



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ARAGÓN"

ESTUDIO DOGAMTICO DEL DELITO DE FRAUDE
EQUIPARADO PREVISTO EN EL ARTICULO 387
FRACCION III DEL CODIGO PENAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LIBORIO MARTINEZ GARCIA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE FRAUDE EQUIPARADO PREVISTO
EN EL ARTICULO 387 FRACCION III DEL CODIGO PENAL

I N D I C E

| | PAG |
|---|-----|
| CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FRAUDE EN LA LEGISLACION MEXICANA | |
| a. Introducción | 1 |
| b. Código Penal de 1871 | 4 |
| c. Código Penal de 1929 | 6 |
| d. Código Penal de 1931 | 8 |
| e. Código Penal Vigente | 10 |
| CAPITULO II. ELEMENTOS DEL DELITO DE FRAUDE EQUIPARADO PREVISTO EN EL ARTICULO 387 FRACCION III DEL CODIGO PENAL | |
| a. Conducta y su ausencia | 13 |
| b. Tipicidad y atipicidad | 27 |
| c. Antijuridicidad y excusas absolutorias | 39 |
| d. Culpabilidad e inculpabilidad | 52 |
| e. Condiciones objetivas de punibilidad | 70 |
| f. Punibilidad | 73 |
| CAPITULO III. FORMAS DE APARICION | |
| a. Inter criminis | 78 |
| b. Participación | 85 |

| | |
|---|----|
| c. Concurso de delitos | 91 |
| d. Diferencias y semejanzas con otros delitos | 96 |

| | |
|--------------|-----|
| CONCLUSIONES | 102 |
|--------------|-----|

| | |
|--------------|-----|
| BIBLIOGRAFIA | 109 |
|--------------|-----|

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FRAUDE EN LA LEGISLACION MEXICANA.

a. Introducción.

Existe en las personas que forman nuestra sociedad, el interés jurídico, en que las relaciones económicas se desarrollen libres de engaños, maquinaciones y artificios que puedan inducir en error y que los errores en que pudieran hallarse uno o varios individuos, no sean aprovechadas por otro con fines de lucro; El presente trabajo, tiene por objeto el Estudio Dogmático del Delito de Fraude, equiparado, -- previsto en la fracción III del artículo 387, del Código Penal vigente, mediante el cual se analizará la hipótesis descrita en dicha fracción, en la cual se encuentra implícito -- el engaño, error, con el objeto de la obtención del lucro a que alude el fraude previsto en el artículo 386 del mismo ordenamiento, considerado por diversos tratadistas como uno de los delitos mas peligrosos, no por el daño físico a que se expone el sujeto pasivo, sino por el daño patrimonial que se le causa, ya que toda idea de violencia desaparece, sustituida por recursos intelectuales, en la cual el sujeto activo -- del ilícito, realiza una actividad positivamente mentirosa -- que hace incurrir en una creencia falsa a la víctima o cuando se aprovecha del error en que ésta se encuentra, con el -- objeto de que el sujeto activo del ilícito pueda obtener un lucro indebido, dándose como consecuencia la disminución del patrimonio de esta última; por tal razón todo artificio, maquiobra o procedimiento para llegar a ese resultado se encua-

dran en la noción general del fraude.

Con el objeto de conocer los antecedentes históricos de este delito, principare por su etimología:

" La palabra fraude, proviene del latín *fraus*, *udis*, *fraudis* que es genitivo de *fraus*, que significa engañar, usurpar, -- despojar, burlar con fraude; *fraudentus*, equivalente a --- fraudulento, engañoso, fingido, falaz, malicioso. Gramaticalmente es engaño o acción contraria a la verdad o rectitud."

(1)

Por lo que hace a su raíz:

" La voz fraude, a estar a su raíz griega, connota quiebra - rompimiento, violación, daño. Se opone a la artesanía o natural articulación de los elementos constitutivos de una cosa; trasladada esta idea al plano del derecho, fácil resulta advertir que toda presencia de fraude, importa un quebrantamiento. Una manifestación de un *quid* que contradice el regular desenvolvimiento de la vida jurídica, sea en las relaciones de sujeto a sujeto, sea frente a la norma objetivamente considerada. Pero no es una transgresión un " contra legema *gere* " franco, abierto. supone el empleo de medios indirectos - arides, falacias, que produzcan apariencias engañosas. Todo fraude con relevancia jurídica supone un dolo o perjuicio - moral o material o por lo menos, la posibilidad de causarlo!"

(2)

Francesco Carrara, señala que los primeros antecedentes de -

1. Diccionario Jurídico Mexicano (D-H), 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1987, pag. 417
2. Golstein Raúl, Diccionario Jurídico, Editorial Bibliográfica Omega, 1a. Edición, Buenos Aires 1962, pag. 77

este delito se remontan hasta la época romana, denominado -- por ellos como:

" Estelionato, derivado del nombre Estelión, animal dotado - de colores indefinibles por su variabilidad a los rayos del sol y que como título delictivo era aplicable a todos aquellos hechos criminosos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctúan entre la falsedad y el hurto, y que, participando de las condiciones de la una y del otro, no son propiamente el uno ni el otro." (3)

Los códigos penales de Alemania, Italia y Suiza, con el objeto de que no escapen a la sanción penal, hechos notoriamente fraudulentos, no previstos por la casuística legal, encuadrarán el delito de fraude, señalando:

El Código Alemán de 1871, considero culpable de este delito: " A quien con la intención de procurarse o procurar a un ter cero una ventaja pecuniaria, ilícita que perjudique al patri monio de otro, provocando o manteniendo un error, sea presen tado como ciertos, hechos, que no lo son, sea deformando o - disimulando los hechos verdaderos." (4)

Por su parte el Código Penal Italiano, señala en su artículo 640 que, se declara culpable del delito en estudio a:

" Quien con artificios o engaños, induce a alguno en error - para obtener para si o para otro un provecho injusto en daño ajeno". (5)

3. Carrara Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, volumen IV, 3a. Edición, Editorial Temis, Bogotá-1974, traducción de Jose J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, pag. 412.
4. Jimenez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, tomo IV- La Tutela Penal del Patrimonio, 5a. Edición, Editorial Porrúa, México 1984, pags. 135 y 136.
5. Idem pag. 136

El Código Penal Suizo, establece que comete el expresado delito:

" El que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, astutamente haya inducido en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladoras de hechos verdaderos; o haya explotado el error en que esta se hallaba, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de una tercera persona." (6)

En cuanto a la reglamentación de este delito, en nuestra legislación, señalaremos lo preceptuado en los Códigos Penales de 1871, 1929, 1831 y el vigente.

b. Código Penal de 1871.

Por lo que respecta a esta reglamentación, Francisco González de la Vega, señala que se estableció una sola definición general para encuadrar todos aquellos delitos de fraude cometidos contra la propiedad, en su artículo 413, bajo los siguientes términos:

" Hay fraude: siempre que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquel." (7)

El ordenamiento en estudio, señala en su artículo 415 que: -

" El estafador, sufrirá las mismas penas, que atendidas sus-

6. Idem pag. 136.

7. González de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano, -- Los Delitos, 20a. Edición, Editorial Porrús, México 1985- pag. 246.

" circunstancias y las del caso, se le impondría la pena de robo sin violencia." (8)

El artículo 416 del Código Penal en cuestión, señalo:

" También se impondrá la pena de robo sin violencia en los mismos términos que dice el artículo anterior: (artículo -- 415).

IV. Al que defraude a alguno una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta, o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarlas." (9)

Partiendo del estudio de fraude genérico, previsto en el artículo 413 del Código en estudio, el cual equiparado al robo sin violencia señalado en la fracción IV del artículo 416, - en ambos se encuentran implícitos, el engaño, el error, los cuales son los elementos esenciales del delito en estudio, - existiendo una relación de causalidad entre el primer y segundo elemento, dándose como consecuencia la obtención del lucro indebido.

Mariano Jiménez Huerta, al respecto manifiesta que:

" Lo que constituye, en verdad, la esencia del delito, es el engaño de que se vale el sujeto activo para hacerse, en perjuicio de otro, de un objeto de ajena pertenencia." (10)

Y agrega:

" La verdadera esencia antijurídica del delito de fraude, ra

8. Zamora Pierce Jesus, El Fraude en el Derecho Positivo Mexicano; en la Jurisprudencia y en la Doctrina, México --- 1961, pag. 99.

9. Idem pag. 100

10. Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., pag. 134

" dica en: los engaños, ardides, artificios y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumerguir en un error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial." (11)

Como es de observarse, el sujeto que realice un acto que lleque a ser encuadrable en lo que señala la fracción IV del artículo 416, del código en estudio, no tiene mas finalidad -- que el de perjudicar los intereses de otro, ocasionando con ello una disminución en el patrimonio del sujeto pasivo, obteniendo para sí un lucro indebido, valiéndose de medios como son el engaño, el error, elementos del delito de fraude.

c. Código Penal de 1929.

A diferencia del código penal de 1871, este empleo en su artículo 1151, para señalar los delitos cometidos en contra de la propiedad, el nombre estafa y no fraude, como en la actualidad se le conoce, señalando que:

" Art. 1151.- Hay estafa:

I. Siempre que engañando a uno o aprovechandose del error en que éste se haya, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquel." (12)

En comparación con lo señalado en el artículo 415 del código penal de 1871, el código en cuestión, en su artículo 1153, - establece que:

" Art. 1153.- Al estafador, se le aplicará la sanción que atendidas sus circunstancias y las del caso, se le impondría si hubiera cometido un robo sin violencia, aumentada en una-tercia parte." (13)

11. Jimenez Huerta, Mariano, op. cit., pag. 134

12. Zamora Pierce, Jesus, op. cit., pag. 105

13. Idem, pag. 105

El artículo 1154, del código penal en estudio, señala que:
" Art. 1154.- Se impondrá también la sanción del robo sin --
violencia en los términos que expresa el artículo anterior:--
(artículo 1153)

IV. Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cual----
quier otra cosa, girando a su favor de él, una libranza, una
letra de cambio o un cheque contra una persona supuesta o --
que el girador sabe que no a debido pagarlas, o endosando un
documento a la orden, a cargo de una persona supuesta o que--
el otorgante sabe que no ha de pagarlo." (14)

La única diferencia que se dió en las codificaciones de 1871
así como la de 1929, fué que este último incluye al cheque --
como otro documento más, a través del cual se puede cometer--
el delito de fraude, previsto en la fracción III del artículo
387 del código penal vigente.

Humberto Barrera Domínguez, al respecto, opina que:

" La sola mentira, aún sin el apoyo objetivo que la haga ve--
rosimil, bien puede determinar el consentimiento de una per--
sona ingenua e ignorante, a quien no solo puede la ley penal
negarle la tutela de su patrimonio económico, sino que fren--
te al daño que se le ocasione debe ser más severa, por la ma--
yor peligrosidad que ofrece el delincuente, en este caso." -
(15)

Francesco Carrara, manifiesta en los términos siguientes:

" Es costumbre, sino honesta, por lo menos tolerada en el --
consorcio humano, que todos los que piden dinero en préstamo
os cuentan mil historias de sus infortunios y exageran los -

14. Ib idem, pag. 106

15. Barrera Domínguez, Humberto, Delitos Contra el Patrimo--
nio Económico, Editorial Temis, Bogotá 1963, pag. 213.

" medios de que se valdrán para devolveros esa suma, que en la mayoría de los casos tienen la intención de no devolver." (16)

c. Código Penal de 1931.

La reglamentación de 1931 del código penal, respecto al delito de fraude, siguió un sistema distinto al de las legislaciones de 1871 y 1929, principiando el legislador por definir el delito genérico de fraude, el cual fue llamado estafa en la codificación de 1929, empleando una fórmula bastante semejante a lo descrito en el artículo 386 del código penal vigente, agregando la frase " con perjuicio de aquel."

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

IV. Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo." (17)

Francisco Gonzalez de la Vega, al respecto señala:

" El tipo de delito clasificado en la fracción IV del artículo 386, es tutelador:

a. De la seguridad en los títulos de crédito, a efecto de -- que su beneficiario no resulte defraudado. Los documentos a la vista, los recibe como substitutos de pago al contado, a-

16. Carrara Francesco, op. cit., pag. 410

17. Zamora Pierce, Jesus, op. cit., pag. 111

" plazo fijo. Los recibe como garantía privilegiada del pago a la fecha del vencimiento.

b. De la seguridad de la circulación de los títulos destinados a la libre negociación, por simple tradición, cuando son al portador; o por virtud del endoso, cuando son nominativos los terceros adquirentes de los títulos si son simulados o emitidos con malicia, resultan perjudicados en sus intereses. Los títulos nominativos se extienden a la orden, salvo que en ellos se consigne " no a la orden " " no negociable." (18)

Así mismo agrega:

" Son elementos del delito:

1. Otorgamiento o endoso de un documento nominativo, a la orden o al portador.
2. Hacerlo contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagar.
3. Obtener, mediante el otorgamiento o endoso, una cantidad de dinero o cualquier otro lucro." (19)

Examinando las constitutivas, del fraude, señalado en la --- fracción III del artículo 386, del código penal en estudio, - el tratadista Francisco Gonzalez de la Vega, manifiesta:

" a. Un engaño o aprovechamiento del error cometido por el sujeto activo de la infracción.

b. Que éste se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido.

c. Relación de causalidad entre la primera constitutiva y la segunda, o sea que el elemento, hacerse de la cosa o al-

18. Cit. Post. De P. Moreno, Antonio, Curso de Derecho Penal Mexicano, Delitos en Particular, Editorial Jus, México - 1944, pags. 104 y 105.

19. Idem, pag. 105

" cansar un lucro, sea consecuencia del engaño empleado por el sujeto activo o del aprovechamiento que se hace del error en que se encuentra la víctima." (20)

d. Código Penal Vigente.

La legislación penal vigente, establece en su artículo 386 - que:

" Art. 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechandose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido." -- (21)

Por lo que respecta a la fracción III del artículo 387, señala:

" Art. 387.- Las mismas penas señaladas en el artículo anterior (386), se impondrán:

III. Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle." (22)

Como se observa, el código penal vigente, al igual que el de 1931, establecen " otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle ", no especificando como las legislaciones an-

20. Gonzalez de la Vega, Francisco, Fraudes Derecho Penal, - El Artículo 386 fracción I del Código Penal, Instituto - de Ciencias Penales, Criminalia Año II.
21. Leyes y Codigos de México, Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, artículo 386, Mexico 1990.
22. Idem, pag. 127.

teriores de 1871 y 1929, cuáles son los documentos nominativos: Por tal motivo, nos avocaremos a lo que señala la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 23, que a la letra dice:

" Art. 23.- Son documentos nominativos los expedidos a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto del mismo documento." (23)

Refiriéndose la citada ley, respecto de cuales son los documentos nominativos, establece en su artículo 25 que:

" Art. 25.- Los títulos nominativos se entenderán extendidos a la orden, salvo inserción en su texto o en el endoso de -- las cláusulas " NO A LA ORDEN " o " NO NEGOCIABLE "." (24)

En cuanto a lo que establece el código penal en la fracción-III del artículo 387, respecto de la transmisión de los documentos nominativos, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 26, establece:

" Art. 26.- Los títulos nominativos serán transmisibles por endoso y entrega del título mismo, sin perjuicio de que puedan transmitirse por cualquier otro medio legal." (25)

Raúl Cervantes Ahumada, al referirse que documentos son considerados como nominativos, señala:

" Son títulos nominativos o típicos los que se encuentran reglamentados en forma expresa en la ley, como la letra de cambio, el pagaré, el cheque, etc." (26)

Tomando en cuenta lo señalado por el tratadista Cervantes --

23. Leyes y Códigos de México, Código de Comercio y Leyes Complementarias, Ley de Título y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, 50a. Edición, México 1988, pag. 234.
24. Idem, pag. 235
25. Idem, pag. 235
26. Cervantes Ahumada Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito-4a. Edición, Editorial Herrero, México 1964, pag. 2/

Ahumada, que los documentos nominativos a que se refiere la fracción III, del artículo 387 del código penal, pueden ser susceptibles de que a través de ellos se cometa el delito de fraude, siendo estos los más conocidos, la letra de cambio, el pagaré y el cheque.

