

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
FACULTAD DE DERECHO

---



ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE  
FRAUDE ESPECIFICO A QUE SE REFIERE LA FRACCION  
II. DEL ARTICULO 387 DEL CODIGO PENAL VIGENTE

T E S I S

Que para obtener el Título de  
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta

AGUSTIN GARCIA PASTEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

*A mis padres:*

*Profr. AGUSTIN GARCIA ROMERO.*

*Sra. GUADALUPE PASTEN DE GARCIA.*

*A quienes les debo todo lo que soy en la vida,  
y gracias a su comprensión llego a este momento  
de mi vida, que comparto con ellos.*

*Con cariño a mis hermanos:*

*JOSE LUIS Y OSCAR.*

*A mi Abuelita:*

*Sra. ELPIDIA BAEZ DE PASTEN.*

*Quien siempre me ha brindado su  
apoyo y cariño.*

*Al Sr. Lic. Don FERNANDO CASTELLANOS TENA.*

*Con respeto y admiración al forjador de generaciones universitarias, y un profundo agradecimiento por su dirección en el presente estudio.*

*Al Sr. Lic. Don PEDRO HERNANDEZ SILVA.*

*Con profundo respeto y agradecimiento al maestro y amigo, por su inestimable orientación en la realización del presente trabajo.*

**A MI UNIVERSIDAD.**

**A MIS MAESTROS.**

**AL H. JURADO**

**A MIS AMIGOS.**

LA JUSTICIA ES LA VOLUNTAD CONSTANTE  
Y PERPETUA DE DAR A CADA UNO SU DERE-  
CHO. LOS PRECEPTOS DEL DERECHO SON ES-  
TOS: VIVIR HONESTAMENTE, NO DAÑAR A  
OTRO Y DAR A CADA UNO LO SUYO. LA JU-  
RISPRUDENCIA ES EL CONOCIMIENTO DE LAS  
COSAS DIVINAS Y HUMANAS, LA CIENCIA DE  
LO JUSTO Y LO INJUSTO.

(DIGESTO 1.1.10)

## I N D I C E

### CAPITULO I

#### DEL DELITO EN GENERAL

	Pág.
I.—CONCEPTO DE DELITO .....	15
II.—ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO .....	17
III.—TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO .....	19
IV.—TEORIA TETRATONICA .....	20

### CAPITULO II

#### DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL ESTUDIO

I.—CONCEPTO DE CONDUCTA .....	26
II.—FORMAS DE LA CONDUCTA .....	27
III.—LA CONDUCTA EN EL DELITO ESTUDIO .....	33
IV.—AUSENCIA DE CONDUCTA .....	36

### CAPITULO III

#### LA TIPICIDAD

I.—TIPO PENAL .....	41
II.—LA TIPICIDAD EN GENERAL .....	43
III.—EL TIPO EN EL DELITO ESTUDIO .....	48
IV.—LA TIPICIDAD EN EL DELITO ESTUDIO .....	51
V.—LA ATIFICIDAD .....	54

## CAPITULO IV

### LA ANTIJURICIDAD

	Pág.
I.—LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL .....	59
II.—LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO ESTUDIO ...	64
III.—LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.	65
IV.—LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO A ESTUDIO .....	71
V.—COMENTARIOS .....	72

## CAPITULO V

### LA CULPABILIDAD

I.—LA IMPUTABILIDAD .....	77
II.—LA CULPABILIDAD EN GENERAL .....	81
III.—FORMAS DE LA CULPABILIDAD .....	82
IV.—LA CULPABILIDAD EN EL DELITO ESTUDIO ...	89
V.—LA INCULPABILIDAD .....	91
VI.—COMENTARIOS .....	94
CONCLUSIONES .....	99
ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO A ESTUDIO .....	103
BIBLIOGRAFIA .....	109

## CAPITULO I

### *DEL DELITO EN GENERAL*

#### SUMARIO:

- I.—CONCEPTO DE DELITO.
- II.—ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.
- III.—TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.
- IV.—TEORIA TETRATOMICA.

## I.—CONCEPTO DEL DELITO EN GENERAL.

Coinciden los filólogos que la palabra delito deriva de; Del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere; dejar y, del prefijo De en la connotación peyorativa se toma como: linquere viam o rectam, dejar o abandonar el buen camino.

Sobre el delito han sido varias las definiciones que se han dado, algunas desde el punto de vista sociológico, jurídico, filosófico, etc. y es de acuerdo con el pensamiento que impera en las épocas; a continuación hablaremos del delito como *noción vulgar*; es lo que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena pero ésta, no es una definición sino un error; así lo afirma Ignacio Villalobos en su obra, Derecho Penal Mexicano; como consecuencia de otro error consagrado en la doctrina al considerar a la punibilidad como elemento del delito, en lo referente a ser un acto sancionado por la ley, hay delitos que gozan de una causa absolutoria y no por ella pierden su carácter delictuoso; además por que revisten el carácter de meras faltas las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena sin ser delito.

Además no señala elementos para definirlo (esenciales o descriptivos), ya que al estar sancionado por una pena, es un dato externo usual en nuestro tiempo para la represión y por lo cual se podía identificar el delito con una aproximación, sin ser inherente al mismo ni por tanto útil para definirlo.

“La sanción con penas es sólo un medio de represión extrínseco al hecho reprimido, que se usa en la actualidad pero que cabe suponer, al menos ideológicamente, que pudiera desaparecer; que

sólo es empleado para la mayor parte de los delitos y no para todos ellos; y que también se usa para reprimir otros actos que no son delitos; todo lo cual lo inhabilita como dato para integrar la definición que se busca" (1).

Posteriormente encontramos una confusión entre delito y pecado y así la Setena Partida definió los delitos como: "los malos hechos que se hacen a placer de uno y al daño o la deshonra de la otra, contra los mandamientos de Dios y contra las buenas costumbres y contra los establecimientos de las leyes los fueros o derechos" (2).

Pessina nos dice que lo más que podría decirse del delito es que consiste en una negación del derecho o un ataque al orden jurídico; así evolucionan las ideas respecto al delito apareciendo Escuelas y Teorías que estudian el Tema y que más adelante se mencionan.

Al respecto. Francesco Antolisei nos dice: "Es delito aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, contrasta con los fines del Estado y exige una pena criminal como sanción" (3).

Para Max Ernesto Mayer; el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

Franz Von Liszt, "el delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena" (4).

Jiménez de Asúa, "Delito es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a consideraciones subjetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción".

Definición Legal del Delito; nuestra legislación consigna en el artículo 7 del Código penal Vigente: "Es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

La Jurisprudencia por su parte nos señala que el delito con-

(1) IGNACIO VILLALOBOS. Noción Del Delito p. 14. Ed. Jus. 1952.

(2) Cit. de CARRANCA Y TRUJILLO. Código Penal Anotado p. 34 Ed. Porrúa 1971.

(3) ANTOLISEI FRANCESCO. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Hispano Americana. Uteha Argentina, Buenos Aires.

(4) FRANZ VON LISZT. Derecho Penal. T. II. Ed. Rous Madrid 1927.

siste en: "Un acto antisocial y antijurídico que es una negación del derecho y está sancionado con una pena y causa una perturbación social" (5).

## II.—ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Como se señaló anteriormente que por la evolución de las ideas respecto al delito aparecen Teorías y Escuelas que lo estudian, es por eso que ahora tocar mencionar a las principales Escuelas.

ESCUELA CLASICA que estudia el delito, no es que lleve esa denominación, sino que los que la criticaron, por considerarla caduca le asignaron ese nombre; el exponente de la citada escuela es Francisco Carrara quién define al delito diciendo: "Es la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"; antes de analizar la citada definición cabe anotar las principales características de ésta Escuela; a) Método esencialmente racionalista, b) Imputabilidad basada en el libre albedrío, c) Delito como un ente jurídico, d) la pena como un mal y como un medio de tutela jurídica.

Fragmentando para su análisis a la citada definición tenemos, que el delito es un ente jurídico ya que esencialmente consiste en la violación del Derecho. Carrara llama al delito "infracción de la ley" en virtud de que un acto o conducta se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella, diferenciándolo del abandono de la ley moral, el pecado o ley divina; afirmando su carácter al decir "a la ley del Estado" que es promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos dándose así el carácter de obligatoriedad, haciendo palpable la seguridad de los ciudadanos.

Carrara continúa su definición diciendo, que la infracción ha de ser la "resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo" para distinguir del dominio de la ley penal las simples

(5) ANALES DE JURISPRUDENCIA T. II P. 65.

opiniones, pensamientos o deseos y señalando que sólo el hombre puede ser agente activo del delito.

Finalmente habla de la imputabilidad del hombre, es decir que éste debe ser un sujeto capaz de querer y entender el derecho ya que el individuo se encuentra sujeto a leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral, el precedente indispensable de la imputabilidad política.

ESCUELA SOCIOLOGICA O NOCION SOCIOLOGICA DEL DELITO, al triunfo del positivismo se pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural resultado necesario de factores hereditarios de causas físicas y de fenómenos sociológicos; Rafael Garófalo es el principal exponente de la Escuela Sociológica, quién define al delito natural como: "La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".

Las principales características de esta escuela son: a) Método Experimental, b) Responsabilidad social del determinismo y temibilidad del delincuente (Ferrí dice que todos somos responsables por el hecho de vivir en sociedad), c) Delito como fenómeno natural y social producido por el hombre, d) La pena no como un castigo sino como medio de defensa social.

Ignacio Villalobos conceptúa a la escuela sociológica en los términos siguientes: "Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición y así se observa los sentimientos... Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puertas y procediendo a priori sin advertirlo, afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad... De haber una definición sociológica del delito como hecho natural, que no lo es; sino como concepto básico anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos generales. . . Ya que la esencia del delito, la delictuosidad es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia

humana, etc. Por tanto no se puede investigar que es la naturaleza del delito" (6).

El concepto de Garófalo mereció justificadas críticas, aunque el citado autor trató de encontrar algo común al hecho ilícito en todos los tiempos y lugares, de manera que no estuviera sujeto a la constante variedad de su estimativa según la evolución cultural e histórica de los pueblos, su empeño quedó frustrado, pues su concepto del delito resultó estrecho e inútil, por lo anterior podemos decir que este concepto no es aplicable en el estudio del delito ya que contempla al delito como un ente natural ya que el sujeto realiza la conducta por causas ajenas a éste, en razón de las herencias biológicas o por las influencias que en él ejerce el medio ambiente, por eso no se debería hablar de delincuentes sino de enfermos a los que hay que tratar de curar negándose con ello el libre albedrío.

LA TERZA SCUOLA, encuentra su formación, esencialmente en los estudios de Alimena y Carnevale y constituye una postura ecléctica entre el Positivismo y la dirección Clásica.

Los principios básicos de la escuela son: a) La imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre, b) La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica, y c) la pena tiene como fin la defensa social.

### III.—TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Encontramos dentro de la evolución de las ideas respecto al delito; la discusión en cuanto a que, si el estudio del delito debe hacerse desde el punto de vista substancial o formal, el primero o substancia es el aplicado para estudiar el delito, a virtud de que una vez que está descrito el delito, debe estudiarse; desde este punto de vista, son varias las teorías tales como: La Unitaria o Totalizadora, La Atomizadora o Analítica y La Sintética.

En cuanto a la formal, si se escogiera ésta y se quisiera encontrar el todo del delito en lo descrito en la ley, tal vez no sería

(6) IGNACIO VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano. p. 199 y ss. Ed. Porrúa, México 1960.

posible llegar a un conocimiento exacto del delito por tanto es aplicable el primer punto de vista lo Jurídico Substantial.

El sistema o **TEORIA UNITARIA O TOTALIZADORA**; señala que el delito no puede dividirse ni para su estudio ya que se integra por un todo orgánico; el jurista Antolisei señala, que el delito es como un bloque monolítico el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable.

**LA TEORIA ATOMIZADORA O ANALITICA**, señala que el delito se integra a base de elementos constitutivos y que para su estudio debe descomponerse en éstos, para estudiar cada uno de ellos, así tenemos que en lo referente a los elementos integrantes del delito no hay una uniformidad de criterios, así encontramos desde la Bitómica que señala que el delito está compuesto por dos elementos, hasta la Heptatómica que señala que son siete los elementos que lo forman.

**Y LA TEORIA SINTETICA** que señala que primero debe hacerse una observación de tipo general en el delito y posteriormente un análisis, sin extraviarse por esa primera observación de su unidad e integridad, sino valorarlo desde un punto de vista orgánico general, por tanto los elementos o parte de estudio serían un conjunto, un análisis y una síntesis.

Antes de anotar la Teoría aceptada por nosotros cabe apuntar el Concepto Jurídico del Delito, El Maestro Don Fernando Castellanos Tena en su obra menciona que la definición Jurídica formulada por el Derecho y una verdadera definición del objeto que trata de conocerse debe ser una fórmula simple y concisa que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos, a través de este concepto se han elaborado las definiciones del tipo formal y substancial anotadas al principio del presente inciso.

#### **IV.—TEORIA TETRATOMICA.**

Esta teoría fue elaborada por Edmundo Mezger quién define al delito como la acción típicamente antijurídica y culpable, y la explica en la forma que a continuación apuntamos; El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable; las características de

“acción”, “antijuricidad” y “culpabilidad” se conciben ante todo como determinadas situaciones de hecho sobre las que recide, el juicio del juez y por tanto constituyen presupuestos indispensables de dicho juicio para la imposición de la pena.

Sin olvidar que las características sólo se hallan en último extremo en el mismo juicio del que juzga su valoración definitiva, su comprobación no puede tener lugar mediante un simple juicio sobre lo que es dicha comprobación, siempre lleva en sí una determinada valoración normativa del estado de hecho por tanto un juicio sobre el valor al lado del juicio sobre lo que es.

Mezger al elaborar su teoría la explica con las características del delito; el delito es acción, la acción tiene que caer bajo un tipo jurídico penal y no concurrir ninguna causa de exclusión, también la acción tiene que ser imputable a un agente; así encontramos tres características esenciales del delito.

- 1.—El delito ha de ser siempre una acción.
- 2.—La acción para ser punible debe ser además antijurídica, la acción tiene que caer al mismo tiempo bajo un tipo penal.
- 3.—La acción típica no justificada por una causa de exclusión necesita finalmente para ser punible ser imputable.

Salvo excepciones que tienden a desaparecer, sólo es “imputable una acción cuando es reprochable”, es decir cuando es culpable; una imputación sin culpabilidad se rechaza por una conciencia jurídico penal purificada y en armonía con las ideas de la época de las características de la imputabilidad o de la culpabilidad (7).

El Maestro Castellanos Tena; sigue dicha teoría siendo para él los elementos esenciales del delito, la conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario, así desde el punto de vista cronológico, concurren todos los factores y se afirma que no guardan entre sí prioridad temporal pues no aparece primero la con-

(7) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. p. 156 y ss.

ducta, luego la tipicidad, después la antijuricidad y la culpabilidad, sino que al realizarse el delito se dan todos los elementos que lo constituyen; más en un plano lógico procede observar inicialmente si hay conducta en seguida verificar su amoldamiento al tipo penal o sea la tipicidad, después si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en su caso negativo llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad y posteriormente investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente; imputabilidad y, finalmente si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable obró con culpabilidad (8).

Antes de concluir el presente capítulo hay que apuntar que en el delito siempre encontramos dos clases o aspectos del mismo, el aspecto positivo o elementos y el aspecto negativo, citaremos los anotados por Luis Jiménez de Asúa.

