



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES

A R A G O N

LA NECESIDAD DE ESTABLECER LA QUERRELLA EN
RAZON A LA CUANTIA, EN EL DELITO DE FRAUDE
ESPECIFICO, PREVISTO EN LA FRACCION III DEL
ARTICULO 317 DEL CODIGO PENAL PARA EL
ESTADO DE MEXICO

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a

ALICIA AGUILAR VEGA

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEX. 1993

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.

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO I DESARROLLO DEL DELITO DE FRAUDE

	pág.
1.- FACTORES CRIMINOGENOS EN LA COMISION DEL DELITO DE FRAUDE EN GENERAL.....	1
A) Concepto de factor criminógeno, factores endógenos y factores exógenos.....	1
B) Factores endógenos y exógenos que concurren en la comisión del delito de fraude.....	1
b.1. Elementos endógenos.....	2
b.2. Elementos exógenos.....	3
2.- EVOLUCION HISTORICO-LEGISLATIVA DEL DELITO DE FRAUDE EN GENERAL.....	4
A) Antecedentes en Roma.....	5
B) Antecedentes en México.....	9
b.1. Derecho Precortesiano.....	9
b.2. Derecho Penal Colonial.....	10
b.3. México Independiente.....	11
b.4. La Codificación Penal.....	11
3.- ETIMOLOGIA DEL DELITO DE FRAUDE.....	12

CAPITULO II EL DELITO DE FRAUDE GENERICO

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DELITO.....	15
A) Concepto de delito.....	15
a.1. El delito en la escuela clásica.....	16
a.2. Noción sociológica del delito.....	17
a.3. Definición legal o formal.....	17

	pág.
a.4. Concepto doctrinal.....	19
B) Concepciones sobre el estudio jurídico-substancial del deli- to.....	20
C) Elementos del delito y factores negativos.....	21
2.- DIVERSAS DENOMINACIONES DEL DELITO DE FRAUDE GENERICO.....	38
3.- EL FRAUDE CIVIL Y EL FRAUDE PENAL.....	41
4.- EL FRAUDE GENERICO.....	45
A) Aspectos positivos y negativos del fraude genérico.....	46
B) Elementos constitutivos de la figura típica del fraude.....	53
5.- CLASIFICACION DEL FRAUDE EN ORDEN A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO..	62

CAPITULO III EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO

1.- DEFINICION LEGAL.....	65
2.- EL HECHO DELICTIVO.....	66
3.- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO..	69
4.- LUGAR Y TIEMPO DE LA COMISION DEL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO...	71
5.- CASOS DE AUSENCIA DE LA CONDUCTA EN EL FRAUDE ESPECIFICO.....	74
6.- LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD EN EL FRAUDE ESPECIFICO.....	75
7.- LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL FRAUDE ES- PECIFICO.....	78
8.- LA CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INculpABILIDAD EN EL FRAUDE ESPE- CIFICO.....	79
9.- LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	81

CAPITULO IV EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO, PREVISTO EN LA FRACCION III DEL ARTI- CULO 317 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

	pág.
1.- FRAUDE POR MEDIO DE TITULOS DE CREDITO.....	86
2.- EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO PREVISTO EN LA FRACCION III DEL ARTICULO 317 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.....	89
A) Análisis del texto.....	89
a.1. Términos relacionados con el delito de fraude específi- co.....	89
a.2. Elementos de la descripción legal.....	90
B) Bien jurídico tutelado.....	92
b.1. Conceptualización del bien jurídico.....	92
b.2. El patrimonio como bien jurídico tutelado por la norma penal.....	93
3.- EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO Y LOS INTERESES PUBLICOS Y PRIVA DOS PENALMENTE PROTEGIDOS.....	97
A) Concepto de interés.....	98
a.1. Concepto gramatical.....	98
a.2. Concepto doctrinal.....	98
B) Interés privado e interés público.....	99
b.1. Interés privado.....	99
b.2. Interés público.....	100
C) Teorías sobre el interés.....	101
c.1. Teoría clásica del interés en juego.....	101
c.2. Teoría de la naturaleza de la relación.....	101
D) Intereses renunciable e irrenunciables.....	102
E) Consideraciones personales.....	103

CAPITULO V

LA QUERELLA Y EL PERDON DEL OFENDIDO

1.- CONCEPTO DE QUERELLA.....	106
2.- FUNDAMENTACION POLITICA.....	107
3.- NATURALEZA JURIDICA.....	108
4.- FORMULACION LEGAL.....	109
A) Requisitos.....	110
a.1. De forma.....	110

	pág.
a.2. De contenido.....	111
5.- EXTINCION DEL DERECHO DE QUERELLA.....	111
A) Por muerte del inculpado.....	111
B) Por prescripción.....	112
C) Por perdón del ofendido o de su legitimado para otorgarlo....	112
6.- EL PERDON DEL OFENDIDO Y LA ETAPA DEL PROCEDIMIENTO EN QUE PUEDE OTORGARSE.....	113
7.- EFECTOS DE LOS DERECHOS POTESTATIVOS DE QUERELLA Y PERDON DEL OFENDIDO, EN EL DELITO PREVISTO EN EL ARTIUCLO 317, FRACCION III DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.....	116
CONCLUSIONES.....	123
BIBLIOGRAFIA.....	128

I N T R O D U C C I O N

En la época actual, no cabe duda en cuanto a que el Derecho Penal es tutelador de intereses jurídicos, ya que es parte del ordenamiento jurídico que determina las conductas de naturaleza criminal y las vincula a una sanción.

El Derecho Penal adquiere vida y sustancia cuando se enfrenta a las realidades cotidianas y entre ellas cumple su misión de administrar justicia a los casos concretos.

Debe haber congruencia entre el bien jurídico que se tutela, la trascendencia del acto con que se afecta y la consecuencia que la ley ha señalado anticipadamente.

Asimismo, la conminación de la sanción penal debe tener cierta congruencia con la gravedad de la conducta antisocial.

Es por ello que el presente trabajo se ha enfocado al estudio de un delito patrimonial que por su naturaleza ha adquirido gran sustantividad en las relaciones mercantiles que se dan entre los individuos, el fraude por medio de títulos de crédito, en donde el bien jurídico protegido por la norma penal es el patrimonio.

La tesis que sustentamos es el reflejo de nuestra inquietud, con respecto a la forma de persecución del delito de fraude por medio de títulos de crédito que prescribe la legislación Penal para el Estado de México, ya que establece una persecución oficiosa (salvo las excepciones que la propia ley considera), y en nuestro criterio, consideramos como propuesta, en este delito, una persecución a instancia de la parte ofendida, es decir de querrela, bajo las condiciones que se han desglosado en la presente investigación, por considerar que la comisión de este comportamiento antijurídico, en una jerarquía de intereses, afecta inmediatamente al interés particular antes que al colectivo.

Para fundar tal aseveración, hemos proyectado un esquema dividido en cinco capítulos, en donde se han tratado conceptos fundamentales para sustentár nuestro criterio; tales como: los factores que influyen en el delincuente que comete un delito de fraude, los elementos del delito de fraude, la querrela y el perdón del ofendido entre otros.

Durante el desarrollo de la investigación hemos dado mayor enfoque al tema central del presente estudio en los capítulos IV y V, en donde además de los conceptos abordados, hemos establecido algunas comparaciones entre la legislación Penal para el Distrito Federal y la legislación Penal para el Estado de México.

Finalmente, exponemos las conclusiones generales derivadas de este trabajo, denotando los conceptos que hemos formulado en la materia.

Con lo expuesto, pretendemos cerrar un paréntesis en el amplio campo de la investigación, ya que ésta nos conduce constantemente a temas profundos e interesantes por explorar.

CAPITULO I

DESARROLLO DEL DELITO DE FRAUDE

C A P I T U L O I
DESARROLLO DEL DELITO DE FRAUDE

1.- FACTORES CRIMINOGENOS EN LA COMISION DEL DELITO DE FRAUDE EN GENERAL.

Las acciones humanas, honestas o deshonestas, sociales o antisociales, son siempre el producto de su organismo físico-psíquico y de la atmósfera física y social que lo envuelve, por lo que es importante conocer algunos conceptos que nos llevan a comprender la influencia de los factores endógenos y exógenos en el individuo que comete una conducta antisocial.

A) Concepto de factor criminógeno, factores endógenos y factores exógenos.

"Por factor criminógeno entendemos todo aquello que favorece a la comisión de conductas antisociales". (1) Para Mayorca, citado por Rodríguez Manzanera, es "un estímulo endógeno, exógeno o mixto que concurre en la formación del fenómeno criminal". (2)

"Los factores endógenos son los que el individuo lleva dentro de sí". (3)

"Los factores exógenos son todos aquellos que se producen fuera del individuo" (4); podríamos decir que son los que vienen de fuera hacia dentro.

B) Factores endógenos y exógenos que concurren en la comisión del delito de fraude.

Toda conducta delictiva esta sobredeterminada, es decir tiene una policausalidad muy compleja, que deriva de distintos contextos o múltiples

(1) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 6a. edición. Editorial Porrúa. México, 1989. pág. 469.

(2) Idem.

(3) Ibidem. pág. 481.

(4) Idem.

situaciones en las que se halla todo ser humano.

El análisis de la conducta delictiva debe darse en función de la personalidad y del inseparable contexto social, ya que el individuo se adapta al medio social a través de sus conductas, y la significación y la intensionalidad de las mismas, constituye un todo que se dirige a un fin.

b.1. Elementos endógenos.

La conducta delictiva revela múltiples aspectos de la personalidad del delincuente. Cada delito tiene un valor dado de criminalidad o delictuosidad, por ejemplo: un hurto no tiene la misma criminalidad de un homicidio, como tampoco un homicidio realizado por un individuo es igual a un homicidio realizado por un grupo.

Así, en unos delitos se observa en el análisis de la conducta delictiva una tendencia lucrativa, es decir, existe una meta de conseguir dinero. En otros delincuentes se aprecia una situación de "strees" que había impactado al sujeto y lo había hecho perder sus controles sociales habituales, caso por ejemplo: de los homicidas por alcoholismo, o por discusión o pelea.

El estafador es la contrafigura del individuo sospechoso que se presenta pobremente vestido y que no tiene meta ni ocupación fija por ejemplo, el vagabundo. Para el estafador es necesario brindar una imagen que represente un "status" social elevado.

Por lo común es inteligente, observador, y entre sus rasgos más acentuados encontramos una imaginación exhuberante, un sentido exagerado de la propia personalidad y una gran avidez. Otra de las características que presenta, es su capacidad para utilizar el lenguaje verbal como técnica de acción sobre los demás.

El estafador no puede soportar la tensión ni la frustración, demuestra un tipo particular de actitud hacia sus objetivos, se dirigen a las personas utilizándolas para sus fines, presenta una específica combinación de defensas basadas en la omnipotencia, que se manifiesta particularmente por su actitud de racionalizar o intelectualizar sus conductas delictivas.

"El estafador es siempre estafador, difícilmente comete otros crímenes como el robo, el hurto, el homicidio". (5)

Rechaza la violencia a la que considera innecesaria, además su yo no es suficientemente agresivo.

Lombroso al ser citado por Hilda Marchiori, refiriéndose al estafador, decía: "tiene un aspecto y un carácter agradable que le es necesario para conquistar la simpatía y la confianza indispensables para una más fácil realización de su delito". (6)

Rodríguez Manzanera señala que los factores endógenos son aquellos - que se dan dentro del individuo, como ya se ha señalado, mencionando a manera de ejemplificación: la herencia, el factor cromosomático, el factor neuronal, una enfermedad tóxico-infecciosa, etcétera. Sin embargo en el panorama que se ha dado, existe una mayor participación del aspecto psicológico, más que de elementos de carácter biológico, ya que señala Hilda Marchiori que "el estafador realiza esa conducta debido a que su yo es -- desvalorizado" (7), y por ello asume identidades distintas que le permiten lograr su objetivo.

b.2. Elementos exógenos.

La conducta delictiva es una conducta concreta del individuo, pero - el delincuente en su totalidad es más que ese aspecto, porque la conducta delictiva es solamente la expresión de su relación con la víctima en un lugar (espacio) y en una fecha (tiempo) determinados.

La conducta delictiva revela muchos aspectos en relación al delincuente, por lo que resulta significativa, es decir, tiene un sentido cuando la relacionamos con los elementos endógenos y exógenos que influyen en la comisión de un ilícito.

Como ya mencionamos, toda conducta tiene una policausalidad derivada tanto de la propia personalidad del individuo, como del inseparable contexto social al que pertenece.

(5) MARCHIORI, Hilda. Psicología Criminal. 5a. edición. Editorial Porrúa. México, 1985. pág. 41.

(6) Ibidem. pág. 36.

(7) Ibidem. pág. 37.

"El estafador proviene de una familia de status socio-económico y -- cultural medio, el núcleo familiar primario presenta irregularidades dándose situaciones de pérdida o separación de uno de los padres, ha tenido una infancia desfavorable, por lo general con una educación rígida y estricta, es decir, padres que lo frustraban con prohibiciones severas, o - padres sobreprotectores". (8)

El estafador presenta una problemática proveniente del núcleo familiar, en donde la familia presenta un comportamiento habitual de engaño y mentiras, y donde generalmente las mentiras del niño, futuro estafador, - son protegidas.

La familia justifica su comportamiento y le permiten de ese modo continuar con las conductas de engaño y estafa.

Por otro lado, el medio social también actúa sobre el hombre, ya que el industrialismo desarrolla las ciudades y acentúa la desigualdad económica, social y cultural entre los individuos. Como las transacciones aumentan, va aumentando la complejidad de los contratos y relaciones comerciales. Tales cambios han hecho aparecer una marcada distinción de clases sociales. El medio actúa sobre el hombre, desarrollando en él la avidéz - del dinero, la falta de escrúpulos, y el aliciente de la ganancia fácil.

Tenemos aquí reunidos los elementos endógenos y exógenos que concurren en la etiología del delito de fraude; por una parte, las características propias del individuo que conforman su personalidad, y por otro lado, el medio familiar y social en el que se desenvuelve.

2.- EVOLUCION HISTORICO-LEGISLATIVA DEL DELITO DE FRAUDE EN GENERAL.

"La historia en general, es la narración ordenada y sistemática de - hechos importantes que han influido en el desarrollo de la civilización - de la humanidad". (9) Haciendo una explicación de tales conceptos, podemos señalar que "la Historia del Derecho Penal, es también la narración -

(8) MARCHIORI, Hilda. El Estudio del Delincuente. Editorial Porrúa. México, 1982, pág. 42.

(9) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 23a. edición. Editorial Porrúa. México, 1986. pág. 39.

sistemática de las ideas que han determinado la evolución y desarrollo -- del Derecho represivo". (10)

Así, en atención al presente trabajo es importante tener una idea so-
mera de la evolución de las instituciones y de los conceptos penales rela-
cionados con el delito en comento, a fin de poseer una visión clara de su
desarrollo a través de los diferentes periodos históricos. Aunque es de e-
norme interés el estudio de los mismos en los diferentes países, sólo alu-
diremos a Roma, ya que el Derecho Mexicano encuentra sus antecedentes en
el Derecho Romano. Siguiendo nuestro estudio con la historia del Derecho
Penal en México en relación al delito de referencia.

A) Antecedentes en Roma.

Desde épocas remotas encontramos en Roma la diferencia entre los de-
litos públicos "crimina" y los privados "delicta o maleficia", sujetos am-
bos a ordenamientos jurídicos diferentes. El derecho de coacción corres-
pondiente a los magistrados iba dirigido a aquellos daños causados a la -
comunidad; se perseguían de oficio por las autoridades y a petición de -
parte, y se sancionaban con penas públicas (decapitación, ahorcamiento, -
etcétera). Entre estos **crimina** podemos citar el "parricidium" y el "pecu-
latus".

Frente a esos **crimina** ajenos a una exposición del derecho privado ro-
mano, encontramos los **delicta**, que eran aquellos que en principio ofen-
dían intereses particulares, reservándose los agraviados en el derecho -
primitivo, la persecución del infractor, contra el cual la venganza desme-
dada (Ley del Talión) o la composición pecuniaria, fueron sucediéndose -
cronológicamente hasta llegar a ser obligatoria la composición legal.

Entre los antiguos delitos, debemos distinguir tres del "ius civile"
y cuatro del "ius honorarium". Al primer grupo pertenecen: robo, daño en
propiedad ajena y lesiones; dentro del segundo grupo tenemos: rapiña, in-
timidación, dolo y fraude de acreedores.

(10) Idem.

Los delitos pertenecientes al "ius civile" son :

a) Robo o "furtum".

Etimológicamente, furtum relacionado con ferre, es llevarse cosas -- sin fundamento y sin derecho. Sin embargo, se fue extendiendo el campo de acción de este delito, partiendo del "furtum rei", de modo que llegaba a ser todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto ajeno. Pero los romanos consideraban también robo el abuso de una cosa confiada, o sea "furtum usus", y el que cometía el mismo propietario que sustrae la cosa del acreedor prendario.

b) Daño en propiedad ajena o "damnum iniuria datum".

"Consiste en el daño injustamente causado en detrimento o pérdida de una cosa que sufre una persona en su patrimonio, causado por otra, sin - que haya habido ninguna relación jurídica entre ellos, y sin afán de lucro de la que cometió el delito". (11)

c) Injuria o lesiones.

"Injuria era, originalmente un término general para designar todo acto contrario al derecho, pero se utilizó desde medio milenio antes de Jesucristo, para el caso especial de lesiones causadas a una persona libre o esclavo ajeno". (12)

Las XII Tablas se refieren sólo a lesiones corporales. El pretor extendió el concepto de "iniuria" a lesiones morales.

Los delitos pertenecientes al "ius honorarium" son:

a) Rapiña.

El origen de esta figura delictiva, el robo con violencia o cometido por bandas armadas es incierto. Algunos tratadistas la remontan a la "Lex Cornelia de iniuria de Sila" (81 a.C.), aunque el robo acompañado de violencia era en realidad más reprochable que el mero "furtum", se castigaba

(11) BIALOSTOKI, Sara. Panorama del Derecho Romano. Textos Universitarios, UNAM. México, 1982. pág. 209.

(12) MARGADANT, S., Guillermo f. Derecho Romano. 13a. edición. Editorial Esfinge. México, 1985. pág. 440.

casi siempre como "furtum nec manifestum", ya que en caso de rapiña era prácticamente imposible aprehender al ladrón antes de que escondiera el botín.

b) Intimidación.

Obra también del pretor fue la tipificación del delito de intimidación con la "actio quod metus causa", a través de la cual la víctima podía reclamar la devolución de lo que hubiere entregado por miedo.

c) Dolo.

El Edicto al otorgar la "actio doli mali" y la correspondiente "exceptio", tipificó el engaño malicioso ("dolus malus"). Dicha acción es subsidiaria, es decir, solo puede ejercerla el agraviado si no cuenta con otra acción, es infamante, o sea, el condenado sufría un rechazo social; es arbitraria, lo que implica que la condena solo surtía efecto si el agresor no cumplía voluntariamente.

d) Fraude de acreedores o "fraus creditorum".

El pretor otorgó remedios contra los actos realizados por el deudor que agravaran su insolvencia en perjuicio de los acreedores.

"El fraude de acreedores se considera delito privado en el "Corpus Iuris". Sin embargo la "actio Pauliana" que lo tutela no es infamante, por lo que su clasificación como delito privado es dudosa". (13) Se trataba más bien de una acción recisoria de índole civil, que teóricamente podía proceder aún en casos en que tanto el deudor como el tercero hubieran obrado de buena fe.

Tomando en cuenta lo anterior, vamos a hacer referencia a aquellos hechos punibles como: falsedades y estafas que por su condición ética se trataban como delitos independientes ya en el derecho privado, y por virtud de ley penal algunas veces, y otras en virtud de resolución del Tribunal; pero que sin embargo no se castigaban como delitos de coacción, ni con arreglo a alguna ley privada.

(13) BIALOSTOKY, Sara. Op. cit. págs. 212 y 213.

En el antiguo Derecho Romano, tuvieron en consideración algunos hechos concretos de esta especie. Contra una serie de ellos se dirigía la Ley Penal sobre los Testamentos y la Moneda, dada por Sila. La jurisprudencia de los tiempos posteriores agrupó bajo la palabra "falsum", que en el moderno lenguaje traducimos por falsificación, la serie de hechos a -- que nos referimos, ampliándola con frecuencia. Dicha palabra, por su derivación etimológica de "fallere", significa fraude; y, según el uso común del lenguaje, quiere decir, engaño intencionado de palabra o de obra, pero no comprendía otros delitos que los enumerados taxativamente en la ley, y además, de los muchos actos que caían bajo el ilimitado concepto de engaño fraudulento, no recogía sino algunos de ellos, a saber, los que envolvían un peligro general.

La acción para perseguir la estafa como delito privado, no tenía lugar, sino en el caso de que concurriera en el hecho un elemento ético que el magistrado director del Tribunal considerara que requería ser tratado penalmente, no siéndole posible además a la víctima buscar que se le hiciera justicia por otra vía. Si en el derecho penal público estaban especificados por la ley los casos de falsificación, en el privado en cambio, no se hacía más que citar simplemente la estafa, y en cada caso concreto hacía depender el derecho de entablar la acción del arbitrio del Tribunal. Siempre que hubiera lugar a entablar una acción privada por causa de delito, añadíase a ella una correspondiente acción criminal de "stellionatus".

El stellionatus "era una especie de delito suplente para todas las disimulaciones y ocultaciones. Y se llegó a ampliar su significado en tal forma que en él se catalogaba todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra clasificación delictiva o que careciera de nombre propio". (14)

El orden jurídico de los primeros tiempos de la República no se propuso, en general, someter a penas el vasto campo de la falsificación y -- del fraude; por el contrario, ninguna otra clase de auxilio jurídico --

(14) ARROYO ALBA, Francisco. Estudio Sociológico Jurídico del Delito de -- Fraude. UNAM. México, 1962. pág. 46.

se prestaba a las personas víctimas de estos hechos, más que las acciones civiles, sin tinte alguno penal, que en ciertos casos pudieran corresponderles. "Pero del propio modo que en el horizonte de las injurias privadas castigaron las Doce Tablas en caso muy grave con la pena de muerte, - así también hasta donde nuestras noticias alcanzan, encontramos tres casos de fraude delictuoso que por el peligro común que envolvían, eran también castigados capitalmente, y son a saber: el falso testimonio, el cohecho en el juicio por jurados y la compra de votos en elecciones". (15)

Teodoro Mommsen señala que en ocasiones se promulgaron distintas leyes especiales relativas a esta materia, y por disposiciones de carácter general tocante al asunto, no se promulgaron antes se Sila.

Debe tomarse en cuenta la imprecisión de los conceptos penales de aquella época, en relación con los nuestros. Existía entre ellos la sus---tracción, que era una especie de hurto clandestino, el mancoeo, que era lo que hoy podríamos clasificar como el abuso de confianza. Independientemente el fraude fue presentando gran identificación, por su misma naturaleza con la falsedad, proveniente de los vocablos "falsum" y "fallere", - que en la etimología romana tienen un origen común. Como los romanos no se encontraban con obligaciones constitucionales para tipificar cada delito, no tropezaban con problemas, puesto que en un proceso podían atender a los diferentes aspectos de la intensión y de los hechos causados.

B) Antecedentes en México.

A continuación, vamos a ocuparnos en forma breve de los antecedentes del delito de fraude en relación con otros delitos patrimoniales en México.

b.1. Derecho Precortesiano.

Muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores, por lo que sólo nos referiremos a tres pueblos.

(15) MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Tomo II. Biblioteca de la Jurisprudencia, Filosofía e Historia. La España Moderna. Madrid. pág. 141.

Entre los mayas, las leyes penales se caracterizaban por su severidad. Los "batabs" o caciques tenían la función de juzgar, y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; reservándose la segunda para los ladrones.

En el pueblo tarasco a quien robaba por primera vez se le perdonaba, pero si reincidía se le hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves.

De mayor importancia resulta el estudio del Derecho Penal de los aztecas, ya que aunque no ejerció influencia posterior, sí impuso e influyó las prácticas jurídicas de aquellos núcleos que conservaban su independencia antes de la llegada de los españoles.

Los delitos en el pueblo azteca pueden clasificarse de la siguiente manera: contra la seguridad del imperio, contra la moral pública, contra el orden de las familias, cometidos por funcionarios, cometidos en estado de guerra, contra la libertad y la seguridad de las personas, usurpación de funciones y uso indebido de insignias, contra la vida y la integridad corporal de las personas, sexuales y contra las personas en su patrimonio.

b.2. Derecho Penal Colonial.

En relación al delito que nos ocupa, diremos que durante la época colonial, en que se entremezclaban los Derechos Romano y Germánico, continúa prevaleciendo la diferencia entre el robo encubierto o clandestino y el violento, al cual posteriormente en las Leyes de Partidas se dá el nombre de rapiña. Estas leyes definían al hurto en razón de su clandestinidad como: "malfetria que fazen quienes toman alguna cosa mueble, agena, encubiertamente o sin plazer de su señor, con intension de ganar el señorio, o la posesion o uso de ella". (16)

Es muy importante señalar que tales Leyes de Partidas, contienen definiciones de la palabra dolo. En una de ellas se dice: "dolos en latín quiere decir engaño, que engaño es cuartamiento que fazen algunos omnes los unos a los otros, por palabras mentirosas o encubiertas y colocadas -

con intención de engañar o de los decevir". (17) También se conserva el concepto de "stellionatus", como "todo acto en que se falte fraudulentamente a lo prescrito y que no tuviere otra clasificación delictiva". (18) El cual se considera antecedente del fraude, mismo que fue diferenciándose del robo con violencia o rapiña.

b.3. México Independiente.