En razón de que los mencionados documentos también son extendidos a la orden, como lo señala Cervantes Ahumada Raúl:

" Son títulos a la orden, aquellos que estando expedidos a favor de una determinada persona, se transmiten por medio de endoso y de la entrega misma del documento." (27)

Por lo que hace a los títulos al portador, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 69, establece:

" Art. 69.- Son títulos al portador los que no están expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la cláusula " al portador." (28)

27. Ib idem, pag. 27

28. Código de Comercio, op. cit., pag. 248.

CAPITULO II

II. ELEMENTOS DEL DELITO DE FRAUDE EQUIPARADO, PREVISTO EN LA FRACCION III DEL ARTICULO 387 DEL CODIGO PENAL.

a. Conducta y su ausencia.

Dentro del Derecho Penal, la conducta analizada, es considerada como elemento esencial que estructura al delito y que contribuye con los demás elementos constitutivos a integrarlo siendo la conducta el primer elemento del delito.

Diversas son las acepciones que se utilizan para hacer referencia al primer elemento que estructuran el delito, por tal motivo es preciso aclarar, que dicho elemento se mencionará - como conducta, término adecuado para abarcar tanto la acción y omisión; así mismo es pertinente señalar también que los diversos tratadistas consultados en la elaboración del presente trabajo no concuerdan en llamarle conducta, algunos acción otros acto, hecho, etc., por tal motivo, según sea el tratadista en cuestión se mencionará el elemento como es considerado por el mismo.

Con el objeto de entender que es la conducta, principiaremos por dar su concepto.

El profesor Celestino Porte Petit, considera:

" La conducta consiste en un hacer voluntario en un no hacer-voluntario o no voluntario." (29)

Por su parte el tratadista Rafael Marquez Piñero, señala:

29. Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I, Duodécima Edición, Editorial Porrúa, - México 1989, pag. 295

" La acción en sentido amplio, consiste en la conducta o actuación exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado." (30)

Mariano Jiménez Huerta, expresa que la conducta es:

" Un comportamiento humano, en tanto es trascendente para el derecho penal en cuanto plasma en una conducta, que deja su impronta en el mundo exterior." (31)

Eugenio Cuello Calón, manifiesta:

" La acción en amplio sentido, consiste en la conducta exterior voluntaria, encaminada a la producción de un resultado." (32)

El célebre profesor Fernando Castellanos Tena, dice:

" La conducta, es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito." (33)

El tratadista Ranieri, citado por Pavón Vasconcelos, estima:

" Por conducta debe entenderse, el modo en que se comporta el hombre dando expresión a su voluntad." (34)

y agrega:

" La conducta consiste en el peculiar comportamiento, de un hombre, que se traduce en una actividad o inactividad voluntaria." (35)

20. Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal Parte General, 1a. Edición, Editorial Trillas, México 1986, pag. 155
31. Jiménez Huerta, Mariano, Panorama del Delito, Sin Edición, Imprenta Universitaria, México 1950, pag.8
32. Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal Tomo I. 9a. Edición Editorial Nacional, México, 1961, pag. 293
33. Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 15a. Edición, Editorial Porrúa, México -- 1985, pag. 149
34. Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 7a. Edición, Editorial Porrúa, México 1985, pag. 146
35. Idem.

" Consiste en una actividad o movimiento corporal, o bien en una inactividad, una abstención, un no hacer, tienen íntima-conexión con un factor de carácter psíquico, que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada." (36)

Por su parte Jiménez de Asua, sostiene:

" La acción, es la manifestación de voluntad mediante acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior." (37)

Francisco Antolisei, considera como conducta del hombre:

" La manifestación de su personalidad, no solo el movimiento corporal que produce determinados efectos en el mundo exterior, sino también el no cumplimiento de una acción que se esperaba del hombre." (38)

Y agrega:

" Si, es indudable que en todo delito se encuentra un elemento físico o material, es igualmente indudable que la acción-humana concurre sobre todo a formar el mismo elemento, sin la acción - entendida en el sentido más amplio - de un hombre, ningún delito puede existir." (39)

El tratadista López Gallo, por su parte señala:

" La conducta es una actividad voluntaria o una inactividad (o no voluntaria en los delitos por olvido), que produce - un resultado con violación de:

36. Idem.

37. Cit. Post., Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 197

38. Antolisei Francisco, La Acción y el Resultado en el Delito, 1a. Edición castellana, traducido por Jose Luis Perez Hernandez, Mexico 1959, sin nombre de Editorial, --- pag. 27

39. Idem.

1. Una norma prohibitiva, en los delitos comisivos.
2. Una preceptiva en los omisivos.
3. De ambas, en los delitos de comisión por omisión." (40)

Como señaló, en el principio de este capítulo, independientemente de que los autores o tratadistas consultados, no congenien en llamarle de una forma al elemento del delito en cuestión, si están de acuerdo como se aprecia en los diversos -- conceptos señalados, en que, toda conducta es una manifestación de voluntad del hombre, siendo ésta la única que puede tener hoy en día por consecuencia una pena, siempre y cuando dicha conducta presente las características de un tipo particular de delito, señalado en el código penal vigente.

En razón de lo manifestado, se aclara que no toda manifestación de voluntad del hombre, es siempre antijurídica, ya -- que algunos carecen de importancia para todo estudio jurídico, y por ello suele afirmarse, que el acto que interesa en la integración del delito, el acto que puede ser calificado de antijurídico o jurídico, no solo debe ser realización sino exteriorización de la voluntad humana.

La voluntad del hombre, es el elemento con que esencialmente se manifiesta, en el singular acto, la personalidad del sujeto, y esa voluntad del hombre, por esocífica naturaleza --- constantemente se orienta hacia una o varias de las perspectivas que el mundo le presenta, y cuando se apropia de alguna o varias de ellas, las convierte en fines o propósitos; -

40. Cit. Post. Favon Vasconcelos, Francisco, op. cit., pag. 185.

Ahora bien cuando se intencionan, su intención los hace conducirse, de donde su intención no es mas que su voluntad orientada hacia un fin, siendo su propia voluntad generadora de esa conducta.

La voluntad supone la conciencia y el conocimiento de la conducta a realizar, se obra conscientemente, cuando la decisión y el actuar se funda en el conocimiento del fin propuesto y de los medios empleados. La voluntad o es consciente o no es voluntad, ya que la conducta es una manifestación de voluntad.

Por lo que se refiere a la voluntad del sujeto, el profesor Ignacio Villalobos, manifiesta:

" En el terreno ya de la facultades intelectivas y volitivas el actuar no es sino una realización o puesto en práctica de un pensamiento o de un deseo del sujeto; es evidente, por tanto, que las tendencias emotivas, la conciencia y el pensamiento podrán tomar parte en ese actuación, por cuanto al acto que se realiza, debe ser, primero contenido del conocimiento; pero la determinación de actuar, la orden de movimiento; el acto mismo, son funciones inmediata y necesariamente de la voluntad, por ello se dice que todo acto humano es esencialmente una manifestación de voluntad." (41)

La conducta del ser humano, implica una consciente dirección-finalista, ya que el que actúa, siempre debe querer algo, deduciéndose por lo tanto que la conciencia y el conocimiento infiere que la voluntad surja de la conducta a realizar.

41. Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4a. Edición- Editorial Porrúa, México 1983, pag. 232

Mariano Jiménez Huerta, en su obra expresa:

" Una conducta humana es algo mas que un simple proceso exterior del mundo físico; es aquel suceder, animado por la voluntad, enderezado a un fin y sumergido en el universo de valores que integra plenamente la realidad social." (42)

Como es de observarse, dentro de la materia penal, la conducta consiste en un hacer voluntario o un no hacer voluntario o no voluntario, dirigidos a la producción de un resultado material, típico o extratípico.

Por tal motivo la conducta humana reviste dos formas:

- Acción.
- Omisión.

El profesor Fernando Castellanos Tena, al respecto, señala: " Hemos expresado que la conducta (llamada también acto o acción lato sensu), puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir por actos o abstenciones." (43)

Y agrega:

" El acto o acción, estrictu sensu, es todo hecho humano voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación." (44)

En cuanto a la primera forma que reviste la conducta humana el tratadista Miguel Angel Cortés Ibarra, expresa:

" Acción: Consiste en un hacer, en una actividad voluntaria expresada mediante movimientos corporales, con violación a una norma prohibitiva penal." (45)

42. Manorama del Delito, op. cit., pag. 26

43. Lineamientos Elementales, op. cit., pag. 152

44. Idem.

45. Cortés Ibarra Miguel Angel, Derecho Penal, Parte General Cardenas Editor y Distribuidor, 3a. Edición, México 1987 pag. 135.

En el mismo sentido se manifiesta el tratadista Rafael Marquez Piñero, al señalar:

" La acción en sentido estricto, consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales dirigidos a obtener un fin determinado." (46)

Para el profesor Eugenio Cuello Calón:

" La acción (en sentido estricto), consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un fin determinado." (47)

En cuanto a este elemento, Porte Petit, señala:

" La acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios-dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico." (48)

Así mismo la acción consta de 3 elementos, los cuales son:

- Manifestación de voluntad.
- Resultado.
- Relación de causalidad.

Por lo que respecta a la manifestación de voluntad, Rafael - Marquez Piñero, manifiesta:

" Es la actividad externa del hombre." (49)

En cuanto al resultado y la relación de causalidad, el profesor Miguel Angel Cortés Ibarra, señala:

" Resultado, es la lesión o amenaza de lesión del bien o interés protegido por la norma penal violada." (50)

46. Marquez Piñero Rafael, op. cit., pag. 162

47. Cuello Calón Eugenio, op. cit., pag. 293

48. Porte Petit Celestino. op. cit., pag. 234

49. Marquez Piñero Rafael, op. cit., pag. 157

50. Cortés Ibarra Miguel Angel, op. cit., pag. 144

" Relación de causalidad, es la relación que media entre la conducta y el resultado, haciendo posible la atribución material de éste a aquella como su causa." (51)

Como se ha señalado, la conducta humana puede producir un -- cambio en el mundo exterior; anatómico, físico, psíquico o fisiológico o material, debiendo establecerse entre la conducta y el resultado una relación causal, para que aquel le sea atribuible a aquel sujeto realizador de la misma.

Como lo manifiesta en su obra, el tratadista Luis Cousiño:

" Entre la actuación y su efecto debe mediar un vínculo causal que establezca que la modificación habida en el mundo de los fenómenos o su quietud, es una consecuencia del hacer o del no hacer." (52)

" La principal importancia del nexo causal, como lazo que -- une la actuación con el efecto, es la de establecer la participación del sujeto activo en la producción del fenómeno externo. Esta afirmación, naturalística y táctica, sin embargo no tiene ninguna proyección anticipada en orden a una calificación jurídica de autoría en el hecho delictuoso, puesto -- que falta por realizar todo el proceso deontológico del análisis de las demás facetas del delito, es decir, la aseveración de que una persona es actor de un determinado efecto, -- tiene por ahora, un simple valor objetivo y material, no implica afirmar que es además, autor de un determinado delito -- se trata tan solo de la imputación física del que habla -- rra que se traduce en un juicio acusatorio objetivo : Tú -- hiciste está :." (53)

51. Idem, pag. 152

52. Cousiño Mac Iver Luis, Derecho Penal Chileno, Parte General Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1975, pag. 343

53. Idem, pag. 344.

Existen diversas doctrinas, que se refieren a la causalidad--siendo dos de gran importancia:

- Doctrina de la equivalencia de las condiciones o de la --conditio sine qua non.

" Esta teoría considera, que la causa integrada por la concurrencia de todas las condiciones que producen el resultado,--por lo que todas ellas son equivalentes entre sí, es decir,--tienen el mismo valor causal." (54)

Cabe señalar, que para está teoría, todas y cada una de las--condiciones que intervienen para la producción de un resultado, tienen el mismo valor, y en caso de que llegase a faltar una, el resultado desaparece.

- Doctrina de la causalidad adecuada.

" Para está teoría, causa es la conducta humana, que además--de ser requisito imprescindible de un resultado, asume rele--vancia ante la imagen rectora de una figura típica, por im--plicar una forma idónea de producir dicho resultado, habida--cuenta la concreta situación en que el agente actúa." (55)

Mediante el nexo causal, se trata de determinar además de la--relación causal que existe entre la conducta y el resultado, la relación psicológica entre el sujeto y el resultado.

Como acertadamente señala el célebre tratadista Celestino --Porte Petit:

" Para ser un sujeto responsable, no basta el nexo naturalistico, es decir, que exista una relación causal entre la con-

54. Porte Petit Celestino, op, cit., pag. 152

55. Gomez Eusebio, op. cit., pag. 172

" ducta y el resultado, sino que además comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es función de la culpabilidad y constituye un elemento del delito." (56)

Por cuanto a lo que se refiere a la omisión, como el segundo elemento del delito, el célebre profesor Castellanos Tena, - afirma:

" La omisión radica en abstenerse de obrar simplemente en -- una abstención; en dejar de hacer lo que deba ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción." (57)

Para el tratadista Pavon Vasconcelos, la omisión es:

" La conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de está y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión)." (58)

La omisión se divide en dos formas:

1. Omisión simple o propia.
2. Comisión por omisión u omisión impropia.

Al respecto Miguel Angel Cortes Ibarra, señala:

" La omisión simple radica, en una abstención voluntaria, en un no hacer, aquello que se debe ejecutar por así imponerla la ley." (59)

" En los delitos de comisión por omisión u omisión impropia el agente viola una norma prohibitiva, omitiendo realizar la conducta que evitaría la producción de un resultado eminentemente dañoso." (60)

56. Cit. Post. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 157 y 158.

57. Lineamientos Elementales, op. cit., pag. 152

58. Manual de Derecho Penal, op. cit., pag. 137

59. Cortés Ibarra Miguel Angel, op. cit., pag. 137

60. Idem, pag. 138

Así mismo el célebre maestro Porte Petit, categoricamente se ñala:

" 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." (61)

Como puede observarse, en la omisión simple o propia se quebranta una norma dispositiva, jurídico penal, en cambio en la omisión impropia viola una norma prohibitiva de la misma índole penal.

Así mismo en la omisión simple o propia, el resultado es puramente jurídico, no produce un cambio en el mundo, en cambio en la omisión impropia el resultado es de carácter material, perceptible a los sentidos.

Como se deduce la única causa generadora de la conducta del hombre es por tanto su propia voluntad manifestada por un hacer o no hacer, por eso en cuanto actúa forzado por una voluntad ajena o por fuerzas naturales, su proceder no puede ser considerado como conducta.

