Introducción al Estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo Abogado; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1959; pág. 411.

(156) Citado por Raúl Ortiz-Urquidí; Ob. Cit., pág. 386.



existir en todo contrato conmutativo, aprovechando por lo tanto, esta situación confusa en que se encuentra una de las partes respecto de aquello por lo cual se está obligando, obteniendo de esta manera un lucro excesivo en condiciones ilícitas.

c) Dolo.- Por lo regular, se observa, que la desproporción - evidente en cada una de las prestaciones, tenga como causa la inducción al error, a instancias del sujeto lesionador, esto es, -- empleado una conducta ilegal, traducida en sugerencias o artificios, con el propósito de conducir a una confusión contractual, - a su co-contratante, de tal forma que su proceder, sorprende la buena disposición en una de las partes, en la transacción jurídica, falseando las cualidades reales o verdaderas de una cosa o si tuación, bloqueando y viciando su razonamiento, determinándola a realizar (dolo principal), o a cerrar (dolo incidental) el trato legal, en condiciones completamente desventajosas, que de haberlas conocido no habría pactado; o aún más, como lo describe la ley, - desarrollando una conducta tendiente a mantener en el error al -- co-contratante con el ánimo de causar la desproporción en los beneficios recíprocos, esto es, con la finalidad de hacerse de algu na cosa, o derecho indebidamente.

d) Reticencia.- En esta causa, como vicio del consentimiento, una de las partes, puede buscar la desproporción, en el momento - de celebrar el acto jurídico, al omitir declarar algo relacionado con el contrato respectivo, teniendo la obligación legal de manifestarlo, dejando en una plena ignorancia a su co-contratante, de tal manera que al surgir la desventaja, tendrá idénticos efectos.

jurídicos, como si se hubiese pactado en términos erróneos, pues en última instancia se desconocerá la verdadera realidad contractual.

Por lo que consideramos estas causales como vicios inherentes de la voluntad, en virtud de tener su origen en el elemento psicológico del individuo, poniéndose de manifiesto en la celebración del trato legal, de una manera espontánea e imperfecta en cuanto a su validez, a diferencia de la violencia o intimidación, las cuales presentan su fuente en una cuestión externa, que presiona y forma coacción en la voluntad de una de las partes, es decir, no por propia voluntad, aun imperfecta, se lleva a cabo la celebración del contrato bilateral, pues ésta se encuentra forzada en su realización por diversos factores externos que la impelen para su consecución, de tal suerte que resalta la diferencia determinante de cada uno de los vicios del consentimiento, como causas trascendentales para que tenga lugar la lesión en los contratos conmutativos en cuanto a su punto de origen, independientemente de las cualidades intrínsecas de cada uno que los deslindan entre sí.

Así la lesión, al ser el perjuicio que se presenta en todo pacto legal de naturaleza obligatoria recíproca (vicio subjetivo-objetivo), tendrá lugar como antecedente un vicio en la voluntad de una de las partes, pues este será la causa del daño ocasionado en el patrimonio del co-contratante, de tal manera que revestirá en su origen dicha lesión circunstancias internas, o subjetivas y externas u objetivas para su producción.

7).- Consecuencias que ocasiona la lesión.

Al existir una conducta inicial de una de las partes, que -- sorprenda la buena fé, o aproveche la connotación de un error o - las circunstancias apremiantes en que se encuentra uno de los con- tratantes pactando en condiciones contrarias a la justicia, equi- dad y buena fé, se producirá como consecuencia lógico-jurídica: - un resultado material, notoriamente desproporcionado a los inte- reses patrimoniales de una de las partes, en la transacción legal; esto es, se genera una situación, completamente desventajosa, que trae aparejados un perjuicio o daño de índole pecuniario referido a uno de los contratantes; mismo que, de una manera contraria, se convierte en un beneficio antijurídico a favor del sujeto lesiona- dor, pues incrementa sus utilidades o ganancias en forma ilícita, al obtener una cosa o un derecho, explotando de su co-contratante, la falsa creencia de la realidad o de las cualidades de la cosa, materia de la transacción jurídica; poniéndose, así, de relieve el error en que se encuentra una de las partes, al momento de la ce- lebración del contrato, o al producirse sus consecuencias.

Al utilizar el sujeto lesionador, en su conducta antijurídica, sugerencias o artificios, logrando de esta manera el engaño - contractual, concretizando su proceder ilícito, con la obtención de una cosa, la usurpación de un derecho, o incremento de su ha- ber económico, como consecuencia de la celebración del contrato - conmutativo, en virtud de la inducción a error de su co-contratante

tante, habiéndole mostrado una serie de ficciones, irreales e - -  
ilusorias, que supuestamente poseía la cosa material del contrato  
respectivo, o de los beneficios provechosos, los cuales iba a ob-  
tener, al momento de celebrar la transacción o de cerrar el contra-  
to; causando con esto, la disminución económica en el patrimonio  
de su copartícipe contractual, al no percibir los beneficios pecu-  
narios esperados; o bien, al existir una coacción física o moral,  
sobre la voluntad de una persona, con el propósito de lograr la -  
celebración del contrato conmutativo, en condiciones completamen-  
te desventajosas para una de las partes, y por lo tanto en su per-  
juicio, se pone de relieve una conducta antijurídica, cuyo fin es  
la celebración de un acto jurídico, medio por el cual se puede --  
apropiar de alguna cosa, usurpar algún derecho o incrementar su -  
haber económico, ocasionando con ello deliberadamente un perjui-  
cio en el patrimonio del co-contratante.

Así, esta actividad ilícita, encuentra su objetivo, con base  
en la ingenuidad, inexperiencia, buena fé o, en múltiples ocasio-  
nes, la extrema necesidad de una de las partes, al sorprender la  
claridad y buena disposición del co-contratante, en una transac-  
ción jurídica, ocultando el verdadero sentido, motivo o fin del -  
contrato conmutativo, aprovechando esta buena disposición, explo-  
tando ilícitamente el error en que se encuentra éste y abusando  
de la búsqueda de auxilio que, en los momentos difíciles, requie-  
re una persona, quien en ese momento denota serviosismo, turbación,  
prisa e irreflexión para la celebración del contrato; de tal suerte  
que el lesionado en forma compulsiva, perfecciona su proceder --

antijurídico, en base a tales circunstancias y, en consecuencia, origina el daño patrimonial, al incrementar sus ganancias o utilidades mal habidas, cosas o derechos, en condiciones completamente desventajosas respecto de una de las partes, en virtud de encontrarse afectados al momento de convenir su razonamiento y, por lo tanto, su decisión, por un vicio del consentimiento.