Apenas iniciado el movimiento de independencia en 1810, el 17 de noviembre del mismo año Morelos decretó en su cuartel general del Aguacatillo, la abolición de la esclavitud, confirmando así el anterior decreto expedido en Valladolid por el Cura de Dolores. A causa de la grave crisis provocada por la guerra, se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto. Disponiéndose posteriormente que quedaban en vigor las leyes existentes durante la dominación.

Siguiendo con los antecedentes de nuestra legislación, mencionaremos que de las Leyes de Partidas, pasaron directamente las disposiciones a las leyes españolas y a través de ellas a las nuestras. Sin embargo, en el siglo pasado, aún se encontraban entremezclados en los derechos derivados del romano, los delitos patrimoniales. El Código Español de 1822 hizo distinción entre el robo y el hurto, definiendo al primero cuando se emplea fuerza o violencia; y el segundo, sin fuerza ni violencia. Asimismo la influencia romana en el derecho francés, impidió que se tipificaran algunos delitos derivados del robo, su artículo 379 decía: "Cualquiera que sustraiga fraudulentamente una cosa que no le pertenece, es culpable de robo". Tampoco el Código Español de 1822 precisa el abuso de confianza, refiriéndose a una disposición fraudulenta de bienes que son entregados en depósito.

b.4. La Codificación Penal.

En 1835 se expide en Veracruz un nuevo Código Penal local, posteriormente en 1862 se designa una comisión para la redacción de un proyecto de Código Penal, trabajo que se vio interrumpido por la intervención francesa

(17) Idem.

(18) Idem.

durante el Imperio de Maximiliano. Posteriormente se forma una nueva comisión que trabajó teniendo como modelo de inspiración el Código Penal Español de 1870, el cual se aprobó por el Poder Legislativo y comenzó a regir para el Distrito Federal y Territorio de Baja California en materia común y para toda la República en materia federal. Este ordenamiento se conoce como Código de Martínez de Castro, vigente hasta 1929.

En este Código Penal se introdujo la figura de abuso de confianza, aunque clasificándolo en función del fraude puesto que el artículo 407 decía: "el que fraudulentamente con perjuicio de otro, disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero o numerario", etcétera. En ese mismo Código de 1871, se agrupó en un título llamado de Delitos contra la propiedad: el fraude, la quiebra fraudulenta, el despojo de cosa inmueble, el de --- aguas, las amenazas, amagos, las violencias, esta última seguramente por considerarla extorsión.

En tal Código ya se encuentra definido el fraude genérico y tiene el enorme mérito de que ya se precisan gran número de los específicos.

Siendo Presidente de la República el licenciado Emilio Portes Gil, se expidió el Código de 1929, conocido como Código de Almaraz.

El Código de 1929 conservó la clasificación de los casos específicos de fraude, sin embargo llamó estafa a las defraudaciones, siendo que son - éstas más bien especie del género fraude.

Existe el mérito importante del Código Penal de 1931 que estableció la diferencia precisa y quince tipos legales. La antigua estafa sancionada por el artículo 389 del Código Penal de 1931, pasó al de 31 de diciembre de 1945, quedando comprendida en la parte final del 386.

3.- ETIMOLOGIA DEL DELITO DE FRAUDE.

En el siguiente apartado abordaremos algunos conceptos que han dado origen al fraude, como son: dolo "fraus", "stellionatus".

"La palabra **dolo**, significa engaño y **dolum** llevar a cabo un engaño, -

pero la palabra dolo, nombre, era un bastón dentro del cual se ocultaba - un arma". (19) En forma que parece trascender de este origen común la idea de algo que aparentemente inofensivo, lleva en el fondo algo oculto. Un peligro disimulado con apariencia inofensiva. Tal bastón era el antecedente del verdugillo español, y su uso es significativo porque representa dos características esenciales: apariencia inofensiva y fondo grave. Peligro que está encubierto, disimulado. Algo que para el común de las - gentes no es susceptible apreciar e implica peligrosidad para cualquiera.

Las otras palabras que se encuentran etimológicamente relacionadas - en forma estrecha con nuestro delito, son la ya citada "dolus": doli, -- cuanto sinónimo de engaño, fraude y simulación. "La palabra fraus, fraudis, significa engaño, malicia, falsedad, dolo. Fraudare, significa de-- fraudar, engañar, usurpar, despojar o burlar con fraude". (20) Asimismo se usaba por la imprecisión de los conceptos de aquella época para signi-- ficar hurtar, quitar, privar y muy significativamente se daba tal nombre a aquel que se quedaba con la paga de los soldados. En su término más amplio "fraus": fraude, significa acción contraria a la verdad.

La palabra directamente señalada como antecedente del delito que comentamos, es la palabra "stellio", "stellionis", "que significa estelión o salamanquesa, animal que tenía forma de tomar diferentes aspectos, así se daba por analogía al hombre engañoso y fraudulento". (21)

Asimismo el "stellionis" se consideraba como una especie de delito - suplente para todas las disimulaciones u ocultaciones, y se llegó a am-- pliar su significado en tal forma, que en él se catalogaba todo delito pa-- trimonial que no pudiera ser considerado en otra clasificación delictiva o que careciera de nombre propio.

El concepto de fraude fue evolucionando cada vez más, diferenciándose del robo con violencia o rapiña y abuso de confianza, y presentando -- gran identificación por su misma naturaleza con la falsedad. Actualmente en nuestro Derecho Penal se encuentra definido el fraude genérico así como los tipos legales que de él se derivan.

(19) Ibidem. pág. 45.

(20) Ibidem. pág. 46.

(21) Idem.

C A P I T U L O I I

EL DELITO DE FRAUDE GENERICO

CAPITULO II

EL DELITO DE FRAUDE GENERICO

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DELITO.

Para dar inicio al presente capítulo, abordaremos algunos aspectos del delito en general, los cuales servirán de apoyo para el desarrollo y apreciación de los aspectos enfocados al delito que nos ocupa.

Así como hay una teoría general del derecho, también existe una teoría general del delito integrada en aquélla.

"La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y la forma de manifestarse del mismo". (22) Consecuentemente la teoría del delito ha de enfocarse hacia éstos problemas: existencia del delito, su inexistencia y aparición.

"La teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que son comunes a todo hecho punible". (23)

Para el estudio de los delitos en especial debe aplicarse la teoría del delito en particular, pues aquella no puede vivir aislada, sino en función de cada tipo, analizando de una manera metódica y sistemática el delito en cada uno de sus elementos constitutivos y en todo lo que concierne a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición obtenemos una visión integral del delito.

A) Concepto de delito.

"El delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una va-

(22) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 13a. edición. Editorial Porrúa. Mexico, 1990. pág. 195.

(23) Idem.

loración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos - fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano - contrario al orden ético social y su especial estimación legislativa". (24)

Los pueblos más antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyó un obstáculo para justificar la relación punitiva del grupo o individuo lesionado en contra de su agresor. Sólo al paso del tiempo y a través de la creación de cuerpos legislativos, reguladores de la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al individuo la esfera de aplicabili--dad de la sanción represiva.

Diversos exponentes del Derecho Penal han tratado de conformar una - definición del delito aplicable a todas las épocas y lugares, sin embargo como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido - ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas se han erigido como delitos.

a.1. El delito en la escuela clásica.

Carrara -principal exponente- consideró al delito como "la infrac---ción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los - ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (25)

Para Carrara, el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídi--co, porque su esencia debe consistir, necesariamente en una violación del Derecho. De su definición se destaca como esencial, que el delito es una violación a la ley, no considerándose como tal cualquier otra no dictada por el Estado, con lo que separa en forma definitiva, la esfera de lo ju--rídico, de aquellas otras concernientes al ámbito del pensamiento del hom--bre, pues esta ley se dicta en consideración a la seguridad de los ciuda--

(24) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 10a. edición. Editorial Porrúa. México, 1991. pág. 163.

(25) Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. págs. 125 y 126.

danos, la infracción ha de ser resultante de un acto externo positivo o negativo, con lo cual Carrara da significación solamente a los actos positivos o negativos realizados por el hombre, único dotado de voluntad, ya que solamente el ser humano puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones.

a.2. Noción sociológica del delito.

Rafael Garófalo -sabio jurista del positivismo- define al delito como "una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los -- sentimientos altruistas (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad". (26)

Ante tal definición, Castellanos Tena expone la siguiente crítica, - "de haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida por la naturaleza y que tendiera a definir al delito como hecho natural, que no lo es; sino un concepto básico anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas y formar los códigos legales". (27)

La conducta humana del hombre, el actuar de todo ser humano puede - ser un hecho natural, supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus mecanismos, pero el delito es una clasificación de los ac tos humanos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, según determina dos criterios, de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, - de disciplina, de necesidad de convivencia humana, etcétera.

a.3. Definición legal o formal.

Olvidando el positivismo, los estudiosos del Derecho Penal volvieron los ojos a la dogmática, como el camino eficaz para estructurar la teoría jurídica del delito, por lo que la definición legal o formal que se expli ca, encuentra su fundamentación en el Código Penal vigente para el Distri

(26) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. págs. 163 y 164.

(27) Op. cit. pág. 127.

to Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal (en adelante C.P.), en cuyo artículo 7o. hac e consistir al delito como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

José Angel Ceniceros y Luis Garrido, al referirse al citado artículo, expresan: "en dicha definición encontramos que el primer elemento es, acto u omisión, o sea el elemento objetivo que se manifiesta por medio de la voluntad, ya violando una prohibición penal, o ya absteniéndose de un acto cuya ejecución impone la ley, pues una simple intención criminal no puede pensarse. El siguiente elemento es que el acto u omisión los sancionan las leyes penales, y por lo mismo, no puede haber delito si no hay una ley previa que califique al hecho relacionado como tal". (28)

En la definición expresada por el artículo 7o., encontramos que el acto u omisión son las dos únicas formas de manifestarse de la conducta humana que pudiera constituir delito, ambos constituyen la acción, que es el género; el acto o acción en su aspecto positivo y de la omisión el negativo, constituyen la especie.

La acción enunciada por el precepto legal consiste en una actitud positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma prohibitiva; la omisión en una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer, es decir, absteniéndose de un acto cuya ejecución impone la ley, pues hemos comentado ya, que una simple intención criminal no podría pensarse.

El siguiente elemento es que el acto u omisión los sancionen las leyes penales, considerando que la sanción o pena es "el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico". (29)

El precepto definido por el Código punitivo no escapa a la crítica de algunos autores, al decir que "no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del delito". (30) Este autor niega -

(28) Citados por PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. pág. 202.

(29) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 318.

(30) Ibidem. pág. 129.

el carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad, inclinándose por consiguiente a una concepción tetratómica.

Por otra parte Pavón Vasconcelos, dice: "un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse dogmáticamente, del total del ordenamiento jurídico penal. De éste desprendemos que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándonos por tanto a un criterio pentatómico por cuanto consideramos que son cinco sus elementos integrantes". (31)

"A primera vista y sin más indagaciones, se diría que el concepto de delito corresponde a una concepción bitómica o dicotómica de acuerdo con el contenido del artículo 7o. del Código Penal: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", o sea, que el delito es una conducta punible.

Ahora bien, relacionando este concepto con el propio Ordenamiento, -- descubrimos una conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad, y la punibilidad". (32)

El número de elementos varía según la particular concepción del delito. Así, se habla de una concepción bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, en razón del número de elementos que lo conforman, de acuerdo con el criterio de los diferentes autores.

a.4. Concepto doctrinal.

Jiménez de Asúa, considera al delito como "un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, - imputable a un hombre y sometido a una sanción". (33)

Para Cuello Calón es "la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible". (34)

(31) Op. cit. pág. 165.

(32) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. pág. 203.

(33) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. pág. 166.

(34) Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 129.

"Se da el nombre de delitos a ciertas acciones antisociales prohibidas por la ley, cuya comisión hace acreedor al delincuente a determinadas sanciones conocidas con el nombre específico de penas". (35)

El delito representa generalmente un ataque a los derechos del individuo, pero también en forma mediata o inmediata, contra los derechos del cuerpo social, de ahí que el Derecho Penal sea considerado, a justo título como una de las ramas del Derecho Público, ya que son públicos los intereses tutelados y corresponde al Estado la imposición de una pena a --- quien los ataca.

B) Concepciones sobre el estudio jurídico-substancial del delito.

Son dos los sistemas principales para realizar el estudio jurídico esencial del delito:

- a) El unitario o totalizador.
- b) El analítico o atomizador.

a) Unitario o totalizador.

Según esta corriente, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. "La concepción unitaria ve en él un bloque monolítico imposible de escindir en sus elementos" (36) El delito se concibe como un todo orgánico y así debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia.

b) Analítica o atomizadora.

Esta concepción estudia al delito a través de sus elementos constitutivos, sin perder la estrecha relación que existe entre ellos. Para estar en condiciones de entender el todo, es preciso el estudio de sus partes.

En cuanto a los elementos integradores, no existe en la doctrina uniformidad de criterio, mientras unos especialistas señalan un número, o--- otros lo configuran con más elementos; surgiendo así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas o heptatómicas.

(35) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 37a. -- edición. Editorial Porrúa. México, 1985. pág. 141.
 (36) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. pág. 165.

C) Elementos del delito y factores negativos.

A pesar de las diversas concepciones acerca de los elementos del delito, que existen por varios autores, respecto a la consideración de elementos esenciales y los que no lo son, haremos un estudio de ellos conjuntamente para tener una idea completa de la materia.

La moderna doctrina jurídico-penal considera que a cada elemento del delito corresponde un aspecto negativo, el cual impide su integración, y en forma enunciativa, son los siguientes:

ASPECTOS POSITIVOS

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condicionalidad objetiva
- g) Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- Ausencia de conducta
- Ausencia de tipo
- Causas de justificación
- Causas de inimputabilidad
- Causas de inculpabilidad
- Falta de condiciones objetivas
- Excusas absolutorias

Así, haremos el estudio de cada elemento, continuando con su respectivo aspecto negativo.

a) Conducta y ausencia de la conducta.

Conducta.

Dentro del término **conducta**, se puede incluir tanto el hacer positivo como el negativo; la acción y la omisión, o sea tanto el actuar como el abstenerse de obrar.

También algunos autores como Porte Petit, se muestran partidarios de los términos: **conducta y hecho**, para denominar el elemento objetivo del delito, "pensamos -dice-, no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material del delito, según la descripción del tipo". (37)

(37) Op. cit. pág. 229.

Así pues, el citado profesor Porte Petit distingue la conducta del - hecho, considerando que a veces el elemento objetivo del delito es la con ducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras, hecho, cuando la ley requiere (además de la acción o la omisión) - la producción de un resultado material, unido por un nexo causal.

El elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión.

Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay - violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la omisión por comisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

Sujeto activo de la conducta.- Sólo la conducta humana tiene relevancia en el Derecho Penal, por que es el único ser capaz de voluntariedad.

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas, mientras unos autores están convencidos de ella, otros la niegan - de manera categórica. Castellanos Tena afirma que: "las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independientemente a la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito". (38)

Sujeto pasivo y ofendido.- "El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal". (39)

Generalmente existe coincidencia en ambas personas, pero en ocasiones se trata de personas distintas.

Objetos del delito.- "El objeto material lo constituye la persona - sobre la cual recae el daño o peligro... El objeto jurídico es el bien - protegido por la ley y que el hecho y la omisión criminal lesionan". (40)

(38) Op. cit. págs. 149 y 150.

(39) Ibidem. págs. 151 y 152.

(40) Idem.

Ausencia de la conducta.

Estudiando el primer aspecto positivo del delito -la conducta o hecho- es menester hacer referencia a su aspecto negativo: **falta o ausencia de conducta.**

"Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquella, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias". (41)

Al faltar algunos de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará. En este caso la ausencia de la conducta impedirá la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, base indispensable para la conformación del delito.

Si el artículo 7o. del Código Penal hace referencia al acto u omisión como necesarios para que el delito exista, es indudable que interpretándolo "a contrario sensu", no habrá delito cuando falte la conducta, -por ausencia de la voluntad. Asimismo, el artículo 15, fracción I, determina que "es circunstancia excluyente de responsabilidad, la actividad o inactividad involuntarias", recogiendo en esa forma cualquier hipótesis de ausencia de la conducta.

Afirma Castellanos Tena que "no es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; "cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal". (42)

No existe unanimidad respecto de los casos de ausencia de la conducta, por lo que las opiniones de los autores se dividen en dos grupos:

a) Los que señalan hipótesis en las cuales es innegable la ausencia de la conducta, y;

b) Aquellos que además incluyen casos que para otros, son hipótesis

(41) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. pág. 322.

(42) Op. cit. págs. 163 y 164.

de inimputabilidad.

Como causas de ausencia de la conducta, de acuerdo a la doctrina tenemos las siguientes:

Fuerza física irresistible o vis absoluta.- Que es "cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible". (43)

Fuerza subhumana e irresistible o vis mayor.- "Es una hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible - sub-humana". (44)

Los movimientos reflejos.- Constituyen el aspecto negativo de la conducta, es decir, no hay una forma de esta acción, porque falta la voluntad.

Estos son -al decir de Mezger-, "los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, - esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin la intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento". (45)

"Sin embargo puede suceder que a pesar de hallarnos frente a un movimiento reflejo, exista culpabilidad por parte del sujeto, en su segunda forma o especie, por haber previsto el resultado, con la esperanza de que no se realizaría, o bien, que no lo previó, debiendo haberla previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación". (46)

El sueño.- "Estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos". (47)

(43) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. pág. 322.

(44) Ibidem. pág. 324.

(45) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. pág. 263.

(46) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Loc. cit.

(47) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. pág. 259.

Para algunos autores, las siguientes son causas de inimputabilidad:

El sonambulismo.- "El estado sonambólico es similar al sueño, distinguiéndose de éste, en que el sujeto deambula dormido. Hay movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios". (48)

El hipnotismo.- "Consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidos por una causa artificial". (49) - Dichas manifestaciones pueden consistir desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambólico, pudiendo acentuarse hasta el grado de hipnotismo.

El hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o disminución de ésta, a través de la sugestión.

La exclusión del delito se apoya en la ausencia de conducta (acción) y en la hipótesis de causación de daños por el hipnotizador, la responsabilidad de éste surge como autor mediato, ya que el hipnotizado se convierte en mero instrumento de éste a través de la sugestión hipnótica. En este sentido es importante destacar que el Código Penal fundamenta las causas de ausencia de la conducta, en su artículo 15 fracción I.

b) Tipicidad y ausencia de tipo.

Tipicidad.

Para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos, más no toda conducta o hecho son delictuosos, se requiere que sean típicos, antijurídicos y además culpables.

La acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva, pues al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, dicha acción no constituiría delito. Puede darse el

(48) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. pág. 260.

(49) Ibidem. pág. 262.

caso de que exista la tipicidad penal sin que exista la acción antijurídica como ocurre con las causas de justificación. "Por ello puede decirse - que la antijuridicidad es elemento constitutivo del delito, pero no lo es del tipo". (50)

No debemos confundir el tipo con la tipicidad, ya que el tipo es - "... la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos - penales... y, la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto" (51), o bien "la adecuación de una conducta o del hecho a la hipótesis legislativa". (52)

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración, como lo expresa nuestra Constitución en - su artículo 14 párrafo tercero, que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo que significa que no existe delito sin tipicidad.

(50) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. - 16a. edición. Editorial Porrúa. México, 1991. pág. 422.

(51) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 167.

(52) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. pág. 289.

Elementos generales del tipo.

Conforme al criterio de Pavón Vasconcelos, los elementos generales del tipo son:

a) Elementos objetivos.- "Por tales debemos entender aquéllos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es descubrir la conducta, o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal". (53)

b) Elementos normativos.- En ocasiones, las figuras típicas presentan elementos más complejos que los estrictamente descriptivos, esto es, a menudo, debido a exigencias de técnica legislativa, pues en algunos casos, para tipificar una conducta, es necesario incrustar en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho, obligando al intérprete a realizar una valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.

Para Pavón Vasconcelos, los elementos normativos "forman parte de la descripción contenida en los tipos penales, y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley". (54)

c) Elementos subjetivos.- El tipo tiene como fin delimitar y describir conductas antijurídicas; el legislador al confeccionar los tipos penales, en ocasiones, hace una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir en su conducta, o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta". (55) De esta manera, con tal motivo o fin de la conducta descrita, dejar inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es solamente aquella que está presidida por tal finalidad o estado, y evitar el equívoco que pudiera interpretar como típico cualquier acto externo. Por ejemplo: no cualquier manoseo, palpación o tocamiento, constituye el acto erótico-sexual, al que se refiere el artículo 260 del Código Penal, sino aquellos que están presididos por una intensión lasciva. Estos elementos subjetivos del injusto, pueden estar o no incluidos en la definición del tipo. Como tipos que expresamente contienen en su texto elementos subjetivos, citaremos la fracción I del artículo 400, del ya citado Ordenamiento Pe-

(53) Ibidem. pág. 276.

(54) Ibidem. pág. 278.

(55) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. 4a. edición. Editorial Porrúa. México, 1983. pág. 89.

nal (... no procure ... impedir, la consumación de los delitos que sabe -- van a cometerse, o que se están cometiendo...). Algunas veces, el elemento subjetivo radica en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de -- un determinado estado de cosas, otras en un determinado deseo, ánimo o intención que el agente conecta a su conducta, por ejemplo el artículo 267 - del Código Penal (antes de ser derogado) señalaba en su texto "para satisfacer un deseo erótico o para casarse".

Existen tipos delictivos en los que si bien no se menciona expresamente la existencia de un elemento subjetivo, se descubre en su interpretación que un elemento de esta especie hallábase insito en ellos, por ejemplo citaremos el artículo 260, ya que la existencia del requisito de ejecución de un acto erótico sexual depende de la intención que el agente conecta a sus actos de tocamiento.

Ausencia de tipo y de tipicidad.

Cuando no se integran todos los elementos del tipo se presenta la atipicidad que constituye el aspecto negativo del tipo. "La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo". (56) Por lo tanto, una -- conducta que no es típica no podría ser delictuosa.

"El dogma "**nullum crimen sine tipo**", constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no están descritos por la norma penal". (57)

Es oportuno precisar la distinción que existe entre ausencia del tipo y la ausencia o falta de tipicidad; el primer caso se presenta "cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, -- según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos" (58), o en otras palabras "no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal" (59), y en el segundo caso "surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada" (60), o sea la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo, como en el caso de -- la cópula con mujer mayor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo --

(56) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 147.

(57) PORTE PETIT CANAUDAP, Celestino. Op. cit. pág. 365.

(58) CASTELLANOS TENA, Fernando. Loc. cit.

(59) PORTE PETIT CANAUDAP, Celestino. Op. cit. pág. 366.

(60) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. págs. 174 y 175.

sú consentimiento mediante engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta de la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro, que la mujer sea menor de dieciocho años.

Como hipótesis de atipicidad se originan las siguientes:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo.
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo.
- c) Cuando hay ausencia de objeto, o bien, existiendo éste, no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo.
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos, los medios de comisión señalados por la ley.
- f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

c) Antijuridicidad y causas de justificación.

Antijuridicidad.

La antijuridicidad es un aspecto negativo, el que consiste en "desaprobar el hecho humano frente al Derecho". (61)

En general los autores se muestran conformes en que la antijuridicidad es un disvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho.

"La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo". (62)

La antijuridicidad constituye un aspecto unitario, es el resultado de un juicio sustancial, sin embargo, Franz Von Liszt, ha elaborado una concepción dualista de la antijuridicidad, es decir, la divide en dos tipos: formal y material.

"El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a

(61) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. pág. 294.

(62) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 178.

una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos". (63)

Jiménez Huerta no está de acuerdo con tal opinión, ya que para él, el orden jurídico no es concebido como una simple ordenanza, sino que lo que contradice dicho orden, ha de representar una negación de los valores individuales y sociales que son la razón de ser del orden jurídico, diciendo que "no es posible afirmar con universal vigencia -ni aun desde un punto de vista exclusivamente cortical- que una determinada conducta representa siempre una infracción de un mandato o prohibición, pues los mandatos y prohibiciones de orden jurídico no tienen un carácter estático, rígido y absoluto, sino que se atemperan y pliegan a las complejas situaciones de la vida". (64)

Lo antijurídico es considerado como un concepto integral e inescindible, negando de esta manera la concepción dualista que, frente a una antijuridicidad formal, sitúa otra material o sustancial. Ya Bettiol afirmaba que "un hecho es antijurídico, porque contradice la norma y porque lesiona aquel particular bien que la norma tutela" (65)

Ausencia de la antijuridicidad.

Siguiendo el orden que hemos impuesto, de señalar los factores positivos y negativos del delito, examinaremos en forma breve la ausencia de antijuridicidad.

Puede suceder que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación o licitud, que son, la manifestación negativa de la antijuridicidad.

Por su parte Porte Petit, manifiesta que: "la conducta o hechos realizados, no son contra el derecho sino conforme al derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de otro ordenamiento jurídico público o privado". (66)

(63) Ibidem. pág. 180.

(64) Op. cit. pág. 217.

(65) Idem.

(66) Op. cit. pág. 385.