Al ser movido por una voluntad ajena o detenido por la misma o por las fuerzas de la naturaleza, es un simple objeto, ya no un sujeto, y en el primero de los casos será un objeto--- instrumento porque la idea instrumento que exige una voluntad orientada hacia un fin, cuyo sujeto usa de aquel para --

61. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, op. cit., pag. 140

perseguir su propósito, por esto los objetos forzados por la naturaleza no pueden ser llamados instrumentos, dado que --- ella carece de voluntad y consecuentemente no es capaz de intencionarse.

Si la conducta comprende tanto la acción, como la omisión, - la ausencia o falta de áquella, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias.

Como ha sido señalado, si llegase a faltar uno de los elementos integrantes del delito, esté no se integrara, en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no existe delito.

Una de las causas de ausencia de conducta, es la llamada Vis Absoluta o Fuerza Física Exterior Irresistible; Encuadrada - la situación, la conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es considerada como acción humana, en virtud de que no existe por parte del sujeto, la manifestación de voluntad.

Dentro del sistema penal mexicano, la vis absoluta o fuerza exterior irresistible, es la principal causa para que no se integre el delito, es decir es una excluyente de responsabilidad, ya que elimina un elemento esencial del delito; la -- conducta humana.

Diversos autores, consideran entre otros aspectos negativos-

de la conducta, los siguientes:

1. El sueño.
2. El hipnotismo.
3. El sonambulismo.

Cabe mencionar la existencia de la llamada Vis Maior, la aparece cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad, - como consecuencia de una fuerza física irresistible, subhumana, es decir que provenga de la naturaleza, por tal razón la diferencia que existe entre la Vis Absoluta y la Vis Maior, - radica en que la primera deriva del hombre y la segunda de - la naturaleza.

En relación a la conducta del sujeto activo, está interviene por lo que toca a lo señalado por la fracción III del artículo 387 del código penal, a través de la actitud engañosa del sujeto activo, con el objeto de hacer incurrir en una creencia falsa o aprovecharse del error en que se halla el sujeto pasivo del delito, con el objeto de hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido.

El engaño es una acción falaz, positiva, empleada por el sujeto activo (acción), en cambio el aprovechamiento del --- error en que se halla el sujeto pasivo es una acción negativa, es decir una abstención por parte del sujeto activo (omisión).

Como lo señala el código penal en su artículo 386, que a la letra dice:

" Art. 386.- Comete el delito de fraude, el que engañando a uno o aprovechándose del error en que esté se halla, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido." (62)

Se deduce que el fraude específico que se comete y que es señalado en la fracción III del artículo 387 del código penales mediante la suscripción de títulos nominativos, con el objeto de obtener así una cantidad de dinero, perfeccionándose el ilícito descrito en el artículo 386 del mismo ordenamiento legal citado, en razón de que el sujeto activo con su actitud engañosa logra que el sujeto pasivo le haga entrega de cierta cantidad de dinero, obteniendo como se ha señalado un beneficio o lucro ilícito, explotando el error de la víctima por omitir realizar la conducta que evitaría la producción de un resultado, eminentemente dañoso.

La conducta del sujeto activo, traducida en el engaño, es el medio comisivo del delito, supone necesariamente actividad del agente, convirtiéndose en tal caso, en un medio de acción.

Por lo que se refiere al aprovechamiento del error como medio comisivo, por lo común implica también actividad, comprendiendo ésta, todos los actos (conducta) realizados por el sujeto activo, para reforzar el estado subjetivo, de la víctima, llegando a consistir también una inactividad (omisión), con el único objeto de obtener una cosa o alcanzar un lucro indebido.

El engaño causado al sujeto pasivo o el error aprovechado en

que éste se halla, son el motivo de la obtención del lucro - (dinero); por lo tanto el fraude existirá cuando como resultado del engaño o aprovechamiento del error, el autor logra la entrega de cierta cantidad de dinero, de acuerdo con lo señalado en la fracción III del artículo 387 del código penal vigente.

En cuanto a la ausencia de conducta, el profesor Pavon Vasconcelos, afirma:

"Cualquier situación en que el sujeto actúe sin voluntad no es medio adecuado para llegar a la obtención de la cosa o -- del lucro, puesto que la actitud mentirosa supone plena conciencia de su parte, lo que no ocurre en ninguna de las conjeturadas hipótesis de ausencia de conducta, tales como la Vis Absoluta, Fuerza Mayor, Sueño, Sugestión Hipnótica, de ahí que nosotros negamos que en el fraude pueda presentarse casos que den lugar al aspecto negativo del hecho." (63)

b. Tipicidad y atipicidad.

Dentro de la teoría del delito, se requiere para la existencia del mismo, una conducta o hechos humanos; como fue señalado en el tema correspondiente no toda conducta o hecho humano son considerados como delito, preciso es además que --- sean típicos, antijurídicos y culpables.

Tampoco debe confundirse tipo con tipicidad, ya que el primero es la descripción legislativa que hace el Estado, de determinada actitud que es considerada como delito; la tipicidad es el encuadramiento de la conducta concreta con la descripción legal formulada por el mismo Estado.

63. Pavon Vasconcelos Francisco, Comentarios al Derecho Penal, Parte Especial, 4a. Edición, Editorial Porrúa, México 1977, pag. 152

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito - cuya ausencia impide su configuración y con el objeto de análisis, comenzare por su concepto.

El célebre profesor Fernando Castellanos Tena, expone:

" La tipicidad, es el encuadramiento de una conducta, con la descripción hecha por la ley." (64)

Para el tratadista Miguel Angel Cortés Ibarra, la tipicidad es:

" La adecuación, exacta y plena de la conducta del tipo. Afirmamos que la conducta es típica cuando se superpone o encuadra exactamente a la prevista. La tipicidad exige, para su conformación, un agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto a la descrita abstracta e indeterminante en la ley-penal." (65)

Carranca y Trujillo, expresa:

" La tipicidad señala la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto." (66)

El célebre tratadista Celestino Porte Petit, en su obra expone dos conceptos de tipicidad, diciendo:

" Tipicidad, es solo aquella que se acomoda a la descripción objetiva aunque saturada a veces de referencias, a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que genera

64. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 166

65. Cortés Ibarra Miguel Angel, op. cit., pag. 152

66. Cit. Post. Marquez Piñero Rafael, op. cit., pag. 208

" ralmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida." (67)

" La tipicidad como elemento se da cuando el infractor que no es destinatario, arregla y conforma su conducta con escrupulosa exactitud, a la hipótesis de la ley." (68)

En cuanto a su evolución, cabe señalar que el vocablo tipicidad, toma su esencia del sustantivo tipo, que proviene del latín tipus y que significa simbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia.

La raíz histórica del tipo se encuentra contenida en el concepto de corpus delicti, vertido posteriormente bajo el nombre de TATBESTAND, lenguaje alemán, considerado entonces el hecho del delito, el contenido real, en oposición al puro concepto.

Durante la fase de independencia, la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

Cabe mencionar que la tipicidad y antijuridicidad, son conceptos distintos, el tipo es un elemento de la ley penal. Es ta castiga toda acción típica, antijurídica, aunque no toda acción típica es antijurídica o viceversa, ya que pueden existir hechos que no se sancionen, por no circunscribirse al tipo descrito en la ley.

67. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, op-cit., pag. 470

68. Idem.

Así mismo debe separarse la tipicidad de la culpabilidad, ya que la determinación de la tipicidad de un acto, no reside - en la determinación del dolo, ni de la negligencia, pues el tipo con el que se relaciona la acción cometida, sea dolosa o culposamente, debe tener por necesidad lógica, el mismo -- contenido.

Para Max Ernesto Mayer, la tipicidad, es:

" El primer presupuesto de la pena y estimo que la antijuridicidad es el segundo presupuesto de la misma." (69)

Edmundo Mezger, al respecto, señala:

" Apartado propio, sino incluida en la antijuridicidad, tratada primero como injusto objetivo y posteriormente, como injusto tipificado." (70)

Y prosigue:

" El delito, es acción antijurídica, la decisión de si una - determinada conducta incide en la parcela del derecho penal - resulta de la consideración de que como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es bastante cualquier acción antijurídica sino que es preciso una antijuridicidad especial - tipificada típica; no toda acción antijurídica es punible, - para que esto suceda, es necesario que el derecho penal la - haya descrito previamente en un tipo especial." (71)

Por su parte el profesor Ernesto Mayer, considera que:

" La tipicidad no es una simple descripción, sino que tiene - un valor indiciario de otras características del delito, es-

69. Cit. post. Marquez Piñero Rafael, op. cit., pag. 37

70. Cit. post. Marquez Piñero Rafael, El tipo penal, 1a. Ed. 1958, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México - pag. 37

71. Idem, pag. 38

"pecialmente en cuanto a la antijuridicidad." (72)

Por su parte Celestino Porte Petit, expone:

" La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento objetivo, porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto o ambos (a no ser que el tipo requiera solamente el elemento objetivo) consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo." (73)

En cuanto a los elementos del tipo, el tratadista Miguel Ángel Cortés Ibarra, describe:

" Los elementos de la descripción típica, son los siguientes:

1. Sujeto del delito, es la persona física individual que desarrolla la acción criminal.
2. Modalidades de la conducta, el tipo penal frecuentemente hace referencia a circunstancias de carácter especial, a medios de ejecución, a otro hecho punible, etc., estas son modalidades de la conducta o del hecho descrito.
3. Objeto material, el tipo también alude al objeto material de la conducta, esto es, a la persona, cosa sobre las cuales la acción típica se realiza.
4. Elementos objetivos, también en el tipo se contemplan elementos objetivos perceptibles mediante la simple actividad cognoscitiva.
5. Elementos normativos, si los elementos objetivos son apre

72. Cit. Post., Marquez Pídero Rafael, op. cit., pag. 212

73. Porte Petit Celestino, op. cit., pag. 471

ciados en un simple acto de cognición, los elementos normativos, solo se captan mediante un proceso intelectual, que nos conduce a la valoración del especial concepto.

6. Elementos subjetivos, en esta clase de elementos la conducta del autor únicamente cobra relevancia típica cuando está enderezada en determinado sentido finalista." (74)

La tipicidad como elemento constitutivo del delito, constituye la condición " sine qua non ", para catalogar al hecho como delictivo.

La tipicidad es considerada como la figura que dota una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito, es decir, lo que la ley hace es fijar los tipos delictivos, por consecuencia no hay delito sin tipicidad o sea sin el hecho de -- que la vida real encaje dentro de una de las fórmulas descriptivas de la parte especial de los códigos, donde se definen y se catalogan los delitos.

En cuanto a la clasificación de los tipos, el tratadista Miguel Angel Cortes Ibarra, señala:

- " Los tipos penales se han clasificado fundamentalmente en:
1. Normales y anormales.- Los tipos normales se caracterizan por involucrar elementos puramente objetivos. Los tipos anormales incorporan componentes de índole subjetivo o normativos.
 2. Básicos y especiales.- Es básico cuando sus elementos descriptivos son el fundamento esencial de otros tipos esencia-

74. Cortés Ibarra Miguel Angel, op. cit., pag. 182, 184 y -- 185.

les. Los delitos de infanticidio y parricidio constituyen tipos especiales por tener como fundamento la privación de la vida (homicidio) que es el tipo básico.

3. Complementados y privilegiados.- El tipo básico, sin perder su autonomía, ocasionalmente se agrava en la personalidad por aparecer determinadas circunstancias. Estos son los tipos complementados, como el homicidio con premeditación — alevosía, ventaja y traición.

En otros casos la penalidad del tipo básico es atenuada, entonces tenemos tipos privilegiados, como el homicidio en riña, en duelo por infidelidad conyugal." (75)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto a la tipicidad se refiere a establecido:

" Para que una conducta humana sea punible conforma a 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, que no concurren 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, enmarquen dentro de la definición de un tipo legal penal, como puede ocurrir, por ejemplo tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando este era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuen

75. Ib idem, pags. 185 y 186.

temente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos. La tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado - al tipo que describe la ley penal." (76)

La importancia que reviste la tipicidad, en la constitución del hecho delictivo, radica en que se establece en una forma clara y patente, que no existe delito sin tipicidad, encontrándonos en este caso, frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito; la ausencia de tipicidad o - atipicidad.

La atipicidad, viene a ser desde luego el aspecto negativo - de la tipicidad, el aspecto negativo de la relación conceptual.

La ausencia de tipicidad determina la negación del delito, y por lo tanto, también la irresponsabilidad del sujeto. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta del tipo.

En cuanto al concepto de atipicidad o ausencia de tipo, señale los siguientes:

Jimenez de Asua, considera que existe ausencia de tipo:

" Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elemen-

tos del tipo descrito en el código penal o en leyes penales-especiales. Cuando la ley penal no ha descrito la conducta - que en realidad se nos presenta con característica antijurídica." (77)

El tratadista Ranieri, expone que son causas de exclusión de la tipicidad:

" La ausencia de una norma a la cual referir al hecho y en - caso que la norma exista, la falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal." (78)

Como se determina, si la tipicidad consiste en la adecuación al tipo y este puede contener uno o varios elementos y a falta de alguno de estos, la atipicidad existiera, ya que no --- existe adecuación al mismo, es decir no se integrará al tipo descrito en la norma por la falta de elementos.

También existe atipicidad, si el tipo descrito en la norma - exige mas de un elemento y con la simple inadecuación de uno de los mismos, estaremos en presencia de la ausencia de tipicidad.

La conducta es atípica, cuando no se subsumen plenamente a - la descrita en la ley, por no cumplimentarse los elementos - que el tipo contiene.

77. Cit. Post., Porte Petit Celestino, op. cit., pag. 174

78. Idem

El célebre catedrático, Celestino Porte Petit en cuanto a -- las causas de atipicidad, señala las siguientes:

- " Ausencia de presupuesto de la conducta o el hecho.
- Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.
- Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.
- Ausencia del objeto jurídico.
- Ausencia del objeto material.
- Ausencia de las modalidades de la conducta.
- Ausencia del elemento normativo.
- Ausencia del elemento subjetivo del injusto." (79)

Así mismo el citado profesor, señala cuales son las consecuencias de la atipicidad:

" La no integración del tipo, se da cuando falte alguno de los elementos requeridos por el mismo.

Traslación de un tipo a otro tipo, se da cuando falta la relación exigida por el tipo.

Existencia de un delito imposible, cuando falte el bien jurídico." (80)

En el fraude específico, señalado en la fracción III del artículo 27 del código penal, la tipicidad como elemento del delito, interviene en cuanto a los sujetos señalados, aunque el tipo comprendido no establece calidad especial alguna en los mismos, cualquier persona puede colocarse en el supuesto descrito por la ley, con la excepción que el sujeto activo -

79. Porte Petit Celestino, op. cit., pag. 478

80. Idem

debe ser plenamente capaz, imputable, con el objeto de poder responder ante la autoridad penal competente, del hecho ilícito cometido.

En relación a lo previsto en el artículo 386 del ordenamiento legal antes citado, establece que:

" Art. 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que esté se halla, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido." (81)
Así mismo dicho código, en su artículo 387 fracción III, establece:

" Art. 387.- Las mismas penas se aplicarán:

III. Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle." (82)

De los antes señalado, se desprende, que el sujeto activo es el que engaña o se aprovecha del error, con el objeto de hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido-situación descrita en la fracción III del artículo 387 del código penal, con relación a lo señalado en el artículo 386 del mismo ordenamiento, ya que es intención propia del sujeto activo de adquirir un lucro o cierta cantidad de dinero - otorgando o endosando un documento nominativo, que causará graves problemas al sujeto pasivo, principiando que si dicha cantidad de dinero dado por este, no le es restituida por el sujeto activo en la fecha señalada en el documento extendido (entiendase letra de cambio, pagaré o cheque), se estará -

81. Código penal, op. cit., pag. 127

82. Idem

atentando contra su patrimonio, ya que existiera un detrimento en el mismo, independientemente del engaño que ha sido víctima; aunque exista otra vía judicial, como lo es el cobro a través de la ejecutiva mercantil, el fraude especificado en la fracción III del artículo 387 del código penal, se ha tipificado, en razón de que se da la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.