Elementos o aspectos positivos, la actividad, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas y púnibilidad.

Aspectos Negativos; falta de acción, ausencia de tipo, causas de justificación, causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad, falta de condición objetiva y excusas absolutorias.

(8) FERNANDO CASTELLANOS TENA. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. p. 124. Ed Porrúa México 1967.

El Elemento Objetivo del Delito, es la persona, cosa o el bien o el interés jurídico penalmente protegido; sin embargo se debe diferenciar el objeto material y el objeto jurídico.

El Objeto Material lo constituye la persona o cosa sobre quién recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa, dicho en otros términos es la persona o cosa sobre la que recae el delito, lo son cualquiera de los sujetos pasivos o las cosas animadas o inanimadas.

El Objeto Jurídico; es el bien o el interés jurídico protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan, por ejemplo la propiedad privada, etc.

Estos conceptos se relacionan evidentemente con los referentes a sujeto activo y pasivo del delito; en el delito cabe distinguir al sujeto activo; es decir el agente agresor que es quién ejecuta el delito aclarando que solamente la persona humana puede ser sujeto activo del delito; el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma.

El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal y comúnmente el sujeto pasivo es la misma persona pero en ocasiones se trata de persona diferente, ejemplo en el homicidio, el sujeto pasivo es el individuo que ha sido privado de la vida y los ofendidos son los familiares del occiso.

El elemento objetivo tiene como presupuesto inmediato en todo delito una relación de causalidad entre el acto y el resultado del delito; Ignacio Villalobos dice: "el elemento objetivo de un de-

## CAPITULO II

### *DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO*

#### SUMARIO:

- I.—CONCEPTO DE CONDUCTA.
- II.—FORMAS DE LA CONDUCTA.
- III.—LA CONDUCTA EN EL DELITO ESTUDIO.
- IV.—AUSENCIA DE CONDUCTA.

lito siempre debe ser aislado de cualquier otro para poder establecer el fundamento del mismo a una tipificación adecuada" (1).

### I.—CONCEPTO DE CONDUCTA.

Hasta la fecha los autores no se han puesto de acuerdo al término, que debe entenderse por el elemento objetivo del delito ya que algunos se refieren al Acto, otros a la Acción, otros al Hecho, etc.; Así Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra 'acto' en una acepción muy amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y omisión, para el presente estudio adoptamos el término Conducta ya que dentro del citado vocablo pueden comprenderse la acción y la omisión, es decir el hacer positivo y negativo, el hacer y el abstenerse de obrar.

El Maestro Celestino Porte Petit, utiliza el término Conducta, afiliándose a la Doctrina Italiana, señalando el mismo autor que en algunas ocasiones puede llamarse hecho y que sólo cuando se trata de un comportamiento humano voluntario de acción o de omisión se le llamará conducta; pero si a ésta le sigue un resultado material y se encuentra unida por un nexo causal con aquella, habrá de denominarse Hecho (2).

Jiménez Huerta señala; que el término Conducta, penalmente aplicado es una expresión muy genérica y significativa de que todo delito, consta de un comportamiento humano y así el Código Penal Vigente utiliza diversas expresiones en forma indiferente como acto u omisión, hecho; se emplea por tanto diferentes términos pero se pronuncia por la Conducta, ya que refleja el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre, para llegar a afirmar que integran un comportamiento humano, sino sólo aquel que se manifiesta exteriormente; como el delito es un acontecimiento externo, el comportamiento o conducta será externo y voluntario (3).

Don Fernando Castellanos Tena es claro en su concepto a este

- (1) IGNACIO VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano. p. 228. Porrúa México 1960.
- (2) CELESTINO PORTE PETIT. Programa de la Parte General de Derecho Penal p. 160. México 1959.
- (3) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Panorama del delito. p. 7. México 1959

respecto, cuando nos dice en su tratado "Preferimos el término conducta; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo del agente, como el negativo, el actuar y el abstenerse (4).

Como definiciones de Conducta anotaremos; a) Porte Petit b) Castellanos Tena y c) el criterio de la Jurisprudencia.

- a) "Es un hacer voluntario o un no hacer voluntario o no voluntario (olvido)" (5).
- b) "Es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito" (6).
- c) "La conducta debe entenderse como el comportamiento corporal voluntario" (7).

## II.—FORMAS DE LA CONDUCTA.

Las formas de Conducta de acuerdo a la clasificación del maestro. Castellanos Tena, serán; Acción, Omisión; dividiéndose ésta en simple omisión y comisión por omisión; por la Acción entendemos que consiste en la conducta positiva, expresada por su hacer, o inactividad voluntaria (concepción y decisión), con violación de una norma prohibitiva; La Omisión y Comisión por Omisión, son una inactividad diferenciándose en que en la omisión simple hay una violación de un deber jurídico de obrar o norma preceptiva y en la omisión impropia o Comisión por Omisión se violan, los deberes jurídicos de obrar y otro de abstraerse o norma prohibitiva.

### LA ACCION.—CONCEPTO.—ELEMENTOS:

Como conceptos sobre la Acción anotaremos: a) Jiménez de

- (4) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal p. 145. México 1967.
- (5) Idem. p. 141.
- (6) CELESTINO PORTE PETIT. Apuntes de la Parte General de D. Penal. Ed. mimeográfica. México 1970. p. 155.
- (7) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. T. CXII p. 1050.

Asúa, b) Maggiore, c) La acción en *Strictu Sensu*, Castellanos Tena, y d) Eugenio Cuello Calón.

a) Jiménez de Asúa al tratar el Acto término substitutivo del de acción señala que: "Es la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior" (8).

b) Para Maggiore la acción es, "Una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo que produce alguna mutua-ción en el mundo exterior" (9).

c) Castellanos Tena señala; que la acción "es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación" (10).

d) Eugenio Cuello Calón afirma: "La acción es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca" (11).

**ELEMENTOS;** Es muy generalizada la opinión a que son tres los elementos de la acción: A) una manifestación de voluntad, B) Un resultado, C) Una relación de Causalidad entre otros así opinan Jiménez de Asúa, Porte Petit, etc.; No obstante nosotros aceptamos la opinión de Francisco Pavón Vasconcelos, quien dice que son dos los elementos a saber: a) Una actividad o movimiento corporal, y b) La voluntad o el querer realizar dicha actividad, que a su vez se integra en cuatro fases; de la concepción, liberación, la decisión y la ejecución; la primera es el nacimiento de la idea del autor mediante el fenómeno de representación (concepción), la decisión es el término de dicho debate con la determinación de actuar, y la ejecución es la voluntad que acompaña la actividad misma dándole a ésta un contenido psíquico.

Cuando se realiza una conducta positiva de acuerdo a la des-

(8) LUIS JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 22 Ed. Sudamericana. 1907.

(9) GIUSEPPE MAGGIORE, D. Penal. T. I. p. 369. Ed. Temis Bogota, 1954.

(10) CASTELLANOS TENA. Lineamientos, p. 144 y 145. México 1967.

(11) EUGENIO CUELLO CALON. Derecho Penal. T. I. p. 271 8a. Ed. Barcelona.

cripción hecha por el tipo, se viola siempre la norma prohibitiva (acción), que es necesariamente de naturaleza penal.

### LA OMISION.—CONCEPTO.—ELEMENTOS:

Frente a la acción como conducta positiva encontramos a la Omisión; como forma de conducta negativa o inacción consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal; la Omisión puede presentarse o distinguirse en dos formas; a) la omisión simple o propia, originante de los delitos de simple omisión y b) la Omisión Impropia que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión.

Como conceptos sobre la Omisión apuntaremos: a) Eugenio Cuello Calón, b) Jiménez Huerta, c) Porte Petit.

a) Cuello Calón expresa; que la omisión es: “La conducta negativa, más no toda inactividad es omisión, ésta es inactividad voluntaria. Puede por tanto definirse la omisión, como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber determinado” (12).

b) Jiménez Huerta señala que la omisión es; “Una inacción corporal, un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad, que es como la acción forma integrante de la conducta pues la inactividad es un comportamiento frente al mundo exterior” (13).

c) Porte Petit afirma; que la omisión simple en “un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva produciendo un resultado típico” éste es el concepto aceptado ya que es el concepto adquirido en nuestra facultad, en el curso de Derecho Penal.

LOS ELEMENTOS DE LA OMISION SERAN; a) Una manifestación de voluntad, b) Una inactividad del agente, c) Una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y la abstención.

(12) CUELLO CALON. Derecho Penal. T. I. p. 321.

(13) JIMENEZ HUERTA. Panorama del Delito. p. 23. México 1950.

En cuanto a la Comisión por Omisión, encontramos que existe una doble violación del deber de obrar y de abstenerse y por ello se infringen dos normas; una preceptiva y otra prohibitiva, así Porte Petit nos habla de que: "existe un delito de comisión por omisión cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o culposo (delito de olvido), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho), y una norma prohibitiva" (14).

Como elementos de la omisión impropia a la par de la definición del Mtro. Porte, encontramos a los siguientes elementos: a) La voluntad, b) Una inactividad de no hacer; cuya relevancia jurídica se encuentra en la acción esperada y exigida, c) Un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse que resultan violados, sino la valoración objetiva que sobre la omisión se hace desde el punto de vista de la antijuricidad.

Como diferencias entre la omisión simple y la comisión por omisión encontramos las siguientes:

a) En la omisión simple se viola una norma preceptiva penal, en la comisión por omisión se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

b) En la omisión simple existe un resultado jurídico y en cuanto a la comisión por omisión, se produce un resultado tanto jurídico como material, y.

c) En la omisión simple lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de la comisión por omisión en la que se sancionan tanto la omisión en sí, como el resultado material producido por la conducta.

**LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA ACCION:** Entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva, para el efecto se han elaborado diversas teorías y así, algunos autores llaman a la relación de causalidad, el Nexo Causal, Ranieri dice que el nexo causal o relación de causalidad

(14) PORTE PETIT. Programa. p. 175.

es; la relación media entre la conducta y el resultado, haciendo posible la atribución material de éste a aquello como a su causa.

Para Jiménez de Asúa, el resultado sólo puede ser incriminado si existe un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido; existe esa relación de causalidad, cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad sin que deje de producirse el resultado concreto.

Para el estudio de la causalidad, se han elaborado multitud de teorías que tratan de explicarla, más para el presente estudio sólo citaremos algunas de ellas:

Teoría de la Equivalencia de las Condiciones; conocida también como la *Conditio Sine Quan Nom*; todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa, sintéticamente puede resumirse diciendo que por causa entiendo la suma de todas las condiciones positivas o negativas que producen el resultado y como todas las condiciones son equivalentes entre sí para tener el mismo valor causal, cada uno de ellos a su vez debe considerarse como causa del resultado.

El estudio del elemento hecho o conducta, resuelve únicamente el problema de la causalidad material, siendo el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otro; comprende el nexo naturalístico entre la misma conducta y el resultado (consecuencia o efecto), pero para que un sujeto sea responsable no basta el nexo naturalístico, sino además comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado que es función de la culpabilidad y constituye un elemento esencial del delito.

Así pues una vez comprobados los elementos del delito y por lo tanto la relación causal, es necesario comprobar los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad; por ello no podemos admitir que la culpabilidad constituya un correctivo lo que es un elemento, o sea aquello indispensable para la existencia del delito, ya que en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los restantes elementos del delito.

En concreto la Teoría de la Equivalencia, algo acertada desde el punto de vista físico y lógico, lo es también en el campo jurí-

dico sin necesidad de correctivos como algunos admiten la culpabilidad, no basta tener presente la sola aparición de un resultado típico que no es delito; sino que se requieren los demás elementos esenciales de lo ilícito penal.

Teoría de la Condición más Eficaz; creada por Birkmeyer, según las ideas de esta teoría sólo es causa del resultado aquella condición, que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga eficacia preponderante, esta idea constituye una limitación a la anterior teoría anotada, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación del delito.

Teoría de la Adecuación o de la Causalidad Adecuada; de Von Bar; únicamente considera como causas verdaderas del resultado, la condición normalmente adecuada para producirlo. La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge según lo normal de la vida, así si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta.

De la Teoría encontramos: a) La teoría de la adecuación o causación adecuada combate la causalidad material pretendiendo elaborar un concepto de casualidad exclusiva de lo jurídico; b) al destacar dentro del conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado sólo aquellas que tienen, el carácter de 'apropiada', con exclusión de las 'irrelevantes', se convierte en una teoría individualizadora.

La Teoría de la Equivalencia de las Condiciones es la aceptada, para el presente estudio por su carácter general; al reconocer las concausas, la naturaleza de condiciones y resolver satisfactoriamente el problema de la participación, pero teniendo en cuenta, la idea de las otras teorías.

LA RELACION DE CASUALIDAD EN LA OMISION; en los delitos de omisión o comisión por omisión, existe un nexo de causa a efecto, por que producen un cambio en el mundo exterior (material), además del resultado jurídico, así el problema de la casualidad se acentúa en tales delitos.

El autor argentino Sebastián Soler, señala que la abstención causal se transforma en omisión causal y punible cuando el acto que hubiere evitado el resultado era jurídicamente exigible; así el deber de otros subsiste en tres casos diferentes:

- 1.—Cuando emana de un precepto jurídico específico.
- 2.—Si existe una obligación especialmente contraria a ese fin.
- 3.—Cuando un acto precedente impone esa obligación (15).

Edmundo Mezger cita que la clave del problema al hablar de la casualidad es la omisión que causa el resultado, si en mente imaginamos ejecutado el acto omitido; si subsiste el resultado, la obtención no será causa; sólo adquirirá tal carácter si en nuestra imaginación, supuesta la realización del acto desaparece el resultado. (16).

### III.—LA CONDUCTA EN EL DELITO ESTUDIO

La conducta en el delito de fraude específico de disposición indebida a que se refiere la fracción II. del artículo 387 se presenta mediante los siguientes requisitos que son o consisten, en la obtención del lucro por la disposición consecuentemente indebida de una cosa, por lo tanto las condiciones del fraude serán:

1.—Disposición onerosa del bien con ánimo de dueño; ejemplo, el que va a rentar una propiedad que no es de él, o enajena... hipoteca o mediante cualquier otro gravámen, al bien que no le pertenece

2.—Con conocimiento por parte del autor que no tiene derecho para la disposición.

3.—La disposición propiamente dicha.

La conducta requiere necesariamente de un resultado material, así la conducta (término adoptado para el presente estu-

(15) SEBASTIAN SOLER. Derecho Penal. T. I. p. 341.

(16) Cit. de CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal p. 151. Ed. Porrúa 1967.

dio), serán los actos que tiendan a producir por medio del engaño que hace el agente; para que se presente un estado de error en el sujeto pasivo del delito, ya que el agente tiene la certeza de que no tiene facultad para disponer de ella.

Encontramos que la conducta se integra, por el elemento psíquico o sea la intención de realizar la acción o la omisión y uno físico consistente en la acción de engañar para aprovecharse del error como presupuesto material del hecho.

Como consecuencia de la actividad o inactividad del agente se da la acción u omisión, constituyendo el resultado de la conducta. De lo anterior deducimos que la conducta en el delito de Fraude de Disposición Indevida, se da por medio de la ACCION, ya que sólo en forma activa puede cometerse el delito estudio.