En consideración al fundamento de las causas de licitud, podemos deducir las siguientes:

- 1.- Legítima defensa (artículo 15, fracción III).
- 2.- Estado de necesidad.- Cuando el bien sacrificado sea menor que el salvado (artículo 15, fracción IV).
- 3.- Cumplimiento de un deber en forma legítima (artículo 15, fracción V).
- 4.- Ejercicio legítimo de un derecho (artículo 15, fracción V).
- 5.- Impedimento legítimo (artículo 15, fracción III).

d) Imputabilidad y causas de inimputabilidad.

Imputabilidad.

Algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas, como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella a la imputabilidad; una tercera posición, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, siendo apoyado este último razonamiento por Castellanos Tena, estableciendo que "para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable ... Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquéllo que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad". (67)

"La imputabilidad debe aceptarse hay como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad". (68) Este autor considera a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, al afirmar: "puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquélla". (69)

En suma, la imputabilidad, según la ha definido Mayer, "es la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espirituales del autor,

(67) Op. cit. pág. 217.

(68) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5a. edición. Editorial Porrúa. México, 1990. pág. 286.

(69) Idem.

de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento". (70)

Inimputabilidad.

La imputabilidad, según el criterio más generalizado, "es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho, o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión". (71)

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de la inimputabilidad "son aquéllas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (72)

Como causas de inimputabilidad, de acuerdo a la doctrina se consideran las siguientes:

Transtorno mental o desarrollo intelectual retardado.- "Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas". (73) La ley positiva vigente no hace distinción entre los trastornos mentales transitorios de los permanentes, de lo cual se infiere que la inimputabilidad puede operar en ambos casos. La ley hace referencia a un trastorno mental de tal magnitud, que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo con esa comprensión (artículo 15, fracción II, del C.P.)

Dentro de la fórmula legal sobre inimputabilidad, conforme al criterio de diversos autores, pueden quedar comprendidos aquellos casos de sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado que les impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aun cuando no se presenta un verdadero transtorno mental.

Es de concluirse que por puridad técnica, los protegidos por la eximente de inimputabilidad, deben quedar al margen de toda consecuencia re

(70) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. págs. 374 y 375.

(71) Idem.

(72) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 223.

(73) Ibidem. pág. 226.

presiva o asegurativa de haber realizado el hecho penalmente tipificado - sin capacidad de juicio o desición, ya que las causas de inimputabilidad impiden el surgimiento del delito, sin embargo para fines de defensa social, la ley rompe sus postulados básicos y admite la aparición de consecuencias formalmente penales, puesto que admite que el Estado adopte medidas, que no son propiamente penas, para la atención de tales sujetos, y - ante todo la protección de la comunidad.

Miedo grave.- La fracción VI del propio artículo 15, en su primera - parte se refiere al miedo grave como excluyente de responsabilidad, "causa de inimputabilidad por caracterizarse como un transtorno mental transitorio que suprime en el sujeto el uso normal de sus facultades psíquicas". (74)

En la fracción VI del citado artículo se habla de miedo grave y fundado temor, que "técnicamente no pueden identificarse. El miedo grave - constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad". (75)

"El miedo es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o - mal que realmente amenaza o que finge la imaginación". (76)

La minoría de edad.- Comúnmente en nuestro medio a los menores de - dieciocho años se les considera inimputables, y por lo mismo, al no realizar comportamientos típicos, no se configuran delitos. Sin embargo, el menor con un adecuado desarrollo mental que no sufra enfermedad alguna que altere sus facultades es un ser capaz. Más en el ángulo jurídico debemos considerar a la imputabilidad como "la aptitud legal para ser objeto de aplicación de las disposiciones penales, y en consecuencia como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del Derecho represivo". (77)

e) Culpabilidad y causas de inculpabilidad.

(74) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit. pág. 382.

(75) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 229.

(76) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit. pág. 229.

(77) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 231.

Culpabilidad.

Para iniciar este tema, haremos hincapié en que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y se traduce en la capacidad del sujeto para querer y entender en el campo penal, argumento que nos reafirma Carrancá y Trujillo al exponer: "pero sólo aquél que, siendo imputable en general, deba responder en concreto al hecho penal determinado que se le atribuye, es culpable". (78)

Corresponde ahora señalar el concepto de culpabilidad, considerándose como "la concreta capacidad de imputación legal declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate". (79)

Cuello Calón define a la culpabilidad como: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (80)

Tanto la imputabilidad como la culpabilidad, concurren a conformar la responsabilidad penal, la cual puede ser considerada como "una declaración jurisdiccional de ser una persona imputable y culpable por una acción determinada y, como consecuencia, sujeto de una cierta pena. En otras palabras: juicio valorativo de reproche". (81)

Por su parte Villalobos afirma; "en realidad es pues, la culpabilidad una forma de pensar guiada por el sujeto, que hace a éste responsable de su conducta y de los resultados de la misma". (82)

La voluntad en cierto sentido se da antes que el conocimiento, ya que el sujeto puede voluntariamente prestar mayor atención a determinados razonamientos y desentenderse de los que no le interesan, encausando de esta manera su juicio hacia situaciones queridas, siendo el mecanismo de la culpabilidad en dos especies, por ello puede sostenerse que tanto en el dolo como en la culpa, el factor constitutivo es la voluntad.

(78) Op. cit. pág. 431.

(79) Idem.

(80) Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 233.

(81) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit. pág. 431.

(82) Op. cit. pág. 282.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia.

"Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa - (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el - Estado para la vida gregaria (culpa)". (83)

El Código Penal incluye la preterintencionalidad (artículo 8, fracción III) como una tercera forma o especie de la culpabilidad, en el caso en que el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

Inculpabilidad.

La inculpabilidad se entiende como la ausencia de culpabilidad. Jiménez de Asúa expresa que: "la inculpabilidad consiste en la absolucíon del sujeto en el juicio de reproche". (84)

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Toda causa eliminatória de alguno o de ambos, debe ser considerada como una causa de inculpabilidad, ya sea que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento, y siempre que la voluntad sea forzada, de modo que no actúe libre o espontáneamente. Es importante hacer una distinción de esta eximente respecto de las demás, para evitar confundirse, "pues la culpabilidad, ... está ausente siempre que falta cualquiera de los elementos del delito, pero como excluyente directamente eliminatória, sólo puede considerarse cuando recae sobre los factores que constituyen esa culpabilidad: el conocimiento y la voluntad". (85)

(83) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 238.

(84) Idem.

(85) VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit. pág. 433.

f) Condiciones objetivas de punibilidad y falta de condiciones objetivas.

Algunos autores niegan el carácter como elementos autónomos del delito a las condiciones objetivas de punibilidad, puesto que tales condiciones "sólo se dan en algunos delitos y por tanto no pueden referirse a la esencia común a todos ellos". (86)

Sin embargo para mayor entendimiento de este capítulo se ha hecho alusión a la teoría heptatómica, considerándolo como un elemento más del delito.

Las condiciones objetivas de punibilidad "pueden ser consideradas como anexos del tipo (Mezger), como condicionantes de la penalidad o como -- condicionantes de procedibilidad de la acción penal". (87)

Como ya hemos señalado, las condiciones objetivas serán aquéllas que la ley requiera, y su aspecto negativo constituirá en la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad. "Este aspecto negativo se obtendrá a "contrario sensu", de aquellos casos en que la ley penal exija alguna condición objetiva de punibilidad". (88)

g) Punibilidad y excusas absolutorias.

Punibilidad.

Al igual que en el subtema anterior, este aspecto no es considerado por algunos tratadistas del Derecho Penal como un elemento del delito, como lo señala Villalobos al decir: "con lo dicho: acto humano típicamente antijurídico y culpable, queda completa la definición esencial del delito". (89) Sin embargo también haremos referencia a este aspecto para tener una idea más completa de la materia, iniciando con el aspecto respectivo; "la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta". (90), entendemos con ello, que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de la sanción.

(86) Ibidem.

(87) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit. pág. 425.

(88) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. pág. 204.

(89) Op. cit. pág. 212.

(90) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 275.

Una importante opinión acerca de la punibilidad como elemento del delito, es la vertida por Villalobos, quien considera que "la pena es la --- reacción de la Sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir al delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto es que, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre justicia retributiva, suena lógico el decir que el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejará de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la Sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es de lito porque es punible". (91)

En el mismo sentido se han pronunciado otros tratadistas mexicanos como: Carrancá y Trujillo, Porte Petit, desconociendo el carácter de elemento esencial del delito a la punibilidad, ya que de operar las excusas absolutorias, sólo excluyen la pena, pero no el carácter delictivo del acto, - es decir, el delito permanece inalterable. Así también, como ya lo hemos mencionado, la pena es la reacción de la sociedad, de la cual se vale ésta para reprimir un delito, siendo una consecuencia del mismo, que el Estado ha creado. Por otra parte hay infinidad de actos que son sancionados por una pena sin poseer carácter delictivo, como sucede con las infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas.

Excusas absolutorias.

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad, de las cuales Kohler nos da el siguiente concepto: "son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer pena al autor". (92)

Como excusas absolutorias han señalado algunos escritores, las contenidas en los artículos 138 y 375 del C.P.

(91) Loc. cit.

(92) Citado por CARRANCA Y TRUJILLO, *Radl. Op. cit.* pág. 651.

2.- DIVERSAS DENOMINACIONES DEL DELITO DE FRAUDE GENERICO.

El delito denominado fraude por nuestro Derecho positivo (Título Vigésimosegundo, Capítulo III) ha recibido en otras épocas y en otras legislaciones diversos nombres, tales como estelionato, escroquerie, trufa y estafa, de los cuales daremos una breve descripción, introduciéndonos de esta forma a la formulación que en nuestra legislación ha tenido el delito señalado.

a) Estelionato ("stellionatum").

El origen del "stellionatum" se encuentra en el Derecho Romano, haciéndose derivar tal denominación de la palabra **stellion** "que era un animal dotado de colores imprecisos y favorables a los rayos del sol, se aplicaba a todos aquellos delitos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctuaban entre la falsedad y el hurto". (93)

Parece haber sido el estelión, animal con indefinibles colores, el que sugirió a los romanos el nombre de estelionato o "stellionatum", como título delictivo aplicable a aquellos hechos criminosos, que aunque fluctuaban entre el hurto ("furtum") y la falsedad ("falsum"), no se identificaban sin embargo ni con uno ni con el otro.

El estelionato, según Soler, "era una impostura encaminada a la obtención de un hecho indebido y capaz de engañar y causar perjuicio al diligente padre de familia". (94)

"La diferencia entre el fraude y los otros delitos patrimoniales (hurto y falsedad) principia en el Derecho Romano con la Lex Cornelia de falsis, en que se reprimían las falsedades en los testamentos y en la moneda; posteriormente se agregaron numerosos casos de falsedad que constituían ofensas a la fe pública. Además en el "stellionatus" se comprendieron los fraudes que no cabían dentro de los delitos de falsedad previstos, como agravar una cosa ya gravada ocultando la primera afectación, la alteración de mercancías, la doble venta de una misma cosa, etcétera. En general se -

(93) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. 3a. edición. Editorial Porrúa. UNAM. México, 1989. pág. 1469.

(94) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. 6a. edición. Editorial Porrúa. México, 1989. pág. 188.

consideraba estelionato todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado cualificación delictiva". (95)

El delito de fraude adquiere mayor autonomía hasta el Derecho Romano de la época imperial, pues las graves figuras del dolo malo quedaban comprendidas en el "crimen falsi", o bien daban lugar a una "actio dolo famosa", productora de infamia, siendo en tiempo de los emperadores cuando adquiere la categoría de "crimen extraordinem", surgiendo en tiempos del emperador Adriano el llamado "crimen stellionatus", citándose en el Digesto numerosos casos del mismo.

b) Escroquerie.

Es la designación que le otorga al fraude el Código francés, aun cuando su esencia coincide en lo general con nuestra figura, ya que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien a un error por medio de artificio o engaño para obtener un provecho injusto.

c) Trufa.

Según Maggiore, "la etimología del nombre de estafa es italiano, truffa, es incierta. Unos le hacen derivar del francés truffe, tartufo, o de truffle, que tiene el doble significado de trufa (hongo subterráneo comestible) y de burla; otros le hacen derivar del alemán treffen, golpear, coger, y por ende, jugar una mala pasada (en español existe también la palabra trufa en el sentido de engaño o patraña)". (96)

Cualquiera que sea su origen y denominación, tal término es el que da individualidad en la legislación italiana al delito de estafa, expresando el propio Maggiore, que "consiste en el hecho de quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno". (97)

d) Fraude.

Este término es usado por el Código mexicano y encuentra sus equiva-

(95) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 24a. edición. Editorial Porrúa. México, 1991. pág. 246.

(96) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. págs. 188 y 189.

(97) Ibidem. pág. 189.

lentes en los anteriores. Para Merkel el fraude es, "la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaño". (98) Mientras Soler lo considera como "una disposición patrimonial, perjudicial tomada por un error determinado mediante ardides tendientes a obtener un perjuicio indebido". (99)

"El fraude es un delito patrimonial que consiste, en términos generales, en obtener mediante falacias o engaños, o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la usurpación de cosas o derechos ajenos". (100)

El Código Penal vigente en el Distrito Federal, en su artículo 386, define al fraude, en su acepción genérica simple, diciendo: "Comete el delito de fraude el que engañando a otro o aprovechándose del error en éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".

"La verdadera esencia antijurídica del delito de fraude, radica en los engaños, ardides, artificios y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumergir en un error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial". (101) Esta esencia que singulariza al ilícito que comentamos, trasciende a la consideración penalística en los diversos sistemas y criterios seguidos por los códigos.

(98) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 189.

(99) Idem.

(100) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. cit. pág. 242.

(101) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. 6a. edición. Editorial Porrúa. México, 1986. pág. 128.

3.- EL FRAUDE CIVIL Y EL FRAUDE PENAL.

La cuestión que ha causado gran polémica entre los juristas de las diferentes épocas y escuelas, es la relativa a la ubicación del fraude en los ámbitos civil y penal, considerando por algunos autores, que ha sido debatida inútilmente. Sin embargo, nos limitaremos a señalar algunas de las opiniones más sobresalientes.

Las opiniones vertidas en torno a los límites y diferencias del fraude, las resumiremos en los siguientes criterios:

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

En relación al primer criterio, podemos citar entre otros a los siguientes autores:

Carmignani, que creo una teoría diferenciadora, considerando que "la distinción entre el fraude civil y el fraude penal se hallaba en una impostura grande y evidente, apta para eludir la perspicacia de las personas más sagaces". (102)

Hizo consistir la distinción en el concepto de la "magna o parva calladitas", del dolo malo o bueno, para significar precisamente la diferencia de intensidad: una grande y evidente impostura capaz de vencer la perspicacia de una persona prudente, la que debe ser considerada como fraude penal, pero la impostura fácil de vencer con una mínima atención, consideraba que debería refutarse como fraude civil.

Entre otros puntos de distinción, cabe señalar el invocado por Francisco Carrara, que nos lleva al convencimiento de que "el engaño requerido por el fraude penal, no es sólo aquél desprendido de la mentira o discurso, sino el que se acompaña de un artificio proporcionado por las con-

(102) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 190.

diciones objetivas del delito para apoyar la falacia (mise en scène)".
(103)

El criterio diferenciador que hace suyo Carrara, fue establecido por la jurisprudencia francesa en una sentencia del 4 de abril de 1862. La base de esta doctrina radica en distinguir entre artificio material y artificio verbal. Esta corriente estimaba que el fraude no debía consistir únicamente en "simples palabras mentirosas", sino que requería además de un apoyo material: "una mise en scène", un hecho exterior o la intervención de una tercera persona que corrobore las simples palabras.

En síntesis la teoría de la mise en scène, niega el carácter delictivo a la simple mentira y exige que el engaño sea acompañado de actos que contribuyan a hacer creíble lo que es mentira del mismo. Para Carrara, la mise en scène, completaba los elementos, tanto objetivo como material del delito, al decir que "completa el elemento subjetivo, porque muestra una mayor astucia, una mayor pertinacia, un hombre más temible a la sociedad. Completa el elemento objetivo porque las apariencias exteriores arquitecturadas para acreditar la palabra mendaz, hace más excusable la credulidad de la víctima y agregan al hecho un daño mediato que no surgiría respecto de quien hubiese creído las simples palabras del primer llegado".
(104)

Impallomeni ha considerado que si el error de la víctima, arrancado por dolo del agente, recae sobre la existencia o identidad del objeto, -- existirá el fraude penal; pero si recae sobre las cualidades accesorias del objeto, habrá fraude civil. Por ejemplo: un sujeto vende a otro determinado brillante, sustituyéndolo por otra piedra de inferior calidad. En esta hipótesis media engaño sobre la identidad de la cosa: el delincuente ha vendido una cosa y la ha reemplazado por otra de naturaleza diferente. En este ejemplo, según el tratadista, el dolo es penal y se comete el delito de fraude.

(103) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. pág. 1470.

(104) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 190.

En otro ejemplo: un sujeto vende a otro un caballo, diciéndole que es de corta edad, y resulta un caballo viejo; en este último ejemplo, el engaño recae sobre las cualidades accesorias de la cosa, siendo el dolo puramente civil.

"En la primer hipótesis, decía Impallomeni, se realiza un verdadero despojo, mientras que en el último caso se lesiona el derecho de propiedad, se ocasiona un daño pero sin llegar al despojo. Pero entonces si a un sujeto, engañándole sobre las cualidades accesorias de una cosa, se le infliere un daño de cincuenta mil soles oro, en realidad se le hace víctima de un despojo mayor que si mistificándole sobre la identidad de la misma. Se comprende de esta manera que no puede ser exacta una doctrina que, basándose al fin y al cabo en la importancia material o económica de la lesión de derecho, para distinguir un dolo de otro, lleva a admitir el dolo penal cuando el daño es pequeño y el dolo civil cuando el daño es grande". (105)

Dentro del segundo criterio, Maggiore expresa: "debemos concluir que entre el fraude civil y el fraude penal -como en general entre el ilícito penal e ilícito civil- no hay ninguna diferencia cuantitativa en el sentido de que la ley penal sólo interviene para reprimir el fraude cuando --- cuando éste se presenta con aquella intensidad especial que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos. Cuando existe este elemento -establecido por la ley positiva para acriminar al fraude, este delito se convierte en estafa. Pero en esta transferencia -que hace que el hecho --caiga bajo sanciones penales más bien que civiles-, el fraude no cambia -de naturaleza". (106)

Soler, con referencia a las supuestas diferencias entre el fraude civil y el fraude penal, estima que "la diferenciación no puede buscarse sobre las bases de suponer una graduación insensible que pase del fraude civil al fraude criminal. Por otra parte esa supuesta graduación resulta i-

(105) Citado en ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XII. Editorial Bibliográfica Omeba. Argentina, Buenos Aires, 1977. pág. 695.

(106) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. págs. 191 y 192.

exacta, pues la primera condición exigida por la ley civil para reconocer eficacia al dolo (fraude) es la de que haya sido grave, (C.C. 932, 1o.), y, por otra parte el concepto de dolo civil, es este sentido, también se define como aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, - cualquier artificio astucia o maquinación, (C.C. 931)". (107)

Entre nuestros penalistas, Mariano Jiménez Huerta se adhiere al segundo criterio, habida cuenta no sólo de la quiebra patente de las distinciones propuestas y el fracaso de los esfuerzos hechos para diferenciar - el fraude civil y el fraude penal, sino fundamentalmente por la imposibilidad ontológica de establecer "provincias en el amplio territorio de lo ilícito", esta imposibilidad ontológica no es una particularidad surgida por el ámbito antijurídico de lo fraudulento, sino que es la que informa y preside todo el territorio de lo ilícito. Ya Beling afirmaba que "no - hay una antijuridicidad que lo sea tan sólo para el derecho penal y no pa - ra el ordenamiento jurídico general". (108) Mezger estima que "el dere-- cho forma una unidad cerrada, y lo justo y lo injusto es común a todos -- sus distintos ámbitos". (109) Antolisei por su parte considera que "el - fracaso de todas las teorías que han sido formuladas para distinguir el - injusto penal del civil o administrativo, induce a concluir que no existe entre ellos ninguna diversidad sustancial". (110)

Acudiendo a los textos legales, Jiménez Huerta hace notar la mayor - exigencia de la ley civil, en el fraude contractual, en consonancia con - los requisitos necesarios para configurar el fraude genérico simple en la ley penal, a través de la comparación que este autor hace de los articu-- los 1815 del Código Civil que describe el fraude contractual y el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal, considerando en primera instan - cia que los elementos estructurales: tanto en el fraude civil como del - fraude penal son semejantes, pero que si se exigiera una mayor precisión, se podría agregar que "son más intensos los elementos integradores que -

(107) Idem.

(108) Citado por JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. Tomo IV. pág. 132.

(109) Idem.

(110) Idem.

según el artículo 1815 del Código Civil que exigen en el fraude contractual que los constitutivos del delito de fraude descrito en el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal". (111) Señala este autor que en tanto en este último basta el simple engaño, se necesita en aquél alternativamente con la sugestión engañosa, el artificio; y mientras en el primero se requiere el mantenimiento en un error, esto es, una actividad agresiva, en el segundo es suficiente el simple aprovechamiento del error, o sea, una actividad astuta. Concluyendo que "el delito de fraude constituye contemporáneamente un fraude civil. Y cuando en un hecho concurren los elementos propios del delito, ningún interés o valor tienen las diferentes teorías, plenas de doctrinalismo escolástico, elaboradas para dividir, metafísica y artificiosamente, en regiones diversas, el ámbito de lo ilícito". (112)

4.- FRAUDE GENERICO.

El delito de fraude "es hoy la más frecuente y rutilante estrella de la constelación forjada por las defraudaciones patrimoniales". (113)

Este delito ha tomado distintos matices a lo largo de la historia, y aunque los hechos falsos y engañosos que matizan la esencia antijurídica del delito, fueron también tenidos en cuenta por el Derecho romano para la integración de algunos complejos y difusos crímenes, como el de "furtum", "falsum" y "stellionatus", el desarrollo fáctico de aquél delito y su completa estructuración sólo se alcanza cuando a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el comercio jurídico y el tráfico mercantil se desarrollan intensamente en las relaciones humanas.

El delito de fraude es un producto de nuestra civilización que únicamente en la actualidad adquiere sustantividad técnica y autonomía típica.

Como ya lo hemos señalado, a este ilícito se le han dado diversas denominaciones en las diferentes épocas y codificaciones. Nuestra legisla--

(111) *Ibidem.* pág. 133.

(112) *Idem.*

(113) *Ibidem.* pág. 125.

ción le ha otorgado la denominación de fraude, el cual conforme a su no--
 ción doctrinaria penal, se considera como "un delito patrimonial que con--
 siste, en términos generales, en obtener mediante falacias o engaños, o -
 por medio de maquinaciones o falsos artificios la usurpación de cosas o -
 derechos ajenos". (114)

Los Códigos penales adoptan diversas posiciones al reglamentar el --
 fraude, consistiendo en nuestra legislación en un concepto general, enun--
 ciando casos específicos del mismo, como lo describe el artículo 386 en el
 párrafo primero, que a la letra dice: "artículo 386.- Comete el delito de
 fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que se este -
 se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido",
 conducta típica que posteriormente analizaremos.

A) Aspectos positivos y negativos del delito de fraude.

a) **Tipicidad y atipicidad.**

Tipicidad.

El tipo comprendido en el artículo 386 del C.P., no establece cali--
 dad alguna en cuanto a los sujetos del delito, por lo que cualquier perso--
 na puede colocarse en el supuesto de la ley, con la única excepción de que
 sea un sujeto capaz, imputable, ya que sólo así podrá responder ante el po
 der público del hecho ilícito comentado.

Como sujetos del supuesto tenemos:

a) **Sujeto activo.**- Es el que engaña o se aprovecha del error para ha--
 cerse ilícitamente de alguna cosa, o bien alcanzar un lucro indebido. Sin
 embargo puede acontecer que quien se beneficie sea: el que engaña o se a--
 provecha del error, o, un tercero.

b) **Sujeto pasivo.**- Es la persona que resiente el daño patrimonial, --
 aunque en ocasiones no se identifica con la que ha sido víctima del engaño
 o del aprovechamiento del error.

(114) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. cit. pág. 242.

El sujeto pasivo del fraude puede ser cualquiera, pero debemos distinguir entre el paciente del error y del engaño, y el paciente del daño, o sea, entre el estafado y el perjudicado. Ante la pregunta, ¿Y si el paciente del daño fuera una persona materialmente incapaz de entender y de querer (de menos de catorce años, un loco, un idiota)? -Maggiore responde- "como la víctima del engaño no puede ser sino un sujeto capaz, hemos de responder que, con el concurso de los demás requisitos, supuestos por la ley, se tendrá hurto o engaño de menores, pero no estafa". (115)

c) Objeto jurídico.- "La objetividad jurídica del delito de fraude es el patrimonio". (116)

El delito de fraude se encuentra inmerso en los señalados por el Título Vigésimosegundo del Libro Segundo del Código Penal, que lleva por rubro "Delitos contra las personas en su patrimonio", cuyo bien jurídico -- que recoge este título, es el **patrimonio**, tema que se verá ampliado en el capítulo IV del presente trabajo.

Clasificación del fraude en orden al tipo.

El tipo descrito por el artículo 386, en su apartado primero, constituye un tipo autónomo, por no requerir para su formación de elementos de otro u otros tipos, funcionando en forma independiente y no subordinada.