Como ha sido señalado en la jurisprudencia que a la letra dice:

" FRAUDE, LA EXPEDICION DE UN TITULO DE CREDITO A SABIDORIAS DE QUE NO VA A SER PAGADO CONFIGURA ESE DELITO; INDEPENDIEN- TEMENTE DE LA ACCION CIVIL O MERCANTIL QUE PUEDA SER EJERCIDA PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION.- La circunstancia a que se refiere el artículo 7 de la Ley General de Título y Operaciones de Crédito, relativa a que los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición de " SALVO BUEN COBRO ", y según la cual, no queda liberado de la obligación de pagar el deudor, cuando el documento no se hace efectivo, no es obstáculo para que la conducta adoptada por el quejoso encuadre en la fracción III -- del artículo 387 del código penal. Los efectos civiles o mercantiles producidos cuando se da en pago un título de crédito que no llega a ser cobrado son independientes de los efectos que ese mismo acto produce en la esfera penal, por virtud de conceptuarse tal conducta cómo delito, en un precepto de esa naturaleza. Es indudable que el legislador penal no desconocía que civilmente subsiste la obligación de pagar, cuando un título de crédito no llega a hacerse efectivo, pe-

aún así, sanciona la conducta de referencia, lo cual es explicable, pues resulta manifiesto el dolo de quien en pago - entrega un documento que sabe no se hará efectivo, así como el hecho de que el acreedor resiente, de inmediato, un daño patrimonial al no obtener el pago en el momento y en las condiciones que suponía, en tanto, que su deudor obtiene indebidamente un lucro respectivo." (83)

c. Antijuridicidad y excusas absolutorias.

El orden jurídico, necesario para la constitución y mantenimiento de una sociedad como tal, supone un conjunto de normas de necesidad moral, cuyo quebrantamiento daña o pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la seguridad y el bien común. Estas normas derivadas ya sea de la naturaleza de las cosas o de la naturaleza humana necesita de la convivencia y por ende el respeto mutuo entre los individuos que forman parte de tal sociedad, de la limitación recíproca en los movimientos y en las actividades, para no estorbar o entorpecer la de los demás y de la cooperación que suma los esfuerzos particulares para llegar a lograr el beneficio común de la unión y formar un acervo equitativo de obligaciones y derechos a los que todos los que formamos esta sociedad nos hallamos ligados y de los cuales podemos disfrutar. Por tal razón la violación de esas obligaciones o el ataque de esos derechos, el atentado contra esas normas jurídicas, es lo que tiene como lo señala en su obra el tratadista Ignacio Villalobos, el carácter de antijuridicidad material, porque viola intereses vitales de la organización social, ya que dichos -

83. Amparo Directo 313/74, 31 de enero 1975, Benjamín Barona García, 55 Años de Jurisprudencia Mexicana 1975, 1ª. Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1976, págs. 36 y 37.

intereses constituyen una institución o bien jurídico, por estar protegidos por una organización jurídica, por tal motivo el tratadista mencionado concluye:

" El antijurídico material, o el contenido material de la antijuridicidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos." (34)

El citado autor también considera la existencia de la antijuridicidad formal, expresando que es:

" Aquella que viola el precepto positivo derivado de los órganos del Estado." (35)

Dado que la antijuridicidad es un concepto contrario a la norma y al derecho no resulta fácil proporcionar un concepto ya que no puede entenderse como lo contrario al derecho o lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

Como se ha señalado, la conducta del individuo, además de ser típica, ha de ser antijurídica, esto es, contraria al orden público, para ser considerada como delito.

Como lo señala el célebre tratadista Raul Carranca y Trujillo:

" Para ser incriminable la acción, ha de ser antijurídica, es decir contraria a derecho: La lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración, lesión del orden objetivo del -

34. Villalobos Ignacio, op. cit., pag. 90

35. Idem

del derecho, perturbación de la manifestación de voluntad reconocida y aprobada por el derecho mismo, es lo que da a la antijuridicidad a la acción. Porque una acción es opuesta a ley penal, es antijurídica." (86)

Dentro de los elementos objetivos, se reconoce la existencia de algunos elementos subjetivos de la antijuridicidad, que constituyen esencialmente está, en determinadas conductas, - por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial o contrario al orden jurídico, como es el caso que nos ocupa en el presente trabajo es decir, que en el fraude no tendría valor los actos materiales que lo constituyen, no llevarán la intención de engañar u obtener un lucro indebido.

La antijuridicidad, presenta un carácter eminentemente objetivo no le interesan los elementos finalísticos de la conducta o si está proviene de un incapaz; basta constatar, emitiendo un juicio, que la acción es contraria al orden jurídico.

el tratadista Ignacio Villalobos, al respecto manifiesta: "La valoración de los actos, es netamente objetiva: El homicidio es un cisvalor jurídico o un antijurídico. Por lo tanto, se acertaba la fórmula que deciera que la antijuridicidad es violación de las normas objetivas. Nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto, sea su autor un infante, un hombre maduro y normal o un enajenado, el homicidio es antijurídico." (87)

86. Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano Parte - General, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. Edición, México 1937, pag. 157
87. Villalobos Ignacio, op. cit., pag. 251

La antijuridicidad dentro de la teoría del delito, desempeña un papel, no obstante como lo señala el célebre profesor Celestino Porte Petit, existen diversas tesis al respecto, --- siendo estas:

- " a. La que sostiene que constituye un carácter del delito.
- b. La que sostiene que es un elemento del delito.
- c. La que sostiene que constituye un aspecto del delito.
- d. La que sostiene que es el delito en si." (38)

De las tesis antes descritas, considero que las dos más --- acertadas son las que señalan o consideran, que es un elemento del delito y que es el delito en si, en razón, de que la antijuridicidad es la acción contraria al orden jurídico y - que sin su presencia no existe ilícito alguno.

Como fue señalado, en el principio del estudio de la antijuridicidad, puede ser de dos clases y al respecto el tratadista Rafael Marquez Piñero, señala:

" Formal.- La que está constituida por la conducta a la norma.

Material.- La que esta constituida o integrada por la lesión o peligro para bienes jurídicos." (39)

Actualmente se exigen dos requisitos para la existencia de - la antijuridicidad -se sostiene-, los cuales son adecuación o conformidad a un tipo penal y que la conducta, no esté amparada por una causa de justificación o exclusión del injusto a causa de su licitud.

38. Porte Petit Celestino, op. cit., pag. 431

39. Marquez Piñero Rafael, op. cit., pag. 194

En cuanto a la antijuridicidad material, existen dos corrientes que señalan:

- La antijuridicidad se encuentra esencialmente en el campo o zona jurídica, en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo.
- La antijuridicidad, tiene su esencia fuera del área jurídica o extrajurídica.

En razón de las diferencias existentes, con motivo de la antijuridicidad material, el célebre tratadista Eugenio Cuello-Calón, expone:

"La antijuridicidad, presenta un doble aspecto: un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma y otro material, integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos." (90)

Por su parte el tratadista Ignacio Villalobos, al respecto manifiesta:

"No es preciso pensar por supuesto, que cada especie de la antijuridicidad formal o material, excluya a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de la misma cosa." (91)

Para el célebre catedrático Fernando Castellanos Tena:

"La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial." (92)

90. Cit. post., Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag 485

91. Idem

92. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 178

Por su parte Franz Von Litz, se manifiesta en el siguiente -- sentido:

" El acto sera formalmente antijurídico, cuando implique --- transgresión a una norma establecida por el Estado (oposi--- ción a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signi--- fique contradicción a los intereses colectivos." (93)

Hay que tener presente que el juicio de la antijuridicidad -- comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proce--- so psicológico causal, ya que ello corresponde a la culpabili--- dad. La antijuridicidad es netamente objetiva atiende sólo al acto, a la conducta externa. Así mismo se requiere para afir--- mar que un conducta es antijurídica, necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase mate--- rial y la escala de valores del Estado. Toda conducta es anti--- jurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.

Asi como la antijuridicidad, es la contradicción objetiva de--- los valores estatales, también existe la ausencia de la anti--- juridicidad. Es factible que una conducta típica esté en apa--- rente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica--- por existir una excusa absolutoria o causa de justificación,--- determinando el elemento negativo de la antijuridicidad.

" Las causas de justificación, son aquellas condiciones que - tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica." (94)

93. Cit. post., Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 178

94. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 178

Las excusas absolutorias o causas de justificación, representan el aspecto negativo de la antijuridicidad, ya que la sola presencia de alguna de ellas, impide que se integre el delito, resultando la acción realizada conforme a derecho.

Francisco Antolisei, expone como concepto de excusa absoluta o causa de justificación, el siguiente:

" Es aquella especial situación en la que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impide." (95)

Como las causas de justificación o excusas absolutorias, recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto, las causas de justificación o excusas absolutorias, son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el derecho: --- Existen otras excluyentes llamadas supralegales, y son aquellas que no aparecen expresamente destacadas en la ley.

El Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del mas valioso.

Para el tratadista Edmundo Mezger, la exclusión de la antiju

95. Cit. post., Port= retit Celestino, op. cit., pag. 493

ridicidad se funda:

" En la ausencia de interes, está se presenta cuando en el tipo no se captan los requisitos, por darlos la ley por supuestos.

En función de interes preponderante, en cuanto a este interes, se da cuando existen dos intereses incompatibles al derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor como único recurso para la conservación del preponderante." (96)

Dentro de las causas de justificación o excluyentes de responsabilidad se encuentran las siguientes:

1. Legítima Defensa.
2. Estado de Necesidad.
3. Cumplimiento de un Deber.
4. Ejercicio de un Derecho.
5. Obediencia Jerárquica.
6. Impedimento Legítimo.

En cuanto a la legítima defensa se refiere, esta excusa absoluta, es considerada como la mas importante, ya que es necesaria para rechazar cualquier agresión inminente, actual e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que, la legítima defensa, como causa de justificación, implica --

una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que salvaguarda el interés -- preponderante y aún cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales.

En la legítima defensa, está de por medio siempre un bien -- mas valioso, por eso es jurídico el sacrificio del interés -- que socialmente resulta menor, aún cuando desde puntos de -- vista individuales pudiera parecer igual o mayor.

Celestino Porte Petit, expone el siguiente concepto de legítima defensa, señalando:

" Se puede definir esta causa de justificación, como el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual e inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente." (37)

En cuanto a las causas de justificación o excusas absolutorias, en nuestra legislación, son señaladas en el párrafo -- primero de la fracción III del artículo 15 del código penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

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

III. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la --

defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende." (93)

Por lo que se refiere al estado de necesidad, Castellanos Tena Fernando, sostiene:

" El estado de necesidad, es el peligro actual e inmediato - para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados pertenecientes a otra persona." (99)

El estado de necesidad hace su aparición, cuando se lesiona un bien amparado por la ley, con el fin de salvar un bien mayor o de igual entidad, jurídicamente tutelado o protegido.

Las diferencias existentes entre la legítima defensa y el estado de necesidad son:

1. En la legítima defensa existe agresión y en el estado de necesidad no existe.
2. La legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo u otro ilícito. En el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto de intereses legítimos.

Por lo que se refiere al cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, el código penal señala estas causas de justificación o excusas absolutorias, en la fracción V del -

98. Código Penal, op. cit., pag. 11

99. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 203

artículo 15, diciendo:

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

V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber-jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho." (100)

Por lo que se refiere a la obediencia jerárquica, está surge cuando hay obediencia a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, con la atenuante de que esa circunstancia no es notoria, ni se prueba que el acusado la conocía.

En cuanto al impedimento legítimo, opera cuando el sujeto teniendo la obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colrándose en consecuencia, un tipo penal. El comportamiento es siempre omisivo, emergiendo el principio del interés preponderante; impide la actuación de una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción. El ejemplo de este caso sería, aquel en que el sujeto se niega a declarar, por impedírselo la ley en virtud del secreto profesional.

Con relación a la antijuridicidad, en el tema que nos ocupaseñalaremos que en el delito de fraude específico, descrito en la fracción III del artículo 387 del código penal para el Distrito Federal, en relación con lo descrito por el artícu-

lo 386 del mismo ordenamiento legal citado y en razón de que está implica una transgresión a una norma previamente establecida por el Estado, ya que se comete en virtud del engaño con el objeto de hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indecible. Así mismo la obtención de dinero por virtud del otorgamiento de documentos o títulos nominativos, califican de anti-jurídico el resultado, ya que todo atentado contra el patrimonio es contra derecho.

El objeto que el legislador a perseguido con la creación del delito de fraude específico que no ocupa en el presente trabajo, es el de dar seguridad en la emisión de los títulos de crédito, a efecto de que su tomador no sea defraudado, y en caso de que estos títulos o documentos nominativos a la orden o al portador, como lo señala el artículo 187 en su fracción III del ordenamiento legal citado, se expidieran en forma ficticia, su tomador sufriría una defraudación en su patrimonio y como consecuencia un detrimento en el mismo.

El hecho realizado se considera delictuoso, por integrarse todos los elementos del delito, incluso la anti-juridicidad, porque, el actuar del sujeto no se fundamenta en ninguna causa de justificación.

En cuanto a los elementos del delito se refiere, encontramos los siguientes:

1. El otorgamiento o el endoso, en nombre propio o de otro de un documento nominativo a la orden o al portador.

En esta operación quedan comprendidos los actos de emitir

un título nominativo, ya sea a la orden o al portador.

2. En cuanto al encoso se refiere, está característica es exclusiva de los documentos o títulos nominativos, que viene a ser la constancia escrita inserta en el mismo documento, por la que consta la transferencia del mismo a otra persona.

3. La obtención de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro.

Por lo que al lucro se refiere, son aquellos resultados que dan por consecuencia un enriquecimiento indebido del agente.

Como acertadamente lo señala, el célebre profesor Mariano Jiménez Puerta:

"No existe norma jurídica que permita a nadie lucrarse con la ajena inmoralidad oriunda de ilusorias intenciones, suscitadas y mantenidas con nuestros propios engaños." (101)

El defraudador, aún en el caso en que el sujeto pasivo versa en un acto ilícito, "se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido", "engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla". El quid determinante en la solución del problema es, la actuación del sujeto activo y la valoración que procede hacer sobre la licitud o ilicitud de lo obtenido o alcanzado por su conducta engañosa. Y el daño relevante penalísticamente, no consiste en no haber obtenido - el sujeto pasivo la contraprestación ilícita que se proponía alcanzar, sino haber entregado el dinero.

En síntesis podemos afirmar, con relación a la antijuridici

101. Jiménez Puerta Mariano, *op. cit.*, pag. 173

dad en el fraude, está existe, cuando no se encuentra ampara da por una causa de justificación, está es inherente tanto a la acción como al resultado, por expresa referencia en la -- ley al carácter "injusto" del aprovechamiento obtenido por - virtud del otorgamiento de títulos de crédito ficticios no - pagaderos y así la obtención del dinero o cualquier otro lu- cro.