Así vemos que el agente en el delito estudio, puede realizar una conducta omisiva, que produce como resultado de su actuar un enriquecimiento ilegítimo; al permitir que el Fraude se cometa aprovechando el error en que se halla el sujeto pasivo; el Código está fijando un tipo que requiere de un presupuesto material del hecho, o sea el error en que se haya la víctima; por lo tanto la conducta consiste en engañar a alguien y el resultado será el enriquecimiento ilegítimo; ahora bien el resultado será material y jurídico; material será hacerse de una cosa y obtener un lucro, y jurídico es la lesión o daño del bien jurídico protegido: el patrimonio.

Encontramos que no sólo se da en el delito a estudio, la conducta y el resultado sino que también estaremos en presencia de un nexo casual; aplicando la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones, por la cual la conducta observada por el sujeto activo del delito es la que influye en la producción del resultado.

Así el nexo causal en el fraude une al engaño (conducta), con el acto de disposición patrimonial de la víctima (resultado jurídico), por lo apuntado en el anterior párrafo y aceptando la teoría respectiva el nexo causal en el fraude es de naturaleza psicológica.

Al hablar de engaño que es un término o sinónimo de ardid,

enredo, trampa, etc. Se entenderá como: "Un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir al error de manera más fácil, precisamente se diferencia del artificio por la característica de ser siempre práctico o sea por consistir en una acción" (17).

La filología nos dice que es; "falta de verdad en lo que se dice hace cree o piensa" y por ello puede decirse que por engaño se entiende el medio de que se vale el agente para inducir a otro a creer lo que no es.

González de la Vega, estima que por engañar a una persona, debe entenderse la actividad mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción, al engaño mutuaación o alteración de la verdad; supone la realización de cierta actividad más o menos franca en el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva.

A continuación citaremos una clasificación del delito de Fraude de Disposición Indebida regulado en la Fracción II. del artículo 387.

#### A) POR CUANTO A LA CONDUCTA:

1) El fraude es un delito de acción ya que se manifiesta por medio del engaño (acción), que hace el sujeto activo del delito y que puede recaer en el sujeto engañado o sujeto pasivo del delito.

2) Puede ser Unisubsistente como Plurisubsistente; siendo la segunda forma más frecuente; es unisubsistente por que la conducta se integra por un acto único del agente ya que puede consistir en una inactividad para llegar a la obtención del lucro indebido, o plurisubsistente ya que la actividad que desarrolla el sujeto activo del delito ó agente, para reforzar el estado subjetivo de la víctima.

#### B) EN CUANTO AL RESULTADO:

1) Es Instantáneo ya que la disminución del patrimonio o

(17) Cit. de PAVON VASCONCELOS. Comentarios de Derecho Penal parte especial p. 154. Ed. Jurídica Mexicana.

del bien jurídico, manifiesta la consumación instantánea del delito; al mismo tiempo que se alcanza el lucro indebido.

2) Es material ya que para el perfeccionamiento del delito se requiere un resultado material o sea la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurre independientemente de los medios comisivos.

### C) EN CUANTO AL DAÑO QUE CAUSA:

1) Es un delito de lesión ya que se suma cuando causa un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada.

## IV.—AUSENCIA DE CONDUCTA

La falta de uno de los elementos esenciales del delito da lugar a que no se configure como tal, en consecuencia si la conducta está ausente no habrá delito a pesar de las apariencias; así la conducta ausente o ausencia de conducta es un aspecto negativo del delito, es por tanto un impedimento de la formación de la figura delictiva.

Hablaremos de la Vis Absoluta, es decir la fuerza física exterior, irresistible que encontramos en la frac. I. del artículo 15, del Código Penal que la recoge como excluyente de responsabilidad.

Se presenta este aspecto, cuando un sujeto exterioriza una conducta impulsado por una fuerza irresistible, por lo que totalmente se desvía su voluntad y faltando ese elemento la conducta no se integra; los elementos de la figura son: la existencia de una fuerza física, exterior, irresistible y de precedencia humana.

El texto de la frac. I. del artículo 15 nos dice: "obrar el acusado por una fuerza física exterior irresistible".

Vis Maior o fuerza mayor, entendiéndose como la presión o energía proveniente de causa natural o subhumana en contra de quién realiza el acto con ausencia de su voluntad; hay que aclarar que la vis maior y la vis absoluta tienen un origen que las

diferencia por completo, ya que la vis absoluta deriva, del actuar humano y la vis maior de la naturaleza por tanto de la energía no humana

Los elementos de la vis maior son: una fuerza física, exterior, irresistible y de procedencia natural o subhumana.

Algunos penalistas consideran al sueño, al hipnotismo y el sonambulismo, como aspectos negativos de la conducta, aunque algunos señalan a estos aspectos como presupuestos para el elemento culpabilidad o sea a imputabilidad.

Encontramos en estos estados, que han actuado fuerzas inhibitorias de la conducta y por ello la acción volitiva a desaparecido y el sujeto realiza los actos sin que su voluntad intervenga; encontramos que un sujeto que obra en alguno de los estados mencionados, no es capaz, por faltarle la conciencia, y así hay autores que sostienen que lo que no existe en el caso es conducta y que no hay voluntad.

Podemos decir que nosotros sí consideramos; al sueño, al hipnotismo y al sonambulismo como casos de ausencia de conducta.

Ausencia de Conducta en el Delito Estudio; podemos afirmar que no se presenta el aspecto negativo del delito, a virtud de que se requiere de una especial elaboración intelectual en el delito a estudio, además debe tomarse en cuenta la dirección voluntaria marcada del comportamiento del autor del delito, no permitiéndose por tanto la ausencia de conducta.

BIBLIOTECA CENTRAL  
U. N. A. M.

CAPITULO III  
LA TIPICIDAD.

SUMARIO:

- I.— TIPO PENAL.
- II.— LA TIPICIDAD EN GENERAL.
- III.— EL TIPO EN EL DELITO ESTUDIO.
- IV.— LA TIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.
- V.— LA ATIPICIDAD.

## I.—EL TIPO PENAL.

El Tipo es la creación o descripción legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, en tal razón podríamos señalar; que dicha descripción o tipo es lo que genera al delito, ya que al no existir éste, no podría llamársele una conducta delictuosa por tanto el Tipo es el símbolo representativo del delito, o la figura de lo que debe ser un ilícito penal.

CONCEPTO DE TIPO.—En sentido amplio se considera al delito mismo, a la suma de todos los elementos constitutivos; Mezger alude a la palabra Tipo en el sentido de la Teoría General del Derecho como: “El conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica” (1).

En sentido más restringido, el Tipo se ha considerado como el conjunto de las características de todo delito, para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una figura concreta del delito; Mezger dice: “El tipo es en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y cuya realización es válida de la sanción penal” (2).

Jiménez de Asúa lo define como: “La abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se catáloga en la ley como delito” (3).

(1) EDMUNDO MEZGER. Tratado de D. P. T. I. p. 365. Madrid 1955.

(2) Idem.

(3) Cit. de PAVON VASCONCELOS. Nociones de D. P. M. p. 11.

Antolisei afirma que: "el tipo, modelo o más italianamente figura del delito, no es sólo el conjunto de los elementos materiales atribuibles al agente que se encuentran incluidos en la singular norma penal, sino que el complejo de notas, sean objetivas o subjetivas que deben concurrir para la existencia de un delito dado, y que se desprenden también de la parte general del código" (4).

En México, Ignacio Villalobos habla del Tipo como: "La descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo" (5).

Jiménez Huerta define al Tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal.

En concreto aludiendo al Maestro Don Fernando Castellanos Tena señala que; "El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio pues según el código lo comete el que priva de la vida a otro" (6).

El legislador, al crear un tipo debe tener en cuenta como elementos fundamentales del tipo: a un sujeto activo, que realiza la acción; un sujeto pasivo que lo resiente y el bien jurídico a proteger y demás características necesarias para la integración de la figura delictiva.

Los elementos del tipo pueden ser objetivo, subjetivo y normativo.

a) Elemento Objetivo; son los fijados en la ley en forma descriptiva referidas a un movimiento corporal o a un resultado material tangible.

b) Elemento Subjetivo; debe referirse a los estados anímicos situados en el autor y que hacen referencia a la culpabilidad (determinadas conductas no son delictuosas en tanto no sean o vengan acompañadas, por una determinada dirección subjetiva del autor).

(4) ANALISIS DEL DELITO. trad. Franco Guzmán. México 1950.

(5) IGNACIO VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano p. 258 México 1960.

(6) CASTELLANOS TENA. Elementos de Derecho Penal p. 159 México 1957.

c) Elemento Normativo; Mezger dice: que se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración del hecho, por tanto diremos que son elementos normativos aquellos que requieren por parte del juez una previa actitud valorativa de la ilicitud (7).

Por tanto los tipos contienen requisitos comunes para su existencia como ya se apuntaba anteriormente, los sujetos del delito, acción y objeto.

Sujeto Activo de la conducta descrita por el tipo penal, la efectúa en forma principal y directa el sujeto activo en la mayoría de los casos, pero esto no significa que dicha conducta no pueda ser realizada indirectamente por el sujeto; Mezger dice que los tipos delictivos, hacen mención expresa y directamente de un sujeto activo o autor en quién encuentran aplicación inmediata los diversos preceptos penales (8).

Sujeto Pasivo; es el titular del interés lesionado o puesto en peligro mediante la conducta o el hecho, puede ser también la persona afectada directamente por la conducta típica o sea aquel sobre el que recae ésta.

Conducta; En la forma de la conducta influye directamente en la sencillez y complejidad de los tipos penales, ya que es imposible elaborar un determinado tipo que recoja la diversidad de las conductas antijurídicas.

Objeto Material del Delito; es aquel sobre el que se despliega la acción típica. La creación del tipo obedece a la idea de tutelar un bien jurídico, no pudiendo concebirse el tipo sin dicho bien jurídico; es pues el punto que fija, su significado y alcance; el objeto de protección es por lo mismo aquél interés o bien jurídico atacado por la conducta delictuosa ya sea lesionándolo o poniéndolo en peligro.

## II. LA TIPICIDAD EN GENERAL.

Conocemos que la tipicidad es el encuadramiento de una conducta como la descripción hecha en la ley; o como la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa; citaremos a continuación algunos conceptos de tipicidad.

(7) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal T. I. p. 365 Madrid 1955.

(8) Idem. p. 388.

Jiménez de Asúa dice que la tipicidad: "Es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción (9).

Celestino Porte Petit, dice que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la formula Nullum Crimen Sine Tipo; esta descripción del tipo la hace el Estado, de la conducta en las normas penales vigentes en el momento de la celebración de la conducta. (10).

La Tipicidad Como Tesis Jurisprudencial: "Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo se subsuma en un tipo legal esto es; que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad o la modificación del mundo exterior, es decir la producción del resultado lesivo, enmarcado dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir por ejemplo tratándose del homicidio o Fraude pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real y grave desaparece la antijuricidad del acto incriminado y consecuentemente, al concurrir la causa de justificación de la acción resulta no culpable; tratándose del segundo de los delitos no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos" (11).

Por mí parte acepto que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal ó la descripción legal formulada en la hipótesis legislativa.

**EVOLUCION DE LA TIPICIDAD Y EL TIPO.**—En cuanto a las ideas generales o evolución histórica de la tipicidad y tipo hay división en cuanto a que los autores estudian, algunos al tipo y otros a la tipicidad; nosotros adoptamos una posición de que la historia de la tipicidad, es consecuentemente la historia del tipo.

(9) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 254. Caracas.

(10) PORTE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. p. 37.

(11) SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION T, CXVII. p. 731.

Se dice que el tipo originó la teoría de la tipicidad al nacer en el derecho penal, ya que anteriormente se pensaba que el delito lo configuraban en su totalidad los elementos del delito. A continuación citaremos las teorías o etapas.

a) Teoría de la Independencia o Fase de la Independencia, sostenida por Beling, para quién el tipo y la antijuricidad guardan un estado de independencia; ya que el primero es para él una pura descripción y la segunda, encierra un valor referido a la norma.

b) La segunda etapa es la del Carácter Indiciario; sustentada por Max Ernesto Mayer, para quién la tipicidad puede considerarse como un indicio de la antijuricidad, quiere decir que al encajar una conducta o hecho en el tipo, existe una presunción de que son antijurídicas, como explica Castellanos Tena, no toda conducta típica es indiciaria de antijuricidad.

c) Teoría de la Identidad o el Tipo como Ratio Essendi de la Antijuricidad, representada por Mezger. Al hablar del tipo como fundamento de la antijuricidad expresa que; el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no existe una causa de exclusión del injusto; el tipo jurídico-penal, que describe dicho actuar típico, posee por tanto la más alta significación en orden a la existencia de la antijuricidad penalmente relevante de la acción: Es fundamento real de validez 'ratio essendi' de la antijuricidad, aunque a reserva siempre de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto, pues si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad.

d) La cuarta etapa está representada por Blasco y Fernández de Moreda, argumenta dicho autor que: "No sólo no es la tipicidad la (ratio essendi), de la antijuricidad, sino al contrario es en la antijuricidad donde hay que buscar la ratio essendi de la tipicidad, ya que si una determinada conducta humana llega ser tipificada en las disposiciones penales, lo es porque la misma se reputa en la generalidad de los casos es decir, cuando no concurren otros motivos justificantes de ella, como tan gravemente an-

tijurídica, en cuanto contraría a las normas de la cultura en que el Estado encuentra su base jurídico-política y conforme a los cuales orienta su función creadora del derecho; que no encuentra medio más útil el legislador, para defender dichas normas, que declarar aquella conducta delictiva y por ende, sujeta a la sanción penal". (12).

e) Quinta etapa; el tipo como elemento de Concreción y de Conocimiento, sostenida por José Arturo Rodríguez Muñoz. Comentando la teoría; Puig Peña (13), nos dice que de acuerdo con ella el famoso elemento tiene una misión más modesta: de Concreción y de Conocimiento.

De Concreción, cuando existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica; y la de Conocimiento, cuando coincidiendo temporalmente (un acto), la aparición de la antijuricidad y el tipo, este último es indispensable al conocimiento de la primera agregando que, realmente con ésta tesis, vuelve a ser el presente elemento del delito algo puramente descriptivo (tipicidad), determinativo; ya que su único papel es expresarnos que porción de la antijuricidad debe ser sancionado con una pena.

f) Sexta Etapa; es la Destructiva, apareció cuando el nacional-socialismo tomó en cuenta la voluntad del delincuente y no así el resultado; la fase destructiva, denominada así por Jiménez de Asúa, está en pugna con el principio de la legalidad de reserva, concretizando el principio Nullum Crime Sine Lege, cobrando por tanto enorme importancia la analogía.

Aceptamos la segunda fase sustentada por Mayer ya que, encontramos que hay independencia de tipicidad y antijuricidad. encontrando que la tipicidad es un elemento esencial del delito independiente de la antijuricidad, pero reconocemos que la tipicidad es indiciaria de la antijuricidad, ya que la descripción legislativa está conciente de que la conducta debe ser contraria a derecho, aunque existiera una causa de justificación no desaparece la tipicidad. En cuanto al derecho mexicano en el Art. 14

(12) UN GRAN MAESTRO DEL DERECHO. Criminalia Año X. p. 442.

(13) PUIG PEÑA. Derecho Penal. T. II. p. 263 y nota 6.