Se ha considerado también al tipo descrito, como un tipo básico, en virtud de considerar que de sus elementos se originaba el llamado en la doctrina mexicana fraude genérico calificado (antes de la reforma penal - de 1981), que en términos de ley se integraba "cuando el sujeto pasivo entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaños, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado". Lo que motivaba que la pena de fraude se aumentara de tres días a dos años - de prisión.

(115) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 208.

(116) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. Tomo IV. pág. 133.

El hecho delictivo descrito en el precitado artículo, denota un elemento normativo, al hacer referencia a la ilicitud del resultado típico de la conducta, ("se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro in debido") al implicar un juicio valorativo de él por el juzgador. El fraude de es un tipo anormal, porque además de tener elementos descriptivos, - hay elementos normativos.

El fraude asimismo es un tipo de formulación casuística y alternativamente formado, por incluir en su descripción los medios comisivos de: engaño y aprovechamiento del error; alternativo, debe considerarse con referencia al resultado exigido por el tipo, consistiendo en la obtención de la entrega de la cosa, o alcanzar un lucro indebido, es decir, - cualquiera de estos resultados integra el hecho. Otra opinión al respecto es la que expresa Zamora Pierce, quien considera que no es un delito de resultado alternativo, sino único, "por cuanto el resultado consistente en hacerse de una cosa, queda subsumido siempre en el lucro, siendo - este último el único resultado posible". (117)

En razón al alcance de la tutela jurídica, el fraude es un tipo simple, por proteger como único bien al patrimonio de acuerdo a la clasificación que hace de los tipos penales, el tratadista Jiménez Huerta.

Atipicidad.

Como se ha visto con anterioridad, la atipicidad sólo se podrá dar - cuando no exista encuadramiento de la conducta al tipo legal. Con referencia al delito en estudio, las únicas situaciones constitutivas de atipicidad son: a) ausencia de medios comisivos, y b) ausencia del objeto jurídico.

a) Ausencia de medios comisivos.- La ausencia del error para obtener la cosa o el lucro, hace desaparecer el delito; el uso de dichos medios - comisivos, para hacerse de la cosa propia cuando no se causa perjuicio a tercero, tampoco integra el delito.

(117) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 211.

b) Ausencia del objeto.- También es causa de atipicidad la falta de objeto jurídico protegido por la norma penal.

En ambas situaciones habrá atipicidad por faltar la adecuación de la conducta al tipo descrito por el precepto legal:

Zamora Pierce señala como causas de atipicidad:

- a) La falta de calidad en el sujeto.
- b) La falta del medio exigido por la ley.
- c) La falta de los medios subjetivos del injusto.

Al respecto, este tratadista expresa lo siguiente: "habrá atipicidad por falta del medio exigido por la ley cuando no estemos en presencia del engaño. El engaño no es relevante si es posterior al acto de disposición patrimonial, porque, en tal hipótesis, no puede ser causa. Tampoco es relevante el engaño del que se hace objeto a un incapaz, y la atipicidad en este caso surge por la falta del medio (engaño) exigido por la ley, y no por la falta de calidad en el sujeto pasivo, porque como arriba afirmamos, un incapaz puede ser defraudado por medio de su representante. Por último, estamos ante una atipicidad por falta de medio si el engaño aunque existiendo, no está unido causalmente con el acto de disposición patrimonial; para afirmar la existencia de la relación causal el juez deberá hacer referencia específica al caso concreto, con especial atención a la víctima del delito y a su personalidad; el engaño nunca debe ser valorado en sí, siendo absolutamente inofensivo para un individuo, puede ser determinante para otro, y ambos tienen derecho a idéntica protección de su patrimonio. Hay atipicidad por carencia de los elementos subjetivos del injusto, cuando el delincuente actúa con fines diversos que el ánimo de lucro". (118)

b) Antijuridicidad y causas de justificación.

Antijuridicidad.

"La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegi-

(118) Ibidem. pág. 212.

do a que se contrae el tipo penal respectivo". (119)

Una conducta será antijurídica cuando siendo típica no se encuentre protegida por alguna causa de justificación.

La antijuridicidad es considerada esencia de todo delito, sin necesidad de ser declarada expresamente, en este caso, en los términos ilícitamente e indebido, lo que para algunos autores resulta un pleonismo, ya que el daño que resiente el patrimonio, para constituir delito, debe ser siempre contra derecho, y no habrá delito cuando la consecuencia del provecho sea justa, como ejemplo citaremos: el acreedor que con artificios y trampas hace que el deudor le entregue lo debido o un valor equivalente.

El patrimonio es defendido mientras se hace de él un uso conforme al derecho, no contra el derecho.

Sin embargo, Pavón Vasconcelos vierte su opinión al decir: "la ilicitud del fin perseguido por el defraudado no justifica el acto del defraudador, por cuanto no puede considerarse lícito al no encontrarse amparado en la ley". (120)

En el mismo criterio se han pronunciado Stoppato, Soler y Jiménez Huerta, concluyendo con relación al fraude, que el hecho es antijurídico cuando no se encuentra amparado por una causa de justificación.

Causas de justificación.

Pavón Vasconcelos considera como causas de justificación en el delito de fraude, a las siguientes:

- a) El estado de necesidad.
- b) El ejercicio de un derecho.
- c) El cumplimiento de un deber.

a) El estado de necesidad.- En el estado de necesidad, tal fin no es sino la superación del estado de peligro, sacrificando el bien menor (patrimonio ajeno) para salvar el mayor (la vida o la integridad corporal).

(119) CASTELLANOS TENA. Fernando. Op. cit. pág. 178.

(120) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 215.

b) El ejercicio de un derecho.- El recuperar por ejemplo, la cosa -- propia que está en poder de otro.

c) El cumplimiento de un deber.- La licitud puede emanar directamente de un precepto legal que justifica la acción u omisión, del agente, - aunque normalmente, se deriva de un mandato de autoridad que se apoya en la ley.

Zamora Pierce establece una limitante para la justificante del ejercicio de un derecho, excluyendo de su ámbito a los derechos de crédito, "ya que en ciertos casos el perjuicio es claro, dice, como cuando la deuda está sujeta a término o condición, si lo que se obtiene es más valioso que el mismo crédito". (121)

El fraude lesiona el patrimonio, no la propiedad, por tanto, puede - configurarse el fraude al obtener la posesión de un bien del cual se es - propietario si obteniendo esa posesión, se lesiona algún derecho real que otro tenga sobre la cosa. Podríamos ejemplificar lo anterior, diciendo - que, comete fraude el propietario que priva de la posesión al usufructuario, al arrendador, al acreedor prendario, etcétera; porque por medio del engaño causa un acto de disposición del bien.

Podemos concluir por nuestra parte, que no hay fraude cuando se recupera mediante engaños la propiedad de un bien del cual se es propietario, si no se lesiona algún derecho real que otro tenga sobre la cosa, o bien si no se causa un daño patrimonial a un tercero, y en el caso de que para su devolución se haya estipulado término o condición y estos no hayan sido cumplidos.

c) Culpabilidad e inculpabilidad.

Culpabilidad.

Debido a que este delito requiere de una actividad tendiente a producir el error, o bien el aprovechamiento del mismo, el fraude es un delito intencional o doloso, excluyendo por consiguiente la forma culposa o im-

(121) Ibidem. pág. 218.

prudencial.

Ahora bien, es conveniente aclarar que las maniobras engañosas o el aprovechamiento del error ajeno como elemento objetivo, debe estar encaminado a obtener la entrega ilícita de la cosa o lucro indebido, lo que equivale a decir que el elemento subjetivo (dolo) constituye ese especial "ánimo de lucro", requisito aplicable a todos los delitos contra la propiedad, caracterizados por la apropiación de una cosa ajena a través de distintos medios.

En resumen, hay dolo en el fraude cuando:

- a) El agente representa el resultado (hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido.
- b) Tiene conciencia de su ilicitud.
- c) Actúa en forma voluntaria para llegar a él.

Inculpabilidad.

Habrá inculpabilidad por virtud de un error de hecho, de carácter esencial e invencible; se impide el nacimiento del dolo cuando falta el elemento psicológico, por lo que en este caso el hecho objetivamente anti-jurídico no es culpable.

También algunos tratadistas incluyen en los casos de error, las eximentes putativas en las hipótesis admitidas respecto de las justificantes.

d) Punibilidad y excusas absolutorias.

Punibilidad.

Nuestro Código Penal atiende a un sistema objetivo para graduar la pena, al importe de lo defraudado, como lo prescribe el artículo 386 en sus respectivas fracciones, las cuales señalan la métrica de la penalidad tomando en cuenta el valor decreciente de la moneda y el creciente de lo defraudado.

"El texto vigente por reformas del artículo 386 del Código Penal, --

por decreto del 26 de diciembre de 1981 publicadas en el Diario Oficial - el 29 del mismo mes y año y en las que como habíamos dicho, se ha tomado como base para fijar la pena de prisión y la multa, el salario mínimo a efecto de no estar reformándolo con cada variación de nuestra moneda".

(122)

Excusas absolutorias.

Anteriormente el artículo 390 del C.P. establecía una excusa absoluta, cuyo alcance estaba precisado por el artículo 377 del mismo ordenamiento, de manera que cuando el hecho era cometido por un ascendiente contra su descendiente, o por éste contra aquél, no se producía responsabilidad penal contra dichas personas, situación que no favorecía a cualquier otro que, sin tener dicha relación de parentesco interviniera en la comisión del delito, aunque para sancionarlo se necesitaba que lo solicitara el ofendido. Con la reforma al artículo 390 y desaparición del artículo - 377, ocurrida mediante Decreto del Congreso de 29 de diciembre de 1983, - promulgado por el Ejecutivo Federal el 30 del mismo mes y año, y publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984, desapareció la excusa absoluta en cuestión, ya que el artículo 399 bis en su primer párrafo, declara que los delitos previstos en el Título Vigésimosegundo que comprende los "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", "... se perseguirán por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado ...".

B) Elementos constitutivos de la figura típica del fraude.

La definición del delito de fraude contenida en el párrafo primero -- del artículo 386 del C.P. vigente, pone de relieve sus elementos constitutivos, que de acuerdo al criterio de Jiménez Huerta, son:

- a) una conducta falaz,
- b) un acto de disposición; y,
- c) un daño y un lucro patrimonial.

a) Conducta falaz.

Es esta conducta el punto de partida del proceso ejecutivo del fraude, la cual se encuentra presidida por un elemento de naturaleza eminentemente psíquica, y esencialmente consiste "en determinar a otro, mediante engaños a realizar, un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error, no rectificándolo oportunamente". (123)

Los tratadistas han dosificado a las diversas modalidades en tres grupos:

Maquinaciones y artificios.- Antiguamente sólo eran admitidos como formas para sumergir al error al sujeto pasivo, integrando únicamente ellas al delito en estudio.

Simple engaño.- Posteriormente se admitió el simple engaño, aunque no fuera acompañado de aquel aparato externo y corpóreo, el cual bastaba para inducir en error.

Aprovechamiento del error.- Actualmente en algunos Códigos penales como el nuestro, es ya suficiente para integrar la conducta delictiva en estudio.

Vamos a continuar nuestro trabajo, hablando en forma más amplia de cada una de las modalidades de la conducta del delito de fraude.

Maquinaciones y artificios.- Anteriormente el Código Penal de 1931 agravaba la pena del delito "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado..."

Posteriormente los proyectos de 1949, 1958 y 1963 omitieron dicho párrafo, el que desapareció definitivamente en la reforma del 29 de diciembre--

(123) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. Tomo IV. pág. 137.

bre de 1981. "Altamente dudoso es el acierto de dicha supresión, pues, - por una parte el precepto derogado ponía bien en relieve la íntegra dinámica y la verdadera naturaleza del delito de fraude; y por otro, tenía en cuenta, a los efectos de la pena, la mayor intensidad de la acción ejecutiva". (124) Sin embargo es de comprenderse que el fraude realizado mediante maquinaciones o artificios no deviene atípico, sino que queda subsumido por la frase "... el que engañando a uno ...".

La forma más densa de manifestar la conducta engañosa del delito en examen, es aquella que se exterioriza en una falsa apariencia externa, ya sea simuladora o disimuladora de la realidad, lo que Carrara denominaría la "mise en scène", destinada a corroborar los hechos falsamente afirmados, ya que para esta doctrina, no sólo se requieren las afirmaciones falsas y mendaces, sino hechos externos y corpóreos que les den la apariencia de una realidad, ilusoriamente visual y tangible.

Entendemos por **maquinación**, "acechanza artificiosa; y **artificio**, máquina o artilugio puesto en juego para lograr con más facilidad o perfección embaucar a la víctima y determinarla a hacer un acto de disposición patrimonial". (125)

Estas manifestaciones o artificios deberán tener suficiente corporeidad, visualidad o tangibilidad para hacer aparecer la mentira como constatada realidad. No existe maquinación en las simples palabras por fascinantes o sugestivas que fueran, es preciso que sean acompañadas previa, simulánea o sugestivamente por algún hecho material y corpóreo que dé apariencia de realidad a la mendaz afirmación.

Engaños.- Por engañar a una persona, debe entenderse "la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción; el engaño -mutación o alteración de la verdad- supone la realización de cierta actividad más o menos externa en - el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva". (126)

(124) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. Tomo IV. pág. 137

(125) Ibidem. pág. 138.

(126) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. cit. págs. 250 y 251.

La frase "... engañando a uno ..." empleada en el párrafo primero - del artículo 386, se proyecta sobre todo comportamiento positivo en el - que se falsee la verdad en lo que se hace, dice o promete y adecuada potencialidad psico-causal para sumergir a otro en un error y despertarle - una creencia ilusoria.

Su contenido conceptual abarca tanto la puesta en marcha de un medio idóneo para desvirtuar la verdad, así como la causación de ese resultado, esto es, el error en que se queda inmerso el sujeto pasivo como - efecto de la conducta engañosa que le determina a efectuar el acto de la disposición patrimonial. Tanto en los casos en que el error nace íntegramente a consecuencia de la conducta, como aquéllos otros en que el agente refuerza y aviva el error ya surgido, y activamente impide en la mente -- del errante se haga la luz, es decir, cuando el sujeto activo produce o - refuerza el error, y desde el punto de vista causal, ambos antecedentes - devienen idóneos para calificar la conducta engañosa, aunque, como es lógico, revistan diversa intensidad.

Se actúa "engañando" siempre que se engendra o se refuerza en el sujeto pasivo, un conocimiento o sentimiento erróneo que ilusoriamente le - determina a la disposición patrimonial.

La expresión "engañando" ha de ser, pues, entendida como "un influjo que obra ilusoriamente sobre la inteligencia o sobre el sentimiento erróneo que ilusoriamente la determina a la disposición patrimonial". (127)

En resumen, dirémos que la base fáctica del engaño, consiste en una alteración o falseamiento de la verdad exteriorizada, estipulada, prometida u ofrecida.

Hechos capciosos.- "La más corpórea forma en que se encarna el engaño consiste en entregar, a virtud de un título obligatorio, un objeto diverso -en su identidad, sustancia, cantidad o calidad de aquel que debía ser entregado". (128) Señalaremos como ejemplo; las entregas de mercan--

(127) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. Tomo IV. pág. 155.

(128) Ibidem. pág. 156.

cias, faltas de peso o medida o calidad inferior a la estipulada, de cuadros u objetos artísticos o históricos imitados en vez de legítimos; las enajenaciones como libres de casas propias, gravadas, etcétera.

El engaño puede entrar en juego tanto en el momento de concentrarse - la convención jurídica, como en el instante de darle cumplimiento, aunque la consumación del delito opera en esta última situación. Podemos concluir entonces, que los hechos capciosos son los engaños que se plasman en hechos corpóreos.

Peticiones, ofrecimientos y promesas ilusorias.- Los engaños también pueden consistir en falsas y expresas peticiones o promesas o en tácitos e inequívocos ofrecimientos.

Las falsas y expresas peticiones o promesas, encarnan en las mentiras engañosas puestas en juego por el sujeto activo para inducir en error al - sujeto pasivo de la conducta y lograr la entrega de la cosa.

Aprovechamiento del error.- El aprovechamiento del error es, "una acción negativa, mejor dicho, de abstención por parte del protagonista del fraude; supone que la víctima de antemano tiene un concepto equivocado, -- erróneo, falso, de las circunstancias que recaen en los hechos o cosas objeto del delito; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente, conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y - se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa". (129)

En el párrafo primero del artículo 386, se señala que es también medio idóneo de comisión del delito de fraude, aprovecharse del error en que se halla el sujeto pasivo. En este caso, el agente despliega sobre el sujeto pasivo una actividad positiva de naturaleza capciosa y falaz para reforzar el error en que éste se halla inmerso, e impedir que salga la situación irreal, en que se encuentra sumido.

Así pues, el mantenimiento del error implica un comportamiento engañoso.

El aprovechamiento del error, muchas veces de manifiesta en el silencio que asume el sujeto activo y en el cual asiste al error en que la víctima ya se hallaba inmersa.

En el aprovechamiento del error, si bien el agente no simula la realidad para sumergir en error a su víctima, disimula dicha realidad e impide con su actitud que la víctima salga de su error en que por su mentalidad, distracción o torpeza, se encontraba sumida. Como ejemplo, citaremos las fracciones VIII y XVII del artículo 387, en donde la integración de los fraudes de aprovechamiento del error que estamos examinando, se forma no solamente de la eventual presencia de un conocimiento equivocado, es decir, no solamente este elemento es idóneo, sino también la ignorancia, es decir, la ausencia de conocimiento respecto a la objetiva realidad circundante, teniendo aquí el error, como fuente a la ignorancia.

b) Acto de disposición.

Este delito se individualiza de los demás delitos patrimoniales, por el hecho de que el sujeto pasivo del engaño hace entrega voluntaria al estafador, de la cosa objeto del delito. El párrafo primero del artículo 386 alude a esta realidad, con la frase "... se hace ilícitamente de alguna cosa ..."

Si la consecuencia fáctica que produce la conducta fraudulenta del sujeto activo es la disposición patrimonial que efectúa el sujeto pasivo del engaño, tal conducta engañosa ha de proyectarse sobre un individuo -- con la capacidad psicológica suficiente para que las maquinaciones, artificios o engaños puedan mover su voluntad y determinarle a realizar el acto de disposición patrimonial, debido a la impresión ilusoria que producen en su entendimiento o en su sentimiento.

Para que exista el delito, se requiere de la facultad de entender y querer, que son las bases psíquicas para que pueda afirmarse que hubo una disposición patrimonial.

Y en relación al sujeto pasivo, que se encontrara en estado de incapacidad natural, sería imposible hacerle víctima del engaño o error, "no

existiría el delito de fraude aún en el caso en que mecánicamente o inconscientemente entregase la cosa al agente y éste la recibiera de las propias manos de aquél". (130)

En este caso se configuraría la base fáctica del "apoderamiento" típico del robo.

El engaño puede surtir sus efectos sobre un número indeterminado de personas o público en general, lo que pone de manifiesto su intrínseca -- potencialidad.

El acto dispositivo necesario para el delito de fraude, consiste en aquella resolución de la voluntad que determina al sujeto pasivo a la conducta de hacer o no hacer, recayendo sobre cualquier elemento del patrimonio.

También la disposición patrimonial puede revestir carácter omisivo - como acontece cuando ante la presentación de un pase falso, el sujeto pasivo se abstiene de cobrar el precio de entrada a un espectáculo.

En ocasiones, la disposición patrimonial, puede ser hecha inadvertidamente, pues con frecuencia el engaño de que el estafador se vale, consiste en ocultar la realidad, y de esta forma obtener una disposición patrimonial que el engañado no hubiera hecho si hubiera conocido la verdad ocultada.

La persona engañada -sujeto pasivo de la conducta- es la que ha de hacer la disposición patrimonial, aunque el perjuicio pueda recaer sobre un tercero -sujeto pasivo del delito. Y no es necesario que el que en virtud del engaño efectúa la disposición patrimonial, esté jurídicamente facultado para realizarla, "pues basta que de hecho esté en condiciones de disponer del patrimonio ajeno". (131) Como ejemplo citaremos a la criada que en ausencia de su patrona, entrega el abrigo de mink que engañosamente le pide en nombre de ésta el estafador, no está jurídicamente autorizada para disponer de dicho objeto, pero se halla de hecho en condiciones de efectuar dicha disposición.

(130) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. Tomo IV. pág. 179.

(131) Ibidem. pág. 183.

Han existido diversos criterios sobre la existencia o inexistencia - del delito de estafa, cuando la disposición patrimonial tiene una causa - inmoral o punible en donde algunos tratadistas como Maggiore, Merkel, Bin ding, entre otros, vierten la opinión de que no existe el delito de esta- fa. No obstante los argumentos aducidos por penalistas tan destacados, - lentamente se ha ido fincando el criterio de que "la intención de perpe- trar un delito y los actos que en dicha dirección hubiere realizado la - víctima, no destruyen la existencia de la estafa que el sujeto activo con- sumó". (132)

Manzini, estima que "el estafador es punible independientemente de - la conducta ilícita o inmoral del estafado, pues, por una parte, en nin- gún caso a la sola intención del defraudado puede asignársele algún valor jurídico que tenga eficacia positiva o negativa sobre la tutela penal, y por otra, las normas civiles que declaran la nulidad de los contratos con- trarios a la norma imperativa o cuya causa, motivo u objeto sea ilícito. nada tienen que ver con la represión de los delitos, ni la incriminación de la estafa tiene por fin compeler al estafador a la ejecución de su -- fraudulento contrato". (133)

Por otro lado Mezger, Frank, Welzel y Schonke, consideran que la esta- fa es también configurable en negocios jurídicos inmorales, ya que la - circunstancia de que el sujeto pasivo no tenga derecho a la contrapresta- ción carece de relieve, pues lo determinante para la integración del deli- to es la intención de estafar, orientada al futuro existente en el sujeto pasivo en el momento del engaño.

Según Jiménez Huerta, esta solución es la que debe adoptarse en nues- tro ordenamiento punitivo vigente por no existir ninguna norma jurídica - que permita a nadie lucrar con la cosa ajena. Para este autor la solución del problema se encuentra en la actuación del sujeto activo y la valora- ción de que procede hacer sobre la licitud o ilicitud de lo obtenido o al- canzado por su conducta engañosa.

(132) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. Tomo IV. pág. 186.

(133) Ibidem. pág. 187.

c) Daño y lucro patrimonial.

El fraude es un delito de disminución de intereses patrimoniales. La disposición que hace el engañado presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y, correlativamente, una antijurídica venta patrimonial para el estafador, consistente este daño o perjuicio patrimonial, en una disminución apreciable en dinero del conjunto de valores económicos correspondientes a una persona cuya disminución puede encarnar - en una merma de activo o en un aumento del pasivo.

La conducta engañosa determinante de la disposición patrimonial ha de tener por fin, como lo indica la parte final del párrafo primero del artículo 386, "obtener alguna cosa o alcanzar un lucro indebido". El daño patrimonial del pasivo implica un enriquecimiento indebido del sujeto activo, así cuando este último logra el enriquecimiento y el pasivo sufre el perjuicio, el delito se habrá consumado.

Cuando no obstante, los engaños, maquinaciones o artificios practicados, el estafador no logre hacerse de la cosa u obtener el lucro indebido, el delito queda en grado de tentativa punible ya que la conducta fraudulenta no causó ningún daño patrimonial.

El artículo 386 del C.P. contempla dos hipótesis:

- a) Obtención de una cosa (un objeto).
- b) Alcanzar un lucro indebido (total del patrimonio).

En el primer caso, el lucro existe tan pronto como el agente obtiene la entrega de la cosa mueble o inmueble, o la firma del crédito que obliga al sujeto pasivo o, del documento que contiene su renuncia a un derecho. Y en los casos en que el daño patrimonial consiste en la privación injusta de un derecho, en el momento en que logra el servicio -viajar sin cubrir el importe del boleto-, o beneficio -entrar al espectáculo sin pagar el boleto- que se propuso alcanzar.

La segunda hipótesis del delito, se consume cuando se obtiene una ganancia o un beneficio que disminuye en su conjunto el patrimonio del pasivo.

El elemento finalístico está insito en la frase "...se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido...", siendo la tendencia que ha de presidir la conducta desde su inicio, hasta que cerrado el círculo ejecutivo, a través del desplazamiento y del perjuicio, se materializa en la ventaja patrimonial, la cual podemos considerar como un incremento favorable de la situación patrimonial o del valor económico del patrimonio. Siendo tal ventaja patrimonial, ilícita -obtener la cosa-, o indebida -alcanzar el lucro-, lo que es lo mismo que antijurídica.

5.- CLASIFICACION DEL FRAUDE EN ORDEN A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO.

a) Por cuanto a la conducta.

El delito de fraude es un delito comisivo (de acción), de comisión -por omisión, unisubsistente o plurisubsistente.

Como medio comisivo de la conducta delictiva del ilícito en estudio, tenemos al engaño, que supone una actividad por parte del sujeto activo. El aprovechamiento del error como medio comisivo, implica una serie de actos encaminados a reforzar el estado subjetivo de la víctima, aunque puede consistir también en "una inactividad para llegar a la obtención de la cosa o del lucro indebido". (134)

La actividad delictuosa puede consistir de uno o varios actos, en el primer caso consistirá un delito unisubsistente, en el segundo será plurisubsistente.

b) Por cuanto al resultado.

El fraude es un delito instantáneo, material y de daño o lesión.

Instantáneo.- En virtud de que la disminución del bien jurídico revela la consumación instantánea del delito. Esto es, en el momento en que el sujeto pasivo logra la finalidad de la conducta ilícita, consistente en -- "obtener una cosa o alcanzar un lucro indebido", el fraude se ha consumado.