8).-Reglamentación de la lesión en la legislación mexicana.

La lesión se encuentra regulada dentro de nuestra reglamentación civil substantiva vigente, en sus artículos respectivos - que a continuación transcribimos, para los efectos de ser lo más explícitos posibles:

"...Art. 17.- Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción -- equitativa de su obligación.

El derecho concedido en este artículo dura un año...

...Art. 20.- Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor - del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que preten da obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

Art. 21.- La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que --

ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente - al interés público...

...Art. 190.- Es nula la capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades; así como la que establezca que alguno de ellos sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades.

...Art. 1843.- La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal.

Art. 1844.- Si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción.

Art. 1845.- Si la modificación no pudiere ser exactamente -- proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, - teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la --- obligación...

...Art. 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se - entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y - perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun - después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resulta - re imposible...

...Art. 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violenu

cia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo...

... Art. 2230.- La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.

... Art. 2395.- El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijan los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

Art. 2396.- Si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses contados desde que se celebró el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos...

... Art. 2696.- Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los -- socios y todas las pérdidas a otro u otros...

... Art. 2757.- Será nulo el convenio de que todas las pérdidas que resultaren por caso fortuito, sean de cuenta del aparcerero de ganados..."

Procediendo a analizar a cada una de estas disposiciones nor

mativas, podemos observar en cuanto al precepto 17, que nos habla indudablemente de una serie de situaciones jurídicas, que se refieren simple y sencillamente al aprovechamiento ilícito de una de las partes, debido al error, ignorancia o el caso de la extrema necesidad (económica) en que se encuentra su co-contratante, con la finalidad de hacerse de alguna cosa, obtener un derecho, o lograr un incremento en su patrimonio de manera antijurídica, por supuesto que al mencionar el error y una conducta contraria a la ley, realizada por uno de los contratantes, con ello estamos haciendo alusión al dolo directo o principal, en virtud de que dicho error, bien pudo haber existido anticipadamente a la celebración del contrato bilateral, omitiendo deliberadamente una de las partes manifestar la verdadera realidad jurídica, o de inducir a su copartícipe para la consumación o pormenorización del trato legal; por tanto es de hacer notar, que aunque a este vicio del consentimiento (dolo), no lo cita la ley expresamente, es de entenderse tácitamente. También, resulta aplicable este criterio, en cuanto a la ignorancia, que muestra las mismas consecuencias jurídicas que el error y en el caso de la extrema necesidad (económica), por lo que es insoslayable el alto índice de subjetividad que opera en las partes en la celebración de un contrato conmutativo, motivo que tomó muy en cuenta el legislador para la expedición de tales disposiciones de derecho citadas previamente.

Sin embargo el legislador incurrió en algunas fallas técnicas, de suma importancia legal, al referirse exclusivamente en el caso de extrema necesidad, a la miseria en que puede encontrarse

una persona, como causa que dá origen a la lesión, con el propósito de tutelar a esa clase humilde desvalida y en momentos desprotegida legalmente, empero olvido que debe seguir una regla -- obligatoriamente elemental en el Derecho, siendo esta precisamente la de generalidad, creando normas, en el sentido de respetar la equidad, igualdad y justicia, pues deben ser valores prevalecientes estas características en todo contrato conmutativo o -- bilateral, cuidando de que no abuse alguna de las partes del -- error, ignorancia, inexperiencia, o extrema necesidad, en que se encuentre cualquiera de ellas, al celebrar la transacción jurídica y de esa manera, sería más congruente, toda vez que las hipótesis normativas cuidarían los intereses de todos y cada uno de -- los integrantes de la sociedad.

Por otra parte, muestra el legislador una incongruencia jurídica, al establecer en el artículo 17 que comentamos, el ejercicio de una acción rescisoria en el contrato o la reducción equitativa de la obligación por motivo de alguna de las circunstancias expuestas con antelación (ignorancia, inexperiencia, extrema miseria, estado de necesidad), frente a la existencia de una nulidad relativa, consagrada por el artículo 2228 del mismo ordenamiento legal en cuestión; por lo que en base a lo expuesto en páginas anteriores, en este caso de la figura jurídica de la lesión, no se trata de una causa de rescisión, sino de nulidad, en virtud de presentarse en el contrato bilateral, uno o varios de los vicios de la voluntad (error, dolo, etc.), en alguna de las partes ocasionando con esto, que el pacto legal, nazca viciado y por lo tanto carezca de validez jurídica, de tal suerte que haciendo la denuncia respectiva el afectado al juzgador, este --

realizará la declaratoria de nulidad procedente, destruyendo en forma retroactiva los efectos pasados del acto jurídico; en tanto que la rescisión no demuestra en el inicio de las obligaciones recíprocas del contrato, la existencia de un vicio en la voluntad de uno de los copartícipes, por lo que surge válido el trato legal, teniendo su origen esta acción rescisoria por el incumplimiento de las obligaciones correspondientes a una de las partes, transgrediendo en éste sentido lo pactado jurídicamente, quedando en consecuencia, y a diferencia de la nulidad relativa, firmes los efectos pasados del acto jurídico, al momento de la disolución del contrato bilateral respectivo por el juzgador; inclusive el legislador olvidó señalar expresamente en el precepto 17 - del ordenamiento legal en cita, el inicio del cómputo que determinará el plazo legal para los efectos de ejercitar en tiempo y forma debida la acción normativa, que produzca la declaración de nulidad absoluta en el contrato conmutativo.

Debiendo empezar a surtir efectos dicho plazo legal (un año), pensamos, para interponer la acción de nulidad absoluta desde el momento en que se cause el perjuicio o lesión a uno de los contratantes, derivado de la celebración del contrato bilateral.