Por lo que se refiere a las causas de justificación en el -- presente trabajo, no existen ya que la obtención de una can- tidad de dinero o cualquier otro lucro son causas totalmente antijurídicas ya que lesionan el patrimonio ajeno. Suponien- do sin conceder que exista una causa de justificación lo se- ría en el caso de que el acreedor con artificios o trampas - induce al deudor a que le entregue cuanto éste le debe o un- valor equivalente.

d. Culpabilidad e inculpabilidad.

Como ha sido señalado en los temas tratados con anterioridad para que la conducta o acción realizada, por un sujeto, le - sea inculpinable, además de ser antijurídica y típica, debe- da ser culpable, es decir, es preciso que ella dé lugar a -- una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduz- ca en reproche por no haberse producido la conducta de con- formidad con el deber jurídico exigible al autor.

Un sujeto para que sea culpable, es preciso que antes sea -- imputable, que sea inculpinable, que tenga la capacidad de -

entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce, es por eso que la imputabilidad se debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.

Raul Carranca y Trujillo, citado por Castellanos Tena Fernando, expresa:

" Será imputable, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indetermínadamente por la ley para desarrollar su conducta socialmente; todo el que se apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la sociedad humana." (102)

Respecto a la imputabilidad, Fernando Castellanos Tena, manifiesta:

" Es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo." (103)

Y agrega:

" La capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal." (104)

Así mismo, debe considerarse dentro de este tema, la responsabilidad, que es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el acto realizado.

Como hemos mencionado, son imputables quienes tienen desarro

102. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 218

103. Idem

104. Idem

llada la mente y no padecen alguna anomalía que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidas por la ley del estado; pero solo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados -- previa sentencia firme, a responder por él.

La responsabilidad, entonces resulta, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquel obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley de su conducta.

De igual forma la imputabilidad, es una situación psíquica -- en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate.

Por tal razón, la imputabilidad y culpabilidad concurren a -- integrar la responsabilidad penal; declaración jurisdiccional de ser una persona imputable y culpable por una acción o conducta determinada y como consecuencia, sujeto de una pena cierta, es decir juicio valorativo de reproche.

Como se ha determinado, la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal, ahora corresponde a la culpabilidad determinar que la conducta de un sujeto aparte de ser antijurídica y típica deba de ser culpable.

Eugenio Cuello Calon, al respecto manifiesta:

" Se considera culpable la conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debería jurídicamente reprochada." (105)

Como se ha señalado, que la conducta se produce con intervención de las facultades humanas de discernimiento y voluntad esta participación subjetiva del ser humano, para la determinación y ejecución de sus actos, es en lo que radica la culpabilidad, de tal manera que dicho sujeto, ha sido la acusado, no solo material, externa y aparente del acto delictuoso sino a la vez su causa humana psicológica, por haberlo querido y consentido directa o indirectamente, con inteligencia del acto y voluntariedad en la ejecución.

Por tal motivo se considera que la culpabilidad es el nexo psicológico entre el acto y el sujeto, así también como aquello que hace que el acto antijurídico sea reprochable subjetivamente.

Dos son las principales doctrinas, que se ocupan de la naturaleza jurídica de la culpabilidad y son:

1. Teoría Psicológica de la culpabilidad.

Esta teoría, considera que la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, afirmando que la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor.

Así mismo señala dicha teoría, que el estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al

105. Cit. post., Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. -
233

resultado objetivamente delictuoso.

Por lo que se refiere a los elementos señalados, volitivo -- intelectual, el primero indica la suma de dos querer, de la conducta y el resultado; el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, consistiendo la culpabilidad en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado.

Luis Fernandez Doblado, con respecto a la teoría psicológica expone:

" Para la doctrina comentada, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado que es objetivamente delictuoso." (106)

2. Teoría Normativa de la culpabilidad.

Para esta teoría, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche: Una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta, diversa a la realizada.

La esencia del normativismo, consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables -- que en el caso concreto puedan comportarse de acuerdo a lo --

106. Cit. post., Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. - 235

mandado. Así la culpabilidad no nace en ausencia de poder -- comportarse de acuerdo con al exigibilidad normativa, por -- faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio nace de la ponderación de dos términos:

- Por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa, cuyo autor pudo haber evitado, y
- Por la otra un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme a derecho, es decir, el deber ser jurídico no llevado a cabo por el sujeto.

Como lo señala el jurista Aleman Reinhard Maurach:

" Culpabilidad es reprochabilidad, con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochaba al autor el que no ha actuado conforme a derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aún cuando podía comportarse conforme a derecho aún cuando podía decidirse en favor del derecho." (107)

Es preciso señalar, que para la teoría normativista, la culpabilidad, no solo es una simple liga psicológica existente entre el autor y la conducta realizada, ni se debe ver sólo la psiquis del autor, es algo más, es la valoración en un -- juicio de reproche de ese contenido psicológico, por tal razón la culpabilidad es considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto, al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.

En consideración de lo señalado, una conducta, acción o he--

107. Cit. post., Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. - 236

cho será culpable, cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además sería reprochada de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de aquel, motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues ha quebrantado su deber de obedecerla ejecutando un hecho distinto del mandado por aquella. Se reprocha al agente su conducta y se reprueba ésta, porque no ha obrado conforme a su deber.

Es necesario comentar, que tanto para los integrantes de las teorías normativista y psicológica, en el delito no sólo el acto objetivamente considerado, ha de ser contrario a derecho y por supuesto a los valores que las leyes tutelan, sino que es necesario la oposición subjetiva, es decir, que el autor se encuentre también en pugna con el orden jurídico -- siendo a través del desprecio que el sujeto siente por el orden jurídico, por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.

La culpabilidad reviste dos formas, que son:

1. Dolo.
2. Culpa.

La causalidad psicológica, del acto o el producirse éste por el sujeto, en uso de sus facultades mentales, constituye la esencia de la culpabilidad, supuesto ya que se trata de una conducta antijurídica: y en que por lo mismo el dolo y la culpa como las dos maneras en que se produce la relación an-

mica entre el sujeto y su acto, son verdaderas especies del género culpabilidad.

El dolo y la culpa, son las dos maneras en que con mas propiedad la culpabilidad se presenta, con mas amplitud o con mayor decisión, distinguiendo una voluntad directamente encaminada al evento delictuoso; una voluntad indirecta que no se propone tal fin, pero sabe que su acto es capaz de originarlo y así se determina su obrar.

Como ha sido señalado en la Jurisprudencia Mexicana, que al respecto señala:

" CULPA, MODALIDADES DE LA.- La culpabilidad, como elemento esencial, puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa, y está a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa inconsciente sin representación la primera consiste en que el sujeto activo ha considerado como posible la producción del resultado, pero a confiado en que no se produjera; y la segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiera podido prever, aplicando el cuidado que su deber le imponía."(108)

El sujeto activo, dependiendo como encamine su voluntad, ya sea consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley, como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia, son las dos formas en que puede manifestarse la culpabilidad, es decir dolo o culpa.

Se puede cometer un ilícito, mediante una determinada inten-

108. Jurisprudencia Mexicana, 1917-1971, 1a. Edición, Carceñas Editor, Distribuidor, México 1985, pag. 187

ción delictuosa (dolo), por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla, por lo que corresponde a la culpa, puede ser de dos formas: Conciente o con previsión & inconciente o sin previsión, en cuanto a la conciente o con -- previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado, y la inconciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existiendo tambien descuido - por los intereses de los demás.

Independiente de la forma en que se manifieste, ya sea dolosa o culposamente el comportamiento del sujeto, está se traduce en el desprecio que siente por el orden jurídico.

Algunos tratadistas, suelen considerar a la preterintencionalidad, como una tercera forma en que se manifiesta la culpabilidad, cuando el resultado delictuoso sobrepasa a la intención del sujeto.

Rodolfo Chavez Sanchez, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto opina:

" Es inexacto que el Código Penal, considere como dolosos a delitos carentes de ese carácter; el precepto exige, para la subsistencia de la presunción del dolo, que el resultado no-querido sea necesaria y notoria consecuencia del hecho u ori

sión, o bien, el agente haya previsto o haya podido prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión o estar al alcance común de las gentes." (109)

Por su parte el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan Jose Gonzalez Bustamante, expone:

" La ley penal del Distrito, no contempla la preterintencionalidad, ya que solo alude al dolo y a la culpa, y con una tendencia dogmática se advierte que en todos los delitos o se quiere el resultado (dolo), o no se desea, pero surge por la actuación descuidada e imprudente del agente (culpa), sin ser dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta."

E agrega:

" Aún los códigos que han incluido la preterintencionalidad siguen sancionando sólo en función de las dos formas tradicionales, como acontece en la legislación veracruzana, la cual para la punición de la tercera especie remite al dolo."(110)

El dolo constituye la principal forma de la culpabilidad, y puede ser considerado en su noción más general como intención, está intención no de ser delinquir o sea dañar.

La conducta o acción, para ser voluntaria deberá estar calificada por la cañada intención para reputársela dolosa.

Correrá con cañada intención, aquel que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las --

109. Cfr. post., Castellanos Tena Fernando, op. cit. pag. --

237
110. Idem.

circunstancias y la significación de la acción.

Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la cual se sustenta el concepto legal del dolo.

Diversas son las teorías, que se han elaborado respecto del dolo, siendo la ~~mas~~ más aceptable la teoría de la Representación y de la Voluntad en forma vinculada, que señala:

" No basta integrar el dolo ni la voluntad, ni la sola representación, siendo ambas indispensables. En consecuencia actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho o su significación sino además encamina su voluntad, directa o in directamente, a la causación del resultado." (111)

La voluntad constituye el coeficiente psíquico de la conducta, el cual consiste en querer realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal a la inactividad.

La voluntad en el dolo, rebasa el estrecho ámbito de la conducta para abarcar igualmente el resultado, de manera que si la voluntad en la conducta consiste en querer realizar la acción o la omisión, la voluntad en el dolo es querer también el resultado.

Para el célebre tratadista, Jimenez de Asua, el dolo es:

" La producción de un resultado típicamente antijurídico, — con conciencia de que se quebranta el deber; con conociemien-

111. Porte Fetit Celestino, op. cit., pag. 378

to 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 la representación del resultado que se quiere o se ratifica." (112)

En cuanto a las clases de dolo, el profesor Pavon Vasconcelos, señala:

" Dolo directo, Eventual y de consecuencia necesaria." (113)

" Dicese dolo directo, cuando la voluntad es encaminada directamente al resultado previsto, existiendo entidad entre el acontecimiento real y el representado." (114)

Para Eugenio Cuello Calón, el dolo directo es:

" Cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resultados ligados a elle de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente." (115)

En cuanto al dolo eventual y de consecuencia necesaria, Pavon Vasconcelos, manifiesta:

" Cuando en la representación del autor, se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta, es decir cuando el sujeto, no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo quiere directamente, -

112. Cit. post., Porte Petit Celestino, op. cit., pag. 376

113. Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 334

114. Idem

115. Cuello Calón Eugenio, op. cit., pag. 397

por no constituir el fin de su acción u omisión, sin embargo lo acepta, ratificandose en el mismo." (116)

El dolo se da incondicionalmente, cuando el autor tiene porseguro la producción del resultado y el dolo eventual se dacondicionalmente es decir, cuando el autor solo tiene como posible el resultado.

En cuanto a la culpa se refiere, incontables han sido las --tentativas realizadas en materia penal, con el objeto de precisar una definición de la culpa penal.

Cuando se hable de culpa, en derecho penal, sólo se quiere --hacer referencia a una de las formas del elemento subjetivo--del delito. La palabra culpa se emplea con propiedad para designar a una de las formas del elemento subjetivo del delito con un contenido opuesto al del dolo.

Se afirma que, el delito es culposo cuando el resultado que--determina la acción no ha sido previsto ni querido, por el --que la realiza, quien, además no ha tenido la intención de --producir lesión jurídica alguna. Ese resultado deriva de la--imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes reglamentos, órdenes, deberes o disciplinas, entre la acción--u omisión del autor y el efecto, debe existir necesariamente un nexo de causalidad, es decir una relación directa.

Eugenio Cuello Calón, en su obra, señala que la culpa existe cuando:

" Obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley." (117)

De acuerdo a la noción señalada por el citado tratadista, para la existencia de la culpa es necesario:

- Una acción u omisión, voluntaria pero no intencional, y
- Que el agente, ejecute el acto inicial sin tomar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados -- perjudiciales

El delito culposo, es también llamado involuntario, porque es la involuntariedad lo que lo caracteriza, ya que todo hombre tiene el deber de obrar con la adecuada diligencia para que su conducta no origine consecuencias dañosas.

Carrara, citado por el tratadista Eusebio Gomez, expone la siguiente definición de culpa:

" La culpa es la falta de conciencia de la criminalidad de nuestros actos, derivada de nuestra negligencia, o bien la culpa es la voluntad de ejecutar un acto que es contrario a la ley, sin tener conciencia de esta ilegalidad, la cual hubiera podido evitar por otro, usando mayor diligencia al reflexionar sobre las relaciones de su acción." (118)

La culpa se divide en dos formas, que son:

1. Conciente
2. Inconciente.

1. La culpa conciente existe cuando el agente se representa-

117. Cuello Calon Eugenio, op. cit., pag. 393

118. Cit. post., Cuello Calon Eugenio, op. cit., pag. 397

como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no los toma en cuenta confiando en que no se producirán.

2. La culpa inconciente, es cuando falta en el agente la representación de las posibles consecuencias de su conducta.

En cuanto a la intensidad de la culpa, suelen señalarse tres grados que son:

" Culpa Lata.- Cuando el evento dañoso hubiera podido preverse por todos los hombres.

Culpa Levis.- Cuando su previsión solo fuere dable a los hombres diligentes.

Culpa Levissima.- Cuando el resultado hubiera podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común." (119)

Por lo que ha la inculpabilidad se refiere, es la ausencia de la culpabilidad, que consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Para que la inculpabilidad opere, es necesario que se encuentren ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, es decir conocimiento y voluntad.

Como fue señalado dentro del tema de la culpabilidad, está es el conjunto de presupuestos, que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

119. Cuello Calon Eugenio, op. cit., pag.397

La inculpabilidad representa, el examen último del aspecto - negativo del delito, y solamente, puede obrar, en favor de - la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.

El sujeto, para que sea culpable, es necesario, como lo señala el tratadista Eusebio Gomez:

" Que al realizar la conducta intervenga el conocimiento y - la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos elementos; intelectual y volitivo, ya que toda causa-eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad." (120)

El célebre tratadista Pavon Vasconcelos, en su obra, señala:

" En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca al elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (ataca al elemento volitivo)
Y agrega:

" Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos." (121)

En cuanto a la culpabilidad, en el tema del delito de fraude equiparado, previsto en la fracción III del artículo 397 del código penal, para el Distrito Federal, opera a través de - una actividad tendiente a producir error, o bien el aprovechamiento del mismo, ya que dicho delito es intencional o do

120. Gomez Eusebio, Tratado de Derecho Penal tomo I, Compañía Argentina de Editores, 1a. Edición, Buenos Aires - 1939, pag. 447

121. Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 254

loso, excluyendo necesariamente la forma culposa o imprudencial.