Para Carrara, el estelionato "no se completa con el solo usar el engaño; es preciso, además, que la víctima haya creído en el engaño; y aún este efecto no es por sí lo suficiente para la perfección del delito. También es necesario que el engañado, después de haber sido víctima de la ilusión, haya, como consecuencia de ella, consumado el hecho violador del derecho de propiedad, entregando al culpable la cosa que le pertenece. -- Hasta este momento no se tendrá más que una tentativa". (135)

En relación a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia, nos presenta la siguiente Tesis Jurisprudencial:

"El delito se consuma en el momento mismo de su comisión y no puede en forma alguna estimarse que por el solo hecho de pagar lo defraudado al o a los ofendidos, deje de existir el delito".

(Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLVIII. pág. 38. 6a. Época).

Material.— Por requerir de un resultado de índole material, consistente en la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurrente con ella, así como la obtención del lucro indebido.

De daño o lesión.— En virtud de que el resultado en el fraude implica una efectiva disminución en el patrimonio, bien protegido por la norma penal. Contrariamente a aquellos delitos en que la acción u omisión del sujeto sólo amenaza, con probabilidad de lesión, el bien tutelado (delitos de peligro).

CAPITULO III

EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO

CAPITULO III

EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO

1.- DEFINICION LEGAL.

La denominación de fraude específico, ha sido otorgada a los diversos delitos consignados en las veintiún fracciones del artículo 387 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, es decir, el legislador no describe un concepto de fraude específico, sino que lo equipara al delito de fraude genérico, añadiendo: "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán..." (136)

Al respecto, algunos autores expresan su opinión, por su parte Jiménez Huerta considera que "la mayoría de las conductas enumeradas y descritas en las diversas fracciones del artículo 387 no tienen otra significación penal que la de ser casuísticas especificaciones de las más conocidas formas en que el delito de fraude concretamente se manifiesta en la vida real y que, por quedar subsumidas en la definición recogida en los párrafos primero y último del artículo 386, eran innecesarias". (137)

Por otro lado, Francisco Arroyo opina que, "la más fuerte razón para que se equipararan las fracciones de fraudes específicos al fraude genérico, consistió, no en que sus hechos sean análogos, sino más bien en el hecho de que las acciones previstas en el 387 llevan en forma más o menos oculta todos los elementos señalados en el 386 que es lo mismo; que son especies del género fraude". (138)

Consideramos, que aunque todas las fracciones tienen analogía con el fraude genérico, no lo tipifican exactamente, ya que toman diversas modali

(136) Cfr. artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal.

(137) Op. cit. Tomo IV. págs. 134 y 135.

(138) Op. cit. pág. 125.

dades en que es difícil apreciar sus elementos, pero la ley ha tomado presunción de que existen, considerando asimismo la equiparación en penali--dad, precisando la doctrina y la jurisprudencia de que todos esos elemen--tos son especies del fraude genérico.

2.- EL HECHO DELICTIVO.

Algunos autores como Porte Petit prefieren, al referirse a este ele--mento, hablar de conducta o hecho. La razón de esta doble terminología es "la necesidad de distinguir la actividad productora de un resultado mate--rial (hecho), de aquella que sólo trasmuta el orden jurídico (mera conduc--ta". (139)

Estimando que otros delitos patrimoniales no tienen un resultado ma--rial (abuso de confianza); utilizaremos la palabra hecho al aludir al de--lito de fraude, por requerir esta figura delictuosa necesariamente de un resultado material, que el artículo 386 precisa en los siguientes térmi--nos: "hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido". Asimismo, el delito de fraude específico previsto por la fracción III del artículo 387, que posteriormente analizaremos con más detenimiento, nos -señala el hecho delictivo en los siguientes términos; "Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro..."

Se podría argumentar que en los otros delitos patrimoniales, existe un resultado material, ya que el sujeto activo se hace, igualmente de la cosa ajena, bien por el acto de apoderamiento o por la apropiación de la misma, pero "tal resultado debemos extraerlo del tipo; de la descripción legal y sólo de ella". (140)

El hecho se expresa en el fraude genérico atendiendo a la definición dada por el artículo 386 del Código, en todos aquellos actos que tienden a producir, mediante el engaño, un estado subjetivo de error, en el pa---ciente del delito o a aprovecharse del mismo para hacerse ilícitamente de una cosa, o bien obtener un lucro indebido. Siendo estos últimos extremos,

(139) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. - 195.

(140) Idem.

consecuencia de la actividad o inactividad del agente (acción u omisión), constituyendo el resultado de la conducta.

En el delito de fraude específico, al que nos introducimos, el hecho se expresa en aquellos actos que mediante el engaño, tienden a producir - tal estado subjetivo de error en el sujeto pasivo del delito o a aprovecharse del mismo para ilícitamente obtener de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, que ambos vienen a constituir mediante acción u omisión, el resultado de la conducta típica, y por consiguiente el hecho - de la misma al hablarse de un resultado material.

Haremos una diferenciación entre la omisión simple (propia) y la llamada comisión por omisión (impropia). En la primera "existiendo inactividad voluntaria, hay violación de un mandato de hacer del que deriva un deber jurídico de obrar; por tanto, el no hacer produce un resultado puramente jurídico, consistente en la mutación de la naturaleza, originada en la violación de la norma, en tanto en la omisión impropia o comisión por omisión se produce un resultado material prohibido, a través de una inactividad, un no hacer voluntario, violatorio de la norma preceptiva".

(141)

Ejemplifica la comisión por omisión, el aprovechamiento del error, - ya que admite una actividad negativa, un no hacer del sujeto, con violación del deber jurídico de obrar, mediante el cual se hace ilícitamente de la cosa, o bien obtiene un lucro indebido, es decir llega a un enriquecimiento ilícito, derivado de la entrega voluntaria de la cosa, es clara la posibilidad de la comisión por omisión, como forma de conducta. Lo anterior es distinto al caso en que el agente del delito refuerza el estado de error del pasivo, por darse una actividad positiva (una acción), pueden presentarse situaciones en las que la actividad sea suficiente al efecto de la obtención del indebido lucro.

Algunos tratadistas como Zamora Pierce, difieren de esta tesis, argumentando que "aun supuesta en el pasivo, la existencia del error, requiere una actuación positiva de parte del agente para obtener el beneficio

(141) *Ibidem.* pág. 196.

patrimonial". (142)

Para otros autores, el silencio es un signo ambiguo, ya que en el ejemplo en que una persona recibe dinero de más, al percatarse de su error devuelve la demasía, no comete ningún hecho reprochable, pero si una vez el dinero en su poder, consecuencia viciada por error, al conocer éste, decide quedarse con aquél, incumpliendo el deber jurídico de devolverlo, con violación del mandato de hacer en la norma preceptiva, está realizando una conducta omisiva que le produce como resultado causal de su omisión, un enriquecimiento ilegítimo.

Entonces la conducta consiste en:

- a) Engañar a alguien, o;
- b) Aprovecharse del error en que se encuentra, con la voluntad de realizar actos para colocar al pasivo en estado subjetivo de error, o bien, silenciar o callar, o no denunciar el error, aprovechándose de él en forma voluntaria.

Más para integrar el hecho se requiere, además de la conducta conformada por los citados elementos y el resultado ya precisado, que exista un nexo de causalidad, de manera que si el resultado no es consecuencia de la acción u omisión comisiva del sujeto activo, no puede hablarse del hecho objetivo del fraude.

El problema del nexo causal queda resuelto a la luz de la teoría generalizadora de la "conditio sine qua non" (equivalencia de las condiciones) de Von Buri, ya que suprimida mentalmente, en forma hipotética la actividad o inactividad del sujeto activo, el resultado desaparece, lo que demuestra la condicionalidad de la conducta observada por el sujeto pasivo del delito en la producción del resultado material.

El engaño es el medio comisivo empleado por el sujeto activo para provocar el error, es decir, inducir a otro a creer lo que no es, a diferencia del aprovechamiento del error, donde tal error existe con anterioridad en la psique de la víctima, y el sujeto activo, simplemente conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creen

cia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa.

Lo común tanto en el aprovechamiento del error, es el estado psíquico en que se encuentra la víctima: una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude.

El artículo 386, conecta a la conducta con su consecuencia (resultado), el hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido, de manera que de la redacción del precepto se infiere que tanto las cosas - (muebles o inmuebles) como los derechos patrimoniales, pueden ser objeto del delito de fraude.

Concluimos que los elementos integrantes del hecho delictivo son: el nexa causal y el resultado. Los cuales se manifiestan en el fraude, por lo tanto al existir un resultado material consistente en la obtención de una cosa o lucro indebido y, un nexa causal, de manera que el resultado - indicado es consecuencia de la acción u omisión comisiva del sujeto activo del delito de fraude, hablamos de un hecho delictivo.

Consecuentemente el delito de fraude específico que centra nuestro estudio, delito de fraude específico por medio de títulos de crédito, y que en este capítulo se considerará el enunciado por el C.P. multicitado, para posteriormente iniciar su estudio en el preceptuado por el Código Penal para el Estado de México, consiste en un hecho delictivo, integrado por un nexa causal y un resultado que debe ser consecuencia de la actividad del sujeto activo, siendo la "obtención de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro".

3.- CLASIFICACION DEL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO EN ORDEN A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO.

a) En orden a la conducta.

En relación a la conducta, el delito de fraude específico, previsto en la fracción III del artículo 387 del C.P., es un delito comisivo (de acción), ya que se realiza violando un deber jurídico de no hacer, al otorgar o endosar 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. Para Mariano Jiménez Huerta "es paladino el engaño - de que se vale el sujeto activo para defraudar a su víctima, pues otorgar o endosar a ésta, a cambio de una cantidad de dinero, valores o mercancías, un documento contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no - ha de pagarle, es efectuar hechos de naturaleza inequívocamente fraudulenta". (143)

Es evidente que hablamos de un delito comisivo ya que viola un deber jurídico de no hacer, como lo hemos señalado, sin embargo, no descartamos al aprovechamiento del error como medio comisivo, que implica, ya sea, una actividad, comprendiendo actos realizados para reforzar el estado subjetivo de la víctima, o bien, en una inactividad para llegar a la obtención de la cosa o lucro indebido

b) En orden al resultado.

Castellanos Tena establece una clasificación de los delitos de acuerdo a su resultado en: formales y materiales, siendo los primeros de simple actividad o de acción y los segundos considerados como delitos de resultado.

En relación al resultado, el delito de fraude específico por medio de títulos de crédito, es un delito material "ya que para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material". (144)

En el momento en que el sujeto activo obtiene una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, el fraude se ha consumado. Ya que el fraude no se completa con el sólo usar el engaño; es preciso además, que la víctima haya creído en el engaño, y como consecuencia de ello, consumado el hecho violador del derecho de propiedad, entregando al culpable la cosa que le pertenece.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia expone las siguientes Tesis Jurisprudenciales:

(143) Op. cit. Tomo IV. pág. 157.

(144) Op. cit. pág. 137.

FRAUDE, ENTREGA VIRTUAL DEL OBJETO EN LA INTEGRACION DEL DELITO DE.- El fraude existirá, condición sine qua non, cuando como resultado del engaño o del aprovechamiento del error, el autor logra la entrega o apropiación de cosas o derechos patrimoniales ajenos; por supuesto, no deberá exigirse precisamente la demostración de una entrega material, pues la remisión de la cosa, para emplear el artificioso léxico del recho privado, puede ser virtual.

Amparo directo 3859/74.- Fernando Karam Valle.- 30 de abril de 1975.- Unanimidad de 4 votos.- Ponentes: Mario G. Rebollo F.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volumen 76. - Segunda Parte. Abril 1975. Primera Sala. pág. 37.

FRAUDE POR EMISION O ENDOSO DE TITULOS DE CREDITO, INEXISTENCIA DEL DELITO DE (LEGISLACION DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES).- De los términos del artículo 387, fracción III, del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, se desprende que para integrarse el tipo del delito 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 inculpado no obtuvo mediante la suscripción de unas letras de cambio, cantidad alguna de dinero y únicamente firmó los documentos para garantizar un adeudo preexistente.

Amparo directo 2484/63. Guillermo Peimbert Vera.- 17 de julio de 1964.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez.

Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen 85. pág. 13.

Las tesis doctrinales y jurisprudenciales, reconocen que para la existencia del delito de fraude específico que comentamos, se requiere la obtención de un lucro indebido como resultado del engaño o aprovechamiento del error, por lo tanto estamos frente a un delito de resultado material.

4.- LUGAR Y TIEMPO DE LA COMISION DEL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO.

En la mayoría de los delitos, la acción o la omisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado, y el tiempo que media entre el hacer y no hacer, y el resultado producido es insignificante, por ello puede decirse que son concomitantes. En otros casos la conducta y el resultado no coinciden respecto al lugar y tiempo, como los llamados delitos a distancia.

Para establecer la ubicación del lugar y el tiempo en la realización -

del delito, se han elaborado diversas teorías.

Cuello Calón señala tres:

- a) **Teoría de la actividad.**- Según la cual, el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de la acción o de la omisión.
- b) **Teoría del resultado.**- De acuerdo con ella, el delito se realiza en el lugar y al tiempo de producción del resultado.
- c) **Teoría del conjunto o de la ubicuidad.**- Para la cual, el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de la realización de la conducta.

(145)

Para Edmundo Mezger "lugar del hecho es todo lugar en el que ha sido realizada alguna parte integrante del hecho tratándose de la actividad corporal del autor o del resultado posterior". (146) Este penalista se inclina por la teoría del conjunto o de la ubicuidad, en cuanto a lugar se refiere, en relación al tiempo, se afilia a la teoría del resultado; a la de la actividad, tratándose de determinar la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto.

Existen otros criterios, que por su parte también han elaborado teorías, como la de la intención, para la que el delito deberá tenerse por --realizado en el tiempo y lugar donde el sujeto activo lo ubica, en forma -subjetiva; otra teoría es la de la actividad preponderante, que ve en el -acto de mayor trascendencia, dentro de la actividad, el medio para determinar el lugar y tiempo de la ejecución del ilícito.

Sin embargo en nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, no se establece un precepto que solucione con claridad este problema, por lo que se han adoptado diversas soluciones en relación a los casos concretos, aunque generalmente se sigue la teoría del resultado.

Hemos señalado que en algunos delitos el tiempo que se da entre la acción u omisión, y el resultado que éstos producen es mínimo y hasta insignificante, ya que se dan casi al mismo tiempo. Este es también el caso del

(145) Cfr. citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pág. 161.

(146) *Ibidem*. pág. 161 y 162.

delito de fraude por medio de títulos de crédito, ya que por su duración es un delito instantáneo. Alimena, expresa con fines didácticos que "el delito instantáneo, es instantáneo en la conciencia e instantáneo en la ejecución". (147)

En el delito instantáneo la acción que lo consuma, se perfecciona en un sólo momento, y no le dan tal carácter los efectos que él causa sino - la naturaleza de la acción a la que la ley le otorga el carácter de consumatoria. El delito instantáneo se puede realizar mediante uno o varios actos o movimientos; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo, quedando definido por la fracción I del artículo - 7o. del C:P. como sigue: "Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos consecuti---vos".

Es instantáneo el delito específico en estudio, en virtud de que la disminución del bien jurídico revela la consumación instantánea del delito. Ya que además del elemento engaño que es empleado, se requiere que és te prenda en la mente de la víctima, y como consecuencia de este estado - subjetivo, exista un acto de disposición que permita la obtención de un - lucro al activo del hecho delictivo. Sobre esta cuestión Carrara expresa: "el estelionato no se completa con el solo usar el engaño; es preciso ade más que la víctima haya creído en el engaño; y aun este efecto no es por sí solo suficiente para la perfección del delito. También es necesario -- que el engañado, después de haber sido víctima de la ilusión, haya, como consecuencia de ella, consumado el hecho violador del delito de propiedad, entregando al culpable la cosa que le pertenece". (148)

La Suprema Corte de Justicia, considera:

"El delito se consuma en el momento mismo de su comisión y no puede en forma alguna estimarse que por el solo hecho de pagar lo defraudado al o a los ofendidos, deje de existir el delito".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLVIII. Sexta Epoca. pág. 38.

(147) Ibidem. pág. 139.

(148) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 204.

Tomando en cuenta los argumentos anteriores, consideramos que el delito específico mencionado es un delito instantáneo, en donde la actividad engañosa se realiza en el mismo lugar donde se produce el resultado, y el tiempo en que esta conducta engañosa es acogida por el sujeto defraudado y el acto de disposición que vulnera su patrimonio, provocando la obtención del lucro por parte del activo, es concomitante, ya que tanto el lugar como el tiempo en que se comete el delito son prácticamente simultáneos. Como también se desprende de la primera parte de la tesis jurisprudencial que antecede, considerando que el delito se consuma en el momento mismo de su comisión.

5.- CASOS DE AUSENCIA DE LA CONDUCTA EN EL FRAUDE ESPECÍFICO.

Ya hemos abordado en páginas anteriores que a la falta de alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito.

Castellanos Tena considera que "no es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta, cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador". (149)

Estos conceptos indudablemente aluden al delito en general, sin embargo nos serán útiles al exponer la ausencia de la conducta, o en forma más apropiada y específica, del hecho, respecto del delito específico en comento.

De acuerdo con el contenido de temas anteriores, el fraude se integra mediante la ilícita entrega que hace el dueño de la cosa, o un tercero, a consecuencia de los medios engañosos empleados por el agente o de la actividad negativa observada por éste al omitir hacer saber a la víctima el estado de error en que se encuentra, o del cual se aprovecha para alcanzar una cantidad de dinero o cualquier otro lucro. Adquiere trascendencia la especial actividad intelectual que desarrolla el agente causal sobre el pasivo, para expresar la acción engañosa o bien para conocer el estado de e-

(149) Op. cit. págs. 163 y 164.

rror en la víctima. Lo anterior implica que cualquier situación en la que el sujeto actúe sin voluntad no es el medio propicio para llegar al resultado, que es la obtención de un lucro, puesto que como ya manifestamos, - la actitud desplegada por el sujeto activo, requiere plena conciencia de su parte, o sea que la conducta esté revestida de una naturaleza eminentemente psíquica, lo que no ocurre en los casos de ausencia de la conducta que fundamenta el Código Penal en el artículo 7o. interpretado a contrario sensu y el artículo 15, fracción I.

Por su parte Pavón Vasconcelos niega que en el fraude puedan presentarse casos de ausencia del hecho, con base a la actividad intelectual requerida por el agente activo para desprender el engaño, o bien, captar el estado de error en que el sujeto activo se encuentra, asumiendo una actitud pasiva o bien realizar actos tendientes para mantenerlo en él. (150)

De igual manera, Zamora Pierce externa su opinión al considerar que "esa especial elaboración intelectual en el fraude y tomada en cuenta de - la dirección voluntaria del comportamiento del autor, niega la posibilidad de alguna de las hipótesis de ausencia de la conducta". (151)

Para Jiménez Huerta, la conducta que realiza el sujeto en el proceso ejecutivo del delito de fraude, es de "naturaleza eminentemente psíquica". (152) Lo que implica en nuestra opinión una actitud de entender y de querer con un ánimo de lucro, ya sea engañando o percibiendo el estado de error en que se haya su víctima, y realizar de esta manera, todos los actos tendientes a mantenerle en él. Por consiguiente, apoyados en estos - criterios, concluimos que no se presenta el aspecto negativo de la conducta, ya que las excluyentes consideradas por la doctrina y la ley no operan en este delito.

6.- LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD EN EL FRAUDE ESPECIFICO.

Ya hemos analizado en temas que anteceden con más detenimiento; la - tipicidad y atipicidad como elementos del delito. Corresponde ahora refe--rirnos al delito de fraude específico, previsto en la fracción III, del -

(150) Cfr. Comentarios de Derecho Penal. pág. 205.

(151) Ibidem.

(152) Op. cit. Tomo IV. pág. 137.

artículo 386 del C.P.

TIPICIDAD.

Al igual que en los demás delitos, habrá tipicidad cuando exista el encuadramiento de la conducta delictiva al tipo prescrito por la norma penal.

El tipo comprendido en el numeral indicado, no establece calidad especial alguna en los sujetos activo o pasivo del delito, por esta razón, cualquier persona podrá colocarse en el supuesto de la ley, con la sola excepción de que el sujeto activo deberá ser plenamente capaz, imputable.

En este delito:

- a) **El sujeto activo.**- Es el que engaña para hacerse de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, mediante el otorgamiento o endoso 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.
- b) **El sujeto pasivo.**- Es la persona que resiente el daño patrimonial.

"Por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona que sufre directamente la acción: sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito (Carrara); el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito (Cuello Calón, Garraud)". (153)

En el delito de fraude específico por medio de títulos de crédito; - el sujeto pasivo es la persona que sufre el daño patrimonial a causa del engaño desplegado por el agente del delito.

Es la persona individual el sujeto pasivo del mayor número de delitos, aunque también la persona jurídica, el Estado y la colectividad pueden ser sujetos pasivos de la infracción.

Por último, cabe distinguir entre el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo del daño; el primero ya se ha definido, en cuanto al segundo,

"es el que sufre el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito". (154) Que aunque no son idénticos, generalmente coinciden en el delito en estudio, a diferencia de otros; como se advierte en el homicidio, en el que son pasivos del daño los deudos del ofendido, y pasivo del delito éste.

"Sujeto pasivo de la estafa -dice Maggiore-, puede ser cualquiera. Pero aquí también hay que distinguir entre el paciente del error y del engaño y el paciente del daño, esto es, entre el estafado y el perjudicado. Es tas dos cualidades pueden coincidir, pero también estar separadas, si el sujeto pasivo del engaño es persona distinta del perjudicado; al primero le compete técnicamente la calificación de paciente. ¿Y si el paciente del engaño fuera una persona naturalmente incapaz de entender y de querer (de menos de catorce años, un loco, un idiota? Entonces, como la víctima del engaño no puede ser sino un sujeto capaz, hemos de responder que, en el -- concurso de los demás requisitos, supuestos por la ley, se tendrá hurto o engaños de menores, pero no estafa". (155)

c) El objeto jurídico del delito.- "Es el bien o el interés jurídico, objeto de la acción incriminable". (156)

El objeto jurídico del delito de fraude específico, al igual que en el fraude genérico, como en los otros delitos patrimoniales queda identificado plenamente con el bien tutelado por la norma prohibitiva, y no es otro que el patrimonio.

Casos de atipicidad en el fraude.

En el caso de fraude, las únicas situaciones que pueden considerarse constitutivas de atipicidad, según Pavón Vasconcelos, son: a) ausencia de los medios comisivos, que en el fraude específico que nos ocupa, se refiere a la ausencia del engaño de que se vale el activo al otorgar o endosar un documento nominativo, a la orden o al portador contra persona supuesta

(154) Ibidem. pág. 270.

(155) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 208.

(156) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit. pág. 270.

o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo. En este caso, la ausencia -- del engaño hace desaparecer el delito; y b) ausencia del objeto jurídico, el cual se encuentra constituido por el patrimonio. Este supuesto se refiere a la situación en que el medio comisivo -engaño-, desplegado para obtener dinero o cualquier otro lucro, no causa el perjuicio pretendido, lo cual tampoco integra el delito. En ambas situaciones habrá atipicidad del hecho por faltar la adecuación de éste al tipo legal. (157)

7.- LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Antijuridicidad.

Del Código punitivo para el Distrito Federal, se infiere del artículo 387, fracción III, que a virtud del engaño, el agente obtiene 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 persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle", dándole estos últimos términos, el carácter antijurídico al reusitado.

"La antijuridicidad es esencia de todo delito sin que la ley deba de clararlo expresamente en su texto". (158) Para este autor, estos términos resultan pleonásticos, ya que el daño patrimonial resentido por la víctima es siempre contra derecho.

En síntesis, decimos que el hecho es antijurídico, cuando no se encuentra amparado por una causa de justificación.

Causas de justificación.

Según Pavón Vasconcelos, pueden funcionar como causas de justificación en el fraude, las siguientes:

- a) El estado de necesidad.
- b) El ejercicio de un derecho.
- c) El cumplimiento de un deber.

(157) Cfr. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. - pág. 212.

(158) *Ibidem.* pág. 214.

Las cuales por ser consideradas como causas de justificación del fraude genérico, serían por consiguiente aplicables al delito específico en estudio, por consistir una especie de aquél.

"Las posibilidades de la presencia de tales causas de justificación - se hacen patentes si se considera que en las mismas el sujeto persigue un fin lícito. En el estado de necesidad, tal fin no es sino la superación - del estado de peligro sacrificando el bien menor (patrimonio ajeno) para - salvar el mayor (la vida o la integridad corporal); en el ejercicio de un derecho, el recuperar por ejemplo, la cosa propia que está en poder de otro, usando el engaño; en el cumplimiento de un deber, la licitud puede emanar directamente de un precepto legal que justifica la acción u omisión del agente, aunque normalmente se deriva de un mandato de autoridad que se apoya en la ley". (159)

Las causas de justificación señaladas por el tratadista se han tomado como una opinión complementaria al presente estudio.

Sin embargo, consideramos que dentro del procedimiento penal, sería complicado considerarlas como causas de justificación que impidan el nacimiento de la antijuridicidad en el fraude específico, es decir, que impidiera calificar al hecho como un disvalor de la norma jurídica, ya que difícilmente podrían comprobarse.

8.- LA CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN EL FRAUDE ESPECIFICO.

Culpabilidad.