A pesar de que en el artículo 2228 de la codificación que tratamos, se menciona expresamente la nulidad relativa, por causa de lesión, pensamos que no es muy atinada la dicertación del legislador, en virtud de ponerse de relieve en la celebración del contrato bilateral, una conducta antijurídica, traducida en un dolo principal o directo, aprovechamiento del error, ignorancia,

inexperiencia, o extrema necesidad (no sólo económica de manera permanente, sino también circunstancial), por una de las partes, logrando con ello la apropiación de una cosa, la usurpación de algún derecho, o el incremento económico indebido, en perjuicio de su co-contratante, al no percibir este las justas utilidades o ganancias pactadas y esperadas, de tal forma que al manifestar este proceder uno de los copartícipes en el contrato conmutativo, donde lleva consigo una intención o fin contrario a la ley y a las buenas costumbres, no se tratará en el caso de la lesión de una nulidad relativa, sino en realidad de una nulidad absoluta - en la cual, una vez declarada por el juzgador, la misma destruirá al igual que en la nulidad relativa, retroactivamente los efectos pasados del acto jurídico, y que a diferencia de aquella, no es confirmable por las partes, toda vez, que tal actividad ilícita, va en contra del interés social, y que en esta situación específica, daña o pone en peligro un bien tutelado por la ley como lo es el patrimonio, sirviéndose de esta nulidad cualquier interesado.

#### CAPITULO IV

##### COMPARACION DE LA LESION EN MATERIA CIVIL CON EL DELITO DE FRAUDE GENERICO

- 1).- Elementos coincidentes.
- 2).- Características que distinguen la lesión civil del delito de fraude genérico.
- 3).- Delimitación del dominio del Derecho Penal con el Civil.
- 4).- Interés jurídico que se tutela dentro del Derecho Penal y del Civil.
- 5).- La insuficiencia de la reglamentación de la lesión Civil-  
o del fraude genérico.

#### CAPITULO IV.

#### COMPARACION DE LA LESION EN MATERIA CIVIL CON EL DELITO DE FRAUDE GENERICO.

##### 1).- Elementos coincidentes.

Una vez analizados previamente todos y cada uno de los elementos que configuran el delito de Fraude Genérico, descrito por el artículo 386 del Código Substantivo Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra establece: "...Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido..."; continuándose este estudio posteriormente con la lesión civil, que consiste en el daño derivado de un vicio de la voluntad, pues reviste la característica de efecto, en virtud de causas de diversa índole, siendo estas a saber: 1) la ignorancia, 2) el error, 3) la mala fé, 4) el dolo, 5) la reticencia, 6) la extrema inexperiencia, 7) la miseria, y 8) un estado de -- extrema necesidad; podemos establecer que la lesión tiene su origen en la falta de una voluntad libre, clara y determinada respecto del sentido en que se dirige o compromete, es decir, en -- tales supuestos, se manifiesta una decisión que presenta características falsas en la apreciación o desconocimiento del objeto o situación jurídica, cualidades y valores reales de la cosa materia del acto jurídico (error, ignorancia, etc.), o bien se puede

asimismo mostrar un pleno conocimiento del perjuicio que se pretende inferir, pero que en vista de las circunstancias apremiantes momentáneas o permanentes, se está obligado a celebrar el contrato bilateral (como en los casos de extrema necesidad o miseria); reflejándose, de esta manera, similitudes en los distintos elementos que integran a cada una de estas figuras legales, determinándose de la forma siguiente:

a) Tanto en el delito de fraude genérico como en la lesión, podemos observar una actividad o conducta positiva, por parte de un sujeto activo o parte contratante, consistente en la proyec-ción de ideas falsas e ilusorias sobre la inteligencia de un su-jeto pasivo o co-contratante (engaño), con el ánimo directo y --consciente de bloquear su razonamiento sorprendiendo su buena fé, induciéndolo al error, mostrándole una realidad objetiva comple-tamente falsa de las cualidades verdaderas de alguna cosa o de - las mismas condiciones del contrato conmutativo, que de haberlas conocido, no se hubiera obligado en los términos planteados por su copartícipe, logrando influir en la decisión o voluntad de la víctima y con ello obteniendo la finalidad buscada, siendo esta un beneficio indebido o la apropiación de alguna cosa o derecho, de ahí que precisamente es característico y distintivo de entre las demás conductas ilícitas, que el sujeto activo logre una dis-posición patrimonial a su favor, por actividad propia del sujeto pasivo, o cuente con la anuencia una de las partes, en la consu-mación del trato legal, poniéndose de relieve la desproporción - en cada una de las prestaciones que perciben los participantes -

en la celebración del contrato bilateral y ocasionándose, así, el perjuicio a uno de los contratantes.

b) Una conducta negativa que encuentra su punto de apoyo en el aprovechamiento del error en el delito de fraude genérico; destacándose, por lo tanto, a la par, las cualidades de la mala fé en la lesión civil, a la que, en forma compartida, ambas descripciones legales le subrayan, como fuente, una inactividad comisiva por parte del sujeto activo o uno de los contratantes, transgrediendo de tal suerte, un deber jurídico de obrar y una obligación legal de abstenerse, esto es, que el infractor necesariamente tenga la coercitividad jurídica de manifestar y aclarar una situación o las características reales de una cosa materia del negocio jurídico, que conoce perfectamente y disimula saberlos, trayendo como consecuencia, un desplazamiento de índole patrimonial a su favor, causando de tal forma la desproporción contractual, por no sacar del error en que se encuentra inmerso el sujeto pasivo o su co-contratante, denotando éste como circunstancias lesivas, ignorancia, falsa apreciación de las cualidades inherentes del objeto indirecto materia del contrato conmutativo, o de las condiciones verdaderas respecto de aquello por lo cual se está obligando, en tanto que el sujeto infractor posee un juicio claro, cierto y determinado de lo pactado, empero no realiza conducta alguna, tendiente a sacar del error al sujeto pasivo o co-contratante, sino por lo contrario, lo aprovecha obteniendo un lucro indebido originando así, la desproporción contractual, produciéndose de esta manera el perjuicio patrimonial.