Constitucional se señala que: "Por una ley exactamente aplicable al delito que se trate", encontramos así el principio *Nullum Crimen Sine Lege*, que se traduce en *Nullum Crimen Sine Tipo*.

**FUNCION DE LA TIPICIDAD.**—Al ser el tipo la razón del ser de la antijuricidad se atribuye un carácter delimitador y de trascendental importancia en el derecho liberal por no haber delito sin tipo legal; así Jiménez de Asúa dice que la tipicidad desempeña, una función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relacionan con la antijuricidad por concretarlas en el ámbito penal.

**AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD.**—La ausencia de tipo como aspecto negativo de un presupuesto del delito; la tipicidad, viene a ser una relación conceptual y la atipicidad su aspecto negativo; el tipo constituye un presupuesto del delito y la ausencia de tipo su aspecto negativo de dicho presupuesto.

La ausencia de tipo según Jiménez de Asúa, presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso cuando sea anti-jurídica, indicando que es consecuencia de la fórmula "*Nullum Crime, Nulla Poena Sine Lege*" que técnicamente se traduce "No hay delito sin tipicidad" sosteniendo que podríamos ensayar una división al respecto; casos específicos de atipicidad y ausencia de tipo o ausencia total de tipo (14).

Ausencias de tipo y atipicidad; presenta dos campos negativos totalmente diferentes los que hay que precisar: a) ausencia de tipo, b) ausencia de tipicidad; éstas dos hipótesis en las cuales no puede considerarse que hay delito en una, por que la ley no ha descrito la conducta o hecho como delito, en la otra por que no obstante que existe tipo y una conducta o hecho, éstos no son conformes a qué originándose una atipicidad.

El mto. Castellanos señala; que hay ausencia de tipo cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos ejem. El Código Penal Veracruzano, suprimió

(14) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 234 Ed. Andrés Bello. Caracas.

el tipo delictivo del adulterio que figuraba en el ordenamiento anterior. (15).

La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la cópula con mujer mayor de 18 años casta y honesta, obteniendo su consentimiento mediante seducción o engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa para configurarse el delito de estupro que la mujer sea menor de 18 años.

### III.—EL TIPO EN EL DELITO ESTUDIO.

El estudio del tipo de Fraude de Disposición Indevida, será de acuerdo a la Clasificación que hace sobre el tipo el Mtro. Fernando Castellanos Tena, y en concordancia a la máxima de que no hay Nullum Crimen Sine Tipo, así tendremos que la clasificación del tipo a estudio que dice:

“Al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó parte de ellos o un lucro equivicente”.

En virtud de que la fracción a estudio es una modalidad del Fraude Genérico necesariamente; consideramos pertinente hacer la aclaración de que la fracción II del artículo 387 es un caso específico, debemos considerarla por tanto en relación con su dependencia del fraude genérico, es decir como un SUBTIPO, haciéndose las posteriores clasificaciones ha que haya lugar dentro de éstas figuras delictivas.

A).—Fraude Genérico regulado en el artículo 386: “Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

(15) FERNANDO CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal. p. 164. México 1967.

El delito de Fraude se castigará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad;

II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a quinientos pesos, cuando el valor de lo defraudado excediere de cincuenta pesos, pero no de tres mil, y

III. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de diez mil pesos, si el valor de lo defraudado fuere mayor de tres mil pesos.

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

En consecuencia el estudio o clasificación que se hace sobre el tipo de fraude genérico será:

I.—Por su composición es un tipo ANORMAL, ya que el tipo contiene elementos objetivos, factores o elementos subjetivos y normativos; a) elemento objetivo, queda proyectado en el verbo engañar núcleo del tipo, b) factor subjetivo que puede estar expresa o tácitamente incluidos en el tipo; en el Fraude Genérico se exige tácitamente la existencia de un ánimo de lucro, c) Elemento Normativo, es el obtener o hacerse de una cosa ilícitamente y el alcanzar un lucro indebido.

II.—Por su Ordenación Metodológica; es un tipo BASICO o FUNDAMENTAL por ser un tipo que tiene vida por sí mismo, así el fraude se configura como tal en el primer párrafo del texto del art. 386 ya que se integra con la lesión del bien jurídico en cuanto al último párrafo el tipo es COMPLEMENTADO, ya que depende su existencia del tipo básico y anexando una circunstancia o peculiaridad distinta.

III.—En función de su Autonomía o Independencia; el fraude genérico es un tipo AUTONOMO o INDEPENDIENTE, ya que tiene vida por sí mismo o sea que no se subordina a ningún otro.

IV.—Por su Formulación, el fraude genérico es un tipo de FORMULACION CASUISTICA; ya que el ordenamiento positivo consagra dos hipótesis que pueden ser variables y son: engañar a uno y aprovecharse del error en que este se encuentra, igualmente el artículo presenta dos resultados; el hacerse de una cosa o alcanzar un lucro.

V.—Por el Resultado es un delito de DAÑO, ya que lo que se protege es la disminución del patrimonio del sujeto pasivo del delito.

B).—La Clasificación que se hace sobre el Subtipo de Fraude Específico regulado en la fracción II. el artículo 387 será:

I.—POR SU COMPOSICION; es un tipo ANORMAL, ya que no solamente se limita a hacer una descripción objetiva, que se proyecta en el que enajena alguna cosa; sino que encontramos el elemento subjetivo incluido en el Tipo, ya que el Fraude de Disposición Indebida, exige tácitamente la existencia de un ánimo de lucro y además porque se incluye también elementos normativos como: "Con conocimiento de que no tiene derecho para la disposición", el cual requiere establecer una valoración jurídica.

II.—EN ORDEN A SU ORDENACION METODOLOGICA: es un tipo ESPECIAL; pues supone el mantenimiento de los caracteres del tipo penal básico (Fraude Genérico), añadiendo una peculiaridad distinta y su existencia implica la exclusión del tipo básico, obligando a subsumir los hechos bajo el Subtipo a estudio.

III.—EN FUNCION DE SU AUTONOMIA O INDEPENDENCIA: el Fraude de Disposición Indebida, es un tipo AUTONOMO O INDEPENDIENTE, ya que constituye un Tipo que tiene vida por sí mismo o sea que no se subordina a ningún otro, como podría ser por ejemplo, el homicidio en riña en el cual el agente priva de la vida a otra persona. (Esto encuadra en el tipo de homicidio regulado en el art. 302), y en el homicidio en riña aparte de encuadrar en el artículo anterior tendrá algo diferente o sea la riña; por tanto será un tipo subordinado y no un tipo autónomo.

IV.—POR SU FORMULACION; El Fraude Específico a que

nos referimos es un tipo CASUISTICO ALTERNATIVAMENTE FORMADO; ya que consagra dos hipótesis como son; el engaño que hace el sujeto activo del delito ya que enajena alguna cosa con el conocimiento de que no tiene derecho a disponer de ella a título oneroso, o el propio artículo establece o que se efectúe un gravamen como puede ser una hipoteca, un arrendamiento o cualquier otro gravamen.

O sea que prevee varias hipótesis, ya que en ocasiones se integra el tipo con una de ellas, en tanto que el resultado será en el presente caso, disponer de la cosa o alcanzar un lucro.

V.—POR EL RESULTADO; es un delito de DAÑO, ya que se tutelan bienes de un patrimonio y hay una disminución o una destrucción de tal patrimonio.

Se podría incluir otro punto de vista de acuerdo a la división tripartita anotada en la Clasificación que hace sobre el Tipo, el Mtro. de nuestra Facultad Mariano Jiménez Huerta, tomando en cuenta el alcance de la tutela jurídica el Fraude a Estudio es un Tipo Simple por proteger como único bien el patrimonio.

En cuanto a los elementos del tipo; no se señala calidad específica en el Agente, sólo que sea capaz para responder ante el Poder Judicial del acto ilícito cometido, por tanto los elementos del tipo son:

a) El Sujeto Activo, es el que engaña para hacerse ilícitamente de alguna cosa o el que a título oneroso enajena alguna cosa.

b) El Sujeto Pasivo, es la persona que resiente el daño patrimonial aunque en ocasiones no se identifique con el que ha sido víctima del engaño.

c) El Objeto Jurídico, en este caso se identifica con el bien tutelado por la norma prohibitiva y no es otra cosa que el patrimonio, como se ha citado en multitud de ocasiones.

#### IV.—LA TIPICIDAD EN EL DELITO ESTUDIO.

Aplicando el concepto de tipicidad que ha elaborado la Dogmática del Delito o la Teoría General del Delito; habrá tipici-

dad en el Fraude cuando la conducta encuentra un perfecto encuadramiento o adecuación al tipo descrito en el artículo 387 fracción II. del Código Penal, en lo referente a la calidad de los sujetos, ya se apuntó en el anterior inciso del presente capítulo; siendo el sujeto activo aquel sujeto que tras de exteriorizar su conducta (que es lo que importa en el campo jurídico), manifestada en una forma o modo de acción encuadra en la Ley Penal exactamente aplicable al caso concreto, así estará colocado en la Tipicidad; en el caso a estudio será por ejemplo, el que tenga a su disposición o bajo su custodia un bien inmueble y sabe además, que no lo puede enajenar, sino que lo detenta bajo un caso específico; digamos para que lo arriende y no hace esto sino que lo vende o lo hipoteca; su conducta encuadrará concecuientemente en el artículo 387 fracción II.

Podemos citar en este inciso la distinción de la tipicidad en el delito de Abuso de Confianza, a virtud del hecho de disponer o sustraer una cosa a su dueño, si le ha sido encargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial e igualmente se ha equiparado al Fraude de Disposición Indebida, con el Robo que puede cometer en ciertos casos en perjuicio del dueño de la cosa; esto a virtud de que el artículo 14 Constitucional señala que, sólo se presenta una pena cuando la conducta es punible en cuanto la Ley Penal le es exacta aplicable.

Podemos señalar por lo tanto que la tipicidad en el delito estudio, donde el encargado de administrar justicia, podía en dado caso juzgar por cualquiera de los delitos que se equiparan con el tipo de fraude a estudio, tomando en cuenta la mayor penalidad de las figuras delictuosas, y no amoldarse a la tipicidad de nuestro delito, por tanto cabe hacer la siguiente diferencia-ción:

1.—El Abuso de Confianza, se necesita en cuanto al agente, que sólo puede ser quién teniendo un poder sobre la cosa, en razón de un título legal, realiza la actividad dispositiva de la misma; por tanto el agente tiene en su poder la cosa con la confianza de quién teniendo dicha confianza se la deposito, a virtud de su licitud de la posesión, consistiendo la disposición del bien lo que constituye su tipicidad, dentro del abuso de confian-

za; cuando hay un cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente por una forma de posesión precaria.

Por tanto el sujeto pasivo, será en la mayoría de los casos el que confió y entregó la cosa, ya sea el propietario o aquel a quién estaba obligado a devolverla, si era el titular del derecho de propiedad, aunque en ocasiones es un tercero.

2.—En el robo, el agente al disponer de una cosa no tiene la tenencia legal de la cosa ya que se apodera de la cosa ajena sin derecho, sin conocimiento y de un bien mueble siempre; además el sujeto activo del delito va hacia la cosa de que trata de apoderarse o sea es un atentado en que dispone de algo de la víctima, ya que la acción críminosa es el apoderamiento no consentido por el sujeto pasivo, ya que éste nunca entregó la cosa.

3.—En el Fraude, el sujeto activo hace un esfuerzo para atraer la cosa hacia sí y así poder efectuar una conducta previamente representada y tipificada como Fraude, o sea que el autor del fraude recibe la cosa como resultado de su actitud engañosa, por tanto encontramos que su conducta dolosa es anterior a la posesión y es causa de éste.

El agente es quién tiene en su poder la cosa, pero teniendo el conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, en este caso es un inmueble, el sujeto pasivo es quién sufre el engaño en tanto que el sujeto activo es quién se aprovecha del error con su conducta dolosa.

Es por tanto que se acepta la fracción a estudio, para que siga regulado como fraude específico, a virtud del engaño que hace el agente delictivo; siendo esto lo que distingue a la conducta delictuosa, ya que por medio de éste engaño es por lo cual obtiene la cosa para poder delinquir, a virtud de que previamente se tiene el conocimiento de que no tiene derecho para la disposición.

La enajenación que logra el agente es a base del engaño que hace, siempre y cuando alcance o le haya sido entregado el precio, el alquiler ya sea el total o parte de ellos o un lucro equivalente.

Por tanto es necesario se siga tipificando la fracción aunque es necesario a mí parecer, reformar la penalidad, siendo más severa o dar una oportunidad de resarcimiento del daño al agente del delito.

## V.—LA ATIPICIDAD.

La tipicidad al ser la adecuación de la conducta al tipo, necesariamente la atipicidad será la ausencia de la adecuación de la conducta del tipo; además debemos tener en cuenta la distinción entre ausencia de tipo y de tipicidad anotada en el presente capítulo.

Como conceptos de atipicidad anotaremos los siguientes; "La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada" (16). Para Jiménez de Asúa existe la atipicidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad) o bien cuando la ley penal; no ha descrito la conducta que en la realidad se ha presentado con característica antijurídica ausencia de tipicidad, en sentido estricto. (17)

Sabemos que son varias las causas por las que podría presentarse la atipicidad, como pueden ser: la ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos pasivo y activo, la falta de objeto material o jurídico, ausencia de las referencias temporales o especiales, la falta de medios comisivos específicamente señalados en la descripción.

En lo referente al delito a estudio se podían presentar como situaciones de atipicidad:

A) Ausencia de medios comisivos o ausencia del medio exigido por la ley; en el caso citado estaremos en la ausencia de engaño.

(16) CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal. p. 164.

(17) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. T. III. p. 812.

B) Ausencia del objeto jurídico; aunque con reservas puede señalarse como causa de atipicidad en el fraude de disposición indebida.

C) Por la carencia de los elementos subjetivos del injusto; o sea cuando el delincuente actúa con fines diversos al ánimo de lucro.

## CAPTULO IV

### *LA ANTIJURICIDAD*

#### SUMARIO:

- I.—LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL.
- II.—LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO ESTUDIO.
- III.—LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.
- IV.—LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO ESTUDIO.
- V.—COMENTARIOS.

## I.—LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL.

Al aceptar doctrinariamente que el delito es; una conducta, típica, antijurídica y culpable; siendo cada uno de ellos los elementos integrantes del mismo, al hablar de la antijuricidad estaremos ante uno de los elementos del delito, o ante una característica del delito mismo para integrarse; es de hacerse notar que en el lenguaje jurídico penal se habla de los términos antijurídico, lo injusto y lo ilícito y se ha venido empleando indistintamente.

El término antijuricidad no solamente se emplea en el Derecho Penal, sino que se presenta en todas las ramas del derecho; así puede hablarse de antijuricidad administrativa, civil, del trabajo etc. Por tanto la antijuricidad corresponde al Derecho en general.

Así la antijuricidad penal se ha afirmado que es el concepto negativo, desaprobador de la conducta frente al derecho, lógicamente existe dificultad para establecer el concepto; y de acuerdo a la doctrina Italiana Moderna en nuestro concepto, la antijuricidad es la esencia del delito.

CONCEPTO Y EXPLICACION.—Lo antijurídico quiere decir contrario a la ley, violación de las normas formales o de cultura. Para otros autores es desvalor; así Mezger al referirse a la antijurici-

dad señala: "El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causa de justificación de lo injusto" (1).

Jiménez Huerta, cuando trata el presente elemento en su obra señala: "lo antijurídico implica desvalor, surge como un predicado de la conducta expresada negativamente y significa una reprobación jurídica que recae sobre el hecho, al ser puesto en relación y contraste con las esencias ideales que integran el orden jurídico, representa una negación del mundo del derecho; es aquello que según la experiencia ética del hombre debía no ser, y es, sin embargo por la victoria del hecho sobre la ley" (2); vemos que este autor, no está dando un concepto valorativo de la antijuricidad aún cuando debemos decir que por ser éste un elemento negativo es difícil estructurar una definición.

Porte Petit acienta como concepto de la antijuricidad; "Una conducta o hecho son antijurídicos cuando siendo típicos no están protegidos por una causa de justificación" (3).

Al realizarse una conducta o un hecho adecuado al tipo, se les tendrá como antijurídicos en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación, hasta hoy así opera en los Códigos Penales, valiéndose de un procedimiento de excepción, es decir en forma negativa.

Lo cual quiere decir que para la existencia de la antijuricidad se requiere una doble condición; positiva una o adecuación de la conducta a una norma penal; Negativa otra que no estén amparados por una causa de exclusión del injusto, la conducta será antijurídica, si no están protegidos por alguna de las causas que enumera el Código Penal en su artículo 15.

En general los autores se pronuncian de acuerdo a que, la antijuricidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho.

(1) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. T. I. p. 361.

(2) MARIANO JIMENEZ HUERTA. La Antijuricidad. p. 9. México.

(3) CELESTINO PORTE PETIT. Programa de la Parte General de Derecho Penal. UNAM. 1968.

La Jurisprudencia nos dice que la antijuricidad es: "Conforme al Derecho Penal, el sujeto no actúa antijurídicamente cuando en su acción concurre una causa de exclusión del injusto, constituyendo el contenido de este la lesión o al poner en peligro un bien jurídico ya se trate del objeto de protección de la ley o como objeto del ataque" (4).

Por mi parte llego a la conclusión sobre la antijuricidad que es; La conducta que viola la norma jurídica subsumida en el tipo penal sin concurrir una causa de justificación o dicho de otra manera, es la conducta típica que viola la norma jurídica sin concurrir una causa de justificación.

IDEAS SOBRE LA ANTIJURICIDAD DE: a) Carrara; b) Binding, y c) Max Ernesto Mayer.

a) CARRARA; al definir el delito como: "La infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso", podemos decir que es una concepción tritómica y podría resumirse la definición en la fórmula; el delito es el acto humano antijurídico y culpable; así el concepto de la antijuricidad es uno de los pilares en que descansa esta noción del delito, así el juicio de la antijuricidad a de ser el efecto o consecuencia de la fase externa de la conducta del hombre que sea imputable.

b) BINDING; qu'én al comentar la noción de Carrara sobre el delito expone su idea; y citando al respecto lo que dice Jiménez de Asúa: "era frequentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley", Carrara lo define como infracción de la ley del Estado. Pero Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley sino más bien, el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal.

En efecto, ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código Penal; igual acaece con el que roba, no se vulnera la ley pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia, y el ordenamiento ju-

(4) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. T. CXXXI, p. 1339.

rídico es lo que se quebranta. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas; No Matarás, si se mata se quebranta la norma, más no la ley por eso Binding decía: La Norma Crea lo Antijurídico, La Ley Crea la Acción Punible, o dicho de otra manera más exacta; La norma valoriza, la ley describe (5).

Este pensamiento, resulta sugerente ya que señala la problemática distinta entre el Derecho Positivo y el Natural, en tanto que aquél solamente describe una sanción para el sujeto que realiza la conducta prevista en la disposición penal o legal este lleva la pretensión de establecer los criterios generales conforme a los cuales, el problema según la Tesis de Binding, resulta desplazado pues lo importante es la aclaración del valor de las normas de cultura, en cuanto a la explicación del acto antijurídico, en efecto quién roba o mata necesariamente trasgrede las normas del Decálogo que manda no robar no matar (6).

Pero resulta que para el Derecho Positivo, tanto el matar como el robar son a veces conductas permitidas por el Derecho o sean lícitas no antijurídicas, así quién roba en estado de indigencia no comete un acto antijurídico o en el sentido del Derecho Positivo; así estimamos que es insuficiente el criterio de Binding en lo referente a la antijuricidad.

c) MAX ERNESTO MAYER; influido por las ideas de Binding, nos da un contenido específico concreto a la antijuricidad, diciendo que la; antijuricidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado (7).

Así si el acto antijurídico es el que contradice las normas culturales reconocidas por el Estado, debe pensarse necesariamente que tales normas no son otras que, las del Derecho Positivo supuesto que el Estado sólo tiene posibilidad de reconocerlas a través de las normas legisladas o sean justamente las que corresponden al Derecho Positivo.

(5) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 269. Ed. Hermes 1963.

(6) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 270.

(7) Cit. de CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal. p. 169.

**ANTI JURICIDAD FORMAL Y MATERIAL;** citando el criterio del autor Franz Liszt que ha elaborado una teoría dualista sobre la antijuricidad;

1.—El acto es **FORMALMENTE** antijurídico cuando implique transgresión de una norma establecida por el Estado de un mandato o de una prohibición del orden jurídico

2.—El acto es **MATERIALMENTE** antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Está portura ha sido aceptada por unos y rechazada por otros según Cuello Calón, hay en la antijuricidad un doble aspecto: a) la rebeldía entre la norma jurídica (antijuricidad formal), y b) el daño o perjuicio social causa de su rebeldía (antijuricidad material).

Biagio Petrocelli se opone a la concepción dualista alegando lo indisoluble de la unidad existente entre la forma y substancia de lo antijurídico expresado que la llamada antijuricidad material no existe (8).

Jiménez de Asúa y Sebastián Soler niegan la llamada antijuricidad formal, la cual no resulta sino de la adecuación externa desprovista de todo sentido de valoración; Arturo Rocco, tiene una opinión contraria; para quién no hay mas ilícitud que la formal pues la llamada antijuricidad material está constituida por el daño o el peligro de daño inmediato, elemento integrante del delito; Beling y Martucci éste aduciendo la inutilidad de definir la antijuricidad material, la cual no es sino la defensa a los bienes o intereses jurídicos tutelados por las normas penales.

Ignacio Villalobos acepta ambas formas de antijuricidad argumentando que van unidas, constituyendo una la forma y la otra el contenido de una misma cosa, así la infracción de las leyes significa una antijuricidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan; constituyen la antijuricidad material (9).

(8) Cit. de PAVON VASCONCELOS. Nociones de Derecho Penal. p. 86.

(9) IGNACIO VILLOLOBOS. Derecho Penal Mexicano. p. 249. Ed. Porrúa.

Por nuestra parte estamos conformes con el criterio de Jiménez de Asúa quién no está conforme con el criterio dualista ya que critica a los creadores de esta forma diciendo: "Bien mirando", todo se reduce a que Von Liszt, confunde la antijuricidad formal con la tipicidad, ya que el criterio formal es la tipicidad y la antijuricidad material, es la antijuricidad propia, así mismo podemos señalar que sólo hay una antijuricidad que es la contradicción objetiva a los valores creados por el Estado.

## II.—LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO ESTUDIO.

El Ordenamiento positivo mexicano, en concreto nuestro Código Penal para el Distrito y Territorios Federales; señala en el artículo 387 fracción II, que a virtud del engaño que el agente hace para lograr la enajenación de alguna cosa; hipoteca, empeño o grave, o el lucro que logre será lo antijurídico, ya que la antijuricidad es la esencia de todo delito, sin que la ley deba declararlo expresamente.

Así sucede por ejemplo en el Fraude Genérico que señala en el texto del artículo 386 al que: "Se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido", ya que los dos términos "ilícitamente" e "indebido" califican el resultado; notamos que son términos innecesarios ya que como se apuntó en el párrafo anterior la antijuricidad, es esencia de todo delito, ya que el daño que resiente el patrimonio será lo que constituya el delito y debe ser siempre en contra del Derecho.

Anotamos que entendemos como antijuricidad; la conducta que viola a la norma jurídica subsumida en el tipo penal sin concurrir una causa de justificación.

Ahora bien diremos que la antijuricidad es formal en cuanto se opone al derecho y material por afectar los intereses protegidos por dicho ordenamiento, el hecho en el delito de Fraude de disposición indebida, que es el que nos ocupa; es antijurídico cuando siendo típico no tiene una causa de justificación; presentándose la antijuricidad, al engañar al sujeto pasivo, por parte del agente para lograr la enajenación de algún inmueble, o la obtención de un lucro que se alcanza; todo esto indebidamente.

## FE DE ERRATAS

Párrafo 4 Renglón 4 página 9

Dice; TETRATONICA Debe decir; TETRATOMICA.

Párrafo 5 Renglón 4 página 19

Dice; substancia, Debe decir; substancial.

Primera cita Renglón 2 página 28

Dice 1907; Debe decir; 1967.

Párrafo 7 Renglón 2 página 43

Dice: como, Debe decir; con.

Párrafo 5 Renglón 7 página 47

Dice; a quél, Debe decir; a aquel.

Párrafo 6 Renglón 1 página 47

Dice; mtro., Debe decir; Mtro.

Párrafo 3 Renglón 4 página 65

Dice; de alguna, Debe decir; alguna.

Párrafo 8 Renglón 9 página 85

Dice; previó puó, Debe decir; previó o pudo.

Párrafo 1 Renglón 1 página 86

Dice; tercero y cuarto, Debe decir; tercera y cuarta.

Párrafo 2 Renglón 2 página 96

Dice; invensible, Debe decir; invencible.

Párrafo 7 Renglón 1 página 105

Dice; Justificación, Debe decir; Justificación.

Resumiendo: la conducta o el hecho es antijurídico cuando se engaña para obtener ilícitamente una cosa o para alcanzar un lucro indebido y siempre existirá mientras no exista una causa de justificación para que justifique la actuación dolosa del agente.

La antijuricidad es inherente tanto a la acción fraudulenta, como el resultado ilícito, a virtud de la expresa referencia en la ley al carácter "injusto", del aprovechamiento obtenido, el cual desaparece si el fin que resulta es jurídico, esto a virtud de las causas de justificación que serán mencionadas en los siguientes incisos.

### III.—LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.

Las causas de justificación; son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica representando un aspecto negativo del delito, en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos básicos del delito o sea la antijuricidad, cabe señalar que las causas de justificación, reciben igualmente el nombre de justificantes y causas eliminatorias de la antijuricidad.

Eugenio Cuello Calón nos dice que: "Las causas de justificación o de exclusión de la antijuricidad, el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente pero su acto no es delictivo por ser justificado" (10).

En tanto que la Jurisprudencia al respecto nos dice: "Conforme al derecho penal el sujeto no actúa antijurídicamente cuando en su acción concurre una causa de exclusión de lo injusto, constituyendo el contenido de éste la lesión o al poner en peligro un bien jurídico, ya se trate del objeto de protección de la ley o como objeto del ataque" (11).

Para Jiménez Huerta la esencia de lo antijurídico radica en el binomio; lesión de un bien jurídicamente protegido y la ofensa a las aspiraciones valorativas de la comunidad, y no puede juzgarse antijurídica la acción que nos reúne ambos caracteres; son

(10) EUGENIO CUELLO CALON. Derecho Penal. p. 316.

(11) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. T. CXXI P. 2339-2340.

circunstancias que privaban al realizarse, como no ofensiva para los ideales de la comunidad, pues, si el bien lesiona bienes jurídicos ajenos, salvaguarda bienes de intereses preferentes, desde el punto de vista social en el primer caso falta totalmente el binomio lesión-ofensa, en el otro no hay ofensa, por no existir un interés social preponderante (12).

Analizando separadamente las dos hipótesis y los casos en que pueden presentarse podemos señalar:

a) Inexistencia de lesión, manifestándose en una forma única (como el consentimiento), depende de sí el lesionado que consiente, posee o no la facultad de disposición del bien jurídico.

b) Inexistencia de ofensa, pudiéndose agrupar en estas diferentes situaciones impeditivas de la antijuricidad, cuyo denominador común se encuentra en que; ante la posibilidad de proteger dos bienes jurídicos en conflicto, el Estado emite un juicio valor, proclamando la superioridad del interés que en cada situación alcanza mayor jerarquía y aceptando la lesión del bien de menor rango.

**RAZON DE SER DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION:** Al tener la antijuricidad un carácter material y formal, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa de la ley; así el Estado excluye la antijuricidad que en circunstancias ordinarias existiría, concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación de lo más valioso.

Al efecto nuestro Ordenamiento Penal, en el Capítulo IV y con el rubro "Excluyentes de Responsabilidad" o Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad, en el artículo 15 catáloga desde la forma negativa de la conducta en la fracción I, hasta el caso fortuito de la fracción X, incluyendo las causas de justificación; podemos dejar anotado en concreto que las justificantes recogidas en nuestro ordenamiento penal:

a) **LEGITIMA DEFENSA;** frac. III artículo 15.

(12) MARIANO JIMENEZ HUERTA. La Antijuricidad.



la repulsa a dicha actitud sea lícita; Legítima Defensa Recíproca la cual en inaceptable; Legítima Defensa contra exceso en la Legítima Defensa, para esto apuntaremos la posición de nuestro ordenamiento positivo, en el art. 15. frac. III, que declarará desintegrada la excluyente cuando el agredido haya provocado la agresión; "si el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella" (2a. parte de la fracción III. art. 15).

Como punto importante no hay que perder de vista a la solución aportada por el Mtro. Castellanos Tena, en el caso de que el primer agresor es sin duda el provocador y quién da causa al exceso, sin embargo cuando sea tal el exceso que racionalmente no pueda considerarse mediata y suficientemente por el primer atacante, será posible admitir la configuración de la justificante de referencia.

Legítima Defensa del Inimputable, se puede presentar valorando objetivamente y dársele en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se repele; Legítima Defensa contra la agresión de un inimputable, puede darse a virtud de existir una agresión y una reacción de legítima defensa.

b) ESTADO DE NECESIDAD: Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo pueden evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados pertenecientes a otra persona (14); Pavón Vasconcelos dice: que el estado de necesidad; caracterizarse por una coalición de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave cuya superación por el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio (15).

En cuanto a la naturaleza Jurídica del Estado de Necesidad hay que diferenciar, si los bienes en conflicto son iguales o diferentes en cuanto a su valor, planteándose tres situaciones:

1) Si el bien sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación.

(14) CUELLO CALON. Derecho Penal. T. T. p. 362. 8a. Ed. Barcelona.

(15) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. p. 299.

2) Si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, se configura el delito, excepto si concurren algunas otras circunstancias justificativas del hecho desde su nacimiento.

3) Si los bienes son iguales, el delito es inexistente, en función de una causa de inculpabilidad o de una excusa absolutaria.

El Estado en esta figura adopta u opta por la salvación de uno de los bienes en conflicto que se presenta por no poder existir los dos, por tanto el interés preponderante es el principio aplicable, nada más cuando el bien salvado es mayor al sacrificado se integra la justificante; Los elementos del Estado de necesidad son:

1.—Una situación de peligro real, grave e inminente.

2.—Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado, nuestra legislación señala que puede comprenderse todos los bienes, la propia persona o sus bienes o la persona y bienes de otro

3.—Un ataque por parte de quién se encuentra en el estado necesario.

4.—Ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial. (16).