Por su estructura, ya que se requiere de una actividad del agente encaminada a producir error, el tipo específico, descrito en la fracción III, del artículo 387 del ordenamiento penal, es un delito intencional o doloso.

La actividad engañosa es desplegada intencionalmente, y consiste no solamente en la maniobra subjetivamente dirigida al fin de engañar, lo que integra el elemento objetivo del delito, sino además a obtener la entrega

(159) Ibidem. págs. 217 y 218.

de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, lo que equivale a decir que el elemento subjetivo está constituido por ese ánimo de lucro.

En resumen diremos que hay dolo en el fraude específico, cuando el agente representa el resultado (obtener una cantidad de dinero o cualquier otro lucro; tiene conciencia de su ilicitud y actúa en forma voluntaria para llegar a él.

La Suprema Corte de Justicia espone las siguientes Tesis Jurisprudenciales en relación al dolo:

DOLO, CONCEPTO DE. El dolo consiste en ejecutar un hecho que es delictuoso.

Amparo Directo 3611/1961. Plinio Santiago Musso. Octubre 26 de 1961. Mayoría de 3 votos. Ponente: Mtro. J.J. González Bustamante.

DOLO, CONTENIDO TECNICO. El dolo no puede entenderse únicamente como la voluntad de un resultado concreto. Es cierto que el activo del delito ejecuta su acto con un propósito específico, sin embargo, lo que importa a la técnica jurídica es que exista una voluntad inicial de contenido típico, y basta que ella exista para que el resultado se reproche como doloso. Puede no coincidir el resultado con la voluntad y no obstante el dolo subsiste.

Amparo Directo 8776/65/2a. Luis González Hernández. 23 de noviembre - 1971. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios. Informe de 1971.

En la tesis que enunciamos inicialmente, la opinión de la Suprema Corte es escueta y definitiva. Indica como elementos para conceptuar al dolo: intención o voluntad para realizar un hecho y conocimiento de su naturaleza delictuosa. Incliniéndose por la teoría de la voluntad.

En la segunda exposición jurisprudencial hay una afiliación a la teoría de la voluntad y de la representación, la cual la consideramos más completa para el entendimiento del dolo como elemento de la conducta en el fraude específico.

Inculpabilidad.

En el ilícito que nos ocupa, habrá casos de inculpabilidad cuando, por virtud de un error de hecho, de carácter esencial e invencible, se impide el nacimiento del dolo al faltar el elemento psicológico, en cuya si-

tuación, el hecho objetivamente antijurídico no es culpable.

Supongamos el caso de quien creyendo de buena fe ser acreedor, demanda el pago de una letra ya cubierta con anterioridad, cuya pretensión es satisfecha mediante un nuevo pago por vía judicial. Aquí aunque el medio empleado -la exhibición del título de crédito-, ha sido eficaz para engañar a la justicia, lo cierto es que el sujeto, por haber estado bajo un estado de error (si éste es invencible) de hecho y de naturaleza esencial, no es culpable de fraude, por no haber tenido representación el resultado ni conciencia de su ilicitud.

Entre otras causas de inculpabilidad se encuentran las eximentes putativas en las que el sujeto cree falsamente, en la licitud del ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber exigido por la ley, o por el superior jerárquico que dicta la ley.

La vis moral también impide el juicio de reproche, por faltar la libre voluntad para integrar el dolo.

Estas son las hipótesis más aceptadas por los tratadistas, que pudieron operar como causas de inculpabilidad en el delito de fraude.

9.- LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Punibilidad.

El C.P. acepta un sistema netamente objetivo, que para graduar la pena atiende al importe de lo defraudado, como lo prescribe en su artículo 386: ...

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

- I.- (Reformada por el artículo primero del Decreto de 16 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de 30 del mismo mes y año entrando en vigor al día siguiente, para quedar como sigue:)
- I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;
- II.- Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de quinientas veces el salario.

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

El ordenamiento penal toma como base para fijar la pena de prisión y la multa, a efecto de no estar reformándolo con cada variación de nuestra moneda, el salario mínimo, y se da a partir de la reforma del artículo 386 del C.P. por Decreto de 26 de diciembre de 1981, publicada en el Diario Oficial de 29 del mismo mes y año.

A partir de la reforma que antecede, notamos la desaparición del delito conocido originalmente como estafa, que era el fraude calificado por el aprovechamiento de maquinaciones o artificios, y que se encontraba considerado en la segunda parte del mencionado artículo 386, que señalaba: "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud - no solo de engaño, sino de maquinaciones o artificios, que para obtener esa entrega se haya empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años".

Esta penalidad establecida para el delito de fraude genérico, es aplicable a todos y cada uno de los fraudes específicos derivados de aquél, como se desprende de la primera parte del artículo 387, que a la letra dice: "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:
III.-"

Cabe mencionar que el citado artículo 386, fue reformado en su fracción I, por Decreto de 16 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de 30 del mismo mes y año, entrando en vigor al día siguiente, y quedando como sigue:

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario.

La reforma contempla un aumento en la pena de multa que anteriormente era de tres a diez veces el salario, propiciando una nueva orientación legislativa que mejora la penalidad en el fraude.

Abrimos un paréntesis, para aclarar que en este capítulo, en el que -

hablamos sobre los elementos del delito de fraude específico, nos hemos referido a la legislación penal para el D.F. en virtud de que hemos desarrollado un estudio comparativo tomándolo como base, asimismo, por ser semejante el texto de los artículos 386 del C.P. (con respecto a la definición del fraude genérico) y 316 del Código Penal para el Estado de México (en adelante C.P.E.M.), así como los numerales 387 fracción III del C.P. y 317 fracción III del C.P.E.M.

Además, de que en los aspectos positivos del delito vistos con antelación, hay similitud en ambas legislaciones.

Es por ello, que al hablar de penalidad, consideramos oportuno para complementar nuestro tema, insertar la penalidad que establece el C.P.E.M., que nos enuncia en su artículo:

"Art. 318.- Al delito de fraude se impondrán las penas siguientes:

- I.- De seis meses a dos años de prisión o de tres a quince días multa cuando el valor de lo defraudado no exceda de quince días el salario mínimo.
- II.- De uno a cuatro años de prisión, o de quince a noventa días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quince pero no de noventa veces el salario mínimo;
- III.- De dos a seis años de prisión y de noventa a trescientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de noventa pero no de seiscientos veces el salario mínimo;
- IV.- De cuatro a ocho años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de seiscientos pero no de tres mil quinientas veces el salario mínimo, y
- V.- De seis a doce años de prisión y de seiscientos a mil días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de tres mil quinientas veces el salario mínimo.

Para la aplicación de este artículo se considera el salario mínimo -- diario que corresponda al día en que se consume el delito en la zona económica de su ejecución".

Como observamos, también se atiende a la graduación de la pena, conforme al monto de lo defraudado, estableciendo la penalidad con base en salarios mínimos, a efecto de que ésta siempre se encuentre actualizada.

En el Capítulo III del Título Vigésimosegundo del C.P. que reglamenta el fraude, establecía en su artículo 390 una excusa absolutoria, y su alcance se encontraba precisado por el artículo 377, ésta se refería a que - cuando el hecho era cometido por un ascendiente contra su descendiente o - por éste contra aquél, no se producía responsabilidad penal, y únicamente los citados eran favorecidos, ya que esta excusa absolutoria no alcanzaba a ningún otro, que sin tener dicha relación de parentesco, también tuviera participación en el delito, aunque para sancionarlo se requiriera que fuera solicitado por la parte ofendida.

Posteriormente, con la reforma del artículo 390 y la derogación del - citado 377, mediante Decreto del Congreso de fecha 30 de diciembre de 1983, promulgado por el Ejecutivo Federal el 30 del mismo mes y año, y publicado en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984, desaparece la excusa absolutoria que comentamos, ya que se establece la querrela de la parte ofendida - para la persecución de los delitos patrimoniales cuando sean cometidos por ascendientes, descendientes, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta - el cuarto grado, concubina o concubinario, adptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Cabe señalar que la legislación penal para el Estado de México, con--templa los siguientes casos de excusas absolutorias:

"Art. 319.- Son aplicables al fraude, los artículos 305 y 306 de este ordenamiento.

Art. 305.- No se sancionará el robo cometido por un ascendiente contra su descendiente, o por éste contra aquél, o por un - cónyuge contra otro. Si además de las personas de las que habla este artículo, tuviera intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a ésta la excusa absolutoria, pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido".

C A P I T U L O I V

**EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO, PREVISTO EN LA FRACCION III DEL ARTICULO
317 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.**

C A P I T U L O I V

EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO, PREVISTO EN LA FRACCION III DEL ARTICULO 317 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

1.- FRAUDE POR MEDIO DE TITULOS DE CREDITO.

Dentro de la enumeración que de los delitos de fraude hace el Código Penal para el Estado de México, en la fracción III del artículo 317, menciona ciertas defraudaciones que se pueden cometer con motivo de la emisión o circulación de los títulos de crédito.

El tipo de delito que estudiamos, no es propiamente una creación del legislador de 1931. Su antecedente inmediato lo encontramos en la fracción IV del artículo 416 del Código Penal de 1871, que decía:

"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 pagarla". (160)

Este antecedente, sólo se refería a las libranzas y a las letras de cambio. Otro antecedente es la fracción IV del artículo 1154 del Código Penal de 1929, que menciona además, el cheque, y como medio consumativo del delito, no sólo el otorgamiento, sino el endoso de un documento a la orden, quedando como sigue:

"Al que obtenga de otro una cantidad de dinero, o cualquier otra cosa, girando a favor de él una libranza, una letra de cambio o un cheque contra persona supuesta o que el girador sabe que no ha de pagarlos, o endosando un documento a la orden, a cargo de una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo". (161)

Hemos de considerar, que en el momento de emitirse el Código Penal de 1931, se estaban verificando los últimos estudios de la Ley de Títulos

(160) ARROYO ALBA, Francisco. Op. cit. pág. 151.

(161) LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo IV. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1980. pág. 230.

y Operaciones de Crédito, que entró en vigor al año siguiente, por consiguiente se ignoraban aún los títulos de crédito que se consignarían en el ordenamiento mercantil, en forma enunciativa, por lo que es posible que éstas hayan sido razones por las que el legislador utilizó la clasificación de documentos nominativos, en lugar de títulos de crédito.

Posteriormente la ley Mercantil limitó el número de los documentos nominativos, a la orden o al portador, a aquéllos destinados a circular. Por lo que al hablarse de documento nominativo a la orden o al portador en la legislación penal, la doctrina ha considerado como tales, a los títulos de crédito, enunciados por la legislación mercantil. Ya que de otra manera se caería en la conclusión de que hay documentos destinados a circular que pueden endosarse, o que pueden ser nominativos o al portador, y que no están enumerados en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. "Creemos que sólo puede incurrirse en la fracción comentada en aquéllos documentos a los que se refieren los artículos 5o. y 6o. de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, o sea aquellos documentos que están destinados a circular". (162)

Algunos de los artículos que se encargan de diferenciar los títulos nominativos y al portador; y otras particularidades con respecto a ellos y la forma de transmitirse a persona distinta del beneficiario, son los numerales: 5, 21, 23, 25, 26, 29, 33, 34, 35, 36, 69 y 70 de la vigente ley Mercantil.

Existe también la posibilidad de que el fraude se cometa por un documento que no reúna los requisitos que la ley exige; pero en este caso, será únicamente un documento probatorio de haberse cometido el fraude genérico del artículo 316 y no el fraude específico consignado en la fracción III del artículo 317, de la legislación penal vigente en el Estado de México.

Como la fracción mencionada habla de documentos "nominativos, a la orden o al portador", "sólo podemos entender aquellos que la ley autoriza para circular y que fueron expresamente enumerados por la ley respectiva,

a saber: letra de cambio, pagaré, cheque, obligación, certificado de depósito y bono de prenda". (163)

Deben distinguirse dos casos consignados en la fracción mencionada: aquéllos en que el delito se comete por medio del otorgamiento, y aquéllos en que se comete por medio del endoso.

Todos los títulos de crédito son susceptibles de endosarse, en el endoso, por tanto, pueden cometerse fraudes en cualquiera de los títulos enumerados por la legislación mercantil. En tanto que en el otorgamiento, encontramos, que sólo puede cometerse por medio de dos de ellos, o sea -- por medio de la letra de cambio y de las obligaciones de una sociedad; en el caso del pagaré, no puede girarse contra una persona supuesta, porque el mismo que lo otorga es quien se obliga y en consecuencia existe, "además, porque en la forma en que está redactada dicha fracción, dice textualmente: contra una persona que sabe que no ha de pagarle". (164)

El cheque es posible de otorgarse, contra una persona que el otorgante sabe que no ha de pagarle; como es el caso del libramiento de cheques al carecer de fondos o estar cancelada la cuenta del librador.

"El certificado de depósito y el bono de prenda, sólo pueden ser expedidos por los almacenes generales de depósito; pero además se excluye la posibilidad del fraude por razón de sólo amparar mercancías. Las instituciones que los expiden son oficiales, por lo tanto sus funcionarios sólo podrían incurrir en las responsabilidades de la ley respectiva en otorgamiento. En último término, no es posible aplicar aquí la palabra "pagarle" porque en tal caso se trata de devolver mercancías, no es un documento de pago". (165)

En la actualidad, este delito específico ha adquirido mayor sustantividad, debido al incesante desarrollo comercial y a las relaciones mercantiles que éste origina entre los individuos. Radbruch y Gwinner han considerado que "dentro de la economía crediticia la estafa ha llegado a ser -

(163) Idem.

(164) Ibidem. pág. 152.

(165) Ibidem. pág. 153.

el delito de la criminalidad profesional". (166)

Consideramos que este delito se manifiesta principalmente a través de la circulación de los títulos de crédito como: pagaré, cheque y letra de - cambio, los cuales facilitan las transacciones comerciales, afectándose el patrimonio de las víctimas.

2.- EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO PREVISTO EN LA FRACCION III DEL ARTICULO 317 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

A) Análisis del texto.

a.1. Términos relacionados con el delito de fraude específico.

a) **Títulos de crédito.**- "Son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna". (Artículo 5o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en adelante (L.G.T.O.C.).

b) **Otorgamiento.**- "Es la emisión del título en forma nominativa a la orden o al portador". (167)

c) **Endoso.**- "Declaración escrita consignada en el título de crédito, en la que el titular que la suscribe transfiere los derechos que éste confiere, en favor de otra persona". (168)

El endoso consiste en una anotación escrita en el título o en hoja -- adherida al mismo, a través de la cual se transmiten los derechos a tercera persona.

d) **Documento nominativo.**- Artículo 23 L.G.T.O.C. "Son títulos nominativos los expedidos a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento".

El documento nominativo, es un título de crédito que se extiende a -

(166) Citados por JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. Tomo IV. pág. 126.

(167) DE P. MORENO, Antonio. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Editorial Porrúa. México, 1968. pág. 198.

(168) DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 17a. edición. Editorial Porrúa. México, 1991. pág. 265.

favor de una persona determinada.

e) **A la orden.**- Artículo 25 L.G.T.O.C. "Los títulos nominativos se entenderán siempre a la orden...". Salvo la inserción en su texto, o en el de un endoso, de las cláusulas "no a la orden" o "no negociable".

f) **Al portador.**- Artículo 69 L.G.T.O.C. "Son títulos al portador los que no están expedidos a favor de persona determinada, contenga o no la cláusula "al portador".

a.2. Elementos de la descripción legal

Ahora pasaremos a señalar los elementos del delito, según la descripción legal, los cuales son:

a) Primer elemento.

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

Dentro de la operación de otorgar el documento, quedan comprendidos los actos de emitir un título nominativo; emitirlo al portador, y aún, en entregar físicamente el título al portador a un tercero, porque transmitiéndose en esta clase de documentos la propiedad por la simple entrega, esta operación viene a constituir para el nuevo tenedor, otorgamiento del título.

El endoso del documento, operación exclusiva de los nominativos, es como hemos señalado en conceptos anteriores "la constancia escrita inserta en el mismo título por la que consta la transferencia del mismo a otra persona". (169)

Como los endosos pueden ser traslativos de propiedad, o en garantía, o en procuración, para la existencia del delito, el juez debe fijar su atención en la existencia real del acto para poder determinar la malicia del agente.

"La mención que hace la ley de los documentos a la orden, actualmen-

te resulta innecesaria, porque conforme a la nueva Ley de Títulos y Operaciones de Crédito la cláusula "a la orden" se supone en los nominativos". (170)

b) Segundo elemento.

Obtención de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro.

Dentro de los lucros pueden mencionarse "todos aquellos resultados - que se dan por consecuencia de un enriquecimiento indebido del agente, - sea, por la adquisición de bienes o créditos, o sea por la disminución de sus deudas, tales como los casos en que el deafrudador documentario obtiene con el título ficticio o no pagadero el cumplimiento malicioso de - una obligación, o la adquisición de derechos o la recepción de cosas, a - cambio del título". (171)

La relación de causalidad entre los dos primeros elementos (otorga--- miento o endoso del documento el cual debe hacerse a cargo de persona su--- puesta) y el resultado perjudicial para el patrimonio, se dá con la obten--- ción del lucro indebido, por parte del agente del delito.

El elemento subjetivo "consiste en la intención delictuosa del activo, puesta de manifiesto por medio de la satisfacción del segundo elemento ma--- terial del delito". (172)

El elemento normativo del delito "es la referencia de los elementos materiales a las normas legales que rigen la emisión de los títulos o docu--- mentos de crédito". (173)

El precepto que analizamos, no concede protección a la seguridad en - la emisión y circulación de todos los títulos de crédito, sino, solamente a aquellos emitidos o endosados falaz, maliciosa y engañosamente, en suma "a cargo de persona supuesta o bien de aquella que sabe el emisor o endo--- sante, que no ha de pagarlos". (174) Los otros documentos de crédito no - gozan de protección penal, sino simplemente de protección jurídica mercan---

(170) Idem.

(171) Idem.

(172) DE P. MORENO, Antonio. Op. cit. pág. 198.

(173) Idem.

(174) Idem.

til, que la ley respectiva les asigna.

c) Tercer elemento.

La obligación documentaria debe ser contra persona supuesta (verdadero caso de falsedad), o que el otorgante sabe que no ha de pagar (malicia).

El otorgamiento o endoso del documento de crédito deberá hacerse a cargo de una persona supuesta (falsedad o falacia); o bien al de persona que el endosante u otorgante del documento sabe, en el momento de la acción, que no ha de pagarlo, siendo manifiesto en tal acción, el engaño o malicia por parte del agente del ilícito.

A estos tres elementos se reduce el análisis de la disposición legal. Sin embargo, algunas de nuestras autoridades judiciales, exigen también como elemento para la existencia del delito, una actitud de engaño.

B) Bien jurídico tutelado.

"Hemos visto que hay ciertos entes, por los que el legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, lo que los hace ser considerados como bienes (bienes jurídicos) y que cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una pena "penal", los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados". (175)

La satisfacción de un bien jurídico es indispensable para configurar tipicidad, ya que no se concibe que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes. De ahí que el bien jurídico desempeñe un papel central en la teoría del tipo, dando el verdadero sentido teleológico (de telus, fin) a la ley penal.

b.1. Conceptualización del bien jurídico.

"Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés

(175) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1986. pág. 409.

mediante la tipificación penal de las conductas que le afectan ... Dicho en otras palabras más simples: los bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos". (176)

Los bienes jurídicos suele decirse, que son por ejemplo: la vida, el honor, la propiedad, la administración pública, etcétera, aunque no es in correcto llamarlos bienes jurídicos, según la opinión de Zaffaroni "no pa sa de ser una abreviatura" (177), porque el bien jurídico no es el honor, sino el derecho a disponer del propio honor, como el bien jurídico no es la propiedad, sino el derecho de disponer de los propios derechos patrimoniales.

El derecho penal sanciona al que pretende impedirnos disponer de nuestro honor o nuestro patrimonio.

Sin embargo, no debe confundirse "disposición" con "facultad de destrucción", ya que ésta es un límite de la disposición.

El bien jurídico cumple dos funciones, que son dos razones fundamentales por las que no debemos prescindir del mismo:

- a) Una función garantizadora.- Que impide que haya tipos sin bienes jurídicos afectados;
- b) Una función teleológico-sistemática, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita.

Para Carrancá y Trujillo, "el objeto jurídico, es el bien o el interés jurídico, objeto de la acción incriminable. Por ejemplo: la vida, la integridad, la seguridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada, etc.". (178)

b.2. El patrimonio como bien jurídico tutelado por la norma penal.

Concepto de patrimonio.

(176) Ibidem. pág. 410.

(177) Idem.

(178) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit. pág. 271.

Sobre el patrimonio se han elaborado fundamentalmente dos conceptos, uno de carácter económico y el otro jurídico. "Desde el punto de vista económico, "patrimonio es, dice Maggiore, el conjunto de bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades y, en sentido jurídico, agrega el mismo autor, es el conjunto de relaciones jurídicas económicamente valuables". (179)

"La noción civilista tradicional ha considerado al patrimonio como la universalidad de derechos y obligaciones, pecuniarias apreciables, pertenecientes a una persona". (180) Por tanto comprende un activo, resultando a la materia penal, no sólo estrecho sino inadecuado, ya que sólo la parte activa del patrimonio puede ser afectada por las acciones típicas que conforman los delitos patrimoniales, y en el sentido que nos ocupa, el valor económico juega un papel preponderante, a diferencia del dispositivo del artículo 299 del Código punitivo para el Estado de México, que a la letra dice:

"Para estimar la cuantía del robo, se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuera estimable en dinero, o si por su naturaleza o cualquier otra circunstancia, no se hubiere fijado su valor, se impondrán de tres días a cinco años de prisión y hasta veinte días multa". (181)

"El valor económico del objeto del delito, como sucede específicamente en el robo, no juega un papel preponderante que pueda suponerse, según lo supone en claro el dispositivo del artículo 371 del Código Penal (vigente en el Distrito Federal), por cuanto el mismo alude al caso en que, por alguna circunstancia el valor intrínseco del objeto del apoderamiento no fuera estimable en dinero o bien por su naturaleza no fuera posible fijar su valor, en cuya hipótesis, la ley, abandonando la regla de punición que atiende a dicho valor intrínseco, establece una pena genérica que va de la mínima de tres días a la máxima de cinco años de prisión". (182).

Jiménez Huerta Subraya el sentido diverso y mayor amplitud del térmi-

(179) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 13.

(180) Ibidem. pág. 14.

(181) Cfr. con el artículo 371 del C.P.

(182) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. pág. 14.

"patrimonio" en la disciplina punitiva, al considerar que la tutela penal se proyecta "rectilíneamente" sobre las cosas y derechos que forman el activo de la concepción civilista, alejándose de la idea de patrimonio según el Derecho privado, en tanto su mayor amplitud deriva del alcance de la tutela penal, extendida a cosas que carecen de valor económico.

El patrimonio, penalísticamente, "está constituido por aquel plexo de cosas y derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujeto - al señorío de su titular". (183)

Integran el patrimonio todas aquellas cosas que según el artículo 747 del Código Civil, pueden ser objeto de apropiación. Las cosas y los dere-chos que constituyen el patrimonio, son por tanto, los bienes patrimoniales.

Los bienes patrimoniales tutelados penalmente pueden constituir en cosas (bienes patrimoniales reales), o en derechos a determinadas acciones u omisiones humanas (bienes patrimoniales personales)

Los intereses patrimoniales que tutela el Derecho Penal, son concretamente los bienes y derechos, individualmente considerados, que se encuen-tran bajo la esfera de actividad, custodia o dominio de las personas fisi--cas o morales de Derecho privado o de Derecho público.

Por ello una de las cuestiones a considerar, en relación al concepto de patrimonio, es la significación de lo que para nuestra disciplina se debe entender por cosa o bien.

El concepto de cosa, es tan amplio y distinto, como el criterio que se acepta al definirla.

Desde el punto de vista filosófico, "cosa es todo aquello que tiene en tidad, que pueda ser concebido por la mente, que existe aun cuando sea en - forma abstracta". (184)

Físicamente, "cosa es todo aquello que tiene una naturaleza corpórea,

(183) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. cit. Tomo IV. pág. 11.

(184) F. CARDENAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano del Robo. Editorial Porrúa. México, 1977. pág. 18.

que pueda ser aprehendida por los sentidos". (185)

Económicamente, "es aquello que sirve para satisfacer una necesidad o permitir su cambio por otro satisfactor". (186)

Jurídicamente, "las cosas son bienes ... no cuando son útiles al hombre, sino cuando son apropiables". (187)

Por otro lado, la legislación civil para el Distrito Federal, dispone en su artículo 747, que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas - que no están excluidas por la ley, como ya lo habíamos mencionado.

La palabra bienes, se entiende como "todo elemento de fortuna o riqueza que sea susceptible de apropiación en provecho de un individuo o de una colectividad... En este sentido, bienes son toda clase de cosas, como muebles, inmuebles, créditos, rentas, empleos, derechos de autor, de invención". (188)

Los conceptos descritos hacen referencia a todo aquello, no sólo de naturaleza corpórea, sino que pueden existir en la mente aun en forma abstracta, ambos susceptibles de apropiación, comprendiendo por tanto el activo del patrimonio, de esta manera, consideramos que ambos conceptos se identifican, como lo prescribe la ley civil en el precitado artículo.

Precisados los conceptos de bien jurídico y de patrimonio en Derecho Penal en la forma en que lo hemos presentado ampliaremos estos conceptos - al delito de fraude específico, previsto en la fracción III, del artículo 317 del Código punitivo vigente en el Estado de México, que a la letra dice:

"Artículo 317.- Igualmente comete el delito de fraude.