c) En la lesión civil, al igual que en el delito de fraude genérico, es cuestión fundamental que la conducta ilícita se --- exterioriza, es decir, se muestra objetivamente, desplegando en su esencia características subjetivas (engaño o aprovechamiento de un error), dirigidas a uno de los contratantes en el momento de estar llevando a cabo la transacción legal, o al sujeto pasivo, implicando en su actividad, un encubrimiento de las cualidades - reales y, por lo tanto, de la verdad respecto de un bien o una - situación jurídica, con el propósito de inducirlo a error y de - ésta manera lograr la desproporción contractual o la disposición patrimonial en base a la ingenuidad o inexperiencia y buena fé, causando por ello la apropiación de una cosa, la usurpación de - algún derecho o el incremento económico indebido en perjuicio de su co-contratante al no percibir las justas utilidades o ganan-- cías esperadas, de tal forma que al manifestarse este comporta-- miento en el contrato bilateral, el juzgador normará su criterio, realizará su actividad legal de valoración únicamente de acuerdo con las características de estas dos figuras y será cuestión in-- dubitable que en ambos casos, se tratará de una conducta antiju-- rídica, pues al igual, dañan un mismo bien jurídico como lo es - el patrimonio y declarará aquel que, en el caso de la lesión, se produce una nulidad absoluta determinándose estas figuras legales dentro de la antijuricidad material por causar estas, la desven-- taja contractual en relación a las prestaciones recíprocas o lo-- grando la disminución patrimonial en beneficio propio.

d) Por supuesto que al venir hablando de la exteriorización de una conducta antijurídica, con cualidades completamente subjetivas (engaño o aprovechamiento del error), en el delito de fraude genérico, y conjuntamente en la lesión civil, se ha reiterado que para que aquella surja, necesario es que se haya realizado un acto, con plena capacidad intelectual o psicológica, al tener el sujeto activo pleno conocimiento y voluntad de aquello que está efectuando, definiéndose como la capacidad de querer y entender los alcances de su conducta; en la lesión civil, en forma similar, se hace referencia a la capacidad de ejercicio, misma que consistirá en haber cumplido la mayoría de edad los contratantes y encontrarse en pleno uso de sus facultades mentales; por lo que podemos observar que tanto en el delito que cuestionamos, como en la lesión, existe una plena capacidad mental en el individuo infractor, para ejecutar la actividad ilícita; es decir, en ambas figuras legales, se destaca una capacidad subjetiva que, en el fraude, debe presentar el sujeto activo como punto de origen de su actividad engañosa, proyectándose hacia el sujeto pasivo con el propósito de inducirlo a error y lograr con esto el desplazamiento patrimonial en beneficio propio, en tanto que, en la lesión, una de las partes debe contar con un perfecto conocimiento, claro, certero y determinado al momento de celebrar el pacto jurídico conmutativo, induciendo a error al co-contratante o explotando el error en que este se encuentra, causando la desproporción en las prestaciones recíprocas, trayendo como consecuencia el daño patrimonial a uno de sus co-contratantes.

e) Finalmente, tanto en el delito de fraude genérico, como en la lesión civil, se pone de relieve en la conducta del sujeto activo o en uno de los contratantes, el dolo directo o principal, revistiendo a la par, en su actividad contraria a la ley, un pleno conocimiento y voluntad en la transgresión legal, desarrollando un comportamiento encaminado directa, clara y conscientemente a engañar a un individuo, sorprendiendo su buena fé o ignorancia, induciéndolo a error por medio de mentiras, encubriendo o cambiando dolosamente una realidad, las cualidades inherentes de una cosa o las condiciones reales en un contrato bilateral, o explotando las condiciones apremiantes en que se encuentre, bien sea de una manera permanente (miseria) o transitoria (estado de necesidad); obligando a su co-contratante, pues su voluntad no se muestra libre y en igualdad de condiciones, a celebrar un contrato - conmutativo en una situación completamente desventajosa, logrando de acuerdo con todas estas características un desplazamiento patrimonial en beneficio propio y causando con ello la desproporción objetiva en el contrato bilateral, ocasionando el daño patrimonial a dicho contratante.

2).- Características que distinguen la lesión civil del delito de fraude genérico.

Pensamos que en primer término, una de las características o elementos en que difieren el delito de fraude genérico y la -- lesión civil, se encuentra en la tipificación de la conducta, -- que como hemos dejado asentado en páginas anteriores, tendrá una cualidad objetiva y forzosamente deberá estar estrictamente adecua da al tipo penal, desprendiéndose, por lo tanto, la actividad -- antijurídica de un sujeto activo, destacando en su proceder una conducta engañosa como premisa primordial para poder hablar de -- fraude, en este caso genérico, así como una conducta omisiva comisiva (aprovechamiento de un error en otro individuo), para con ello producir el desplazamiento patrimonial a su favor, es decir, su propósito es lograr una falsa representación de la realidad o de las cualidades intrínsecas de alguna cosa, induciendo a error al sujeto pasivo por medio de mentiras, demostrando el aprovecha miento de un error en el pasivo y en consecuencia apropiarse de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido; en tanto la lesión, -- que si bien en una primera etapa, uno de los contratantes denota engaño, falseando las características inherentes del objeto indi recto o las mismas condiciones del negocio jurídico que se pre-- tende celebrar, redundando posteriormente en una desproporción -- en las prestaciones recíprocas, estas siempre tendrán como causas un vicio en la voluntad de alguna de las partes, demostrando en

ocasiones ignorancia, error, dolo, mala fé, inexperiencia, que concuerdan con las cualidades del fraude genérico, por sus características de engaño o aprovechamiento del error en beneficio propio, causando con ello el perjuicio patrimonial a uno de los contratantes, debido a la desproporción en las prestaciones recíprocas; sin embargo, habrá otras circunstancias que originen lesión al co-contratante al celebrarse o producir sus consecuencias legales, el acto jurídico, siendo estas a saber: 1) el caso de -- extrema necesidad, o 2) miseria, hipótesis en que el individuo, en un momento dado, no demuestra ignorancia, error, o inexperiencia, al estar celebrando el contrato conmutativo; esto es que, -- por las circunstancias apremiantes, bien sean transitorias o permanentes, una de las partes se ve obligada a sellar el trato legal, aún sabiendo perfectamente que está pactando en condiciones completamente desventajosas, caso en que su voluntad no se manifiesta libremente ni en igualdad de condiciones al momento de -- transar, en virtud de las circunstancias expuestas, ocasionándole su co-contratante el daño patrimonial; así se le está perjudicando o lesionando en su haber pecuniario con pleno conocimiento; -- luego entonces, en estas circunstancias no existe engaño o aprovechamiento de un error, sino que se lleva a cabo una explotación o aprovechamiento de las condiciones apremiantes de un individuo, con el fin de despojarlo de alguna cosa, derecho u obtener un -- beneficio indebido; en consecuencia y en base a lo expresado, es to distinguirá al delito de fraude genérico de la lesión, por lo que de acuerdo y haciéndose patente la garantía de formalidad en el procedimiento establecida en el artículo 14 Constitucional, --