Diferencia del Estado de Necesidad y la Legítima Defensa; dentro del Estado de Necesidad constituye un ataque y la Legítima Defensa es una reacción contra el ataque; la lesión en el estado de necesidad recae sobre él o los bienes de un inocente y en la legítima defensa recae sobre bienes de un injusto agresor; no existe una agresión en el estado de necesidad mientras que en la legítima defensa si hay una agresión, y en el estado de necesidad no existe una lucha, sino un conflicto de intereses; en la legítima defensa se crea una lucha, una situación de choque entre un interés legítimo (agresión), y otro lícito (reacción contra ataque o defensa).

Los casos específicos del Estado de Necesidad son; aborto

(16) CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal. p. 192.

terapéutico, regulado en el art. 334 recoge un estado de necesidad que debería estar incluido en la frac. IV del art. 15; Robo de famélico o Robo Indigente o necesario regulado en el art. 379.

c y d) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO: señalados en la frac. V del art. 15; dentro del Cumplimiento de un Deber se comprende la realización de una conducta ordenada, por mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas; así dentro de la presente causa se pueden derivar:

1) De una norma jurídica ya que la exclusión de la antijuricidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley.

2) Por orden de autoridad, debiéndose entender por tal, la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido del imperio, con pleno reconocimiento del derecho mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado estableciéndose una vinculación entre ambos, originados en la orden, que debe ser formal y legítima.

Ejercicio de un Derecho; la conducta amparada en un derecho consignado en la ley, es una afirmación de la ley y no puede ser antijurídica como causa de justificación; el ejercicio de un derecho se origina: a) por un reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado, b) por una facultad o autorización otorgada lícita o ilícitamente por la autoridad competente, c) que la facultad o autorización provenga de una autoridad, que actúe dentro de su competencia y que la autorización reúna los requisitos legales.

Dentro de las formas anunciadas antes podemos comprender como formas específicas:

a) Las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes.

b) Lesiones u homicidios como consecuencia de tratamientos médicos quirúrgicos.

c) Las lesiones inferidas en el derecho de corregir, reguladas específicamente en el art. 289 en relación al art. 294.

e) IMPEDIMENTO LEGITIMO; recogido en la frac. VIII art. 15, por tanto no existe delito cuando: "Contravenga lo dispuesto en una ley penal; dejando de hacerse lo que manda, por un impedimento legítimo". Como se desprende del texto anterior sólo se refiere a omisiones, ya que sólo las normas preceptivas, cuya violación se origina en una omisión, imponen un deber jurídico de obrar; operando cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto se abstiene de obrar, colmándose en consecuencia un tipo penal, así podemos citar como ejemplo sobre la presente existente; el caso del sujeto que se niega a declarar por impedirsele la ley a virtud del secreto profesional.

#### IV.—LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO ESTUDIO.

Podemos anotar que funcionan las causas de justificación, cuando en presencia de tales causas, se considera que el sujeto persigue un fin lícito, tales causas que pueden presentarse son:

- a) Ejercicio de un derecho.
- b) Estado de necesidad, y
- c) Cumplimiento de un deber.

a) El Ejercicio de un Derecho se dará siempre que no cause lesión patrimonial a un tercero; razón por la cual podemos decir que en estos casos no hay hecho por no aparecer el resultado jurídico de Fraude.

b) Estado de Necesidad; cuando se sacrifica el bien menor para salvar el mayor, en esta hipótesis nos encontramos en una superación del estado de peligro sacrificando el bien menor ó sea el patrimonio ajeno al disponer de un bien, ya sea gravando, enajenando, etc. para salvar el bien mayor que puede ser la vida o integridad corporal del que hace la disposición.

c) Cumplimiento de un Deber; en que la licitud puede derivar de un precepto legal que justifiquen la acción del agente o de un mandato de autoridad que se apoya en la ley.

Los autores han afirmado la posibilidad de que, puedan presentarse las anteriores causas de justificación, haciéndose mención a lo anunciado al principio del inciso, si se estima que en las mismas causas de justificación, el agente persigue un fin lícito presentándose en estos casos las causas citadas.

Un ejemplo de que no hay Fraude, es cuando la realización del provecho es justo o sea cuando el acreedor se sirve de engaños o artificios para que su deudor le pague lo debido o un valor que se iguale; otro será cuando para recuperar una cosa propia que está en poder de otro se usa el engaño, sería el caso de ejercicio de un derecho.

## V.—COMENTARIOS

Más que comentarios citaremos que es la antijuricidad en una forma general o sea sintétizando el presente capítulo en la siguiente idea:

La conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación, así el hecho o conducta adecuada al tipo es antijurídica en tanto no se presente una causa de justificación; así pues la antijuricidad es un presupuesto o presunción *Juris Tantum*, por tanto los ordenamientos penales operan en la siguiente manera:

Se valen de un procedimiento de excepción en forma negativa; para esto se requiere una doble condición para la existencia de la antijuricidad.

- a) La positiva, que es la adecuación de la conducta a una norma penal.
- b) La negativa, cuando ni la conducta o el hecho esten amparados por una causa de exclusión de lo injusto.

Así lo ilícito consiste específicamente, en la contradicción entre una conducta concreta, y un concreto orden jurídico establecido por el Estado. Bajo el punto de vista penal es la oposición a una ley; hay que apuntar que el Código Penal no establece ni ordena, ni prohíbe, sino que señala los preceptos y sanciones.

En cuanto al Fraude; la ley no dice por ejemplo; No cometas un fraude, sino que señala la sanción correspondiente al que lo comete, el precepto no ordena ni prohíbe, la conducta humana causal del Fraude no la infringe; lo que infringe o viola es la norma de cultura incluida en el precepto que señala que no debe cometerse el fraude.

Es decir, la norma crea lo antijurídico y la ley el delito, así el artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero establece la estricta legalidad con respecto a la interpretación del precepto positivo, en consecuencia la antijuricidad de la acción o conducta. Así encontramos que la motivación del Derecho Penal se deriva esencialmente de la tutela que el Estado debe hacer en ciertos derechos o bienes que se consideran esenciales para la persona o para la sociedad.

Así notamos que lo antijurídico es la esencia de todo delito o lo que va en contra del Derecho. En el Delito estudio de Fraude de Disposición Indebida; lo esencial será el daño que resiente el patrimonio de la persona que sufre el delito o sobre quién recae el delito; éste daño será siempre contra el derecho o sea lo antijurídico del delito.

Ahora bién si se presenta el aspecto negativo del delito será porque se persigue un fin lícito; las causas por las cuales desaparece la ilicitud ya fueron anotadas en el inciso anterior, siendo: el Ejercicio de un Derecho, Estado de Necesidad y Cumplimiento de un Deber.

A virtud de que en estas formas de exclusión de lo ilícito no se actúa con el ánimo de perseguir un fin ilícito, sino que se actúa en un momento en el cual se debe obrar en determinada forma para salvar algo mayor que el patrimonio de una persona, como se presenta el caso del Estado de Necesidad, o porque exista un precepto legal que nos obligue a realizar determinada conducta que sería contraria a derecho, pero que a virtud de la existencia del precepto legal, implica la no configuración del delito.

## CAPITULO V

### *LA CULPABILIDAD*

#### SUMARIO.

- I.—LA IMPUTABILIDAD.
- II.—LA CULPABILIDAD EN GENERAL.
- III.—FORMAS DE LA CULPABILIDAD.
- IV.—LA CULPABILIDAD EN EL DELITO ESTUDIO.
- V.—LA INCULPABILIDAD.
- VI.—COMENTARIOS.

## CAPITULO V

### LA CULPABILIDAD

#### I.—LA IMPUTABILIDAD.

Al ser el delito, una conducta, típica, antijurídica y culpable, y una vez visto tres elementos, lógicamente el que nos falta es la culpabilidad de acuerdo a la teoría seguida, pero necesariamente antes del último elemento del delito, tenemos que hablar de la Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, que es el elemento subjetivo del delito, ya que es necesario establecer si el individuo posee la capacidad de ser culpable; por ésto la Imputabilidad será el presupuesto indispensable para la culpabilidad.

El maestro Ignacio Villalobos al tratar el presupuesto de la culpabilidad señala: "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 lo tanto hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de este último y por lo tanto difiere de ella como difiere la potencia o capacidad abstracta de su ejercicio concreto en actos determinados, puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquella". (1).

Se ha dicho que la Imputabilidad es la capacidad de entender, de querer en el campo del Derecho Penal, para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce. Lue-

(1) IGNACIO VILLALOBOS, *Noción Jurídica del Delito*. p. 135. México.

go la aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad; concluyendo la imputabilidad es: El conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico que lo capacita para disponer del mismo (2).

En nuestros Códigos; en 1871 se aceptó al libre albedrío como fundamento de la imputabilidad más no define a está; el de 1929 adopta una tendencia eclética entre las Escuelas Clásica y Positivista, y el Código Vigente distingue entre imputables e inimputables. En cuanto a los imputables el art. 9 hace mención diciendo: "La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario"; en cuanto a las causas de inimputabilidad se establecen dentro de las circunstancias excluyentes de responsabilidad en el Código.

Dice la fracción II. del Art. 15; "Hallarse el acusado al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, etc."; de lo que desprendemos que para el código, la imputabilidad radica en la consciencia moral o psique capaz; Los autores hablan sobre la responsabilidad y las acciones libres en su causa, al tratar la imputabilidad.

**RESPONSABILIDAD:** Es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por un hecho realizado, se ha usado este vocablo en diferentes acepciones, como sinónimo de culpabilidad, e igualmente se equipara a la imputabilidad.

Así se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto contrario a derecho, así si obró culpablemente, los fallos judiciales suelen concluir con esa declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señala penas respectivas, finalizando la responsabilidad. Resulta entonces una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste de-

(2) CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal. p. 203. México, 1967.

clara que aquél obró culposamente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley y su conducta. (3)

**LAS ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA;** la imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero existen acciones en que el sujeto antes de actuar voluntaria o culposamente se coloca en un estado de inimputabilidad y en esas condiciones se produce el delito. A estas acciones se les llama acciones libres en su causa, pero determinadas en su efecto, ejemplo; en caso de que quiera cometerse un homicidio y para darse ánimo bebe en exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad.

En este caso existe la imputabilidad entre el acto voluntario y el resultado, encontrando un enlace causal; en el momento del impulso el sujeto era imputable. Por tanto debe tenerse en cuenta para el fundamento de la imputabilidad, la acción o acto que precede, o sea aquel en el cual el individuo sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad, por ello el resultado le es imputable y da margen a declararlo culpable y por tanto responsable, haciéndose acreedor a una pena.

**ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD O INIMPUTABILIDAD,** la consideramos como aspecto negativo de la imputabilidad. Siempre en nuestra ley serán inimputables todos aquellos sujetos que aunque su conducta sea antijurídica no estén capacitados de entender y de querer tal conducta.

Las causas de Inimputabilidad legales son:

- a) Estado de inconsciencia (permanente o transitorio).
- b) El Miedo Grave, y
- c) La sordomudez.

El Código en la frac. II del artículo 15 se refiere al trastorno mental transitorio.

**Artículo 15.** Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

(3) FERNANDO CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal p. 203 Ed. Porrúa. México, 1967.

Fracción II—Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental o involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

De la anterior hipótesis legislativa; se pueden desprender tres diversas situaciones: a) Inconsciencia por el empleo de sustancias tóxicas embriagantes o enervantes, b) Inconsciencia por trastornos mentales de carácter patológico, y c) Inconsciencia motivada por toxinfecciones.

Igualmente podemos referirnos a la inimputabilidad cuando la conducta, la despliega un sujeto de los que se refiere el artículo 68 del Código Penal, donde encontramos el trastorno mental permanente; señala el artículo que: “los locos, idiotas, imbeciles o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalías mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidas como delitos, serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con la autorización de facultativo, a un régimen de trabajo”. Como se observa de lo anterior el legislador tomó en consideración la inimputabilidad de estos sujetos a está descripción, considerándose por ende así inimputables todos los que no tengan capacidad psíquica.

Miedo Grave; obedece a procesos causales psicológicos por una causa interna, así como el miedo puede producirse la inconsciencia, un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; el miedo grave lo encontramos regulado en la frac. IV del art. 15; “El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave de la persona del contraventor”.

Sordomudez; tanto como el menor de edad son inimputables por no tener facultades psíquicas para comprender si una conducta es delictuosa o no.

## II.—LA CULPABILIDAD EN GENERAL.

Siguiendo la teoría del delito, dentro de un campo lógico como; una conducta, típica, antijurídica y culpable; corresponde mencionar a la culpabilidad último elemento constitutivo, sin el cual no es posible concebir al delito, verdad que quedó apuntada por Beling al elaborar el principio "Nulla Poena Sine Culpa".

La definición que aceptamos es la señalada por el eminente maestro D. Fernando Castellanos Tena quién nos dice; "La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (4).

Para Cuello Calón una acción es culpable; "Cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada" (5).

El Maestro Porte Petit define a la culpabilidad como; "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto" (6).

Luis Fernández Doblado manifiesta que: "La culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el actor y el hecho punible".

Ignacio Villalobos, considera a la culpabilidad desde un punto de vista amplio, "consistente en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención, nacida del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa" (7).

Como ya se apuntó, la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito; la doctrina penal se debate principalmente en dos posiciones respecto a la culpabilidad, siendo la corriente Psicológica y

(4) CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal. p. 218.

(5) CUELLO CALON. Derecho Penal T. I. p. 357 y 358.

(6) PORTE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. p. 49.

(7) IGNACIO VILLALOBOS. Noción Jurídica del Delito. p. 123. México.

el Normativismo; en la primera la culpabilidad radica en un nexo emocional intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto y el segundo, señala que el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; así una conducta es culpable si un sujeto capaz, que a obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada.

Para el presente estudio la culpabilidad radica en el juicio de reproche a una motivación del sujeto, el Mtro. Castellanos Tena se adhiere a esta teoría doctrinariamente y comenta que si hemos de tomar la ley positiva como un dogma, base del estudio o investigación, debemos afiliarnos al psicologismo por ser la corriente adoptada en el Código Penal en su art. 8 (8).

Al aceptar al normativismo, cabe ubicar dentro del concepto de culpabilidad a los elementos en la siguiente forma:

1.—La Imputabilidad.

2.—Las formas de culpabilidad; dolo y culpa (al tratarse en otro punto), como partes integrantes de la culpabilidad que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho de su autor, y

3.—La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

### III.—FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Al referirnos a la culpabilidad es imprescindible hablar de sus formas; tradicionalmente se han aceptado como formas de la culpabilidad al Dolo y la Culpa, aún cuando algunos autores señalan que existe una tercer forma que es la Preterintencionalidad, la cual por no aceptarla nuestro derecho positivo no debemos considerarla en una forma principal, sino que solamente señalaremos el concepto que nos da la doctrina.

EL DOLO.—Puede definirse como la realización de una conducta sabiendo y queriendo el resultado que ha de producirse. Refiriéndose desde luego a que el sujeto activo del delito quiere

(8) CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal. p. 220. México, 1967.

la conducta y acepta el resultado; esto sería en un modo general.

Carrara lo definió como; la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley. Jiménez de Asúa nos dice: "Dolo es la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica" (9).

Para el Penalista español Eugenio Cuello Calón dolo es: "La voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso" (10).

Para el Maestro Castellanos Tena el dolo consiste: "En el actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico" (11).

En la formulación del dolo concurren dos elementos; a) un elemento ético, constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, y b) un elemento volitivo o emocional que consiste, en la voluntad de realizar el acto, el acto es la violación del hecho típico.

**DIVERSAS CLASES O ESPECIES DE DOLO.**—En la doctrina mexicana ha habido, diferentes clasificaciones en cuanto a las especies de Dolo, para efectos de estudio sólo citaremos o haremos mención a la siguiente:

Es la aceptada por el Maestro Ignacio Villalobos en cuanto al dolo se da en forma; directo, indirecto, indeterminado y eventual.

- (9) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 292-293. Ed. Hermés.
- (10) CUELLO CALON. Derecho Penal T. I. p. 302. 8a. Ed. Barcelona 1947.
- (11) FERNANDO CASTELLANOS TENA. Lineamientos de Derecho Penal. p. 223. México, 1967.

**DOLO DIRECTO.**—Es aquel en que la voluntad se encamina directamente al resultado o acto típico, por ejemplo quién decide privar de la vida a otro o lo mata.

**DOLO INDIRECTO.**—Se presenta cuando el agente se propone un fin y comprende que el acto que realiza y para lograrlo se han de producir otros resultados antijurídicos que no son el objetivo de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento o resultado no le hace retroceder, sino por el contrario insiste por lo que quedan admitidos por él dichos acontecimientos con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

**DOLO INDETERMINADO.**—Se presenta cuando el agente del delito no se propone causar un daño determinado sino sólo causar alguno para fines ulteriores. El sujeto acepta el resultado de su proceder, y para él es indiferente lo que resulte de su actuar pero de todas maneras está obrando con la intención y conciencia de querer un resultado.

**DOLO EVENTUAL.**—Se presenta cuando el agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad que se produzcan otros diversos o mayores. Se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre que existe respecto a la producción del resultado conocido y previsto.

**LA REGULACION DEL DOLO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.**—En nuestro Código Penal constituye una serie de desaciertos conducentes no sólo a confusión, sino a verdaderos casos de integración de la ley:

1) El art. 8 divide a los delitos, con una terminología inadecuada siendo: Intencionales y no Intencionales o de Imprudencia ya que la intención no agota la voluntariedad ni tampoco la volición por sí misma resulta eficaz para edificar el concepto en los delitos dolosos.

2) El art. 9 establece la presunción *juris tantum* del dolo ya que señala: 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:

I.—Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general la intención de causar daño;

II.—Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió violar la ley fuere cual fuere el resultado;

III.—Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV.—Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

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

VI.—Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.

De lo anterior podemos deducir que la primera fracción hace referencia al dolo indeterminado, ya que hay intención genérica de delinquir pero sin precisar el daño; la segunda fracción se ha interpretado de diversos modos, algunos autores sostienen tres hipótesis, pero nosotros que no admitimos a la preterintencionalidad; solamente al dolo y a la culpa, ya que la citada fracción encuadra al dolo indirecto, en la primera hipótesis; y la segunda 'que no se propuso causar el daño que resultó' si el imputado previó pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, plantea dos situaciones; que el agente haya previsto o pudo prever; si previó puede ocurrir que se integre un dolo eventual o indirecto; a así mismo, puede darse la culpa consciente si se había previsto el evento abrigando la esperanza de no ocurrir, en éste caso no se explica la clasificación legal del dolo. Cuando no se previó el resultado que pudo ser previsto no se integra el dolo, ante la simple posibilidad de prever, que caracteriza a la culpa inconsciente.

En lo referente a las fracciones tercero y cuarto, se refiere a desviaciones inesenciales en la representación del autor por cuanto al alcance de la ley y a la legitimidad del fin propuesto, ya que no sirve la excusa de la ignorancia de la ley, ni un concepto equivocado de la misma; además no puede dejarse el cumplimiento de ésta en cada sujeto o sea dejar que valore y de acuerdo con ese criterio la observe o viole, tal circunstancia nos llevaría a que no fuera posible conservarse el orden social ya que se dejaba a capricho de los sujetos el cumplimiento o incumplimiento de la ley.

La fracción quinta se refiere al error en la persona, ya que evidentemente hay intención delictuosa porque el derecho, tutela a todas las personas, sin embargo el error en la persona no puede dar lugar a variaciones en el tipo, el dolo se manifiesta por la intención del sujeto de producir un resultado.

La última fracción; excluye el consentimiento del ofendido por ineficaz, para destruir la presunción de intencionalidad, siendo evidente que tal problema tiene que ver con la culpabilidad; el maestro D. Fernando Castellanos Tena dice; que el consentimiento del ofendido en términos generales, no legitima la acción delictuosa; en tanto que el art. 95 se refiere a los delitos perseguibles por querrela necesaria.

#### JURISPRUDENCIA RESPECTO AL DOLO:

a) "El dolo en materia penal, es el conocimiento del carácter delictuoso de un hecho, que tiene el agente que lo ejecuta".

b) "Debe comprobarse el dolo como elemento esencial del delito, en ausencia del mismo no es delictuoso el acto" (12).

SEGUNDA FORMA DE CULPABILIDAD, LA CULPA; Cuello Calón la define como; "el obrar sin intención y sin diligencia debida, causando un resultado dañoso visible y penado por la ley" (13).

Edmundo Mezger dice: que la culpa es "Como la infracción

(12) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. T. XXXIII p. 280 y ANALES DE JURISPRUDENCIA. T. II p. 043.

(13) CUELLO CALÓN. Tratado de Derecho Penal. T. II p. 171. 2a. Ed.

de un deber de cuidado que personalmente, incumbe pudiendo preverse la aparición del resultado" (14).

Jiménez de Asúa; al tratar a la culpa, manifiesta que es la culpa, la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que puede llegar, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido decisiva por sus actividades, las cuales producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo. (15).

El maestro D. Fernando Castellanos Tena, al referirse a la culpa nos dice: "Que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero estó surge apesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego las cautelas o precauciones debidas legalmente exigibles". (16).

Por lo anterior encontramos que dentro de la culpa no se tiene la intención de llevar a cabo un resultado, en cuanto a la voluntad que si existe es mínima, ya que se toman las precauciones para conducirse en esa conducta exigida por la ley en beneficio del orden social y evitar males a terceros aún sin intención de que se produzcan.

FORMAS DE LA CULPA.—Bajo la influencia del Derecho Romano, el derecho penal aceptaba la distinción por grados entre; culpa *lata*; cuando la generalidad está en condiciones de prever el resultado; culpa *leve*, cuando sólo los hombres diligentes puedan resolverlo, y culpa *levísima*, a razón de la extraordinaria diligencia muy poco común en el hombre. Requerida para preverla, con la posibilidad de los daños causados (17).

Actualmente se consideran dos clases de culpa; a) CULPA CONSCIENTE, CON PREVISION O CON REPRESENTACION; que es aquella en que la gente o agente prevé el resultado, más

(14) EDMUNDO MEZGER. Tratado de Derecho Penal. T. I. p. 325. 8a. Ed.

(15) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 486. Ed. A. Bello.

(16) CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 230. México, 1967.

(17) IGNACIO VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano. p. 309. México, 1960.

no lo quiere, él abriga las esperanza de que no se produzca, en este sentido se pronuncian autores como, Mezger, Cuello Calón, Ignacio Villalobos, etc.

b) CULPA INCONSCIENTE SIN PREVISION O SIN REPRESENTACION; es aquella en que no se prevé un resultado previsible; la presente forma se divide en; culpa lata, que consiste en que cualquier sujeto se puede percatar del resultado, o sea previsto, culpa leve, solamente alguien con cierto cuidado puede prevenir el resultado y culpa levisima que es aquella en las que sólo se pueden encarar los individuos de mucho cuidado.

LA CULPA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.— El art. 8 dice; que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia, entendiendo por imprudencia en el párrafo final del ordenamiento, toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado sin causar igual daño que un delito intencional; el artículo no escapa a críticas, como la del Maestro Porte Petit; diciendo que indebidamente denomina imprudencia, como sinónimo de culpa, a pesar de ser aquélla sólo una especie de ésta, hablar de daño es desconocer que no son solamente estos delitos los que existen sino además los hay de peligro y de lesión; igualmente se le critica en razón de que, si definió a la culpa debió hacer otro tanto con el dolo, o mejor no definir a ninguna de las dos formas.

#### JURISPRUDENCIA SOBRE LA CULPA:

a) Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente lo incumbe y puede prever, la aparición del resultado lesivo.

b) La esencia de la culpa radica, en la no previsión de un resultado previsible, o bien, en los términos en que la define la ley sustantiva penal, dando una certera interpretación de lo que es imprudencia, en la falta de reflexión o de cuidado.

c) La culpabilidad, es una modalidad culposa, consiste esencialmente en la no previsión de un resultado previsible o bien,

en los términos que la define la ley sustantiva penal, dando una certera interpretación de lo que es imprudencia, en la falta de reflexión y de cuidado. (18).

#### IV.—LA CULPABILIDAD EN EL DELITO ESTUDIO.

Para hablar de la culpabilidad en el delito de Fraude de Disposición Indebida, regulado en la fracción II. del artículo 387 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales es necesario señalar que, nos encontramos dentro del aspecto subjetivo del delito, como tal hablaremos de la imputabilidad y de sus aspectos o formas negativas, ya que en el Fraude constituye un requisito esencial para la existencia de la culpabilidad.

Ya que no sería posible que un delincuente cometiera una conducta considerada como fraude sin la capacidad mental exigida por la ley penal, o que produjera un mal que le imposibilite querer el resultado, de su comportamiento ilícito o la producción del daño patrimonial.

Así la frac. II del artículo 387; no señala calidad en el sujeto activo del delito, quién debe ser plenamente capaz para responder ante el poder público de su actuar, una vez cometido el delito conscientemente; es decir el sujeto activo tiene plena conciencia de su ilicitud y actúa en forma voluntaria para llegar al resultado que se ha propuesto de antemano.

Por tanto existe en el agente una mayor audacia y peligrosidad para poder engañar y con ello viciar la voluntad del sujeto pasivo para que se produzca la disposición patrimonial deseada.

Podemos apuntar que en el delito estudio aunque muy relativo, pero si se puede presentar, el trastorno mental transitorio como caso de inimputabilidad.

Culpabilidad según la doctrina es; el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, se adopta apropiadamente

- (18) a) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. T. CXIII. p. 1130.  
b) idem. T. CXVI. p. 1154.  
c) idem. T. CXIV. p. 699-700.

para la conducta dolosa existente en el delito de fraude de disposición indebida, ya que es indispensable para la existencia del citado delito; opinión generalizada por los maestros de nuestra Facultad.

En el caso que nos ocupa de Fraude de Disposición Indebida, no rige la presunción del dolo a que se refiere el artículo 9 del Código Penal, ya que el artículo exige expresamente: "con conocimiento de que no se tiene derecho para disponer de ella"; así vemos que el dolo es elemento del tipo y como característica debe haber una enajenación, pero está debe entenderse por la variación total o modificación del régimen legal de la cosa.

Diremos además que la culpabilidad presenta aspectos diversos o interesantes, pues se requiere necesariamente el despliegue de una actividad consciente y voluntaria tendiente a provocar un engaño o disposición patrimonial para obtener un provecho o lucro injusto.

En el delito encontramos al DOLO ya que es anterior a la enajenación del hecho fraudulento o sea que por medio del engaño del agente y la entrega de la cosa en perjuicio del sujeto pasivo (esto en cuanto al elemento objetivo del delito), sino que además de la obtención de la cosa para su disminución a sabiendas de que no tiene derecho para disponer de ella, alcanza un lucro indebido, que constituye el elemento subjetivo; ya sea por la recepción del precio, el alquiler o la cantidad en que la gravó o sea que el aspecto subjetivo es lo que constituye el dolo.

Resumiendo; existe el dolo en el tipo a estudio, cuando el agente representa el resultado o sea hacerse ilícitamente de una cosa y obtener un lucro indebido teniendo consciencia de su ilicitud y actúa en forma voluntaria para llegar a ella.

En el delito encontramos las siguientes formas de dolo:

1.—Dolo Genérico, cuando consiste en la voluntariedad del hecho que la constituye, a través de los medios para lograr el delito.

2.—Dolo Específico, consistente en el ánimo de lucro, ya sea el ánimo del fin del lucro propio o ajeno; aquí encontramos, que no comete fraude por no existir el dolo específico correspondien-

te al que trama el fraude no con ánimo de lucro sino con otro fin como puede ser el caso, en que para evitarse un daño se hace la disposición indebida.

3.—De acuerdo con las especies de dolo que cita el Maestro Castellanos Tena, será dolo directo en cuanto el resultado coincide con el propósito del agente, o sea que la obtención y disposición de la cosa coincide con el propósito o caminos elegidos por el agente para lograr lo primero.

Existe el caso de que si el sujeto ignora que no tiene derecho sobre la cosa que ha enajenado, arrendado, empeñado etc. y no ha recibido el precio o parte de él, indudablemente no se señalará la presencia del delito de fraude específico de la frac. II del art. 387.

#### V.—LA INCULPABILIDAD.

Debemos señalar que en cuanto a esta forma; se entiende lo contrario o lo negativo de la culpabilidad, el maestro Jiménez de Asúa expresa: "que esta forma consiste en la absolución del sujeto en un juicio de reproche" (19).

Luis Fernández Doblado; señala que, representa el examen último del aspecto negativo del delito, señalando que sólo podrá obrar en favor del comportamiento de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en el externo una justificación, ni en lo interno una inimputabilidad" (20).

El Mtro. Castellanos Tena dice; que lo cierto es que la inculpabilidad; al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, conocimiento y voluntad; así toda causa eliminatória de alguno o de ambos debe considerarse como causa de inculpabilidad (21).

Las causas de inculpabilidad anotadas por los autores son: a) el error esencial de hecho y sus especies de existentes putativas y b) la no exigibilidad de otra conducta.

(19) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 418 2a. Ed. Argentina.

(20) LUIS FERNANDEZ DOBLADO. Culpabilidad y Error. p. 24.

(21) CASTELLANOS TENA. Lincamientos de Derecho Penal. p. 235.

a) **EL ERROR.**—Es el vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en realidad, aceptando otro concepto diremos que el error es; el conocimiento inexacto, el concepto equivocado, falta de adecuación entre la realidad y lo que el sujeto cree que es la realidad.

Podemos distinguir entre error de hecho y de derecho, el error de derecho no produce efectos eximentes, ya que la equivocación del concepto de significación de la ley no justifica, no autoriza su violación, a virtud de que “la ignorancia de las leyes a nadie beneficia” principio casi universal apoyado en la falsa presunción del conocimiento del derecho.

La legislación no menciona el error de derecho, sólo establece una presunción de intencionalidad que no se destruirá aunque el acusado pruebe que, creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla esta enunciación demuestra que no se está ante el error de derecho y que al caer el sujeto en la injusticia de la ley o la moralidad de su violación, ya conocía la ley y así pretendía violarla (el art. que establece la presunción es el art. 9).

La frac. IV, del propio artículo establece igual presunción aunque el acusador pruebe; “que creía que era legítimo el fin que se propuso”, igualmente se aplica lo anterior por un previo conocimiento de la ley.

**ERROR DE HECHO;** se encuentra en la forma de **ERROR ESENCIAL Y ACCIDENTAL;** dentro del Error Esencial señala **Porte Petit**, que para tener efectos eximente debe ser invencible, de lo contrario deja subsistente la culpa (22). En la forma de error esencial, encontramos que el sujeto actúa antijurídicamente creyendo obrar conforme a derecho, por tanto hay un desconocimiento de la antijuricidad de la conducta.

**ERROR ACCIDENTAL;** no recae sobre circunstancias esenciales de hecho sino secundarias, dividiéndose en **ERROR DE GOLPE;** se presenta cuando el resultado no es precisamente el querido pero a él equivale; **ERROR EN LA PERSONA,** es cuando

(22) **PORTE PETIT.** Importancia de la Dogmática. p. 52.

el error versa sobre la persona objeto del delito, y **ERROR EN EL DELITO** presentándose si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

El Código Penal, en cuanto al error únicamente se refiere al error de hecho en los casos de las fracciones V y VI art. 9. La primera declara como excluyente de responsabilidad, al ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido; si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar, hipótesis que se presenta por ejemplo, en el caso de resistencia a un agente de la autoridad ignorando su carácter o sea que nos encontramos en un error sobre la persona.

Apesar de que la ley sólo trata estas dos fracciones es posible la presencia de situaciones de error de hecho que pueden funcionar sin regulación expresa de la ley.

En cuanto a las **EXIMENTES PUTATIVAS** como error esencial de hecho Castellanos Tena dice que, se entiende por tales: "Las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida lícita), sin serlo" (23).

El autor argentino Sebastian Soler al tratar el tema; dice que el error será esencial, cuando se crea estar en la situación justificada, en tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho integrantes de la figura, pero se determinan porque además erróneamente cree que existen otras circunstancias que lo autorizan, obligan en efecto a proceder y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta de tales casos siendo las justificantes putativas (24).

Las eximentes putativas serán: Defensa Putativa, Estado de Necesidad Putativo, Ejercicio de un Derecho Putativo, y Cumplimiento de un Deber Putativo.

(23) LINEAMIENTOS DE DERECHO PENAL. p. 242.

(24) SEBASTIAN SOLER. Derecho Penal Argentino. p. 89.

b) LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA; como segunda forma de inculpabilidad, para algunos autores es una forma de inculpabilidad y se presenta cuando el sujeto realiza una conducta, típicamente antijurídica y en condiciones tales que se considera inexistente la posibilidad de optar por otra conducta; podemos decir que son tres los casos en que se presenta esta forma de inculpabilidad; 1) Temor Fundado, 2) Estado de Necesidad tratándose de bienes de la misma identidad, y 3) Encubrimiento entre parientes; éstas tres formas de la no exigibilidad de otra conducta se finca frente a un conflicto de valores y se resuelve sacrificando un bien para salvar a otro.

La Inculpabilidad en el delito estudio; se presenta:

1.—Por error esencial invencible, ya que se impide el nacimiento del dolo, al faltar un elemento psicológico, así el hecho objetivamente antijurídico no es culpable.

2.—La no exigibilidad de otra conducta; se dice que es difícil su aceptación o negación de su funcionamiento, pero puede colocarse en el encubrimiento entre parientes.

## VI.—COMENTARIOS.

La culpabilidad es el aspecto subjetivo del delito, o sea que ya nos encontramos en el soporte básico para que el juzgador pueda darle la sanción a quién se hace acreedor de tal, o sea que el sujeto activo del delito es el merecedor de la pena.

Ya que la penalidad dependerá de la forma en que el citado agente actúa, en cualquiera de las dos formas de la culpabilidad, dolosa o culposamente, más en el delito a que se refiere la fracción segunda del art. 387; sólo se da en forma dolosa, ya que el dolo es elemento integrante del tipo.

Como elementos de la culpabilidad de acuerdo a la Teoría del Normativismo tendremos:

I.—Imputabilidad.

II.—Las formas de culpabilidad; que constituyen las referencias psíquicas entre la conducta o hecho del autor.

### III.—La ausencia de causas que excluyen a la culpabilidad.

I.—La Imputabilidad; así al encontrar el elemento subjetivo del delito, la imputabilidad (presupuesto de la Culpabilidad), quiere decir que para que un individuo sea culpable, necesariamente debe ser imputable para que conozca la ilicitud de su hacer, y el querer realizarlo o sea que mediante la capacidad de obrar en Derecho Penal, se hace acreedor a la sanción correspondiente ya que el sujeto activo del delito es un ser responsable; por tanto la imputabilidad es el soporte básico y esencialismo de la culpabilidad.

II.—Formas de culpabilidad; éstas serán siempre dos, la Culpa, cuando por un olvido de las precauciones indispensables exigidas para la vida en sociedad; Dolo, cuando la ejecución o actividad del delincuente lleva determinada intención delictuosa; en el delito estudio sólo se presenta la segunda forma.

Es necesario anotar que algunos autores dentro de la Doctrina Penal Mexicana, señalan como Tercera Forma de Culpabilidad a la Preterintencionalidad o Ultraintencionalidad con exceso en el fin que se regula en la fracción segunda del artículo 9; esto sólo es doctrinariamente, ya que sólo admitimos las dos primeras formas para efectos formalistas de nuestro ordenamiento penal.

Por tanto al comentar que sólo se presenta el dolo, en el delito de Fraude de Disposición Indebida, diremos que no es posible concebir a un delincuente que cometa el delito sin carecer de los requisitos impuestos por el presupuesto (imputabilidad), o sea que el sujeto activo del delito de la fracción Segunda del art. 387, debe ser plenamente capaz para responder ante el poder público de sus actos.

Así el tipo nos señala que, hace la disposición "con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella" o sea que el sujeto al amoldarse al tipo, lo único que lo caracteriza es la enajenación que logra por la variación o modificación del régimen legal de la cosa; a la vez el dolo se presenta en forma genérica, específica y directa.

III.—La ausencia de causas que excluyen a la culpabilidad; al presentarse alguna de las causas a que hacemos referencia ya no se configura el delito, como formas que excluyen al delito tenemos a: a) el error esencial de hecho y sus especies de eximentes putativas, b) no exigibilidad de otra conducta.

En el delito estudio se pueden presentar; el error esencial invensible y la no exigibilidad de otra conducta.

## CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

I.—Al hacer un estudio Jurídico Substancial, necesariamente debemos referirnos a los elementos del delito en general y en particular de acuerdo a la Teoría del Delito adoptada, tanto en su aspecto positivo como negativo; através del presente estudio elaboro los siguientes conceptos sobre:

- a) Tipicidad; siendo la adecuación de una conducta al tipo penal o la conducta que realiza el sujeto activo que se amolda a la descripción legal formulada en la hipótesis legislativa.
- b) Antijuricidad; es la conducta que viola la norma jurídica subsumida en el tipo penal (previamente establecido como tal), sin concurrir una causa de justificación.
- c) Culpabilidad; como el reproche que hace el Estado por medio de su Derecho Positivo, al aspecto interno de la conducta típica y antijurídica.

II.—El Código Penal en su artículo 387 establece una enumeración de casos específicos de Fraude, incluyendo a los espurios; estos casos específicos de Fraude, han sido combatidos por algunos autores que los consideran innecesarios, pero a mí parecer es necesaria esta reglamentación, ya que siempre hay algo dentro del tipo que los diferencia del Fraude Genérico y que no solamente se agota en la fórmula general, como en el caso concreto de Fraude de Disposición Indebida, tema del presente estudio en el cual encontramos que el

dolo es elemento integrante del tipo, donde la disposición que logra el agente es con conocimiento de que no tiene derecho para tal disposición que se hace del bien, por tanto es necesario seguir con la enumeración de casos específicos y ampliarla más.

III.—El Fraude, se debe estimar como el más complejo de los delitos patrimoniales y como el delito de la vida moderna, así tiende a darse con una mayor frecuencia en el momento actual, a virtud del desarrollo económico; por tanto se debe estudiar más frecuentemente el citado delito a virtud de que los autores no tratan en específico la regulación del art. 387, así es necesario elaborar más tesis de estos casos específicos ya que cada vez el fraude se presenta con mayor peligro y es motivo de intensa alarma social, a virtud de que la astucia del delincuente dificulta la previsión y evitamiento del citado delito.

IV.—El Fraude regulado en la frac. II. del art. 387, es igualmente complejo a virtud de que se presenta el abuso de confianza, por el hecho de disponer o sustraer una cosa al dueño, o bien puede darse el caso del que no cumple con sus obligaciones, el que tiene ciertos cargos; como son los depositarios judiciales e igualmente se ha equiparado al delito de robo que puede cometerse en perjuicio del dueño de la cosa; ya que aquí podría presentarse una relación entre dos tipos penales; cuando el agente después de efectuar una determinada conducta que encuadrará en un tipo (robo), realiza para obtener el fin que se propuso otros actos posteriores subsumibles en distinto tipo penal (fraude estudio), lo que debemos tener en cuenta es el engaño que hace el sujeto activo del delito para conseguir el fin que se propuso para que estemos en presencia del delito de fraude.

V.—Es necesario dar mayor protección al que puede ser sujeto pasivo del delito, a virtud de los manejos intelectuales o maquinaciones artificiosas que hace el agente sobre su presunta víctima, por la evolución que ha sufrido el delito a través del tiempo, en el cual el delincuente ha evolucionado.

do sus procedimientos y cada vez es con mayor audacia por tanto es necesario que:

La penalidad impuesta en el delito de fraude de disposición indebida, a mí parecer es muy baja, ya que como se señaló anteriormente, el delito se propaga cada vez más y siempre va contra el patrimonio a virtud de esto, debe reformarse la ley penal para aumentar la penalidad, para así poder frenar un poco la comisión del delito a estudio, porque es posible que al tener conocimiento los delincuentes de que hay un riesgo mayor por la penalidad más severa posiblemente no se cometa tan frecuentemente o en su caso como un beneficio para el agente darle oportunidad de un resarcimiento del daño causado y así tanto se protege a la víctima como al agente.

## ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO A ESTUDIO

### I.—ASPECTO POSITIVO.

**CONDUCTA:** Es la provocación de un acto de disposición patrimonial por medio del resultado, que es un engaño o aprovechamiento del error, o sea que sólo se da mediante la forma de acción.

a) Conducta:

- 1) Requiere un engaño.
- 2) Un aprovechamiento del error, éste como presupuesto material del hecho.

b) Resultado:

- 1) Material, es el acto de disposición patrimonial o el hacerse de la cosa.
- 2) Jurídico, es la lesión patrimonial o lucro.

c) Nexo Causal:

Une al engaño con el acto de disposición patrimonial siendo de naturaleza psicológica.

d) Clasificación del delito en orden a la conducta.

a') Por la Conducta es un delito de:  
acción.  
unisubsistente o plurisubsistente.

b') Por el resultado es un delito:

Instantáneo  
material

c') Por el daño es un delito de:  
lesión.

**TIPICIDAD:** Es la adecuación de la conducta a la fracción II del artículo 387.

Se presentan los elementos:

Elemento Objetivo; es el engaño.

Elemento Normativo; hacerse ilícitamente de una cosa para disponer de ella teniendo conocimiento de que no se puede disponer.

Elemento Subjetivo; ánimo de lucro.

Clasificación en orden al tipo.

- A) Tipo Anormal
- B) Tipo Especial
- C) Tipo Autónomo o Independiente
- D) Tipo de Formulación Casuística
- E) Tipo de Daño
- F) Tipo Simple.

En Cuanto a la calidad de los sujetos:

Activo; El sujeto es común o indiferente, en cuanto al número es monosubjetivo.

Pasivo; Es común o indiferente aunque en ocasiones se identifica con el que ha sido víctima del engaño.

Objeto Jurídico; es el patrimonio.

**ANTI JURICIDAD.** Cuando siendo el hecho típico no existe una circunstancia impeditiva del nacimiento de la antijuricidad.

**IMPUTABILIDAD.** Es la capacidad de culpa en el sujeto activo.

**CULPABILIDAD.** Artículo 15 fracción II; el dolo es elemento integrante del tipo, presentándose en forma genérico, específico y directo.

**CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.**

Artículos 377 y 378 en relación al 390.

**PUNIBILIDAD.** Artículo 367 frac. II en relación al 386 en su parte referida a las penas.

## II.—ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO.

**CONDUCTA:** No se presenta la ausencia de conducta:

**ATIPICIDAD:**

- 1) Por falta de medios exigidos por la ley.
- 2) Por falta de objeto jurídico.
- 3) Por carencia de los elementos subjetivos del injusto.

**ANTI JURICIDAD** o Causas de Justificación, que operan en el delito.

- 1) Ejercicio de un derecho, cuando no cause lesión patrimonial o a un tercero.
- 2) Estado de necesidad.
- 3) Cumplimiento de un deber.

**INIMPUTABILIDAD:**

- 1) Estado de inconsciencia.
- 2) Miedo Grave.
- 3) La sordomudez.

**INCULPABILIDAD:**

- 1) Error esencial e invencible.

- 2) No exigibilidad de otra conducta; puede colocarse el caso del encubrimiento entre parientes.

#### AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Falta de Querrela en los casos señalados por los artículos 377 y 378 en relación con el artículo 390 del Código Penal.

#### EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Fraude entre ascendientes y descendientes artículo 377 en relación al 390 del Código Penal.

## **BIBLIOGRAFIA**

## BIBLIOGRAFIA

- ARROYO ALBA FRANCISCO      Estudio Sociológico Jurídico sobre el Delito de Fraude. Facultad de Derecho UNAM. 1962.
- ANTOLISEI FRANCESCO      El Análisis del Delito. Trad. de Franco Guzmán Anales de Jurisprudencia. 1950.
- CUELLO CALON EUGENIO      Derecho Penal. Editora Nacional México, 1969.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO      Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México, 1967.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL      Derecho Penal Mexicano T. I y T. II. Antigua Librería Robredo, México, 1955.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL      Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, México, 1971.
- CODIGO PENAL VIGENTE      Para el Distrito y Territorios Federales.
- FRANCO GUZMAN RICARDO      La Subjetividad en la Ilícitud. Editorial Cájica. Puebla, 1959.

- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Editorial Porrúa. México 1968.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS Tratado de Derecho Penal T. III. Editorial Losada. Buenos Aires, 1958
- JIMENEZ HUERTA MARIANO Panorama del Delito. Ed. Imprenta Universitaria. México, 1950
- JIMENEZ HUERTA MARIANO La Tipicidad. Editorial Porrúa. México, 1955.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO La Antijuricidad. Imprenta Universitaria. México, 1952.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO Derecho Penal Mexicano. T. IV. Editorial Antigua Librería Robredo. México, 1963.
- MEZGER EDMUNDO Tratado de Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1967.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO Comentarios de Derecho Penal (parte especial). Editorial Jurídica Mexicana. México, 1964.
- PORTE PETIT CELESTINO La Dogmática Jurídico Penal. México, 1954.

- PORTE PETIT CELESTINO Programa de la Parte General de Derecho Penal. Edición UNAM. 1968.
- PORTE PETIT CELESTINO Apuntes de la Parte general de Derecho Penal. Editorial Jurídico Mexicana México, 1969.
- VILLALOBOS IGNACIO Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1960.
- VILLALOBOS IGNACIO Noción Jurídica del Delito Editorial Jus, México, 1957.
- ARTICULO "Un gran maestro del derecho" Revista Criminalia Año X.
- JURISPRUDENCIA. Semanario Judicial de la Federación, Tomos; CXII, CXIII, CXV, CXVI, CXXI y CXXXI.