Como lo señala, en la parte final del artículo 387 fracción-III del código penal, que a la letra dice:

"... a la orden o al portador, contra una persona supuesta - o que el otorgante sabe que no ha de pagarle." (122)

Es claro, que la actividad engañosa del sujeto activo, es -- desplegada intencionalmente, consistiendo en una maniobra -- subjetiva, dirigida con el fin de engañar; debiendo aclararse, que la intención del sujeto activo, debe estar orientada a realizar no sólo maniobras engañosas o al aprovechamiento del error ajeno, lo que integraría únicamente el elemento objetivo del delito, sino además a obtener la entrega ilícita de la cosa o el lucro indebido, lo cual equivale a decir que el elemento subjetivo del delito (dolo), constituye ese especial ánimo de lucro, requisito aplicable a todos los delitos contra la propiedad o el patrimonio.

El engaño, el ánimo de lucro, son elementos necesarios para la integración del delito de fraude, previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal, como lo señala la Jurisprudencia, en los siguientes términos:

" FRAUDE POR EMISION O ENDOSO DE TITULOS DE CREDITO, INEXISTENCIA DEL DELITO DE. (Legislación del Distrito Federal y Territorios Federales).- De los términos del artículo 387, ---

fracción III del código penal, que especifica, es necesario que el sujeto activo obtenga a cambio del otorgamiento o endoso de un documento nominativo, a la orden o al portador, - una cantidad de dinero o un lucro, circunstancia que no ocurre si el inculcado no obtuvo mediante la suscripción de mas documentos nominativos, cantidad alguna de dinero u únicamente firmó los documentos para garantizar el adeudo preexistente." (123)

Es claro, que existe dolo en el fraude cuando el agente presenta el resultado (hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido); tiene conciencia de su ilicitud y - actúa voluntariamente para llegar a ese fin.

Como se ha señalado, independientemente de que el sujeto pasivo se encuentre en el tipo descrito en el artículo 387 --- fracción III del código penal, tenga la opción de recuperar su dinero a través de un juicio de carácter civil, llamado - Ejecutivo Mercantil, el fraude subsiste, ya que el inculcado obró con engaño, con el fin de obtener un lucro indebido, como ha sido señalado por la Jurisprudencia, en los términos siguientes:

" FRAUDE, EXISTENCIA DEL DELITO DE, INDEPENDIEMENTE DE LA REPARACION DEL DAÑO.- La circunstancia de que se reintegre - el importe de la suma obtenida mediante el engaño, no significa que no existe lucro por parte del inculcado. Si éste -- pretende que por haber pagado la reparación del daño no hubo lucro de su parte, debe decirse que los elementos que confog

123. Amparo Directo 2484/1963, Guillermo Peimbert Vera, Ju--- lio 17 de 1964, Unanimidad 4 votos, 1a. Sala, Sexta Eppca, Volumen LXXXV, Segunda Parte, pag. 13

man un delito no desaparecen por el hecho de que con posterioridad se reintegre el objeto materia de aquel si es que se trata de delitos patrimoniales, o el equivalente al daño producido; lo que interesa es que en un momento determinado se den los supuestos fácticos y psicológicos de la figura delictiva, de manera que si dicho inculpado obtuvo lucro mediante engaño, resulta intracendente para los efectos de la comisión delictiva, el que después haya reparado el daño causado." (124)

" FRAUDE, EFECTOS JURIDICOS DEL PAGO HECHO AL OFENDIDO DE LA CANTIDAD OBTENIDA EN VIRTUD DEL DELITO DE.- La circunstancia de haber restituido al ofendido la cantidad obtenida ilícitamente no destruye los elementos del delito de fraude, considerando que el inculpado no obtuvo lucro ni perjuicio en el patrimonio de la víctima, puesto que cuando realizó la restitución de esa cantidad, el delito de fraude ya se había consumado, produciendo esa restitución únicamente el efecto de declarar en la sentencia condenatoria satisfecho el pago de la reparación del daño." (125)

e. Condiciones objetivas de punibilidad.

Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, están constituidas por la exigencia de la ley para que concurran determinadas circunstancias ajenas o externas al delito e independientes de la voluntad del agente, en calidad de requi-

124. Amparo Directo 2304/1975, Manuel Cordoba Gutierrez, Octubre 23 de 1975, la. Sala Séptima Epoca, Volumen 82, - Segunda Parte, pag. 26
125. Amparo Directo 170/73, 26 Septiembre 1973, Alejandro Tirado Herrera y Enedina Rizo de Gomez, la. Sala Sexta Epoca Volumen 85, Primera Parte, pag. 29

sitos para que el hecho sea punible, es decir para que la pena tenga aplicación.

Es normal para que el delito se integre, sea necesario que se den los elementos constitutivos, como son la conducta, la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, aunque en algunos aspectos o casos especiales, se exige un requisito ajeno a las circunstancias del sujeto activo o autor del delito, que son indispensables para hacer efectiva la punibilidad.

Las condiciones objetivas de punibilidad, no constituyen un ingrediente esencial del delito; las condiciones para hacer efectiva la punibilidad no se encuentran en forma constante sino ocasional, y lo que no es constante en el todo, no puede formar parte de su esencia, por otra parte, no se reflejan al concepto mismo del delito, sino que son intrínsecos a él; norman un requisito de procedibilidad.

El célebre profesor Ignacio Villalobos, al respecto señala: " Las condiciones objetivas de punibilidad no conforman un elemento más del delito, sino que se encuentran involucrados en la tipicidad, pues a pesar de que son hechos que yacen fuera del sujeto, forman parte de la descripción típica contenida en la disposición legal." (126)

En los denominados delitos privados, fraude estupro, raptó, adulterio, daño en propiedad ajena, etc., se requiere como -

requisito de procedibilidad, la querrela, es decir que sea a petición de parte.

El tratadista Ignacio Villalobos, clasifica las condiciones-objetivas de punibilidad en dos grupos, los cuales son:

" 1. Las condiciones para hacer efectiva la punibilidad ya - existente (querrela).

2. Aquellas que se encuentran formando parte de la descripción objetiva del delito y por lo tanto quedan incluidos en la tipicidad." (127)

Un ejemplo de este último grupo, es lo señalado en el artículo 4o. fracción III del código penal, que establece:

" Art. 4o.- Los delitos cometidos en territorio extranjero - por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicano, serán penados en la República con arreglo a las leyes federales, si concurren los siguientes requisitos:

III. Que la infracción de que se acuse tenga el carácter - de delito en el país en que se ejecutó y en la República." - (128)

Como lo señala el tratadista Eugenio Cuello Calón, en su --- obra:

" En ciertos casos, la ley, no se conforma con la concurrencia de los elementos básicos en la punibilidad (antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad), sino que exige además, como requisito para que el hecho en cuestión sea punible, la -

127. Cit. post., Cortés Ibarra Miguel Angel, op. cit., pag. - 390

128. Código Penal, op. cit., pag. 8

presencia de determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes de la voluntad del agente. Estas son las denominadas condiciones objetivas de punibilidad." (129)

Por lo que se refiere, a lo señalado por la fracción III del artículo 387 del código penal, las condiciones objetivas de punibilidad, aparecen porque en este delito es necesario que sea a petición de parte, conocida también como querrela, con dicción para hacer efectiva la punibilidad.

f. Punibilidad.

Ante la importancia del orden jurídico establecido, el ser humano no solo tiene la obligación de cumplir directamente - los mandatos que lo regulan, sino de poner todo el cuidado - y toda la diligencia necesarios para evitar que se altere, - se lesione o se ponga en peligro por sus actos. De está manera la culpa es, sustancialmente no el querer al consentir lo antijurídico, sino una voluntaria omisión del cuidado necesario para evitarlo.

Al definir el delito se expresa, que un concepto sustancial del mismo sólo puede obtenerse, dogmáticamente del total ordenamiento jurídico y de esté se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

Por punibilidad se entiende, señala en su obra el tratadista Pavon Vasconcelos Francisco:

" La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas pa ra garantizar la permanencia del orden social." (130)

La conducta delictiva, además de ser típica, antijurídica y culpable, ha de ser punible; como señala Pavon Vasconcelos - la punibilidad no es la aplicación efectiva de la sanción al delincuente, es la amenaza que el Estado hace de aplicar una pena al autor del ilícito penal. Un hecho será punible cuando descrito abstractamente en la ley se encuentra conminada su realización con la aplicación de una pena.

Existe la problemática con los diversos autores, en considerar o no a la punibilidad como elemento esencial del delito o solo una consecuencia del mismo.

Eugenio Cuello Calón, considera a la punibilidad elemento — esencial del delito, señalando:

" El delito es fundamentalmente acción punible, dando por — tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquel." (131)

Por su parte Jimenez de Asua, precisa:

" Lo característico del delito es ser punible; la punibili— dad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues so

130. Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 421

131. Cit. post., Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 422

lo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena." (132)

En contrario de lo que opinan los citados autores, el tratadista argentino Sebastian Soler, quien excluye la punibilidad de sus rasgos esenciales, señala:

" Delito, es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de está."

Y agrega:

" Definir el delito como acto punible y decir que está, es - un acto antijurídico, culpable y punible, importa incurrir - en el error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido, si algún sentido tiene definir este, consistiera en que la definición pueda guiarnos, para que, cuando los elementos concurren, la pena pueda o deba aplicarse. La construcción en la dogmática jurídica tiene un objeto más práctico cognitivo. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de esos elementos, de modo que toda tarea sistemática consiste en examinar el contenido de estos." (133)

Como se ha señalado, la punibilidad no forma parte esencial del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción, de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, ya que está se impone en virtud de la naturaleza del comportamiento.

132. Cit. post., Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 422

133. Idem

De igual manera el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que está no se integra sin la sanción y por último, menos puede — ser considerada la punibilidad como elemento integral dado — que la imposición concreta de una pena, no es sino la reacción estatal respecto al ejecutar de un delito, siendo por — tanto externo al mismo.

La punibilidad en resumen, consiste en el merecimiento de — una pena en función de la realización de cierta conducta, — por eso un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

El fraude equiparado, previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal, gradúa la pena, al importe de lo de fraudado, como lo señalan las fracciones I, II, III, del artículo 386 del ordenamiento legal antes citado.

" Art. 386.— Comete el delito de fraude el que engañando.... El delito de fraude se castigara con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres — a diez veces el salario mínimo, cuando el valor de lo defraudado no exeda de está última cantidad.

II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez — a cien veces el salario mínimo, cuando el valor de lo defraudado exediera de diez pero no de quinientas veces el salario

III. Con prisión de tres a doce años y multas hasta ciento

veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario." (134)

" Art. 387.- Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán:

III. Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle." (135)

134. Código Penal, op. cit., pag. 127

135. Idem

CAPITULO III

III. FORMAS DE APARICION.

a. Inter Criminis

Desde el momento en que aparece en la mente del ser humano la idea o tentación de cometer un delito, este tendra que agotar el llamado proceso Inter Criminis o Camino del Delito.

Fernando Castellanos Tena, en su obra expone:

" El delito se desplaza, a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A esté proceso se le llama Inter Criminis."(136)

El inter criminis, comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito, desde su iniciación hasta su total agotamiento.

A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa la cual termina con la consumación.

Fase Interna.

En está fase, el delito aún no ha sido exteriorizado, es cir se encuentra unicamente en la mente del ser humano: Esta abarca tres etapas o periodos, los cuales son conocidos como:

ESTA TESIS
SALIR DE LA
NO DEBE
BIBLIOTECA

1. Idea criminosa o ideación.
2. Deliberación.
3. Resolución.

Al respecto el profesor Pavon Vasconcelos, expone:

" El primer fenómeno (ideación) se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito." (137)

La idea o tentación de cometer un delito, puede producir en la mente del ser humano el rechazo definitivo de la misma ó quedar establecida si el sujeto así lo desea, surgiendo así la deliberación.

Por deliberación se entiende, manifiesta Fernando Castellanos Tena:

" La meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias." (138)

En cuanto a la resolución se refiere, expresa:

" A está etapa la intención y voluntad de delinquir corresponde después de pensar al sujeto, en lo que va hacer si decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad aunque firme no ha salido al exterior, sólo -

137. Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 467

138. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 276

existe como propósito en la mente." (139)

El sujeto exterioriza únicamente su idea criminal por medio de la palabra, no existiendo por esta causa, infracción jurídica alguna en el mas amplio sentido, toda vez que la exteriorización no vulnera o lesiona objetivamente ningún interés jurídico.

No obstante lo anterior la legislación penal mexicana a elevado a la categoría de delito dichas resoluciones, como lo señala en su artículo 125, que a la letra dice:

" Art. 125.- Se aplicará la pena de dos a doce años de prisión y multa de mil a veinte mil pesos al que incite al pueblo a que reconozca al gobierno impuesto por el invasor o a que acepte una invasión o protectorado extranjero." (140)

Así mismo en su artículo 135 en su fracción I del código penal, establece:

" Art. 135.- Se aplicará la pena de uno a veinte años de prisión y multa hasta de ciento cincuenta mil pesos al que:

I. En cualquier forma o por cualquier medio invite a una rebelión." (141)

Fase Externa.

La fase externa, comprende desde el instante en que el delito se manifiesta y termina con la consumación y está abarcada por tres periodos que son:

139. Ib idem.

140. Código Penal, op. cit., pag. 45

141. Idem, pag. 48

1. Manifestación.
2. Preparación.
3. Ejecución.

En cuanto a la manifestación se refiere, se entiende como:
" La idea criminosa que aflora al exterior, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto." (142)

La manifestación no es incriminable, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece como garantía que la manifestación de ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, siempre y cuando no - ataque a la moral, derechos de un tercero, perturbe el orden público o provoque algún delito.

La preparación, son los actos preparatorios que se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Los actos preparatorios del delito proyectado, no constituyen la - ejecución del mismo, solamente se refieren a él en la intención del agente.

Sebastian Soler, citado por Castellanos Tena, expresa:
" Los actos preparatorios, son aquellas actividades por sí - mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo, un bien jurídico dado." (143)

142. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 277
143. Idem.

La característica de los llamados actos preparatorios, radica en que por su naturaleza son inocentes en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir.

No existe un principio de violación a la norma penal en los actos preparatorios. El delito preparado es un delito en potencia, pero todavía no es real y efectivo, aunque el pensamiento es casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actos.

La ejecución, último periodo de la fase externa del delito, se entiende como:

" El momento pleno de la ejecución del delito y puede ofrecer dos diversos aspectos: Tentativa y Consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo penal." (144)

En cuanto a la tentativa se refiere, son los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

Como ha sido tratado el delito a través de los diversos periodos o etapas, que tiene que agotar, para poder llegar a la consumación, el fraude específico, previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal, cometido mediante la suscripción de títulos nominativos, agota a la perfec-

ción dicho proceso, equiparado con el fraude generico señalado en el artículo 386 del mismo ordenamiento legal citado, - toda vez que el sujeto activo desde el momento en que nace - la idea de cometer el ilícito mediante la suscripción de documentos no pagaderos, aparecería el primer elemento que es la ideación.

La deliberación del sujeto, tendrá como elementos la idea - criminal por una parte y por la otra las fuerzas morales, - religiosas y sociales inhibitorias.

La resolución, está es la etapa, en la cual el sujeto determina la intención y la voluntad de delinquir y decide llevar a la practica su deseo de cometer el delito, aunque aún no - ha salido al exterior, existiendo su propósito solo en su - mente.

En cuanto a los periodos de la fase externa, la manifestación, se daría en el fraude que nos ocupa, cuando la idea - criminal aflora al exterior, surge en el mundo de relación - pero solo como idea o pensamiento exteriorizado.

Por lo que a la preparación se refiere, esta aparecería en - el fraude señalado en el artículo 386 del código penal, cuando el sujeto activo, realiza todas aquellas actividades engañosas, para mantener en error al sujeto pasivo o producir el engaño en el mismo, con el objeto de hacerse ilícitamente de alguna cosa o bien alcanzar un lucro indebido. Con respecto-

al fraude equiparado, previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal vigente, serían los actos preparatorios realizados por el sujeto activo, con la finalidad de obtener del sujeto pasivo, una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, mediante la suscripción de títulos nominativos, otorgados o endosados a nombre propio o de otra persona sujeta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle.

Las actividades engañosas, tienden a producir el engaño y obtener, cierta cantidad de dinero en virtud de préstamos, mediante la suscripción de títulos nominativos, los cuales independientemente que puedan cobrarse por la vía ejecutiva — mercantil, de antemano produce un detrimento en el patrimonio del sujeto pasivo y la obtención del lucro por parte del sujeto activo, cuando no es restituida la cantidad de dinero en la fecha previamente señalada en el o los documentos nominativos, suscritos por el sujeto activo.

La ejecución se da cuando, el sujeto activo, una vez realizados todas las actividades engañosas, suscribe a favor del su jeto pasivo, los documentos nominativos, con la finalidad de obtener una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, produciéndose así, el detrimento del patrimonio del sujeto pasivo siendo éste el objeto jurídico del delito, quedando plenamente identificado por la norma prohibitiva, que no es otro que el patrimonio.

En cuanto a la tentativa se refiere, en el delito que nos —

ocupa, está aparece con los despliegues engañosos, elementos-subjetivos propios de la figura, pero la característica principal del delito de fraude equiparado, previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal, radica en que el delito se consuma con la obtención de cierta cantidad de dinero o cualquier otro lucro por parte del sujeto activo y en caso de no darse en los términos indicados el delito de fraude quedará en grado de tentativa, hasta en tanto no exista un enriquecimiento patrimonial.

Un ejemplo lo sería, cuando el sujeto activo, una vez realizados los actos preparatorios incluyendo la determinación de está, para suscribir los documentos nominativos, el sujeto pasivo no hace la entrega del dinero, no realizandose dicho acto, situación en la cual el delito de fraude equiparado, - previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal, unicamente quedará en grado de tentativa.

b. Participación.

En la legislación penal mexicana, existen determinados delitos, en los cuales para su realización, requieren de la participación de dos o mas sujetos, como sería el caso del adulterio, en el cual la intervención de dos personas es una condición indispensable para la configuración del tipo, aunque en la mayoría de los delitos, su resultado es producto de la actividad de un individuo.

La participación consiste en:

" La voluntaria participación o cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad." (145)

Con el objeto de precisar la participación, es necesario hacer la distinción entre delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, de acuerdo con la exigencia del tipo legal, respecto del comportamiento de uno o varios individuos.

En los delitos unisubjetivos el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias.

En los delitos plurisubjetivos, es indispensable, que para darse la descripción legal de la conducta o del hecho, sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas.

En el delito cometido por varias personas, solo deben considerarse como delincuentes quienes convergen en su influjo de la causación del hecho descrito en la ley, pero es dable admitir, en un mismo delito, distintos grados de participación de donde se engendren diversas responsabilidades y penas diferentes.

La participación precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce, como consecuencia de su intervención.

Es claro, que independientemente de que todos los participantes son la causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado, dándose así los grados de participación.

Francesco Carrara, señala Castellanos Tena, distinguió entre responsables principales y accesorios, manifestando:

" Autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso; en cambio los delinquentes accesorios o cómplices son quienes indirectamente cooperan para la producción del delito." (146)

Se le considera autor, al que pone una causa eficiente para la producción del delito, es decir, el ejecutar de una conducta física y psíquicamente relevante.

Existen los llamados autores materiales y los autores intelectuales del delito, considerados así porque la contribución con el elemento físico o con el anímico que ellos hacen es decir son quienes material y psicológicamente son causa del hecho típico.

Giuseppe Maggiore, clasifica los grados de participación, según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia, señalando:

" Según el grado, la participación puede ser principal o accesoría, mientras la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación.

Según la calidad, la participación puede ser moral o física-

comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

En razón del tiempo, la participación es anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que en él lleva cada partícipe; concomitante, si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito; posterior, cuando se comprenden los actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo, y;

Por su eficacia, la participación es necesaria y no necesaria de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que esté exija o no para su comisión, el concurso de personas." (147)

La participación es de dos formas, física y moral:

Es física, si el aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

Es moral, cuando atiende al carácter psíquico o moral, respecto del aporte de autor principal.

La participación moral engloba la instigación y la determinación, considerada la primera como:

" La principal forma de concurso moral y consistente no solo en la comunicación del propósito, sino en determinar a otro a delinquir.

" Hay instigación, cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo

147. Cit. post., Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 502 y 503

quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en esté la resolución de ejecutarlo." (148)

La instigación comprende como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

Fernando Castellanos Tena, en su obra, explica en que consisten cada una de estas subclases, exponiendo:

" El mandato, existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio del que ordena; la orden no es sino una forma de mandato y la impone el superior al inferior con abuso de su autoridad; la coacción se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza; el consejo es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer el delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigador; la asociación es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados." (149)

Dentro de los grados de participación, existe el encubrimiento y se encuadra como forma de participación como la vinculación de los sujetos que intervienen en la concepción, preparación o ejecución del delito, evidentemente no puede ser considerado el encubrimiento como una forma de aquélla, salvo el caso excepcional de que la acción posterior haya sido acordada previamente.

148. Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 502

149. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 288

En la legislación penal mexicana, el encubrimiento se encuadra como forma de participación siempre y cuando exista previo acuerdo a la ejecución, de lo contrario el sujeto únicamente podrá ser sancionado como simple encubridor, en los términos del artículo 400 del código penal.

El fraude equiparado, previsto, en la fracción III del artículo 387 del código penal, es considerado un delito unisubjetivo, ya que permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque es factible que puedan participar varias, como lo sería en el caso de que tres individuos, por medio de engaños o aprovechándose del error en que el sujeto pasivo se encuentra, obtengan una cierta cantidad de dinero o cualquier otro lucro, pero si sólo uno de ellos, es quien suscribe los documentos nominativos, quedaría encuadrado el hecho señalado en la fracción III del artículo 387 del código antes citado, mientras los dos sujetos restantes quienes únicamente produjeron el engaño o ayudaron a mantener en error al sujeto pasivo, pero obtuvieron un lucro indebido, se encuadraría su conducta en lo previsto por el artículo 386 del código de referencia.

En cuanto a la participación, el Semanario Judicial de la Federación publicó lo siguiente:

" No puede estimarse el agravio consistente en que no se precisa cuál fue el lucro de cada uno de los coacusados, pues el que no haya podido determinarse, no es causa para dejar de apreciar la responsabilidad de todos los inodados, en la-

comisión del delito, teniendo en cuenta el artículo 13 del código penal para el Distrito." (150)

c. Concurso de delitos.

Cuando en ocasiones un mismo sujeto, es autor de varias infracciones penales, se le da el nombre de concurso, en razón de que una sola realiza varias acciones delictivas; el concurso puede ser ideal y material.

En virtud de que la finalidad de la conducta, es factor esencial en la realización del delito, aún cuando se presenten varios resultados, debe aceptarse el hecho de que la finalidad perseguida por el autor, juega trascendental papel en la comprensión del concepto de la conducta.

En ocasiones el delito es único, consecuencia de una sola conducta, pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con la unidad en la acción o mediante varias acciones realizadas que se encuentran en relación de la dependencia - unas de otras, a virtud de ir encaminadas, todas ellas, a la realización de un mismo fin delictuoso.

Con este punto de partida nos lleva a considerar posibles, en función de la conducta y de la lesión jurídica, las siguientes hipótesis:

1. Unidad de conducta y delito.

2. Pluralidad de conductas y unidad de delito (delito continuado).
3. Unidad de conducta y pluralidad de delitos (concurso --- ideal o formal).
4. Pluralidad ~~de~~ conductas y de delitos (concurso real o material).

En cuanto a la unidad de conducta y delito, el profesor Fernando Castellanos Tena, manifiesta:

" Cuando una conducta singular produce un solo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente; se habla entonces de unidad de acción y unidad de lesión jurídica." (151)

Por lo que se refiere, a la pluralidad de conductas y unidad de delito, llamado delito continuado, aparece cuando una conducta reiteradamente delictuosa, puede lesionar el mismo --- bien tutelado por el derecho.

Las conductas sucesivas, es decir la repetición de las acciones criminosas integran un solo delito en virtud del propósito criminal idéntico en todos los actos ejecutados, la pluralidad de éstos constituyen la exteriorización de la unidad - de propósito.

Eugenio Cuello Calón, expone:

" El delito, existe cuando el agente, con unidad de propósito y derecho violado, ejecuta diversas acciones, cada una de las cuales aunque integre una figura delictiva, no constituye mas que la ejecución de un solo y único delito." (152)

151. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 295

152. Cit. post., Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 522

Por su parte Sebastian Soler, en cuanto al delito continuado señala:

" El que se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley." (153)

El código penal para el Distrito Federal, en su artículo 7o. fracción III, establece:

" Art.7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

El delito es:

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal." (154)

De las definiciones vertidas, destacan, que el delito continuado contiene los siguientes elementos:

1. Pluralidad de conductas.- La conducta delictiva, sea positiva (acción) o negativa (omisión), hace necesaria una pluralidad de movimientos corporales o inactividades, sin que exista autonomía entre cada una de esas expresiones de voluntad.
2. Unidad de propósito.- El delito continuado consiste en la unidad de resolución, unidad de plan o proyecto, unidad de designio, unidad de deseo o unidad de pensamiento.

El jurista chileno Gustavo Labatut, al respecto manifiesta:

153. Idem, pag. 523

154. Código Penal, op. cit., pag. 9

" Al dar a la unidad de resolución carácter de factor esencial en el delito continuado, puesto que de no existir dicha unidad cada acción constituiría un delito independiente." -- (155)

3. Identidad de lesión jurídica.- La existencia de continuidad en el delito cuando, aún tratándose de tipos distintos, aunque subordinados (robo y robo con violencia), exista -- vinculación entre las diversas acciones realizadas, en virtud de la unidad de propósito o determinación delictuosa.

4. Consumación.- La estructura del delito continuado, estima que se forma con un periodo consumativo, el cual se inicia desde el momento en que exista pluralidad de conductas, consumándose cuando se integran todos sus elementos constitutivos, hasta que se realiza la última conducta.

Por lo que toca a la unidad de conductas y pluralidad de delitos, llamado concurso ideal o formal, se da cuando con una sola actuación, se infringen varias disposiciones penales, - estamos en presencia del concurso ideal o formal.

Atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto se advierte una doble o múltiple infracción, es decir, -- por medio de una sola acción u omisión del agente se llevan a cabo o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el derecho.

El artículo 18 del código penal, establece:

" Art. 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos." (156)

El artículo 64 del mismo código citado, en su primer párrafo establece:

" Art. 64.- En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podría aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las mismas señaladas en el título segundo del libro primero." (157)

El concurso ideal se presenta como unidad de acción con necesaria pluralidad de tipos.

La identidad o diversidad de las lesiones jurídicas, distinguen el concurso ideal homogéneo del concurso ideal heterogéneo. En el primero la misma conducta cumple repetidamente el mismo tipo, en tanto en el concurso ideal heterogéneo la única conducta infringe varios tipos penales.

Celestino Porte Petit, señala como requisitos del concurso ideal homogéneo, los siguientes:

" Una conducta, varias lesiones jurídicas iguales y compatibles entre si." (158)

En cuanto a los requisitos del concurso ideal heterogéneo, el mismo tratadista señala:

" Una conducta, varias lesiones jurídicas distintas y compatibles entre si." (159)

156. Código Penal, op. cit., pag. 13

157. Ib idem, pag. 26 y 27

158. Cit. post., Pavon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 533

159. Ib idem, pag. 534

En cuanto a la pluralidad de conductas y de delitos (concurso real o formal), existe:

" Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes que con relación a tipos diversos." (160)

" Existe concurso real de delito, cuando una misma persona - realiza dos o mas conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguna de ellos y la acción para perseguirlos no - esta prescrita." (161)

Por su parte el código penal, en su artículo 64 respecto del concurso real, en su párrafo segundo, establece:

" En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el título segundo del libro primero." (162)

d. Semejanzas y diferencias con otros delitos.

De los llamados delitos patrimoniales, existe una importante trilogía, constituida por:

1. El robo.
2. Abuso de confianza.
3. Fraude.

160. Castellanos Tena Fernando, op. cit., pag. 237

161. Rayon Vasconcelos Francisco, op. cit., pag. 530

162. Código penal, op. cit., pag. 27

Dicha trilogía, en sus móviles y en sus efectos tienen la -- más profunda analogía, cuya finalidad es la apropiación ilícita de los bienes ajenos o el enriquecimiento indebido.

Así mismo, existe también la coincidencia de que sus resultados importan un perjuicio a la víctima por la disminución de su caudal patrimonial y porque sus autores obtienen un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece.

El código penal para el Distrito Federal, en su artículo 367 describe al robo, estableciendo:

" Art. 367.- Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley." (163)

Con respecto al abuso de confianza, establece:

" Art. 382.- Al que con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionara con prisión hasta un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario." (164)

En cuanto al fraude, señala:

" Art. 386.- Comete el delito de fraude, el que engañando a uno o aprovechándose del error en que esté se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido." -- (165)

163. Código Penal, op. cit., pag. 122

164. Ib idem, pag. 126

165. Ib idem, pag. 127

Es inegable, que en virtud de lo señalado, por el código penal, los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuirse sus valores patrimoniales, sino que se traducen, de hecho en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que recae la infracción, constituyendo así la semejanza mas importante en esta trilogía de delitos.

En cuanto a las diferencias entre los mismos, principiare -- por señalar el procedimiento empleado por el agente, para -- apropiarse de lo ajeno.

En el robo, la acción criminal es el apoderamiento no consentido por el sujeto pasivo: Este apoderamiento en formas primitivas y brutales del delito, se logra empleando violencia la cual puede ser física o moral, o en latrocinios ordinarios, por la habilidad más o menos acentuada de la manobra o por su furtividad.

El robo cometido, empleando violencia física a las personas- constituye, la forma mas primitiva de enriquecimiento ilícito, en razón del peligro para la integridad corporal de las víctimas, aunque en nuestra época actual aún existe: También hay otras formas mas civilizadas como son lo que se ha señalado, las maniobras hábiles de apoderamiento como lo es el carterismo, caminos evidentemente importan para el delincuente y sus víctimas menores riesgos, logrados a cambio de una mayor inteligencia en la comisión del delito.

Por lo que toca al abuso de confianza, la acción del agente radica en la disposición, distinta de la que realmente le -- fue asignada, en virtud de la transmisión de la tenencia mas no el dominio del bien ajeno.

Como ha sido señalado en Jurisprudencia, respecto de las diferencias que entre el abuso de confianza y el fraude, existen:

" ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE, DIFERENCIAS.- Mientras que en el delito de abuso de confianza, es esencial la acción de -- disponer la cosa, violando la finalidad jurídica de la tenencia, en forma tal que el abusario obre como si fuera su dueño, tratándose del delito de fraude se requiere la concurrencia del engaño por parte del autor esto es, cuando esté realiza una actividad positivamente mentirosa que hace incurrir en una creencia falsa a la víctima o cuando se aprovecha del error en que esté se encuentra, pues si bien en uno y otros ilícitos, el autor alcanza un lucro indebido, que implica -- disminución patrimonial para el ofendido, de todas formas lo que, es esencial, es que en el abuso de confianza, la tenencia del objeto le ha sido confiada voluntariamente, sólo que viola la finalidad jurídica de la tenencia, en cuanto que en el fraude el autor se hace de la cosa o valores mediante el engaño o maquinaciones a que recurre para obtener su entrega." (166)

En cuanto al fraude, este delito es el mas peligroso de esta

166. Apéndice de Jurisprudencia 1917-1985, 2a. Sala Penal, -- 6a. Época, 1a. Edición, Cardenas Editor y Distribuidor - México 1978, pag. 6

trilogía, en razón de que toda violencia física desaparece - siendo sustituida por recursos intelectuales, ya que la víctima no se encuentra expuesta a ningún tipo de agresión en su integridad corporal, ya que es ella misma, por el error - en que se encuentra no se resiste, sino al contrario coopera para que el delito se perfeccione.

En el fraude el sujeto activo, atrae la cosa hacia sí, para lograr su entrega, por parte del sujeto pasivo, en forma aparentemente voluntaria, porque su consentimiento se encuentra viciado por el engaño o por el error.

A pesar de la ausencia de riesgos personales, el fraude representa mayor peligro para los bienes patrimoniales, considerando la astucia o facilidad del defraudador, para engañar o aprovecharse del error en que se encuentra la víctima.

El sujeto activo siempre asume una actitud falaz positiva -- tanto cuando crea en la víctima el estado psíquico de engaño como cuando aprovechó el error en que se encontrará está, actuando en el instante que juzga oportuno, para lograr hacerse ilícitamente de una cosa y el obtener o alcanzar un lucro indebido.

El fraude actualmente, ha sustituido en parte al robo, eliminando sus formas o procedimientos violentos, con una técnica más avanzada, que requiere en el defraudador una determinada superioridad intelectual sobre la presunta víctima, para ha-

car que está sucumba al engaño o al error.

La actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción, es lo que se entiende por engaño, en cambio el aprovechamiento del error, es la abstención por parte del defraudador, respecto del concepto equivocado, erróneo, falso de las circunstancias que recaen en los hechos o cosas, objeto del delito, es decir, no causa ningún falso concepto en que se encuentra la víctima, simplemente conociéndolo, se abstiene de hacerle saber la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella, para realizar o llevar a cabo su finalidad dolosa.

CONCLUSIONES

1. El delito de fraude, es considerado como uno de los mas peligrosos, cuyas cualidades, son: que no producen ningun daño físico al sujeto pasivo o víctima; toda causa de violencia desaparece, sustituida por otra modalidad o cualidad, el recurso intelectual.

2. El recurso intelectual, es el medio, por el cual el sujeto activo del ilícito, realiza una actividad positivamente mentirosa, la cual hace incurrir en una creencia falsa a la víctima o cuando se aprovecha del error en que está se encuentra.

3. El fraude, significa, engañar, usurpar, despojar, burlar con fraude, siendo contrario a la verdad o rectitud, mediante el empleo de ardidés, falacias, que producen una apariencia engañosa.

4. Las diversas legislaciones, incluyendo la nuestra, partiendo desde la época romana, han hecho referencia a este delito, señalando siempre los fines ilícitos, mediante los cuales se vale el sujeto activo, con el objeto de obtener un lucro o cualquier otra cosa, perjudicando el patrimonio del sujeto pasivo o víctima del delito.

5. El código penal de 1871 de nuestra legislación, hace referencia al delito de fraude, en su artículo 416, cometido por medio del otorgamiento o suscripción de una libranza o letra

de cambio, unicamente; El código penal de 1929, en su artículo 1154, incluye otro documento, el cheque, mediante el endoso; El código penal de 1932, no hace referencia, ni a la letra de cambio ni del cheque, limitandose a señalar un documento nominativo a la orden o al portador; De igual manera lo establece el código penal para el Distrito Federal, en la fracción III del artículo 387, considerando que los documentos nominativos, son aquellos, que se encuentran expresamente reglamentados en la ley, siendo estos los mas conocidos: La letra de cambio, el pagaré y el cheque, en razón de que son títulos a la orden o al portador que pueden transmitirse por medio del endoso y de la entrega misma del documento.

6. La conducta del sujeto activo, es su propia voluntad manifestada, a través de un hacer o no hacer, ambos voluntarios- obrando conscientemente, fundandose en el conocimiento del fin propuesto y de los medios empleados.

7. La determinación de actuar, la orden de movimiento, la conducta misma, son funciones inmediata y necesariamente de la voluntad. La única causa generadora de la conducta del nombre es por lo tanto, su voluntad manifestada por un hacer o no hacer.

8. En el delito de fraude, equiparado, previsto en la fracción III del artículo 387, del código penal para el Distrito Federal, la conducta del sujeto activo, traducida en el enga

ño, es el medio comisivo del delito, ya que dicha conducta logra que la víctima le haga entrega de cierta cantidad de dinero, obteniendo así un beneficio ilícito, explotando el error de la víctima.

9. En el delito de fraude, no puede presentarse casos en que se den lugar aspectos negativos del hecho. Cuando el sujeto activo del ilícito, actúe sin voluntad, no es medio adecuado para llegar a obtener el lucro, en razón de que la conducta engañosa es de pleno conocimiento de su parte; situación que no ocurre en ninguna de las hipótesis de ausencia de conducta, tales como la vis absoluta o fuerza mayor.

10. El delito de fraude, señalado en la fracción III del artículo 387 del código penal para el Distrito Federal y de acuerdo a la conducta manifestada por el sujeto activo, se encuentra debidamente adecuado al tipo descrito en la ley penal, en virtud del engaño o aprovechamiento del error, con la única finalidad de obtener un lucro indebido, mediante la suscripción de un documento o título nominativo, con pleno conocimiento de que es contrario al derecho, por otorgarlo contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle.

11. La conducta del sujeto activo, en el ilícito de referencia a parte de ser típica es antijurídica, ya que pone en peligro y lesiona bienes o intereses jurídicamente protegidos-

como lo es, el patrimonio del sujeto pasivo o víctima, ya -- que sufre un detrimento y todo atentado contra el patrimonio es contra derecho.

12. La conducta realizada por el sujeto activo, se considera antijurídica por integrar todos los elementos del delito, ya que su actuar no se fundamenta en ninguna causa de justificación.

13. La única causa de justificación, que podría presentarse sería en el aspecto de que el sujeto activo, por virtud de la existencia de algún adeudo anterior, para con el, por parte del sujeto pasivo, realice todas las maniobras señaladas en el artículo 387 fracción III del código penal, y este logra que le entregue cuanto le debe o un valor equivalente.

14. El sujeto activo, al momento de realizar la conducta engañosa o aprovecharse del error en que se encuentra el sujeto pasivo o víctima, tiene la capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello, que es de su pleno conocimiento.

15. El dolo constituye, la principal forma de culpabilidad -- ya que es la intención del sujeto activo de obtener un lucro mediante la suscripción de documentos nominativos. La voluntad encaminada directamente al resultado previsto.

16. La actitud engañosa del sujeto activo, consiste en una --

manipulación subjetiva, dirigida con el directo fin de engañar, - con el objeto de obtener la entrega ilícita de la cosa o alcanzar el lucro indebido, constituyendo así el dolo, el especial ánimo de lucro, requisito aplicable a todos los delitos contra el patrimonio.

17. Únicamente cuando exista, la falta de conocimiento y voluntad, estaremos en presencia de la inculpabilidad ya que - estos dos elementos, constituyen la culpabilidad.

18. El delito de fraude, equiparado, previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal para el Distrito Federal, requiere como condición objetiva de la punibilidad, la querrela, es decir que sea a petición de parte ofendida. Así mismo el ordenamiento legal citado, gradúa la pena, de acuerdo al monto de lo defraudado.

19. El delito de fraude, equiparado, previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal para el Distrito Federal, agota a la perfección el proceso desde su iniciación -- hasta su total conclusión. La ideación, surge desde el momento en que el sujeto activo del ilícito ideó la forma de cometer el delito de fraude, mediante la suscripción de títulos nominativos. La resolución determina la intención y voluntad de llevar a cabo el deseo de cometer dicho ilícito. La preparación, cuando realiza, todas las actividades engañosas o -- mantener al sujeto pasivo o víctima en el error en que se en

cuentra. La ejecución, cuando ya realizadas todas las actividades engañosas y suscribe el o los documentos nominativos y obtiene cierta cantidad de dinero, produciéndose el detrimento en el patrimonio de la víctima, quedando plenamente identificado el objeto jurídico del delito, tutelado por la norma y que no es otro que el patrimonio.

20. Mientras el sujeto activo, no logre que la víctima le haga entrega, con motivo de la suscripción del o los documentos nominativos, de cierta cantidad de dinero, el fraude --- equiparado, previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal para el Distrito Federal, quedara en grado de tentativa, ya que dicho delito se consuma con la obtención del lucro.

21. El delito de fraude, equiparado, previsto en la fracción III del artículo 387 del código penal para el Distrito Federal, puede cometerse por una o varias personas, dependiendo de quien o quienes de los que intervienen firmen el o los documentos nominativos; en caso de que sea solo una persona la que los suscriba y los demás ayuden a producir el engaño o mantienen al sujeto pasivo o víctima en el error en que está se encuentra, pero obtienen por ese hecho un lucro, su conducta quedara encuadrada en lo previsto en el artículo --- 386 del código penal, únicamente.

22. Por tal motivo, el presente trabajo, tiene por objeto --

que se concientice al órgano jurisdiccional, con el fin de que en este tipo de delito, se agoten todos los medios que se encuentren a su alcance, para determinar cual fue la verdadera intención del sujeto activo del ilícito, respecto de la suscripción de documentos nominativos con motivo de los préstamos de dinero, en razón, de que en caso de incumplimiento, el sujeto pasivo o víctima, es quien unicamente resiente, por tal acción, el detrimento en su patrimonio y el sujeto activo alcanza un lucro indebido.

23. Para concluir, citare lo expuesto por el célebre tratadista Francesco Carrara, que a la letra dice:

" Es costumbre, sino honesta, por lo menos tolerada en el consorcio humano, que todos los que piden dinero en préstamo os cuentan mil historias de sus infortunios y exageran los medios de que se valdrán para devolveros esa suma que en la mayoría de los casos tienen la intención de no devolver."

BIBLIOGRAFIA GENERAL

1. ANTOLISEI, FRANCISCO
" La acción y el resultado en el delito "
1a Edición Castellana
Traducido por Jose Luis Perez Hernandez
Sin nombre de la Editorial
México 1959

2. APENDICE DE JURISPRUDENCIA 1917-1985
2a. Sala Penal
1a. Edición
Cardenas Editor y Distribuidor
México 1978

3. BARRERA DOMINGUEZ, HUMBERTO
" Delitos Contra el Patrimonio Economico "
Editorial Temis
Bogota 1963

4. CARRARA, FRANCESCO
" Programa de Derecho Criminal "
Parte Especial
Volumen IV
3a. Edición
Editorial Temis
Traducido por Jose J. Ortega Torres y Jorge Guerrero
Bogota 1974

5. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL
" Derecho Penal Mexicano "
Parte General
1a. Edición
Editorial Universidad Nacional Autonoma de México.
México 1937

6. CASTELLANOS TENA, FERNANDO
" Lineamientos Elementales de Derecho Penal "
15a. Edición
Editorial Porrúa
México 1985

7. CERVANTES AHUMADA, RAUL
" Título y Operaciones de Crédito "
4a. Edición
Editorial Herrero
México 1964

8. CORTES IBARRA, MIGUEL ANGEL
" Derecho Penal "
Parte General
3a. Edición
Cardenas Editor y Distribuidor
México 1987

9. COUSINO MAC IVER, LUIS
" Derecho Penal Chileno "
Parte General
Tomo I
Editorial Jurídica de Chile
Santiago de Chile 1975

10. CUELLO CALON, EUGENIO
" Derecho Penal "
Tomo I
9a. Edición
Editorial Nacional
México 1961

11. DE P. MORENO, ANTONIO
" Curso de Derecho Penal Mexicano "
Delitos en Particular
Editorial Jus
México 1949

12. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO
2a. Edición
Editorial Porrúa
México 1987

13. GOLSTEIN, RAUL
" Diccionario Jurídico "
1a. Edición
Editorial Bibliografica Omega
Buenos Aires 1962

14. GOMEZ, EUSEBIO
" Tratado de Derecho Penal "
Tomo I
1a. Edición
Compañía Argentina de Editores
Buenos Aires 1939

15. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO
" Derecho Penal Mexicano "
Los Delitos
20a. Edición
Editorial Porrúa
México 1985

16. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO
" Fraude Derecho Penal "
El Artículo 386 Fracción I del Código Penal
Criminalia Año II
Instituto de Ciencias Penales

17. JIMENEZ HUERTA, MARIANO
" Derecho Penal Mexicano "
Tomo IV
La Tutela Penal del Patrimonio
5a. Edición
Editorial Porrúa
México 1984

18. JIMENEZ HUERTA, MARIANO
" Panorama del Delito "
Sin Edición
Imprenta Universitaria
México 1950

19. JURISPRUDENCIA 1917-1965
Tesis Sobresalientes 1955-1965
2a. Edición
Ediciones S. de R. L.
México 1986

20. JURISPRUDENCIA MEXICANA 1917-1971
1a. Edición
Cardenas Editor y Distribuidor
México 1985

21. JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES 1976-1977
1a. Edición
1a. Sala
Cardenas Editor y Distribuidor
México 1979

22. JURISPRUDENCIA 55 AÑOS
Apendice 1975
1a. Edición
Cardenas Editor y Distribuidor
México 1978

23. LEYES Y CODIGOS DE MEXICO
" Código de Comercio y Leyes Complementarias "
Ley de Títulos y Operaciones de Crédito
Editorial Porrúa
50a. Edición
México 1988

24. LEYES Y CODIGOS DE MEXICO
" Código Penal para el Distrito Federal "
47a. Edición
Editorial Porrúa
México 1990

25. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL
" Derecho Penal "
Parte General
1a. Edición
Editorial Trillas
México 1986

26. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL
" El Tipo Penal "
1a. Edición
Editorial Universidad Nacional Autónoma de México
México 1986

27. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO
" Comentarios al Derecho Penal "
Parte Especial
4a. Edición
Editorial Porrúa
México 1977

28. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO
" Manual de Derecho Penal Mexicano "
7a. Edición
Editorial Porrúa
México 1985

29. PORTE PETIT, CELESTINO
" Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal "
Tomo I
Duodécima Edición
Editorial Porrúa
México 1989

30. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION
Tomo XC
5a, Epoca
México 1975

31. VILLALOBOS, IGNACIO
" Derecho Penal Mexicano "
4a. Edición
Editorial Porrúa
México 1983

32. RAMORA PIERCE, JESUS
" El Fraude en el Derecho Positivo Mexicano "
En la Jurisprudencia y en la Doctrina
México 1961

33. 55 AÑOS DE JURISPRUDENCIA MEXICANA 1917-1971
Apendice Salvador Castro Zavaleta
2a. Edición
Cárdenas Editor y Distribuidor
México 1978