relacionándose con lo ordenado por los artículos 17 y 19 de la propia Constitución, en el sentido de que nadie puede ser apri--  
sionado por deudas de carácter puramente civil, y de que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventi--  
va, es que no habiendo una similitud plena, entre todos y cada -  
uno de los elementos que conforman a la lesión civil, y los inte--  
grantes del delito de fraude genérico, el legislador se vió en -  
la necesidad de encausar a estas dos entrelazadas figuras lega--  
les, en diferentes ordenamientos jurídicos, correspondiendo a la  
primera, el Código Substantivo Civil vigente para el Distrito --  
Federal, y a la segunda, el Código Substantivo Penal en vigor -  
para el Distrito Federal.

3).- Delimitación del dominio del Derecho Penal con el Civil.

En toda sociedad, la actividad que realiza un individuo, -- frente a sus demás conciudadanos, tiene para el Derecho una importancia trascendental, pues esto ocasionará cualidades muy específicas y distintivas, dependiendo siempre del plano jurídico en que éste se sitúe, produciendo dicha conducta sus consecuencias legales, toda vez, que como hemos manifestado con antelación, la colectividad enaltece valores o bienes jurídicos que deberán ser preservados por todos sus integrantes, para la propia sobrevivencia de ésta misma, interviniendo el Estado, por ser su legítimo representante, manteniendo el orden y la paz social, por medio del Derecho Penal y el derecho procesal penal, al conformar éstas su poder coactivo, garantizando la armonía y conservación de la colectividad, reprimiendo toda acción contraria a la ley - que viole tales valores consagrados en la hipótesis normativa y sancionando este proceder delictuoso, bien sea con la aplicación de una pena establecida en la misma norma o con una medida de seguridad prevista en el correspondiente ordenamiento legal.

Visto lo anterior, aquellas conductas humanas que no se muestran en ese plano de supra-subordinación, estarán reguladas en su manifestación por el Derecho Civil, donde las características de estas actividades se desenvuelven en una esfera de igualdad de condiciones, aún si en un momento determinado el Estado externa su voluntad, en el sentido de querer celebrar un acto jurídico -

con algún individuo, aquel se coloca bajo las mismas circunstancias que el particular, pues en la realización de cualquier acto jurídico, las partes se encuentran en calidad de particulares, de manera que si alguno de ellos no cumpliera las condiciones jurídicas en la forma en que se obligó, al juez competente lo impelerá a efectuar su compromiso legal, y en caso de haber causado un perjuicio a su co-contratante, la sanción que marque la ley, será de carácter pecuniario.

Por lo que, concluyendo, podemos argumentar que la delimitación de la esfera de actividades del Derecho Penal y del Derecho Civil, tendrá su origen en la diferente naturaleza de la relación jurídica, que entablan los individuos: bien sea frente al Estado, ejercitando éste su poder coactivo sobre aquellos, por medio del Derecho Procesal Penal (*Ius Puniendi*), en base a su conducta ilícita, que se adecúa a una hipótesis normativa previamente establecida en la codificación penal; en tanto que cuando la actividad humana produzca consecuencias legales, para ambas partes, recibiendo un beneficio y obligaciones recíprocas o si en un momento dado, una de las partes causa un perjuicio a su co-contratante, empero este proceder antijurídico no merece pena alguna, indudablemente se estará dentro del campo de acción del Derecho Civil.

4).- Interés jurídico que se tutela dentro del Derecho Penal y del Civil.

A lo largo del presente trabajo, hemos venido repitiendo en múltiples ocasiones que, al exteriorizarse el comportamiento ilícito que conforman las dos distintas figuras legales ya analizadas Fraude Genérico y Lesión Civil, se viola un mismo bien tutelado por la ley, siendo este precisamente el Patrimonio Familiar; es de comprenderse, por tanto, la preocupación incesante de todo individuo integrante de la sociedad que este bien sea custodiado y respetado, por el Estado y los demás conciudadanos respectivamente, pues dicho patrimonio constituye el conjunto de derechos y obligaciones, susceptibles de ser apreciados económicamente, - compuesto de dos elementos: a) El activo, integrado por el conjunto de bienes y derechos con capacidad de concretizarse en dinero; y b) El Pasivo, constituido por el conjunto de obligaciones y cargas, susceptibles también de valoración pecuniaria; estos bienes y derechos de carácter patrimonial entrañan en el individuo una serie de derechos, siendo a saber los siguientes: a) Derechos Reales, que consisten en una relación directa del acreedor con un sujeto pasivo indeterminado (deudor), en virtud de tener el objeto indirecto cualidades traslativas, por lo que el interés del sujeto activo o acreedor es el cumplimiento de la obligación, no quien la cumpla; y b) Derechos Personales, en los que la relación es directa e indivisible, en el sentido de que permite - -

ejercitar una acción bien sea contra una persona o grupo de personas determinadas.

El patrimonio plantea, doctrinariamente, dos corrientes - - teóricas: 1) La del Patrimonio-Personalidad; y 2) La Teoría Moderna del Patrimonio-Afectación. La primera de ellas es expuesta por la escuela clásica francesa (escuela de la exégesis), refiriéndose al conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que constituyen el patrimonio formando una entidad abstracta, - una universalidad contemplada por el Derecho, que se mantiene en estrecha vinculación con la persona jurídica, por lo que es de entenderse este patrimonio como una emanación de la personalidad jurídica del individuo.

La Teoría denominada Moderna del Patrimonio-Afectación, por Planiol, Ripert y Picard, sostiene que siempre que se hable de un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, estos estarán destinados a la consecución de un fin determinado, de naturaleza económica visualizada jurídicamente, constituyendo una masa autónoma organizada legalmente en forma especial, de ahí precisamente la presencia real, objetiva, de distintas configuraciones del Patrimonio, siendo estos: el patrimonio de familia; el fondo mercantil; el patrimonio del ausente; en el régimen de las sucesiones, el patrimonio del de cujus, y otros, en donde la persona puede tener diversos fines jurídicos-económicos por realizar, afectando en un momento determinado un conjunto de bienes, para llevar a cabo ciertos intereses (familiar, mercantil o de otra naturaleza).

Para nuestra legislación civil el patrimonio puede constituir

se, de acuerdo con los preceptos señalados en su Código Substantivo Civil en vigor para el Distrito Federal, con diversos criterios, que podemos clasificar en: a) voluntariamente; b) - forzosamente; c) por causa de utilidad pública, que corroboran los preceptos que transcribiremos:

a) Se constituye el Patrimonio Familiar, en forma voluntaria, cuando se cumplen los requisitos fijados por el artículo 731 que dispone: "...El miembro de la familia que quiera constituir el patrimonio, lo manifestará por escrito al juez de su domicilio, designando con toda precisión y de manera que puedan ser inscritos en el Registro Público, los bienes que van a quedar afectados.

Además, comprobará lo siguiente:

I.- Que es mayor de edad o que está emancipado;

II.- Que está domiciliado en el lugar donde se quiere --- constituir el patrimonio;

III.- La existencia de la familia a cuyo favor se va a -- constituir el patrimonio. La comprobación de los vínculos familiares se hará con las copias certificadas de las actas del Registro Civil;

IV.- Que son propiedad del constituyente los bienes destinados al patrimonio, y que no reportan gravámenes fuera de las servidumbres;

V.- Que el valor de los bienes que van a constituir el -- patrimonio no excede del fijado en el artículo 730..."

b) Se constituye el patrimonio familiar, en forma forzosa, al satisfacerse lo establecido en el artículo 734, en el sentido de que: "...Cuando haya peligro de que quien tiene obligación

de dar alimentos pierda sus bienes por mala administración o porque los esté dilapidando, los acreedores alimentistas y si éstos son incapaces, sus tutores o el Ministerio Público, tienen derecho de exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de la familia hasta por los valores fijados en el artículo 730. En la constitución de este patrimonio se observará, en lo conducente, lo dispuesto en los artículos 731 y 732..."

c) Se constituye el Patrimonio Familiar, por causa de utilidad pública, mediante la figura jurídica de expropiación.

Conforme lo señala el artículo 735: "...Con el objeto de --- favorecer la formación del patrimonio de la familia, se venderán a las persona que tengan capacidad legal para constituirlo y que quieran hacerlo, las propiedades raíces que a continuación se expresan:

I.- Los terrenos pertenecientes al Gobierno Federal o al --- Gobierno del Distrito Federal que no estén destinados a un servicio público ni sean de uso común;

II.- Los terrenos que el Gobierno adquiera por expropiación de acuerdo con el inciso (c) del párrafo undécimo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

III.- Los terrenos que el Gobierno adquiera para dedicarlos a la formación del patrimonio de las familias que cuenten con --- pocos recursos..."

De acuerdo a lo establecido por el artículo 723, los bienes-afectados al patrimonio serán:

"...I.- La casa habitación de la familia;

II.- En algunos casos, una parcela cultivable..."

Estos bienes serán inalienables y se encontrarán delimitados,

conforme a lo dispuesto por el artículo 730, de la siguiente manera: "...El valor máximo de los bienes afectados al patrimonio de familia, conforme al artículo 723, será la cantidad que resulta de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio..."

Se extinguirá dicho patrimonio, según lo señalado por el artículo 741, en los siguientes casos:

"...I.- Cuando todos los beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos;

II.- Cuando sin causa justificada la familia deje de habitar por un año la casa que debe servirle de morada, o de cultivar por su cuenta y por dos años consecutivos la parcela que le esté anexa;

III.- Cuando se demuestre que hay gran necesidad o notoria utilidad para la familia, de que el patrimonio quede extinguido;

IV.- Cuando por causa de utilidad pública se expropie los bienes que lo forman;

V.- Cuando tratándose del patrimonio formado con los bienes vendidos por las autoridades mencionadas en el artículo 735, se declare judicialmente nula o rescindida la venta de esos bienes..."

Rescapitulando, podemos afirmar que el interés jurídico que se tutela dentro del Derecho Penal y del Civil, en el presente estudio comparativo entre el delito de Fraude Genérico y la Lesión Civil, es similar, pues dicho bien, jurídicamente protegido y transgredido por los sujetos activos, en ambos casos, está constituido por el patrimonio familiar.

5).- La insuficiencia de la reglamentación de la lesión civil o del fraude genérico.

En los preceptos legales relativos, invocados con antelación al desarrollarse el tópico de la reglamentación civil en la lesión, se hizo alusión respecto de aquellas circunstancias (ignorancia, notoria inexperiencia, o extrema miseria), por las que una de las partes logra una desventaja contractual, ocasionando perjuicio en el patrimonio de uno de los participantes en el contrato bilateral celebrado; sin embargo, se observa que escapó, al criterio jurídico del legislador incluir además el caso de la extrema necesidad, como causal implicatoria de lesión, pues como se ha sostenido en páginas anteriores, el individuo perjudicado, en un momento determinado, puede no presentar las exigencias legales señaladas específicamente, denotando distintas condiciones consistentes en una situación apremiante que aprovecha su cocontratante, para la obtención de alguna cosa o un derecho de índole patrimonial; es por ello, que al no tomar en cuenta el legislador estas circunstancias transitorias de extrema necesidad, y estando la voluntad de una de las partes obligada a celebrar el contrato conmutativo, causándosele así la desproporción contractual y el daño patrimonial, la reglamentación civil resulta insuficiente en relación a la lesión, haciéndose imperante la necesidad jurídica de corregir esta reglamentación, completándola, abarcando en lo sucesivo las circunstancias actualmente no previstas.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito de fraude genérico, estudiado previamente en el contenido del presente trabajo de investigación jurídica, -- denota los dos tipos de conducta - positiva (engaño) y negativa -- (aprovechamiento del error), - entrañando en su esencia, cualidades subjetivas, traducidas en un comportamiento falso y sorpresivo por parte del sujeto activo, tendiente a inducir a error al sujeto pasivo o explotar en el que éste se encuentra, por medio de ideas falsas e ilusorias proyectadas hacia el razonamiento de la víctima, bloqueándolo e influyéndolo; por lo que, debido a estas circunstancias, el comportamiento del sujeto pasivo, demuestra una falsa --- creencia de la realidad o de las características verdaderas de alguna cosa, logrando de esta manera, dicho sujeto activo, con su actividad antijurídica, hacerse de alguna cosa u obtener un beneficio ilícito; consecuentemente, es indudable que se manifiesta la - intención o dolo directo en su ejecución, y se determina la impu-- tabilidad, pues reviste un perfecto entendimiento y consentimiento el agente infractor, al realizar la transgresión legal, resaltando su culpabilidad, pues denota un pleno conocimiento y voluntad de - delinquir, tipificándose esta actividad contraria a la ley en el - artículo 386 del Código Substantivo Penal en vigor, hipótesis normativa que tutela un bien jurídico, como lo es el patrimonio familiar, señalando asimismo la sanción correspondiente.