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 pagarlo;"

(185) Idem.

(186) Idem.

(187) Idem.

(188) Ibidem. pág. 19

En este tipo especial de fraude, el bien jurídico tutelado es el patrimonio, ya que si en la emisión de títulos a la vista, el tomador los recibe generalmente como sustitutivos del pago al contado en dinero de anteriores obligaciones, y, en los títulos con vencimiento posteriores, a cierto tiempo a plazo fijo, los recibe como instrumentos privilegiados de pago posterior a la deuda causal, pudiendo destinar los documentos a la libre circulación comercial que le permita, por el descuento, la adquisición de fondos - aún antes del vencimiento de la deuda original: si estos títulos se expiden en forma ficticia, su tomador sufre inmediatamente una defraudación en su patrimonio

Así también en los documentos crediticios, si son dados al portador o por medio del endoso si son nominativos, los terceros adquirentes de un título simulado o emitido con malicia, son perjudicados por la defraudación.

Este daño patrimonial lo pone de manifiesto el tipo específico en análisis, cuando dice:

"Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro ..."

El patrimonio es considerado por Jiménez Huerta, como "un interés individual de naturaleza patrimonial cuya transgresión ofende los ideales y aspiraciones de la comunidad, es pues el bien jurídico protegido en el delito de fraude". (189)

3.- EL DELITO DE FRAUDE ESPECIFICO Y LOS INTERESES PUBLICOS Y PRIVADOS PENALMENTE PROTEGIDOS.

En la época actual, no cabe duda en cuanto a que el Derecho Penal es - tutelador de intereses jurídicos, siempre que entendamos al propio Derecho como esa parte del ordenamiento jurídico que determina las conductas de naturaleza criminal y las vincula a una sanción.

"El Derecho Penal tutela intereses jurídicos, lo que significa que an-

tes de que la práctica funcione en los casos concretos, es menester que - se hayan realizado ciertos juicios de valor, por los cuales un algo se - convertirá en interés jurídico y en motivador de la tutela penal". (190)

Por lo que resulta conveniente abordar algunos conceptos relaciona-- dos, ya que son parte esencial del fundamento de este trabajo.

A) Concepto de interés.

a.1. Concepto gramatical.

El interés es "el precio que se paga en el mutuo o préstamo, cuando se ha acordado, que puede ser legal o convencional (que no tiene más limi taciones que la de que no sea usuario). // Ventaja, material o moral, que se deriva en favor de una persona en virtud del ejercicio de un derecho - cuya titularidad le corresponde. // Lucro o renta del capital". (191)

a.2. Concepto doctrinal.

En el campo de la doctrina, gran número de autores se han pronuncia-- do sobre el tema de interés, estableciendo entre otros, los siguientes - conceptos.

Para Jhering el concepto de interés se encuentra unido al de valor, considerando que "el valor es la medida de la utilidad de un bien; el in-- terés, el valor en su relación peculiar con el individuo y sus aspiracio-- nes". (192)

García Maynez considera más correcto decir que "el interés es la a-- preciaación que el sujeto hace de los fines cuya realización se propone". (193)

Para Carnelutti, el interés no es algo subjetivo, sino una posición, algo objetivo, "la posición más favorable a la satisfacción de una necesi--

(190) VELA TREVIÑO, Sergio. Miscelánea Penal. Editorial Trillas. México, 1990. pág. 143.

(191) DE PINA VARA, Rafael. Op. cit. págs. 326 y 327.

(192) Citado por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Dere-- cho. 37a. edición. Editorial Porrúa. México, 1985. pág. 189.

(193) Idem.

dad". (194)

El interés no sólo se debe entender como una equivalencia crediticia, dándole una connotación más amplia, Ignacio Burgoa dice: "el concepto de "interés" in genere, ... se traduce en toda situación o estado del cual u na persona puede derivar, a su favor un provecho o beneficio". (195)

Con base a las consideraciones gramatical y doctrinales, de la locución interés, por nuestra parte consideramos que es la posición más favorable de la cual una persona hace derivar a su favor un provecho o benefi cio, en virtud de un fin propuesto.

Hasta este momento hemos abordado el concepto de interés, por lo que resulta oportuno distinguir el simple interés del interés jurídico, el - cual desde el punto de vista de la filosofía del derecho, es "la preten- sión que se encuentra reconocida por las normas de derecho". (196)

B) Interés privado e interés público.

La mayoría de los juristas contemporáneos piensan que es imposible - establecer un criterio válido para distinguir el derecho público del privado, sin embargo para fines didácticos de la presente investigación, haremos referencia a sus respectivas significaciones para obtener una vi--- sión más clara del alcance de cada uno de ellos.

b.1. Interés privado.

"Es el conjunto de pretensiones tuteladoras por el derecho que tienen a satisfacer las necesidades específicas de determinados individuos y grupos sociales". (197)

El interés privado se encuentra constituido por pretensiones que se

(194) Citado por GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 5a. edición. Editorial Porrúa. México, 1989. págs. 4 y 5.

(195) El Juicio de Amparo. 25a. edición. Editorial Porrúa. México, 1988. pág. 738.

(196) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexica no. 4a. edición. Editorial Porrúa. UNAM. México, 1991. pág. 1776.

(197) Ibidem. pág. 1779.

satisfacen únicamente para beneficio de determinados sujetos, mientras - que el interés público se relaciona con las necesidades colectivas.

b.2. Interés público.

"Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidos mediante la intervención directa y permanente del Estado". (198)

En el campo de los intereses públicos, se contemplan las pretensiones que son comprendidas por la sociedad en su conjunto, y cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de una colectividad. Estas pretensiones son garantizadas por la actividad constante de los órganos del Estado.

La protección otorgada al interés público tiene mayor alcance que la tutela concedida a los intereses privados.

El derecho privado y el derecho público, ya eran considerados desde el Derecho romano de la época imperial, al expresar Ulpiano lo siguiente: *publicum, ius est quod ad singulorum rei romanae, privatum quod ad singulorum utilitatem* (el derecho público es aquél que se refiere a la República; el privado es aquél que concierne al interés de los particulares).

Para Rodolfo Sohmi: "la naturaleza privada o pública de un conjunto de preceptos depende de la índole del interés que garanticen o protejan". (199)

En síntesis diremos, que las normas del derecho público corresponden al interés colectivo; los del privado se refieren a intereses particulares, el interés público es lo que beneficia a la comunidad, es decir, se dan en función del bien general. En tanto "los derechos privados, como el de propiedad, los tiene el interesado para sí antes que para nada, hallan al servicio de su poder, de su voluntad". (200)

(198) Idem.

(199) Idem.

(200) Idem.

C) Teorías sobre el interés.

En este tema expondremos las teorías más importantes acerca de la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, para indicar después cual es la significación y el valor que en nuestro concepto corresponden a dicha distinción.

c.1. Teoría clásica del interés en juego.

En el ambiente jurídico, el problema sobre la delimitación de intereses públicos y privados lo hemos heredado del Derecho romano, con la teoría del interés en juego, sintetizada en conocida sentencia por el jurista Ulpiano, que ya hemos abordado. De acuerdo con esta teoría, afirma García Maynez "la naturaleza privada o pública de un precepto o conjunto de preceptos, dependen de la índole del interés que garanticen o protejan. Las normas del público corresponden al interés colectivo; las del privado se refieren a intereses particulares". (201)

c.2. Teoría de la naturaleza de la relación.

Esta doctrina sostiene que el criterio diferencial entre los Derechos privados y públicos no deben buscarse en la índole de los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que las normas de aquellos establecen.

Una relación es de coordinación cuando los sujetos que en ella confían se encuentran colocados en un plano de igualdad. Por ejemplo: la relación entre dos particulares que celebran un contrato de compra-venta.

Los preceptos de derecho dan origen a relaciones de subordinación, cuando, por el contrario las personas a quienes se aplican no están consideradas jurídicamente iguales, o sea, cuando en la relación interviene el Estado como entidad soberana, y un particular.

También se dan las relaciones de coordinación o igualdad no sólo entre particulares, sino entre dos órganos del Estado.

"Es de derecho público, si se establece entre un particular y el Es-

tado (cuando hay subordinación del primero al segundo) o si los sujetos - de la misma son dos órganos del poder público o dos Estados soberanos". (202)

Visto lo expuesto por estas teorías, nos percatamos de que ninguna - de ellas entra al estudio detallado de los intereses públicos y privados, no obstante de ambas manejan en sus postulados estos términos.

D) Intereses renunciables e irrenunciables.

Los intereses colectivos, han sido consagrados por el órgano jurídico, los cuales tienden a ser por regla general irrenunciables, en razón - de que representan un derecho de la sociedad, de otros en conjunto, no de entes aislados.

En cambio los intereses y derechos particulares, por su naturaleza - protectora de intereses particulares, dan opción a su titular de reclamar su cumplimiento o de renunciar a él, ya que "le confía al mismo interesado la protección de su interés, esto es, que el particular pueda tomar la iniciativa para la protección de aquello que constituye su derecho". (203)

Por lo que la protección y defensa legal en ambos tipos de intereses es hasta cierto grado variable, para los intereses públicos operan algunos organismos representantes de la sociedad, interviniendo sin que sea - necesaria la promoción individual para su actuación de funciones (procedencia oficiosa).

En la protección y defensa de los intereses privados funciona el mismo mecanismo establecido para amparar los intereses públicos, sólo que pára este caso la intervención de los mencionados organismos (Órgano Jurisdiccional), está condicionada a actuar, o no, a petición expresa del titular del derecho o interés garantizado (procedencia a instancia de parte).

(202) Ibidem. pág. 134.

(203) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. pág. 1778.

E) Consideraciones personales.

Confirmada la existencia o reconocimiento de los intereses públicos y privados y delimitado el campo de acción de cada uno de ellos, es conse cuenta destacar que en un orden de prelación, unos intereses están por en cima de otros.

El Estado reconoce ciertos valores como punto integrante de la cultu ra de una sociedad, y en la medida en que les atribuye importancia, es la intensidad con que los protege. Al reconocerlos, jerarquizarlos y protegerlos, los ha erigido en intereses jurídicos, o sea, lo que era mero valor, pasa a ser interés y de ahí a interés jurídico.

Interés o bien jurídico que así también se le conoce, cuando merece la tutela del Derecho Penal, se ha jerarquizado en el punto más elevado, en orden a la protección; se tornan en intereses o bienes penales, y ateni diendo a su importancia es que se dá una mayor o menor protección de que el Derecho Penal dispone.

El Derecho Penal, en su acepción amplia, tiene distintas formas de proteger legalmente los intereses jurídicos, puede ir desde una sanción - de tipo administrativo, hasta la más drástica sanción privativa de libertad. Es evidente que dentro de esos extremos amplísimos se puede colocar una gran variedad de intereses jurídicos, todos legalmente protegidos; pero la gravedad de la sanción hace que sólo se piense en vincularla con la afectación de los bienes de mayor relevancia, que más necesitan la tutela.

Entonces diríamos que cuando el legislador se interesa por ciertos - entes y expresa su interés en una norma jurídica, estos entes jurídicamente son considerados como bienes (bienes jurídicos); y que, cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una sanción "penal", los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurí-dicos penalmente tutelados, los cuales serán protegidos en la medida en - que en una escala de intereses, requieren de la tutela jurídica.

En razón a que el bien jurídico tutelado por la fracción III, del ar tículo 317 del Código Penal para el Estado de México, es el patrimonio, - consideramos a este, como un interés que dentro de una escala de intere--

ses penalmente tutelados, representa una menor jerarquía, en razón a que la comisión del comportamiento penal, antes descrito, afecta fundamentalmente al interés particular antes que al colectivo.

CAPITULO V

LA QUERRELLA Y EL PERDON DEL OFENDIDO

CAPITULO V

LA QUERELLA Y EL PERDON DEL OFENDIDO

La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, que es "la etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas - las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para esos fines, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad". (204)

El periodo de preparación de la acción procesal principia en el momento en que la autoridad investigadora tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso o que aparentemente reviste tal característica y - termina con la consignación.

Para la iniciación de esta función persecutoria, es menester el cumplimiento de ciertos requisitos legales, que son: la presentación de la - denuncia o querella, conforme lo señala el artículo 16 Constitucional.

La denuncia "es la relación de actos que se presumen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos". (205)

Abordaremos a continuación en forma separada y con mayor detenimiento a la querella, como requisito de procedibilidad para ser iniciado el - procedimiento penal, por ser el objeto de estudio en el presente capítulo.

1.- CONCEPTO DE QUERELLA.

La palabra querella posee diversas acepciones a la luz del Derecho - Procesal Penal.

(204) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 12a. edición. Editorial Porrúa. México, 1990. pág. 233.

(205) RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 17a. edición. Editorial Porrúa. México, 1988. pág. 98.

Para Manuel Rivera Silva, la querrela se puede definir, como "una relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Organó Investigador, - con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito". (206)

Por otra parte, Colín Sánchez expone: "la querrela es un derecho po-testativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conoci--- miento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido". (207)

En este orden de ideas, la figura jurídica en estudio, queda concebi da como una manifestación de hechos en forma oral o por escrito que se -presumen delictivos, formulada por el ofendido o por su legítimo represen tante respecto de los delitos que se persiguen a petición de parte, exclu sivamente ante el Ministerio Público, expresando el deseo de que se persi ga al autor del delito.

2.- FUNDAMENTACION POLITICA.

La querrela ha sido una institución bastante discutida por los trata distas del Derecho Penal.

Beccaria, en su Tratado de los Delitos y de las Penas, hizo notar - que "el derecho de castigar corresponde a todos los ciudadanos, motivo - por el cual, el derecho de uno solo no puede anular el de los demás". (208)

Carlos Binding, por su parte tampoco es partidario de la querrela, en virtud de que "cuando el Estado delega sus facultades en manos de par ticulares, y el delito no se castiga, ya sea porque el querellante no pre senta a tiempo su queja o porque está en manos de un representante inacti vo, aquello no alcanza su objeto y la justicia sufre una lesión". (209)

Destaca entre los positivistas Enrico Ferri, quien también se mues-- tra inconforme con la querrela, fundamentándose en que "si los delitos re

(206) Idem.

(207) Op. cit. pág. 240.

(208) Ibidem. pág. 241.

(209) Idem.

presentan un peligro para la sociedad, es incuestionable que deben de perseguirse y no dejar su castigo al arbitrio de los particulares". (210)

Maggiore, Vannini, Tolomei y Riccio, también se pronuncian en contra y afirman que una institución de tal naturaleza tiene una tendencia acen--tuadísima a desaparecer de los ordenamientos penales, en virtud de que el Estado moderno, único titular celoso de la potestad punitiva, no puede ni debe delegar ese poder a nadie, aunque sea en su disponibilidad procesal.

Los autores citados han visto el problema en forma doctrinaria, sin - considerar las consecuencias de algunos hechos para quienes han resentido la ofensa. Es por ello, que es de gran trascendencia para quien ha sufrido una lesión se atienda a las conveniencias o inconveniencias que un proceso le acarrearía. Y considerando por otro lado la naturaleza de algunas in--fracciones penales, es de concluirse que "la institución de la querella, lejos de proscribirse en las legislaciones, debe conservarse como un medio pacifista adecuado para la concordia y feliz desenvolvimiento de las relaciones humanas.

Sin llegar a extremos negativos, es oportuno advertir también que, la institución de la querella no causa agravio a la sociedad, porque, aun - cuando, como afirma Maggiore, con ello se deroga en gran parte el princii--pio del derecho punitivo del Estado, esto no puede ser causa suficiente". (211)

Así como hay excepciones en los diferentes ámbitos de la vida, tam---bién dentro del Derecho existen, por causa de bien público. Tal es el caso de la querella.

3.- NATURALEZA JURIDICA.

Respecto a la ubicación de la querella en el campo penal, existen dos tendencias: la primera sitúa a la querella dentro del aspecto general de - la materia, considerándola como una condición objetiva de punibilidad; y -

(210) Ibidem. pág. 240.

(211) Ibidem. págs. 241 y 242.

la segunda como un presupuesto procesal.

El primer criterio es apoyado por Manzini, no admitiendo a la querella como un presupuesto procesal, porque no se mueve con ella la acción penal, por ser ésta una condición de derecho substancial para la punibilidad; y el hecho se hace punible y constituye por lo tanto delito, sólo en cuanto sea querellado. En este sentido, la querella será una condición objetiva de punibilidad y estará comprendida dentro del Derecho Penal substancial, según Massari y Pannain, lo que limita al Estado en su potestad punitiva, al dejar al sujeto en libertad de poner en movimiento la acción penal.

Otros autores están en desacuerdo con tal aseveración, ya que las condiciones objetivas de punibilidad y la querella como requisito de procedibilidad son dos instituciones diferentes, ya que no queda al arbitrio del particular decidir si se aplicará o no la pena, facultad exclusiva del órgano estatal a quien se le encomiendan específicamente esas funciones, además, aun interpuesta la querella, pudiera suceder que no se llegara necesariamente a la sentencia, o bien, que llegándose a ella, ésta fuera condenatoria. Por último, la posibilidad de que el particular pueda desistirse de la querella, no significa que quede a su arbitrio o capricho la punibilidad del acto delictuoso.

La doctrina contemporánea más connotada sitúa dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales considerándola como una "condición de procedibilidad".

En nuestro medio, tratadistas como Ignacio Villalobos, González Bustamante, Franco Sodi, Piña Palacios y Rivera Silva así lo confirman. Ya que la querella es un derecho potestativo del ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades, condicionando, esta manifestación de voluntad a la actuación del engranaje judicial, siendo necesaria para proceder, de ahí que entendamos a la querella, como un requisito de procedibilidad.

4.- FORMULACION LEGAL.

Para que la querella se tenga por legalmente formulada deberá satisfi

cer los requisitos ordenados por el Código adjetivo de la materia Penal.

A) Requisitos.

Los requisitos para presentar la querrela son de dos tipos: forma y contenido.

a.1. De forma.

La querrela puede presentarse verbalmente por comparecencia directa - ante el Agente del Ministerio Público; en el caso de que la formulación - sea oral, deberá asentarse por escrito, se anotarán los datos generales de identificación del querellante, entre los cuales deberá incluirse la impresión de las huellas digitales en el documento en que se registre la querrela. Esta deberá ser formulada, satisfaciendo los requisitos del artículo 8o. Constitucional, el cual hace referencia al derecho de petición, debiendo formularse en forma pacífica y respetuosa.

Por otro lado, también deberá comprobarse la personalidad del querellante.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia nos presenta la siguiente - Tesis Jurisprudencial:

"Cuando la ley exige la querrela para la persecución de un delito, - basta para que aquélla exista, que el ofendido ocurra ante la autoridad competente puntualizando los hechos en que hace consistir el delito".
(Tesis 241)

Otra tesis que aporta elementos sobre la querrela es la siguiente:

"No es necesaria la expresa manifestación de querrela, sino basta con exteriorizar la voluntad de poner en actividad a la autoridad para la persecución de un hecho estimado delictuoso".

(Sexta Epoca, Segunda Parte, Volumen XIV, página 187 A.D. 1739/55. José Leonides Delgadillo). (212)

Según la tesis citada en segundo término, no es necesario el empleo de frase específica alguna, bastando que de la manifestación del ofendido

se desprenda sin duda alguna, el deseo de que se enderece la acción penal en contra de determinada persona por hechos concretos.

Podrán presentar la querrela: a) El ofendido; b) Su representante legítimo; c) El apoderado, "que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o de Accionistas ni poder especial para el caso concreto" (artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

También el menor es titular del derecho de querrela. Pudiendo presentarla cualquier ofendido por la infracción; ascendientes, hermanos o representantes legales.

a.2. De contenido.

La querrela contendrá: a) Una relación verbal o por escrito de los hechos. La descripción o manifestación de los hechos que haga el denunciante o querellante, se contraerá al relato cronológico de los mismos sin hacer referencia alguna si son o no delictuosos. b) Debe ser ratificada por --- quien la presente ante la autoridad correspondiente. Estará válidamente formulada cuando sea ratificada por la parte ofendida independientemente de que sea menor de edad.

5.- EXTINCION DEL DERECHO DE QUERRELLA.

Para el presente estudio, analizaremos las siguientes causas de extinción del derecho de querrela:

- a) Por muerte del inculpado.
- b) Por prescripción.
- c) Por perdón del ofendido o de su legitimado para otorgarlo.

a) Por muerte del inculpado..

La muerte del ofensor extingue el derecho de querrela por falta de objeto y finalidad; y, según la doctrina, puede darse durante la averiguación previa, en la instrucción o en la sentencia.

b) Por prescripción.

La prescripción también extingue el derecho de querrela.

Por **prescripción** se entiende el fenómeno jurídico por el cual, en razón del simple transcurso del tiempo y la ausencia de actividad en el procedimiento, se limita la facultad represiva del Estado al impedirse el ejercicio de la acción persecutoria o la ejecución de las sentencias impuestas.

Titulares para declarar la descripción:

- a) Por cuanto a la acción penal y su ejercicio, corresponde al Ministerio Público. (213)
- b) En el preproceso y el proceso le compete al Organismo Jurisdiccional. En ambos casos procede de oficio. (214)

El cómputo para la prescripción opera según la Teoría del Resultado, desde que se cometió el delito o también cuando el sujeto se sustraiga de la acción de la justicia, también requiere como elemento la ausencia de actividad ya sea por el Organismo Jurisdiccional, o bien por el Ministerio Público.

c) Por perdón del ofendido o de su legitimado para otorgarlo.

El procedimiento penal iniciado por voluntad expresa del titular de la querrela, puede cancelarse también por su deseo manifiesto, en el sentido de perdonar al sujeto que ha lesionado sus intereses.

Entendemos al **perdón** como "el acto a través del cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial, manifiestan ante la autoridad correspondiente que no desean que se persiga a quien lo cometió". (215)

(213) Cfr. artículo 137 fracción IV del Código Federal de Procedimientos Penales y artículo 169 fracción III del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

(214) Cfr. artículo 101 del C.P. y artículo 96 del C.P.E.M.

(215) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. cit. pág. 248.

Para estos fines bastará que así lo manifiesten, sin que sea necesaria la explicación del por qué de su determinación. Generalmente cuando és to ocurre en la práctica, los ofendidos manifiestan que se desisten de la querrela "por así convenir a sus intereses".

Están facultados para otorgar el perdón: a) El ofendido; b) El legitimo representante; y, c) El tutor especial.

Debido a la naturaleza especial de los delitos que se persiguen por querrela, el perdón o consentimiento del ofendido determinan la cesación del procedimiento. Ya que si ha habido capacidad para querellarse, es lógico que en uso de la misma, se pueda perdonar, y lo mismo sucede con los legítimos representantes o mandatarios autorizados con poder especialísimo y cláusula especial.

En el caso de los menores, otorgará el perdón el que acredite legalmente ser el que ejerce la patria potestad, y a falta de éste, el Organo Jurisdiccional designará un tutor especial, pudiendo recaer en cualquier persona apta para ello.

Guillermo Colín Sánchez, expresa su opinión, para el caso en que exista un conflicto entre menor y representante legal, en donde el primero perdona a su ofensor, y el segundo manifieste su oposición, manifestando: "a nuestro juicio, lo más recomendable es dejar a cargo del menor la decisión conveniente a sus intereses, pues si la ley le ha otorgado tal derecho para querellarse, por ser el directamente ofendido por el delito, tal capacidad debe igualmente reconocércele para perdonar". (216)

6.- EL PERDON DEL OFENDIDO Y LA ETAPA DEL PROCEDIMIENTO EN QUE PUEDE OTORGARSE.

El perdón como derecho potestativo, hace cesar la acción penal, redimiendo la ofensa, que el sujeto activo le ha inferido, al lesionar sus intereses con la comisión del delito.

En el campo de la teoría se manifiestan interesantes opiniones en -- torno al momento procesal en que debe otorgarse el perdón por el ofendido, destacando entre otras, las que enunciarnos a continuación.

El perdón en general, "puede otorgarse en cualquier estado de la averiguación previa, durante el proceso y en algunos casos, en ejecución de - sentencia". (217)

De acuerdo a Colín Sánchez, tenemos que durante la averiguación pre- via, aún ya satisfechos algunos de los requisitos legales para el ejerci- cio de la acción penal, la sola manifestación de voluntad, de quien tiene facultades para otorgar el perdón, debe ser motivo suficiente para hacer - cesar la actuación del Ministerio Público, puesto que extingue la acción - penal, no solamente durante la etapa procedimental, sino en cualquier mo- mento del proceso.

Con el otorgamiento del perdón cesa el derecho de persecución en el - caso concreto y también extingue la acción procesal penal, porque el Minis- terio Público no puede seguir excitando al Organo Jurisdiccional.

Algunos autores expresan que es necesario consignar el caso de cuando el perdón es otorgado durante la averiguación previa, con base a que el Mi- nisterio Público no puede resolver sobre la extinción de la acción penal - por perdón, en virtud de que la resolución correspondiente es propia y ex- clusiva del Organo Jurisdiccional, único capacitado para dictar el Derecho. Otros difieren de los argumentos enunciados, considerando que con dicho - perdón, se termina la actividad preparatoria de la acción procesal penal, y en consecuencia no puede hacerse la consignación.

Al respecto Manuel Rivera Silva considera que "sin entrar al análisis de si técnicamente procede o no la consignación, creemos que por economía procesal y por atención a la exigencia de la pronta administración de jus- ticia, el Ministerio Público, en los casos de perdón de delitos que se per- siguen a instancia de parte, debe resolver lo conducente". (218)

(217) Idem.