SEGUNDA.- En virtud de existir la intención o dolo directo - del sujeto activo del ilícito penal en cuestión, de importancia - trascendental, no es posible que surja en el mismo, una fuerza fí sica exterior irresistible o vis absoluta, fuerza mayor o vis --- maior, el sueño, sonambulismo, hipnotismo o actos reflejos, debido a que demuestran una ausencia de voluntad, por lo que en un momento determinado, de no presentarse todas las exigencias legales -- que el tipo describe, nos colocaremos en otra hipótesis normativa o en una actividad ordinaria, sin ninguna trascendencia para el - Derecho Penal, esto sin soslayar el debido análisis de las causas de justificación, que pudieran eliminar la antijuridicidad en el delito que estudiamos y, que en el caso, ninguna de las mismas -- son aplicables, por lo que al ser obvio, que ésta actividad anti- jurídica, la lleva a cabo una persona o personas determinadas, só lo podrán ser inimputables, cuando no alcancen la mayoría de edad, quedando sujetas al ordenamiento jurídico respectivo; por otra -- parte, al afirmarse la intención y el pleno conocimiento del activo, no es posible que surja el error esencial, ignorancia, coac-- ción en la voluntad ni mucho menos error accidental, temor funda- do u obediencia jerárquica, de tal forma que al apreciarse una pe- ligrosidad máxima, sólo se reprimirá la sanción legal, en razón - de la conservación del núcleo familiar, pues surte efectos de ex- cusa absolutoria.

TERCERA.- Al hablar de los elementos generales en el delito de fraude genérico, observamos que, estos implican la intervención de elementos normativos, al realizar el juzgador una valoración de la consciencia y voluntad del agente infractor, aunada a la existencia de un enriquecimiento ilícito y de elementos subjetivos en el pasivo, aspectos que constituyen la esencia jurídica del tipo en cuestión; sentándose así las bases legales, para determinar que, en el caso, estamos tratando un tipo jurídico anormal.

CUARTA.- Complementando la conclusión anterior, tenemos que también el delito de fraude genérico que estudiamos, se integra con elementos especiales, pues éstos describen específicamente una autonomía e independencia absoluta en relación con las demás hipótesis normativas, por lo que se presenta como un tipo fundamental o básico, denota circunstancias agravantes de acuerdo con las maquinaciones o artificios, transformándose así en un tipo complementado, circunstanciado o subordinado, cualificado; siendo únicamente posible que se origine el concurso de delitos real o material; y toda vez que este delito no se encuentra en conflicto de regulación con otra hipótesis normativa, en consecuencia no existe una concurrencia de normas incompatibles entre sí; y en caso de no presentarse alguno o todos los elementos que configuran el ilícito de referencia, sin embargo quedará subsistente la posibilidad de encontrar esta conducta antijurídica en el ilícito civil.

QUINTA.- El contrato es el acto jurídico por excelencia, - donde podemos encontrar un acuerdo de voluntades, con efectos - legales de crear o transmitir derechos y obligaciones en forma- recíproca, por ello es que comunmente en este tipo de actos ju- rídicos de carácter oneroso, conmutativo y bilateral, es dable- pensar en una conducta desarrollada por uno de los contratantes, teniendo como finalidad inmediata, originar lesión civil a su - co-contratante, entendida como la desproporción, perjuicio o da- ño contractual, causado a una de las partes, al ponerse de re- lieve una desigualdad en las prestaciones que a cada uno corres- ponden, al momento de la celebración del pacto jurídico o en -- los efectos ordinarios derivados de éste, redundando en el pa- trimonio del copartícipe, en razón de denotar ignorancia, noto- ria inexperiencia, suma miseria, o un estado de extrema necesi- dad momentánea, de tal manera que al demostrar éste, un descono- cimiento o falsa claridad y determinación en relación de aque- llo por lo que se está obligando, sin duda alguna, se encontra- rá alterada su inteligencia, presentando así viciado su elemen- to psicológico o subjetivo, que al consumarse el contrato jurí- dico y surgir el daño patrimonial a una de las partes, se tradu- cirá en un desequilibrio en las prestaciones recíprocas de los- contratantes, visualizándose de esta manera el vicio objetivo, - por lo que es de entenderse que dicha lesión, abarca estos dos- tipos de vicios que formula la doctrina jurídica, y se conside- rará a la lesión, como el perjuicio derivado de un vicio en la- voluntad.

SEXTA.- Al compararse los elementos que configuran el delito de fraude genérico con aquellos que integran la lesión civil, se identificarán como coincidentes una actividad o conducta positiva, tanto por el sujeto activo como por uno de los contratantes, consistente en la proyección de ideas falsas e ilusorias, sobre el razonamiento del sujeto pasivo o co-contratante, traducándose en el engaño, por parte del activo, sorprendiendo la buena fé de aquél-- o induciéndolo al error, obteniendo ilícitamente alguna cosa, derecho o un beneficio indebido; resaltándose de tal suerte: a) la desproporción en las prestaciones recíprocas, en base al contrato bilateral celebrado; b) una conducta negativa, que se cristaliza en el aprovechamiento del error, en el delito que comentamos, equiparándose con la mala fé en relación a la lesión civil, donde ambas descripciones legales, subrayan como origen, una inactividad comisiva por parte del sujeto activo o uno de los copartícipes contractuales, transgrediéndose un doble deber, de obrar y de abstenerse; c) trayendo como consecuencia un desplazamiento de índole patrimonial, y denotando con ello; d) la desproporción contractual, teniéndose como circunstancias para causar la lesión, ignorancia, falsa apreciación de las características del objeto indirecto materia del contrato conmutativo; e) la exteriorización de la conducta contraria a la ley, esto es, la objetivización del proceder delictuoso, implicando en su esencia, un encubrimiento de las cualidades verdaderas de una cosa o realidad jurídica, con el propósito de inducir a error al sujeto pasivo o co-contratante, o aprovechar en el que éste ya se encuentra, logrando con esto la disposición pa--

rimonial o la desproporción contractual, en virtud de la ingenuidad, inexperiencia, y buena fé de estos individuos, por lo que en base a dichas condiciones, el respectivo juzgador, hará una valoración legal de tales circunstancias, calificará a esta actividad agresora como antijurídica, pues daña un bien jurídico tutelado - como lo es el patrimonio, declarará que en el caso de lesión se trata de una nulidad absoluta y determinará, en conclusión, que - en ambas figuras legales se presenta la antijuridicidad material, por causar esta conducta ilícita una desventaja contractual o disminución patrimonial, en beneficio del infractor; f) una perfecta capacidad intelectual o psicológica del activo, consistente en el querer y entender los alcances de la actividad ilícita en el delito de fraude genérico, así como la plena capacidad de ejercicio - en la lesión civil; y g) poniéndose de relieve, tanto en el sujeto activo o en uno de los contratantes, el dolo directo o principal, respectivamente; entendiéndose en ambas figuras legales, un pleno conocimiento y voluntad en la transgresión legal, desplegando un comportamiento ilusorio dirigido a un individuo, sorprendiendo su buena disposición, e induciéndolo a error o explotando las condiciones apremiantes en que se encuentra, obligándolo con tal de salvar su situación, a celebrar un contrato conmutativo, - completamente dañino a sus intereses, logrando de esta manera el desplazamiento patrimonial y la consecuente desproporción objetiva, ocasionando el perjuicio patrimonial al sujeto pasivo o a dicho contratante.

SEPTIMA.- Se distingue la lesión civil del delito de fraude genérico en la tipificación de la conducta, puesto que forzadamente deberá estar estrictamente encuadrada al tipo penal, -- esto es, destacar el sujeto activo una actitud engañosa, para -- con ello, inducir a error al sujeto pasivo o aprovecharse de -- aquél en el que éste ya se encuentra, con el fin de producir el desplazamiento patrimonial a su favor; por lo que es premisa in dispensable para configurarse este delito, que el sujeto pasivo se encuentre actuando erróneamente, a instancias de esa falsa -- representación de la realidad o de las características verdaderas de una cosa; exigencias legales que no se observan en la -- lesión civil, al denotar circunstancias de extrema necesidad o suma miseria, donde el individuo, sabe perfectamente que se encuentra pactando en condiciones desventajosas que le ocasionan un daño en su patrimonio, pero que acepta la celebración del -- contrato obligado por esas circunstancias apremiantes, sin que en ningún momento exista engaño, ni aprovechamiento de un error, sino explotación o aprovechamiento de tales condiciones apremiantes, con el fin de despojarlo de alguna cosa, derecho u obtener un beneficio indebido.

OCTAVA.- La delimitación del dominio del Derecho Penal y -- del Civil, nos lleva a utilizar los términos Derecho Público y Derecho Privado, donde las conductas humanas se encuentran en -- un plano de supra-subordinación y de igualdad de condiciones --

respectivamente, esto es, de acuerdo a la naturaleza de la relación jurídica que entablen los individuos entre sí o con el Estado; de esa manera se enmarcarán estas dos esferas de actividades del Derecho en nuestra actividad jurídica.

## BIBLIOGRAFIA

Carrancá y Trujillo Raúl; Derecho Penal Mexicano; Parte - General; Décima Tercera Edición, puesta al día por Raúl Carrancá y Rivas; Editorial Porrúa, S.A., México 1 D.F., 1980.

Castellanos Tena Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Parte General; Décima Edición; Editorial Porrúa, S.A., México, 1976.

Cortés Ibarra Miguel Angel; Derecho Penal Mexicano; Parte General; Primera Edición; Editorial Porrúa, S.A., México, 1971.

C. Núñez Ricardo; Derecho Penal Argentino; Parte General; Tomo Primero; Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

De Pina Rafael; Elementos de Derecho Civil Mexicano; (Obligaciones Civiles - Contratos en General); Volumen Tercero; Quinta Edición; Revisada y Actualizada por Rafael de Pina Vera; -- Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

Floris Margadant S. Guillermo; El Derecho Privado Romano; Como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea; Sexta - Edición; Editorial Esfinge, S.A., México 7 D.F., 1975.

Ortíz-Urquidí Raúl; Derecho Civil; Parte General; Introducción - Teoría del Derecho (Ubicación del Civil) - Teoría y Técnica de Aplicación de la Ley - Teoría General del Negocio Jurídico; Editorial Porrúa, S.A., México, 1977.

Pavón Vasconcelos Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano; Parte General; Quinta Edición; Editorial Porrúa, S.A., -- México, 1982.

Porte Petit Candaudap Celestino; Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; Tomo I; Quinta Edición; Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

Porte Petit Candaudap Celestino; Inimputabilidad e Inculpa bilidad Como Aspectos Negativos del Delito; Editorial Porrúa, - S.A., México, 1954.

Ripert Georges y Jean Boulanger; Tratado de Derecho Civil; Según el Tratado de Planiol; Tomo I; Ediciones La Ley, Buenos - Aires.

Rojina Villegas Rafael; Compendio de Derecho Civil; Tomo - IV, Contratos; Décima Edición; Editorial Porrúa, S.A., México - D.F., 1977.

Rojina Villegas Rafael; Compendio de Derecho Civil; Tomo - III, Teoría General de las Obligaciones; Décima Edición; Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

Villalobos Ignacio; Derecho Penal Mexicano; Parte General; Tercera Edición; Editorial Porrúa, S.A., México, 1975.

## LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Tercera Edición, actualizada; Ediciones de la Gaceta Informativa - de la Comisión Federal Electoral, México, 1982.

Código Penal para el Distrito Federal; Trigesimoquinta Edición; Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

Código Civil para el Distrito Federal; Quincuagésima Edición; Editorial Perrúa, S.A., México, 1982.