(218) Op. cit. pág. 119.

Para dar un criterio más definido sobre la etapa en que debe otorgarse el perdón, hemos considerado pertinente hacer referencia a lo prescrito por la legislación Penal tanto del Distrito Federal, como del Estado de México.

El Código Penal para el Distrito Federal, en el capítulo III, intitulado Perdón del Ofendido o Legitimado para Otorgarlo, señala en su artículo 93:

"El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

Quando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiere obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor".

El dispositivo en cita prevé que el perdón puede otorgarse antes de pronunciarse sentencia y en segunda instancia, siempre y cuando "el reo no se oponga a su otorgamiento".

Es decir, la ley señala como requisitos, que el perdón sea otorgado - hasta antes de que se dicte sentencia por el tribunal de apelación y el inculcado no se oponga a aceptar la indulgencia concedida.

El Código Penal para el Estado de México, en el capítulo IV, intitulado Perdón del ofendido, en su artículo 92, enuncia:

"El perdón del ofendido extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela necesaria, siempre que sea otorgado antes de que se cierre la instrucción del proceso, y el perdonado no se oponga a su otorgamiento.

El perdón puede ser otorgado por el ofendido o por su representante legal si fuera menor de edad o incapacitado; pero el juez en este último caso, podrá a su prudente arbitrio, conceder o no eficacia al otorgamiento por el representante y en caso de no aceptarlo, seguir la causa.

El perdón concedido a uno de los inculpados se extenderá a todos los demás. Igualmente se extenderá al encubridor".

El precepto señalado indica que el perdón podrá otorgarse hasta antes de que la instrucción se cierre en el proceso, y también se requiere que el inculpadado no se oponga a su otorgamiento. En este sentido, la legislación Penal para el Estado de México, que es ámbito de aplicación del presente estudio, es más limitativa a diferencia del Código Penal para el Distrito Federal, en relación al momento en que puede otorgarse el perdón por el ofendido a beneficio del inculpadado, ya que dicha legislación señala como momento, hasta antes de cerrada la instrucción, siempre y cuando el inculpadado no se oponga a su otorgamiento, es decir, a ser perdonado, ya que pudiera ocurrir que el beneficiado con el perdón estime que no existe base alguna para ser perdonado, por ser del todo inocente o ajeno a los hechos, y por eso prefiera que se siga el proceso para que se defina su situación, declarándolo inocente.

Independientemente a las interesantes opiniones que han emitido los tratadistas, la ley define claramente el momento procesal en que puede otorgarse el perdón al inculpadado y las condiciones en que éste deba darse.

Virtiendo nuestra opinión sobre lo expuesto, consideramos que al establecerse una etapa amplia para el otorgamiento del perdón como lo preceptúa el C.P., favorece al ofendido al darle la oportunidad de actuar en la forma en que más beneficie a sus intereses, pudiendo otorgar el perdón una vez obtenida la satisfacción de sus intereses o derechos lesionados por la infracción del inculpadado, o bien, continuar con el procedimiento.

También favorece al inculpadado, ya que le otorga la posibilidad de que aún dictada sentencia en primera instancia, tenga la oportunidad de ser perdonado, hasta antes de que se dicte la sentencia en apelación.

7.- EFECTOS DE LOS DERECHOS POTESTATIVOS DE QUERRELLA Y PERDON DEL OFENDIDO, EN EL DELITO, PREVISTO EN EL ARTICULO 317, FRACCION III, DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

La querrela y el perdón del ofendido, son derechos potestativos en --

virtud de que atribuyen a su titular, respectivamente las facultades de imputar o no, determinada responsabilidad penal, y de desistirse, o no, del pago al resarcimiento del daño o perjuicio sufrido. Y serán ejercitados por aquellas personas que las leyes señalan como tenoras de esos derechos.

La querrela tiene como principal efecto, que se inicie la persecución de un delito y se alcance la responsabilidad legal que resulte de su comisión, ya que constituye un requisito de procedibilidad.

El perdón del ofendido es una causa de extinción de la acción penal, que produce como efecto principal, la cesación de un procedimiento y se extinga consecuentemente la responsabilidad derivada, de esta manera, "hacer cesar toda intervención de autoridad". (219)

En consecuencia, presentado el perdón, durante la averiguación previa o en el curso de instrucción procesal, y una vez satisfechos los requisitos legales, produce efectos plenos, de tal manera que, no existirá posibilidad de interponer nuevamente la queja por los mismos hechos y en contra de la misma persona.

Hasta aquí hemos expuesto someramente los efectos de los derechos potestativos de querrela y perdón del ofendido, sin inmiscuirlos en el delito que nos ocupa. Para lo cual consideramos oportuno, dar un panorama de las reformas que en torno a estos conceptos se han dado en el C.P., así como de los cambios aportados en relación al fraude, por el C.P.E.M.

En cuanto al C.P., el Diario Oficial del 14 de enero de 1985, publica una adición al artículo 399 bis en un párrafo tercero, con el propósito de avanzar en este sentido, racionalizando el tratamiento de los delitos patrimoniales, principalmente en beneficio de la víctima y de la sociedad, así como del infractor que lo merezca, y evitando hasta donde sea posible procedimientos o condenas inútiles.

La adición contempla el requisito de querrela para ciertos casos de fraude: cuando el monto de éste no exceda del equivalente a quinientas veces el salario y el ofendido sea un particular.

(219)COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. cit. pág. 250.

Sin embargo, cuando los defraudados son varios particulares, se establece la persecución de oficio, pero se prevé asimismo, la posibilidad de prescindir la pena cuando el agente haya reparado los daños y perjuicios - que causó a los ofendidos y no exista oposición de cualquiera de éstos.

Con el objeto de prevenir abusos y desviaciones en este sistema que - pudieran proteger intereses sociales importantes, se reduce la exigencia del requisito de querrela al caso de que el ofendido sea una sola persona, particular, además de la limitación que ya resulta en orden a la cuantía, prevista. Si hay varios ofendidos, el procedimiento se inicia de oficio, - pero puede cerrarse por perdón que otorguen los ofendidos.

El legislador consideraba que en el fondo de esta adición se encuentra el propósito de favorecer al agraviado y no extremar las consecuencias de una conducta cuya gravedad es relativamente menor.

De esta manera, el artículo quedó publicado como a continuación se enuncia:

"Artículo 399 bis (párrafo tercero).

"Asimismo, se perseguirá a petición de la parte ofendida el fraude, - cuando su monto no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el lugar y en el momento en que se cometió el delito y el ofendido sea un solo particular. Si hubiere varios particulares ofendidos, se procederá de oficio, pero el juez podrá prescindir de la imposición de la pena cuando el agente haya reparado los daños y perjuicios causados a los ofendidos y no exista oposición de cualquiera de éstos".

El texto enunciado nos muestra en su redacción una serie de cambios - que favorecen a la víctima y a la sociedad, y en algunos casos al infractor del delito. Considerando para ello, la persecución del delito de fraude, a instancia de la parte ofendida, y; proponiendo un monto, hasta quinientas veces el salario mínimo general vigente en el tiempo y lugar de ejecución. En tanto que se considera de mayor gravedad cuando exceda del - monto indicado, o cuando los defraudados sean varios particulares, en el - último caso, el juez podrá prescindir de la imposición de la pena cuando - el agente haya reparado los daños y perjuicios causados a los ofendidos y

no exista oposición de cualquiera de éstos.

El objeto de estas modificaciones residió en evitar hasta donde fuera posible procedimientos o condenas inútiles.

Posteriormente el legislador consideró pertinente una reforma al citado artículo 399 bis, relativo a las normas establecidas para la persecución por querrela de los delitos patrimoniales, por Decreto de 16 de diciembre de 1991. Considerando el legislador que "por razones de técnica jurídica se estima prudente la reforma propuesta a fin de citar los artículos que contienen las conductas ilícitas cuya persecución requiere de querrela de la parte agraviada. A su vez, se estimó pertinente excluir de este supuesto el caso del artículo 390, por la propia naturaleza del tipo". (220)

Conforme a lo expuesto, la reforma fue publicada en el Diario Oficial de 30 de diciembre de 1991, quedando como sigue:

"Artículo 399 bis.-.....
Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos -
380 y 382 a 399, salvo el artículo 390 y los casos a que se refieren
los dos últimos párrafos del artículo 395".

Cabe señalar de igual manera, los cambios que en relación al delito en estudio se han dado en los últimos tiempos en el Código Penal vigente en el Estado de México. El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México del 29 de noviembre de 1960, publicado en la Gaceta del Gobierno correspondiente al 4 de enero de 1961, queda abrogado el 8 de enero de 1986, publicándose el nuevo Código en la Gaceta del Gobierno el 16 del mismo mes y año.

En cuanto a la innovación que se da en relación al fraude, consiste en fijar las penas, deshechando las cantidades fijas para sustituirlas por el importe del salario mínimo vigente en el sitio en que se cometa la infracción. De esta manera, el ejecutivo considera que este delito patrimonial - "recibe un tratamiento más apropiado ya que las cantidades del daño nunca - estarán desactualizadas". (221)

(220) DIARIO DE DEBATES. CAMARA DE DIPUTADOS. 51a. Reforma. 11 de diciembre de 1991.

(221) EXPEDIENTE DEL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO. pág. 10.

Por otro lado, la persecución del delito de fraude, en el nuevo Código continúa siendo de oficio.

Apreciamos que en el Código Penal para el Distrito Federal a diferencia del Código Penal para el Estado de México, existe un avance en relación a la forma de persecución del ilícito patrimonial comentado, ya que se establecen una serie de condiciones, cuyo tratamiento favorece al ofendido, en tanto que en la legislación del Estado de México la persecución procede en forma oficiosa, salvo los casos que la misma ley señala. Como lo observaremos más adelante.

En base a lo expuesto, establecemos el siguiente razonamiento.

En los últimos tiempos, el crecimiento de las ciudades, especialmente las conurbadas con el Distrito Federal, ha implicado un inevitable crecimiento demográfico, en donde las interrelaciones entre los individuos tienen su base en las relaciones mercantiles; lo que ha colocado al delito de fraude específico por medio de títulos de crédito como uno de los delitos patrimoniales más frecuentes y que por consiguiente, ocupan gran parte de la carga procedimental del Estado.

En este delito, el único propósito del infractor es el enriquecimiento fácil en detrimento del patrimonio del ofendido, "el estafador es siempre estafador, difícilmente comete otros crímenes como el robo, el hurto, el homicidio". (222)

El Derecho Penal, como tutelador de intereses o bienes jurídicos, los ha jerarquizado para su protección, y ello lo hace o cumple por medio de las normas que integran en conjunto el sistema penal.

El bien jurídico en el delito de fraude, nos dice Mariano Jiménez Huerta, "es un interés individual de naturaleza patrimonial cuya transgresión ofende los ideales y aspiraciones de la comunidad". (223)

En el tema desglosado sobre interés público e interés privado, que comentamos en el capítulo anterior, señalamos que la naturaleza privada o pú

(222) MARCHIORI, Hilda. Psicología Criminal. pág. 41.

(223) OP. cit. Tomo IV. pág. 133.

blica de un conjunto de preceptos depende de la índole del interés que garantice o protejan.

Las normas de derecho público corresponden al interés colectivo. Son materia de interés público, por ejemplo los bienes naturales de la vida, la salud, la integridad física.

Las normas de derecho privado se refieren a intereses particulares.

"Los derechos privados, como el de propiedad, los tiene el interesado para sí antes que para nada, halláanse al servicio de su poder, de su voluntad". (224)

Por otro lado, Francisco González de la Vega hace notar que "en el delito de fraude en que toda idea de violencia desaparece sustituida por recursos intelectuales, el peligro que corre la víctima en su integridad física es nulo, ya que ella misma, por el error en que se encuentra, no resiste, sino por el contrario coopera a que el delito se perfeccione. Los daños se limitan al mero atentado patrimonial, sin que exista ocasión propicia para su prolongación contra la seguridad, libertad o integridad de los pacientes. (225)

En torno a estas opiniones, se estima que en el fraude entra en juego un interés particular, cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad con la comisión de este delito, en donde lo fundamental para los ofendidos, no es la pena aplicable al delincuente, sino la recuperación de los intereses y derechos perdidos, quienes exigen una pronta administración de justicia.

Por las razones expuestas consideramos como una necesidad, que la persecución del ilícito en comento, se de a instancia de la parte ofendida ya que en comparación con otros delitos, implica una menor gravedad para la sociedad. Para lo cual, hemos tomado en consideración a la cuantía, en razón de un monto que no exceda del equivalente a quinientas veces el

(224) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano no. pág. 1779.

(225) Op. cit. pág. 245.

salario mínimo general vigente en el lugar y en el momento en que se cometió el delito, y el ofendido sea un particular. De esta manera proteger intereses sociales que pudieran ser de mayor importancia.

En el caso en que fueran varios los ofendidos, el procedimiento se iniciaría en forma oficiosa, como hasta ahora, pero reservándose el juez la facultad de prescindir de la imposición de la pena, cuando el agente haya reparado los daños y perjuicios causados a los ofendidos, y no exista oposición por cualquiera de éstos.

Al establecerse las condiciones para la querrela, se pone en manos del ofendido, la opción de exigirle por sí mismo al inculpado la recuperación del patrimonio, y como consecuencia, el derecho potestativo del otorgamiento del perdón. Pues de otro modo, al perseguirse de oficio, se impide frecuentemente que entre las partes se llegue a un arreglo que les beneficie.

En el fondo de esta propuesta, se haya el propósito de favorecer al agraviado con la institución de la querrela, bajo las condiciones que se han estimado; y por consiguiente, no extremar las consecuencias de una conducta, cuya gravedad es relativamente menor. Evitando en gran parte, condenas o procedimientos que no benefician, ni al ofendido, ni al Estado. Implicando por consiguiente, una mejor administración de justicia y economía procesal para el Estado.

C O N C L U S I O N E S

1) Toda conducta delictiva tiene una policausalidad muy compleja, -- que deriva de distintos contextos o múltiples situaciones en las que se haya todo ser humano. Es por ello, que el análisis de la conducta delictiva debe darse en función de la personalidad del delincuente y del inseparable contexto social al que pertenece, ya que el individuo se adapta al medio a través de sus conductas.

2) La conducta delictiva que centra nuestro estudio, es el fraude, - cuyo concepto fue evolucionando cada vez más, diferenciándose de otros delitos patrimoniales y adquiriendo gran significación por su misma naturaleza con la falsedad.

Actualmente en el Código Penal vigente en el Distrito Federal, como en el Código Penal para el Estado de México definen al fraude, diciendo: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".

Este delito patrimonial, al igual que sus especificaciones, requiere de un resultado material que es, hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido, es decir, existe una actividad productora de un resultado material, es por ello que hablamos, de un hecho al referirnos - al fraude.

3) Dentro de la enumeración que de los delitos de fraude hace el Código Penal para el Estado de México, en la fracción III del artículo 317, menciona ciertas defraudaciones que se pueden cometer con motivo de la emisión o de la circulación de títulos de crédito. Esta especificación del fraude genérico, se tipifica con "la obtención de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, al endosar u otorgar un documento nominativo a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe - que no ha de pagarlo.

4) De esta manera, consideramos que la afectación de un bien jurídico es indispensable para configurar tipicidad, ya que no se concibe que haya conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos son particulares manifestaciones de la tutela jurídica de esos bienes.

En este tipo especial de fraude, el bien jurídico tutelado por el precepto en mención, es el patrimonio. Ya que si en la emisión de títulos a la vista, el tomador los recibe igualmente como sustitutivos del pago al contado en dinero de anteriores obligaciones y, en los títulos con vencimiento posteriores, a cierto tiempo o plazo fijo, los recibe como instrumentos privilegiados de pago posterior a la deuda causal, pudiendo destinarse los documentos a la libre circulación que le permita, por el descuento, la adquisición de fondos aún antes del vencimiento de la deuda original; si estos títulos se expiden en forma ficticia, su tomador sufre inmediatamente una defraudación en su patrimonio.

Así también, en los documentos crediticios, si son dados al portador o por medio del endoso si son nominativos, los terceros adquirentes de un título simulado o emitido con malicia, son perjudicados por la defraudación.

5) El Derecho Penal tutela intereses jurídicos, lo que significa que antes de que la práctica funcione en los casos concretos, es menester que se hayan realizado ciertos juicios de valor.

El interés privado, se entiende como el conjunto de pretensiones tuteladoras por el Derecho, que tienden a satisfacer necesidades específicas de determinados individuos y grupos sociales. Se encuentra constituido por pretensiones que se satisfacen únicamente para beneficio de determinados sujetos, mientras que el interés público se relaciona con las necesidades colectivas.

El interés público, contempla las pretensiones que son comprendidas por la sociedad en su conjunto, originando beneficios para todos los integrantes de una colectividad, estos intereses han sido consagrados por el ordenamiento jurídico, los cuales tienden a ser por regla general irrenunciables, en razón a que representan un derecho de la sociedad

en su conjunto, no de entes aislados.

En cambio, los intereses y derechos particulares, por su propia naturaleza protectora de aspiraciones particulares, dan opción a su titular - de reclamar su cumplimiento o de renunciar a él, ya que le confía al mismo interesado la protección de su interés, esto es, que el particular pueda tomar la iniciativa para la protección de aquello que constituye su derecho.

En este orden de ideas y en razón a que el bien jurídico tutelado - por la fracción III, del artículo 317 del Código Penal para el Estado de México, es el patrimonio, consideramos que éste, dentro de una escala de intereses representa una menor jerarquía, en razón a que la comisión del comportamiento descrito, afecta al interés particular antes que al colectivo.

6) La forma de persecución de cada delito, "de oficio", o "a instancia de parte", deberá reunir determinadas particularidades orientadas a principios y fines específicos.

La institución de la querrela ha sido bastante discutida por algunos doctrinarios, sin embargo, es de gran trascendencia para quien ha sufrido un lesión que se atienda a las conveniencias o inconveniencias que un proceso le acarrearía. De esta manera, se debe considerar a la querrela como un medio pacifista que permita regular el desenvolvimiento de las relaciones humanas sin llegar a extremos negativos.

El delito de fraude, en la legislación penal para el Estado de México, instituye su persecución en forma oficiosa, considerando como excusas absolutorias las previstas en su artículo 305, ya que no se sancionará el fraude cometido por un ascendiente contra su descendiente, o por éste contra aquél, o por un cónyuge contra el otro. Establece el mismo artículo - que no alcanzará la excusa absolutoria, si tuviera intervención en el fraude alguna otra persona, pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido. Por otro lado, el artículo 306, interpretándolo también en razón al fraude, se refiere a los casos de querrela, que procederán cuando el delito sea cometido por el suegro contra un yerno o nuera, por és--

tos contra aquél, por el padraastro contra su hijastro o viceversa, o entre parientes consanguíneos hasta el cuarto grado; nos comenta asimismo - que produce responsabilidad penal, pero no se podrá proceder contra los in culpados sino a petición de parte. No estableciendo alguna otra calidad, - además de lo ya mencionado para la persecución a instancia de la parte - agraviada, ya que en todos los casos que no encuadren en la descripción le gal, por exclusión procederá la oficiosidad.

7) Así pues, considerando que:

En el delito de fraude el bien jurídico protegido es un interés primordialmente individual de naturaleza patrimonial, en cuya comisión desaparece toda idea de violencia, sustituida por recursos intelectuales, el peligro que corre la víctima en su integridad es nulo, ya que ella misma, - por el error en que se encuentra, no resiste, sino por el contrario coopera a que el delito se perfeccione; consideramos que en este delito en relación a otros tipificados, encierra una menor peligrosidad.

Con base en el análisis que se ha realizado a lo largo de este trabajo, se estima que en este delito entra en juego un interés particular de - naturaleza patrimonial cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad.

Por otro lado, en la actualidad, este delito ha adquirido mayor sustantividad debido al incesante desarrollo comercial y a las relaciones económicas que se originan entre los individuos, puesto que la circulación de títulos de crédito facilitan las transacciones comerciales entre los particulares, siendo más frecuente su comisión.

Lo que resalta la necesidad de considerar como forma de persecución a la querrela con base a un monto propuesto que no exceda de quinientas veces el salario mínimo vigente en la Entidad y el ofendido sea un sólo particular. En el caso de que hubiera varios particulares ofendidos, se procederá de oficio, considerando que el juez se reserve la facultad de prescindir de la imposición de la pena cuando el agente haya reparado los daños y perjuicios, y no exista oposición por cualquiera de estos.

El fondo de este análisis se encuentra en el propósito de favorecer -

al ofendido, a quien inicialmente perjudica el ilícito tratado, al sufrir un menoscabo en su patrimonio, quien exige una pronta administración de justicia que le permita recuperar sus derechos o valores perdidos.

Asimismo, en no extremar las consecuencias de una conducta cuya gravedad es relativamente menor, evitando hasta donde sea posible procedimientos o condenas inútiles. Ya que ante esta posibilidad, se permite que las partes lleguen a un arreglo que les beneficie, puesto que lo fundamental para los ofendidos no es la pena aplicable al inculpado, sino recuperar el patrimonio perdido.

B) Por otro lado, cabe resaltar que el derecho de querrela, en la legislación para el Distrito Federal, se podrá extinguir por perdón que otorgue el ofendido hasta antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento, en tanto que en el Código Penal para el Estado de México, el perdón deberá otorgarse hasta antes de que se cierre la instrucción del proceso y el perdonado no se oponga a su otorgamiento (esto último en ambos casos).

La legislación para el Distrito Federal, ha sido más benéfica, ya que al ser más amplio el periodo para otorgar el perdón, permite obtener una mejor satisfacción a los intereses de particulares cuya gravedad es menor, lo que también es de considerarse en este trabajo.

En síntesis, consideramos que la institución de la querrela, bajo las condiciones ya previstas, en el delito de fraude específico por medio de títulos de crédito y la ampliación del periodo para el otorgamiento del perdón, permitirá que los agraviados por este ilícito obtengan una mejor satisfacción de sus intereses, lo que implicará la mejor administración de justicia para los individuos y para el Estado redundará en economía procesal.

BIBLIOGRAFIA

- ARROYO ALBA, Francisco. Estudio Sociológico Jurídico sobre el Delito de Fraude. U.N.-A.M. México, 1962. 297 págs.
- BIALOSTOKI, Sara. Panorama del Derecho Romano. Textos Universitarios. U.N.A.M. México, 1982. 249 págs.
- BURGOA O., Ignacio. El Juicio de Amparo. 25a. edición. Editorial Porrúa. México, 1988. 1080 págs.
- CARDENAS, Raúl F. Derecho Penal Mexicano del Robo. Editorial Porrúa, México, 1977. 287 págs.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 16a. edición. Editorial Porrúa. México, 1991. 985 págs.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 23a. edición. Editorial Porrúa. México, 1986. 359 págs.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 12a. edición. Editorial Porrúa. México, 1990. 656 págs.
- DE P. MORENO, Antonio. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. De los delitos en particular. Editorial Porrúa. México, 1968. 620 págs.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 37a. edición. Editorial Porrúa. México, 1985. 444 págs.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 5a. edición. Editorial Porrúa. México, 1989. 865 págs.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 24a. edición. Editorial Porrúa, 1991. 471 págs.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. 4a edición. Editorial Porrúa. México, 1983. 501 págs.

_____ Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. 6a. edición. Editorial Porrúa. México, 1986. 409 págs.

MARCHIORI, Hilda. El Estudio del Delincuente. Editorial Porrúa. México, - 1982. 236 págs.

_____ Psicología Criminal. 5a. edición. Editorial Porrúa. México, 1985. 305 págs.

MARGADANT S., Guillermo F. Derecho Romano. 13a. edición. Editorial Esfinge. México, 1985. 530 págs.

MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Tomo II. Biblioteca de la Jurisprudencia, Filosofía e Historia. La España Moderna. Madrid. 505 págs.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. 6a. edición. - Editorial Porrúa. México, 1989. 228 págs.

_____ Derecho Penal Mexicano. 10a. edición. Editorial Porrúa. México, 1991. 558 págs.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 13a. edición. Editorial Porrúa. México, 1990. 508 págs.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 17a. edición. Editorial Porrúa. México, 1988. 403 págs.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 6a. edición. Editorial Porrúa. México, 1989. 546 págs.

VELA TREVIÑO, Sergio. Miscelánea Penal. Editorial Trillas. México, 1990. - 325 págs.

VILLALOBOS, Igancio. Derecho Penal Mexicano. 5a. edición. Editorial Porrúa. México, 1990. 654 págs.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1986. 857 págs.

LEGISLACION CONSULTADA

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. 7a. edición. Ediciones Andrade. México, 1992.

CODIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO. 6a. - edición. Editorial Porrúa. México, 1992.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 38a. edición. - Editorial Porrúa. México, 1988.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 38a. edición. Editorial Porrúa. México, 1988.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 83a. edición. Editorial Porrúa. México, 1988.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. 51a. edición. Editorial Porrúa. México, 1988.

LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo IV. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1980. 417 págs.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.**OTRAS FUENTES CONSULTADAS**

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 17a. edición. Editorial Porrúa. México, 1991. 529 págs.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XII. Editorial Bibliográfica Omeba. Argentina, Buenos Aires, 1977. 1165 págs.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. 3a. y 4a. edición. Editorial Porrúa. México, 1989 - 1991. 3272 págs.

DIARIO DE DEBATES, CAMARA DE DIPUTADOS. 51a. Reforma. 11 de diciembre de - 1991.

EXPEDIENTE DEL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO.