



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

LA NECESIDAD JURIDICO SOCIAL DE PUNIBILIZAR
EL ESTADO DE INSOLVENCIA VOLUNTARIO EN LA
LEGISLACION PENAL DEL ESTADO DE MEXICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JULIO DE LA O GARCIA

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO 1994

COPIA CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ARAGON"

**LA NECESIDAD JURIDICO SOCIAL DE
PUNIBILIZAR EL ESTADO DE INSOLVENCIA
VOLUNTARIO EN LA LEGISLACION PENAL
DEL ESTADO DE MEXICO**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JULIO DE LA O GARCIA

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO.

1994.

EN MEMORIA DE MIS PADRES:

SR. DON JULIO DE LA O CORDOVA

SRA. DOÑA MA. DE LA LUZ GARCIA DE DE LA O

Que con sus muestras de apoyo y perseverancia me motivaron a realizar el anhelo de llegar a tener una formación profesional.

Para ellos con respeto y cariño.

I N D I C E

Página

Introducción

Capítulo I.- ALCANCES Y LIMITES JURIDICOS DEL PRIMER PA-
RRAFO DEL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL

1.1 La Garantía Individual	2
1.2 Su clasificación	8
1.3 Breves antecedentes del artículo 17 Consti- tucional	14
1.4 El carácter de deuda Puramente Civil	18
1.5 La Seguridad Jurídico que pretende otorgar	24

Capítulo II.- LA INSOLVENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA CIVIL

2.1 De las Obligaciones	26
2.2 El Consentimiento y la Voluntad de obligarse	29
2.3 Extensión del Concepto Insolvente	33
2.4 Como sobreviene la Lesión de Insolvencia del deudor	37
2.5 El Enriquecimiento sin Causa del Insolvente	41

2.6	Responsabilidad Civil por Incumplimiento de Obligaciones y Procedimientos para hacerlas Valer	45
-----	---	----

Capítulo III.- DERECHO PENAL Y LA PROTECCION QUE BRINDA A

LA SOCIEDAD

3.1	La Necesidad de Existencia del Derecho Penal	53
3.2	Destinatarios del Derecho Penal	62
3.3	El Derecho Penal como Protector de todos los Derechos de la Sociedad	69

Capítulo IV.- PROPUESTA PARA TIPIFICAR EL DELITO DE INSOL-

VENCIA AL FRAUDE COMO TIPO ESPECIFICO

4.1	Elementos del Tipo	73
4.2	Sujetos	79
4.3	Momento de Consumación del Fraude	82
4.4	Previo Análisis de los Fraudes Específicos	84
4.5	Como se dá la Insolvencia Voluntaria y Fraudulenta	89
4.6	El Problema Jurídico Procesal Penal para demostrar la Insolvencia	92
4.7	La Insolvencia Fraudulenta frente al Principio de no Prisión por deudas en la Legislación del Estado de México	99

CONCLUSIONES	
------------------------	--

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

En el Estado de México al igual que en el Distrito Federal, ha sucedido un fenómeno que ya se ha convertido en un negocio para mucha gente.

Me refiero a aquellas personas que piden créditos y que inmediatamente los bienes los pasan a nombre de una persona de su confianza, quedándose continuamente en un estado de insolvencia, que favorece a sus intereses, y no a los intereses de sus acreedores.

En tal forma este trabajo está dirigido a que esta clase de conductas que de alguna manera transtornan la esfera social y puedan estar contempladas en un tipo penal que permita convertirlas en delito.

Para eso se habla a lo largo de este trabajo sobre los principios consagrados en la Constitución Federal, especialmente en el primer párrafo del artículo 17, en el que se cimenta la idea de que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil.

Por otro lado hay que hacer un estudio directo respecto de los lineamientos civiles que rodean a la insolvencia y como esta puede sobrevenir de una manera involuntaria y es el caso en que todo negocio, tiene el riesgo de fracasar, pero en este

supuesto debe existir la buena voluntad de las partes, para el fin y objeto de que siga existiendo la protección a los comerciantes de buena fe.

Luego, resulta necesario observar esta investigación desde un punto de vista eminentemente penal, estableciendo los bases del Derecho Penal, por medio de los cuales se pueden prevenir las conductas delictuosas y con esto se pretende establecer una propuesta que se inserte en el Código Penal del Estado de México para el tipo delictivo de insolvencia fraudulenta.

Para lograr lo anterior, contaremos con los elementos suficientes para comprender la garantía constitucional que regula el derecho de no ser privado de la libertad por deudas de carácter civil y por otro lado el hecho de que el estado de insolvencia contiene en sí mismo la posibilidad de ser voluntaria o involuntario, claro está que se sostiene además, apoyado en la idea de que cuando se trate de una insolvencia involuntaria esta se producirá por los efectos del comercio o por las situaciones políticas u otro tipo de implicaciones que no responden a la voluntad del deudor, en cuyo caso podría operar perfectamente bien la garantía constitucional supraindicada, eximiendo al deudor de entrar en el ámbito del Derecho Penal.

CAPITULO I

ALCANCES Y LIMITES JURIDICOS DEL PRIMER PARRAFO DEL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL.

Para poder encontrar a causas de la necesidad jurídica social de punibilizar en el Estado de México la insolvencia voluntaria, he querido iniciar este trabajo de tesis, analizando un principio o garantía individual consagrado en el primer párrafo del artículo 17 Constitucional que establece: "nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil".

Frente a este principio, se encuentra una situación muy especial que es, la de aquel individuo que una vez que ha solicitado continuamente créditos y llega un momento determinado en que por no hacerle frente a sus obligaciones, vende, oculta o enajena bienes con los que tendría que responder a dichas obligaciones.

Evidentemente, que el dolo y la mala fe por no pagar, en este caso es palpable y ese es el punto de tesis que queremos estudiar, teniendo como hipótesis, el hecho de que se establezca un tipo penal adecuado en el Estado de México, para punibilizar a aquél que por no hacerle frente a sus obligaciones se coloque en estado de insolvencia y logre los beneficios de la garantía constitucional citada.

De ahí, que a continuación pasaré hacer el siguiente análisis.

1.1. La Garantía Individual.

Toda vez que el artículo 17 Constitucional forma parte de las garantías individuales, es necesario hacer un estudio doctrinal de lo que es la garantía individual.

En términos generales las garantías nacen del derecho natural, de ese derecho que al venirse desarrollando se convierten en derechos para el hombre y estos a su vez en derechos humanos y cuando estos son reconocidos por algún ordenamiento legal, se convierten en garantías legales de las personas, situación que se explicará a continuación.

Los anterior, me obliga a citar diversos conceptos que debemos comprender antes que tratar la garantía individual, como son: el derecho natural, el derecho del hombre y los derechos humanos.

Así, el derecho natural constituye según Rafael de Pina el "Conjunto de normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en su momento histórico.

"La concepción de quienes afirman la existencia de un derecho natural eterno e incommovible, igual para todos los tiempos y para todos los pueblos, es inaceptable atribuirle semejante carácter, es contrario a la realidad histórica, que manifiestan irreputablemente el derecho natural como el positivo, está sujeto a transformaciones."

"Las escuelas tradicionales atribuyen el derecho natural, los caracteres de universal, absoluto e inmutable; los positivistas y racionalistas lo consideran como el positivo y mudable".¹

Considero que Rafael de Pina, tiene un concepto en el que "encierra tanto al derecho natural como a los derechos del hombre o los derechos humanos. Realmente es inamovible el derecho natural, coincidimos con la escuela tradicionalista, ya que el derecho a la vida, es el derecho a nacer, el derecho a ser alimentado o cuando la persona es menor, el derecho a ser vestido, a un trato digno, a proteger la propiedad privada; durante el largo paso del hombre, siempre han sido derechos naturales protegidos por la congregación; llámese "tribu", "gens", "clan" o cualquier otra forma de agrupación social lo que conduce a pensar que si hay un derecho que es eterno como puede ser el derecho a la vida, todas las sociedades han tenido el mismo concepto de proteger a la vida.

¹ Diccionario de Derecho: 12ª. ed. México, Editorial Porrúa, S. A., 1980, pp. 144 y 145.

Ahora bien, en la concepción de Rafael de Pina, cuando habla de los conceptos o doctrinas positivistas del derecho natural, encontramos el desarrollo del derecho humano, esto es que cuando el individuo empieza a tener relaciones sociales con los demás entes de la comunidad, es el instante en el que va a requerir de ciertos derechos que le permitan gozar de sus libertades".

La libertad de expresión de la asociación, de hacer la política, de comerciar, etc., etc., estos derechos son realmente movibles y están determinados dependiendo de la sociedad y el tiempo de la misma, esto es el momento histórico en el cual se ha de tomar en cuenta dicho derecho.

En tal forma se observa, como tanto el derecho natural como el derecho humano, resultan inherentes del hombre, son protecciones a sus libertades para que este pueda desarrollarse armónicamente con su comunidad.

En esta secuencia puedo establecer alguna definición de lo que es el derecho humano, así Germán Bidart Campos, menciona que la "locución derecho humanos viene resultando para muchos conflictiva. Se puede tentativamente buscarle sinónimos que permitan ir despejando algunas objeciones y réplicas.

Usar la palabra "hombre" en singular cuando se refiere a sus derechos tiene un sentido importante, el cual es de suponer dos cosas, que el hombre es el sujeto de estos derechos, en razón o por causa de ser ya individuo de la especie humana y que por ello, no unos pocos, no algunos, sino son todos y cada uno. Tal vez sea esta idea la que ha dado origen a uno de los sinónimos, como es el de derechos individuales. En forma que el empleo del singular "hombre" con la que se alude a la pertenencia de los derechos, apunta a la generalización universal o total de los derechos, muy lejos de aludir a que sean de un solo hombre o de un hombre en particular.

La individualización de los derechos humanos en cada hombre, llevó a utilizar la expresión derechos individuales que todavía cuenta con vigencia lingüística. Pero si fue útil a los fines de particularizar la pertenencia individual de los derechos de cada hombre y en todo hombre, como parte de la especie humana, pierde altura axiológica, no bien se acepta la noción fisiológica de que el hombre, es una persona sin extraviar su individualización, sin dejar de ser individuo, sin dejar de compartir la individualidad que es propia de cada unidad.

El hombre cuando tiene relaciones sociales en su desarrollo, va ha necesitar protección conforme a su naturaleza para ser sujeto de derechos políticos, mercantiles y de gozar

de la protección de las leyes, van existir derechos del hombre que le darán la garantía jurídica de que persona estará protegida".²

En consecuencia, el bien jurídico tutelado por este derecho natural y los derechos del hombre, son las libertades esenciales de los individuos, para que estos puedan lograr un amplio desarrollo, de tal forma que llega el momento en que el gobernado tiene que utilizar dichos derechos y el gobernante debe respetárselos surgiendo de esta relación una norma que va a estar reconocida esencialmente en la Constitución de la República.

De lo anterior, la garantía individual, no solamente va a proteger los derechos fundamentales del hombre para que este pueda desarrollarse, sino que también va a normar esa relación jurídica entre el gobernado y el gobernante, creándose la garantía individual.

Alberto del Castillo del Valle, habla de la garantía individual en la siguiente redacción: "Es el medio jurídico consagrado por la constitución, principalmente por medio del cual se protegen los derechos de los gobernados frente al Estado y sus autoridades, obligando a estos a respetar tales derechos.

² Teoría General de los Derechos Humanos, UNAM, México 1989, pp. 13 y 14

Las garantías otorgadas y no reconocidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protegen tan solo los derechos de los gobernados frente a las autoridades públicas, sin que estas gocen de esas garantías cuando actúan investidas con el "ius imperi" o uso de la fuerza pública.

Subráyese y entiéndase bien que las garantías individuales son en concepto, medios jurídicos de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre, en primer término por lo que esos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la Constitución y el Sistema Jurídico Mexicano".³

El contexto de la garantía individual va a estar basado en la protección de derechos fundamentales del hombre, derechos esenciales que realmente son positivos, esto es movibles, que el hombre va necesitando cada vez más, dependiendo del desarrollo histórico de la sociedad en que vive.

Y no solamente de la garantía individual va a proteger esa norma de derechos humanos, sino que también va a guardar celosamente la relación gobernado-gobernante, estableciendo incluso un sistema para hacer valer dicha garantía individual a través del llamado juicio de amparo.

³ Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal. Edit. Duero, México. 1992. p. 21.

1.2. Su Clasificación.

Si como habíamos visto el concepto anterior de la garantía individual intenta proteger la relación jurídica gobernado-gobernante y darle un derecho a las personas en forma individual, no solamente frente al gobernante, sino frente a todos y cada uno de los individuos que conforman la sociedad y si la misma garantía individual consiste en una obligación correlativa a cargo del Estado y de sus autoridades que consistiría en que cada una de estas tendría que respetar dicho ordenamiento fundamental, entonces podemos tener en mente, como la obligación Estatal radica no solamente de la relación gobernado-gobernante, sino el respeto de las garantías entre los individuos y tendría que seguirse desarrollando, en virtud de que son derechos fundamentales para su propia evolución.

Ahora bien, el desarrollo del ser humano, no está limitado en aspectos sociales y políticos, tiene una gran amplitud de aspectos y materias en lo que se ha desenvuelto en cada una de estas, va a requerir esta protección jurídica que le ha de brindar la seguridad jurídica de la Norma Fundamental.

Siguiendo la idea de Ignacio Burgoa, clasificaré a la garantía individual desde el punto de vista de la necesidad de protección del derecho fundamental del hombre en su desarrollo social.

Así puedo decir, que la garantía se clasifica en:

1. De Igualdad.
2. De Libertad.
3. De Propiedad.
4. De Seguridad Jurídica.

La idea de que todos los individuos somos iguales frente a la ley, hace que exista la posibilidad de una igualdad entre pobres y ricos desde un punto de vista jurídico. De todos es bien sabido que existe el derecho social que va a intentar equilibrar esa balanza, entre el que más tiene y el que no tiene nada y le va a poder ofrecer no solamente esa posibilidad de igualdad jurídica, sino además lo protege a través de la ley para que el capital no vaya arrollarlo y dejarlo sin derechos.

Así, esta garantía de igualdad jurídica contenida en el análisis de los artículos 1º, 2º, 4º, 12 y 13 de la Constitución Política de nuestro país, donde surge la posibilidad de que todos los entes o individuos que conforman la sociedad mexicana ante la visión de la ley, tendrán la misma igualdad y se identificarán con esa función del derecho que intenta proteger al bien común, esto es a los derechos de toda la comunidad salvaguardando por supuesto los derechos individuales de cada persona que forma la sociedad.

Ignacio Burgoa, cuando habla de algún concepto de la igualdad como la garantía individual hace las siguientes explicaciones: "Hemos dicho que la igualdad sólo debe tener lugar, como relación comparativa entre dos o más sujetos pertenecientes a una misma y determinada situación jurídica, la cual se consigna por el orden de derecho mediante diversos cuerpos legales atendiéndola factores y circunstancias de diferente índole: económica, sociales propiamente jurídico, etc.

La igualdad como garantía individual tiene como centro de imputación al ser humano en cuanto tal, es decir en su implicación de persona prescindiendo de la diferente condición social, económica o cultural en que se encuentre o pueda encontrarse dentro de la vida comunitaria. Puede afirmarse que esa igualdad se establece conforme a la situación más dilatada en que se haya el gobernado o sea en su carácter de hombre y sin perjuicio de que simultáneamente esté colocado en situaciones específicas o de menor extensión y en las cuales la igualdad jurídica se traduce en el mismo tratamiento normativo para todos los sujetos que dentro de cada una de ellas se encuentre.⁴

Las garantías de igualdad jurídica, van a ofrecer a todo el cuerpo de la sociedad, la posibilidad de un trato igual

⁴ Las Garantías Individuales. 9ª Edición. Porrúa, S.A., México, 1975, pp. 178 y 280.

frente a la legislación, ya que el mismo derecho dentro de sus principios fundamentales, es satisfacer el bien común de la comunidad a quien va servir para que esta se organice.

Ahora bien, por lo que se refiere a la libertad como garantía individual, Carlos Sánchez Viamonte, ofrece la siguiente explicación: "La libertad social objetiva del hombre se revela como la potestad consistente en realizar trascendentalmente los fines que el mismo se forja por conducto de los medios idóneos que su arbitreo le sugiere, que es en lo que estriba su actuación externa, la cual sólo debe tener las restricciones que establezca en aras de un interés legítimo privado ajeno".⁵

La conceptualiza de la idea de libertad corresponde más que nada a la posibilidad de respetar el desarrollo humano en todas las esferas, materias y rubros en que dicho desarrollo va a intervenir.

Ahora bien, seguiré hablando de la seguridad jurídica; cuando menos hay que hacer una definición de la misma es Rafael Preciado Hernández, quien proporciona la siguiente: "la seguridad, es la garantía dada al individuo de que a su persona, sus bienes y derechos no serán objeto de ataques violentos o que si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad,

⁵ Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa. Facultad de Derecho, México 1980, p. 397.

protección y reparación. En otros términos está en seguridad aquel que tiene la garantía de que su situación no será modificada, sino por procedimientos societarios, por consecuencia, regulares, legítimos conforme a la ley."⁶

En principio la garantía constitucional otorga un derecho, este derecho va a proteger a la persona de no ser aprisionada por una deuda de carácter civil esto es, prohíbe a la ley penal establecer un tipo que permita el aprisionamiento de aquel que teniendo buena fe a caído en estado de insolvencia no puede responder a sus deudas.

Así otorga un derecho en su persona, no en sus bienes, porque si los tuviera podría responder de las deudas civiles; pero más que nada de una seguridad jurídica en la persona del deudor.

Pero claro está, que este mismo deudor ha violado el derecho de su acreedor con el incumplimiento de su obligación; de lo anterior, que la misma sociedad permita al acreedor realizar a través de un procedimiento societario, mercantil o civil, tratar de lograr el resarcimiento de su daño, para obtener la reparación del mismo.

⁶ Lecciones de Filosofía del Derecho 20^a ed., Edit. Jus. México, 1989, p. 233.

De tal forma que en cualquier embargo, este no se va a poder realizar, por falta de bienes del deudor, pero de todos modos puede proseguir el juicio, para que en el momento en que la persona vuelva a ser productiva tenga la obligación de pagar dicha deuda.

De lo anterior, la garantía individual pretende otorgar la seguridad jurídica en la persona del comerciante para el fin y objetivo de que no tenga que ir a la cárcel, cuando a caído en estado de insolvencia en forma involuntaria.

Así que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil, pero que no haya mediado mala fe por parte del deudor; sería esta la propuesta inicial con la que pasaré a estudiar situaciones de insolvencia y luego la protección del derecho penal.

Con lo anterior, si sobrepasa la idea establecida en el artículo 17 Constitucional cuyos antecedentes se observaron en este inciso, es necesario que exista el tipo específico que permita la posibilidad de encuadrar una conducta considerada como delito.

Ahora bien, no nada más este principio rige para el derecho penal y sirve también para demostrar la necesidad de punibilizar o establecer el tipo en la legislación en el Estado

de México, hay otros principios que se oponen grandemente a esta propuesta. Tal es el caso que previene el PRIMER párrafo del artículo 17 Constitucional, que prohíbe la prisión por deudas de carácter puramente civil.

1.3. Breves Antecedentes del Artículo 17 Constitucional

Esta garantía individual encuentra su más próximo antecedente en la Constitución de 1857 que fuera origen directo de la Constitución de 1917.

En esta Constitución liberal de 1857 se establece en su artículo 17, mismo que no cambiaría ni sufriría modificaciones alguna hasta la década pasada.

Así en esta Ley Fundamental del 57 en su artículo 17 decía:

"NADIE PUEDE SER PRESO POR DEUDAS DE UN CARACTER PURAMENTE CIVIL. NADIE PUEDE EJERCER VIOLENCIA PARA RECLAMAR SU DERECHO. LOS TRIBUNALES ESTARAN SIEMPRE EXPEDITOS PARA ADMINISTRAR LA JUSTICIA, ESTA SERA GRATUITA, QUEDANDO EN CONSECUENCIA ABOLIDAS LAS COSTAS".⁷

Salvo algunas afinaciones que se han realizado a este artículo 17 Constitucional, el carácter que ha tenido desde 1857-1986, a permanecido casi intacto y esta idea de no ser preso por deudas de carácter civil, dicen los autores a surgido en base al principio de: "No existe pena sin Ley".

⁷ Leyes Fundamentales de México, 15ª Ed. Edit. Porrúa, S.A., México 1989, p. 609.

Jesús Rodríguez y Rodríguez, es uno de los autores que sostienen esta teoría de surgimiento de la idea de no aprisionamiento por deudas de carácter civil, dicho autor menciona: "El primero de los derechos citados (nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil), surgió al adoptarse legalmente al principio de "Nullum Delictum", "Nulla Poena", "Sine Lege", según el cual únicamente los hechos tipificados por la ley como delito son susceptibles de sancionar penalmente. Sin embargo, cabe hacer mención que en el pasado el individuo que no saldaba sus deudas de carácter civil, podía no solamente ser aprisionado o sometido a la esclavitud, sino incluso privado de la misma vida.

Ahora bien, por lo que hace al derecho mexicano, cabría señalar por un lado que, aún en el caso de los delitos no todos ellos con llevan al aprisionamiento de su autor, dado que aquel según lo previenen los artículos 16, 18 y 20 fracción primera de la Constitución, sólo procede otro lado que nuestro derecho no contempla ninguna figura delictiva por deudas de carácter civil".⁸

Esta norma que previene la protección a todas aquellas personas que realizan el comercio o que de alguna manera tienen relaciones mercantiles de crédito, no está tipificada en el ordenamiento penal como un delito penal, no está encuadrado

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada. UNAM, México, 1985, p. 45.

el delito en una ley penal, la conducta no tiene por que ser considerada como delictuosa y mucho menos a una persona se le puede aprisionar por dicho concepto.

Debemos de tener en la mente que el concepto de aplicación de la norma penal, es como está redacta en el tipo descrito por el legislador y si no se llenan los extremos de tal, no habrá un cuerpo del delito, por lo que no existe la conducta en el cuadro descriptivo por la ley.

En consecuencia, debemos hacer incapie muy especialmente, al principio del "nulum omena sine lege"; esto es, no va a existir pena sin ley. Situación que se ve reflejada totalmente en párrafo 3o. del artículo 14 Constitucional, que regula: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Por otro lado, en el convenio internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966 se establece en su artículo 11 la siguiente redacción:

"Artículo 11.- Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".⁹

⁹ Documentos y Testimonios de cinco Siglos. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Colección Manuales. México, 1991 p. 115.

Hay que notar que el derecho humano que está encuadrado en la legislación mexicana como Convenio Internacional, aplicable conforme al artículo 133 Constitucional como una Ley Federal, establece que por una obligación contractual, hay que notar que no dice "una deuda puramente civil", sino que esta legislación positiva para nuestro país, establece el hecho de que nadie puede irse a la cárcel, por no haber cumplido con una relación contractual; sin duda éstas son situaciones a las que nos enfrentaremos cuando tengamos que hablar ya más directamente de la insolvencia en forma voluntaria de un sujeto para eludir su obligación contractual.

A mayor abundamiento existe otro antecedente relativo a este principio de no ser sujeto a encarcelamiento, por no cumplir una deuda civil y lo encontramos en el artículo 7º inciso 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, dada el 22 de noviembre de 1969, en vigor a partir del 18 de julio de 1978, ratificada por México el 25 de marzo de 1981, situación que hace que el convenio referido sea y constituya legislación federal aplicable al caso, también dicho inciso establece la siguiente idea:

"Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados

por incumplimientos de deberes alimentarios".¹⁰

Nótese como existe a un nivel supremo dos tratados muy importantes y el derecho fundamental establecido como garantía individual en la Constitución, ya la última Convención Americana que citá, afina el concepto al excluir la posibilidad de aprisionar a aquél que tiene la deuda alimenticia y que no la cumple, toda vez que existe un bien jurídico tutelado mucho mayor como es la protección de algún infante que pueda quedar desamparado.

Así tenemos como en estos términos realmente la garantía que se establece en el artículo 17, va ha tener una mayor transcendencia y como hemos visto en sus antecedentes va enfocada directamente a la protección del comercio a esa posibilidad de pagar, pero si esta situación la convierte en forma voluntaria de insolvencia, consideramos que entonces sí existe un dolo en la conducta que vamos a proponer sea punibilizada.

1.4. El Carácter de Deuda puramente Civil.

En una forma general podré dividir al contexto de todo el Derecho en dos ramas mucho muy amplias, como son el Público

¹⁰ Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; Secretaría de Gobernación, México, 1989, p. 93.

y el Privado.

Dentro del contexto de lo que establece el Derecho Público se puede encontrar al Derecho Penal, Internacional, Administrativo, Fiscal y al Constitucional, por lo que se refiere al Derecho Privado, observamos el carácter civil y mercantil. Estas disciplinas están dirigidas a la organización en la sociedad con la diferencia que el público básicamente atiende las necesidades de la sociedad en una forma oficiosa, esto es a manera de proteger los intereses de la sociedad sin que los individuos tengan que ejercitar su acción.

Esto no sucede en el derecho civil y el mercantil, donde las personas en un momento en que son infraccionadas o se les ha violado algún derecho, tienen que ejercitar su derecho consagrado, básicamente en los ordenamiento civiles y mercantiles.

Si se encuentra el carácter puramente civil de alguna deuda, es necesario recurrir a la esencia del término, así el Derecho Civil y Mercantil, tendrán que tener un objetivo principal y este sin se identifica, no solo con los intereses privados, sino con a la posibilidad de que cada uno de los individuos pueda ejercitar a su manera el derecho.

Trinidad García, cuando alude al término de Derecho Civil, manifiesta: "La familia, la propiedad, los contratos en una parte considerable y las sucesiones, constituyen la materia propia del Derecho Civil, comprendiendo esta rama tan importante el conjunto de la relación privada que abarca casi todo el contenido del derecho de este orden.

"El término Derecho Civil, no ha tenido siempre su moderna significación, fue conocido y usado desde tiempos de Derecho Romano, pero entonces se expresaban ideas muy diversas de las de ahora. Es importante conocerlas, ya que el Derecho Civil será el principal objeto del estudio.

"El "Jus Civile", comprendía para los romanos el derecho propio de cada pueblo como el concepto de pueblo o país independiente, se aplicaba al de la ciudad, derecho civil significaba derecho de ésta. La "Instituta" de Justiano lo define diciendo: "El Derecho Civil, así considerado era todo lo que hoy constituye para cada nación el derecho interno y nacional, en cambio el "Jus Gentium" o derecho de las gentes, estaba constituido por los principios observados en todos los pueblos que los usaban todas las gentes como dice la misma "Instituta".

"El sentido moderno de la expresión del derecho civil se precisa después de la rama considerada como un todo único,

equivalente al derecho privado, se desgaja la del Derecho Mercantil, entonces ambos derechos, el Civil y el Mercantil, partes del Derecho Privado independientes entre sí y se diferencian de los demás derechos por establecer la protección de los derechos o intereses de los individuos en particular".¹¹

Tenemos entonces tenemos que en el Derecho Civil el objetivo es proteger derechos eminentemente particulares; estos derechos como la propiedad, la familia que son clásicos del Derecho Civil, forman parte de Derecho Privado que van a constituir las normas que regulan las situaciones jurídicas entre las relaciones comunes y las ordinarias del hombre; en lo que atañe claro está a su patrimonio, a la institución de la familia, incluso a la personalidad de cada uno de los individuos.

El Derecho Civil va a fijar las relaciones que se lleven por los individuos en sociedad.

Ignacio Galindo Garfias, al comentar algunos conceptos del Derecho Civil hace la siguiente explicación: "La parte del derecho privado constituida por el conjunto de normas que

¹¹ Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, 23ª ed. Edit. Porrúa, S.A., México, 1985, pp. 40-42.

regulan las situaciones jurídicas y relaciones comunes u ordinarias del hombre en lo que atañe a su personalidad a su patrimonio, a la institución de la familia constituye el Derecho Civil el centro de las normas que lo integran, es la persona humana considerada con tal calidad con independencia de otra consideración la política, la económica, la profesional, es el derecho mas propio y arraigado en el vivir del pueblo, pero a la vez y por ello el que esta mas cerca de la órbita inmediata natural".¹²

En toda esta relación social contiene de las personas, existen los tratos ordinarios y comunes, así tenemos desde hace tiempo atrás que es común que los comerciantes deban de otorgar diversos créditos para colocar su mercancía.

Es evidente de que esta situación de crédito empieza a nacer el derecho mercantil, teniendo como principales instrumentos a los títulos de crédito que proporcionan agilidad en las transacciones comerciales.

Así, en cuestión de relación común, es realmente usual que un comerciante deba dinero especialmente en épocas modernas.

¹² Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, 9ª Ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1989, p. 93.

Claro está que a parte de la deuda bancaria tendrá la deuda de pago de mercancía, la cual es también producto de una relación común y ordinaria entre el comercio.

Podemos establecer el carácter de la deuda puramente civil en la relación comercial común y ordinaria. Puede transformarse en anormal cuando el que va a recibir el crédito tiende a estar en un estado de solvencia económica, pero que en ese momento no corresponde a la realidad su solvencia o que se tiene esa solvencia económica cuando recibe el crédito, pero después en una forma voluntaria vende u oculta los bienes y patrimonios con los cuales va a responder de la deuda.

De lo anterior tenemos como la situación normal de la deuda puramente civil, va a estar basada en el trato común y ordinario en la realización de actos de comercio. Ahora bien, si recordamos el artículo 11 de la convención o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos que citamos en el inciso anterior, se observa como esa posibilidad de no encarcelar va a recaer en el hecho de no poder cumplir con una obligación contractual, de tal manera que corresponde al Derecho Civil ya que en el momento en que se celebra un contrato, existe una manifestación de voluntades por las cuales se aceptan las cláusulas en términos de expresión de la voluntad y se obliga en los términos en que hayan pactado.

Claro está, que si no pueden cumplir esta situación contractual, pues no amerita cárcel, pero la diferencia entre la posibilidad de no cumplir, de no pagar una deuda puramente civil a realizar un fraude se observará en la voluntad de querer y hacer tal o cual circunstancia.

Así, si una persona tiene la intención de pagar, pero por causas ajenas a su voluntad no puede hacerlo, entonces no da lugar a condenarlo o a tratarlo de encarcelar, pero si esta persona es un defraudador más nato de los ya mucho que hay en el área metropolitana, pues hay que reconsiderar no solamente la garantía individual establecida en el artículo 17 constitucional, sino que también hay que pensar en establecer en el Código Penal la posibilidad de punibilizar la injerencia voluntaria o fraudulenta.

1.5. La Seguridad Jurídica que pretende Otorgar.

La seguridad que pretende otorgar la norma constitucional, va a consistir en que estas personas que aún vendiendo empresas, siguen debiendo dinero, pero no deben ser encarceladas, ya que no fue su voluntad dejar de pagar, sino que las fluctuaciones económicas provocadas presionaron a vender a precios inferiores en el mejor de los casos a fucionarse con el capital extranjero.

Considero que la seguridad jurídica de la norma constitucional y de los tratados internacionales, se traduce en el hecho de proteger de la cárcel a una persona de buena fe, pero en el capítulo IV, se habla respecto de esas personas que de mala fe y a sabiendas de que lo van hacer contratan préstamos, ya sea de capital o mercancías o de equipo y se mudan de lugar o desaparecen, que son personas fraudulentas, que cuando se les llega a encontrar no tienen solvencia económica, estas realmente tienen una conducta delictuosa que la sociedad debe de prevenir y en su caso condenar.

Así, se considera que el derecho, en primera instancia debe de cumplir con sus objetivos: ser justo, de darle a cada quien su derecho, de tal manera que es muy diferente hablar de un comerciante de buena fe, a un defraudador. Situación que forma parte de la voluntad del ser humano y que trataremos con mayor detalle en el capítulo IV de esta investigación.

El derecho también tiene la meta de lograr la protección del bien común, en una forma igual, esto es con base de la garantía de igualdad. Así, teniendo derecho de protección y seguridad jurídica que otorga la Constitución será accesible al pequeño comerciante a esa gran industrial que realmente puede caer en una insolvencia, por las provocaciones del mercado.

CAPITULO II

LA INSOLVENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA CIVIL

Con el fin de tener elementos suficientes que nos permitan distinguir ese estado de insolvencia involuntaria, desde la óptica y civilista, por la cual una persona sin su consentimiento, sin mala fe puede ver ir su patrimonio y quedarse en ese estado de insolvencia con el consecuente compromiso de algunas obligaciones o deudas a su cargo.

Es muy importante que notemos cada uno de los elementos civilistas del carácter de la insolvencia civil e involuntaria, para poder estar en aptitud de distinguirla completamente y de lo que es la insolvencia voluntaria o fraudulenta.

2.1. De Las Obligaciones.

Todas las personas que emprenden algún negocio o negociación, deben forzosamente tener en mente que alguna vez van a tener que manejar el crédito; actualmente la empresa moderna no puede vivir sin que ésta tenga acceso a créditos no sólo en mercancías, sino también en financiamiento para la producción.

De ahí, que se requiera obligarse a futuro a través de deudas o empréstitos y se establece una íntima relación entre el obligado y el acreedor.

De tal forma, debemos apoyar nuestra idea con alguna definición que nos permita tener mayor campo de criterio y de acción; el maestro Angel Caso nos explica al respecto: "La obligación en sentido amplio, es una especie de relación o de sujeción de una persona con respecto a otra; en sentido técnico podemos definir la obligación diciendo que es una relación jurídica, por la cual una persona (acreedor) puede exigir de otra (deudor) una prestación determinada. Esta prestación puede consistir en llevar a cabo un acto (obligación de hacer) en no llevar a cabo un acto (obligación de no hacer) por último en entregar determinado objeto (obligación de dar)

"Derivada de los actos jurídicos voluntarios y en particular del negocio jurídico, podemos clasificar a las obligaciones en unilaterales y bilaterales, las que se dan a título gratuito y a título honoroso, entre vivos y por causa de muerte, conmutativos y aleatorios, en tal forma que para la existencia de estos, se requiere principalmente la voluntad de las partes y el objeto lícito que se persigue".¹³

¹³ "Principios de Derecho". Edit. Cultura, México, 1985, p. 222.

Nótese que al hablar de la obligación, tenemos que estudiar todos esos elementos de existencia y de validez de las obligaciones y a los actos y hechos jurídicos del hombre.

Inicialmente, el hombre cuando manifiesta su voluntad para provocar causas de derecho, se dice que ha realizado un acto jurídico o un negocio jurídico, pero cuando son situaciones de la naturaleza, como el caso fortuito o alguna circunstancia en donde la voluntad del hombre no tiene intención de crear efectos de derecho, pero estos llegan a suceder entonces se dice que son hechos jurídicos.

Evidentemente que la obligación que va a nacer desde el punto de vista que estamos observándolo en esta tesis, va a sobrevenir a base del consentimiento del deudor. Esto es, que aquella persona acepta la obligación para pagar a futuro y por supuesto recibió una mercancía la cual la va a poder revender y tener un margen de utilidad.

Así, el concepto de obligación nos establece esa relación total que va a existir en el acto jurídico entre una persona llamada acreedor, titular del derecho sobre otra persona que es el deudor, quien será el que tenga la obligación de responder a la prestación otorgada.

De lo anterior se aprecia que las obligaciones pueden tener diversas fuentes, especialmente de los contratos o de los negocios jurídicos como lo hemos dicho; luego pueden existir obligaciones derivadas de delitos, pero estos realmente no llegan a identificarse con el objetivo de nuestro trabajo, ya que al cometer un delito se está violando una norma penal a través de una conducta delictiva y sí genera la obligación, pero en un sentido de reparación del daño ocasionado, y no desde el punto de vista de la insolvencia por deudas de carácter civil. En éstas básicamente la fuente principal serán los contratos o el consentimiento al obligarse, como lo veremos en el inciso siguiente.

De lo anterior se concluye, que cuando sucede un delito, lo que va a existir por parte de la víctima es un daño que obliga a la reparación del mismo; consideran como delito, el hecho de que una persona voluntariamente se ponga en un estado de insolvencia para aludir responsabilidades u obligaciones, cuya fuente son los contratos o la manifestación de su voluntad en obligarse y responder a esa relación.

2.2. El Consentimiento y la Voluntad de Obligarse.

El consentimiento, la voluntad, es sin duda un elemento esencial de todo contrato, pacto, convenio o tratado.

Al igual que el objeto lícito en los contratos, el consentimiento sin lugar a dudas será la principal estructura y fuente de obligaciones.

El consentimiento, nos explica Rojina Villegas, va a consistir en; "El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tienen por objeto la creación y la transmisión de derechos y obligaciones. En los convenios la to sensun el consentimiento, es el acuerdo o concurso de voluntades para crear y transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. Todo consentimiento, por lo tanto implica la manifestación de dos o mas voluntades, su acuerdo sobre un punto de interés jurídico.

El consentimiento, dada su naturaleza se forma por oferta o policitación y por la aceptación de la misma. Como es el acuerdo de dos o mas voluntades, necesariamente una voluntad debe manifestarse y es la oferta o la policitación; es decir, que una parte propone algo a la otra respecto de un asunto de interés jurídico.

"La aceptación implica la conformidad de la oferta".¹⁴

El consentimiento, es la exteriorización material de la voluntad, esa conciencia razonada del hombre que tiene la capacidad de ejercicio para poder enfrentar los problemas de

¹⁴ Compendio de Derecho Civil, 11ª ed., Edit. Porrúa. S.A., México, 1982, pp. 54 y 55.

los negocios y de las responsabilidades jurídicas que en un momento determinado pueda manejar.

De ahí que un elemento que no debemos de olvidar, es el estado de insolvencia desde que el deudor tuvo la carga, manifestó su consentimiento, lo que quiere decir que la voluntad interna del ser, pudo razonar y entender su acto y tomar una contraprestación a través de la generación de alguna obligación o pago futuro.

Esto nos lleva a hablar sobre el concepto de voluntad.

Roberto Atwood, cuando nos habla sobre la voluntad dice: "Es el elemento esencial del acto jurídico, sin el cual este no tiene existencia. Dicho acto se ha definido como manifestación de la voluntad cuyo fin es producir efectos de derecho; si ejecutara sin voluntad para que tuviera esos efectos, no sería acto jurídico, por carecer de la condición que su vida exige. Las escuelas socialistas han multiplicado las restricciones del ejercicio libre de la voluntad por motivos de interés público y en un proceso de protección hacia las personas jurídicamente desamparadas por el derecho individualista frente a otras personas que de hecho y por derecho detentan la riqueza pública. En México, por ejemplo la coacción ejercida o una coalición de trabajadores, al ejercitar el derecho de huelga, ha sido elevada a la categoría de acto

jurídico, arrendando al derecho de la misma Constitución del país."¹⁵

Sin duda, la voluntad para expresarse plenamente y que tenga la fuerza de obligar a las personas, va a estar basada en dos requisitos: 1.- Que sea expresada por quien puede obligarse jurídicamente; esto es, por aquella persona capaz de saber entender su acto jurídico; de lo anterior se refiere que todas aquellas personas incapaces que marca el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal y el artículo 432 del Código Civil para el Estado de México, que de alguna manera no cumplen con el requisito de la manifestación de la voluntad a través del consentimiento, como puede ser una persona que puede obligarse jurídicamente, de aquí, podemos hablar de las personas con capacidad jurídica de ejercicio y aquellas que solamente tienen capacidad de goce, las cuales no podrán obligarse completamente, ya que para ejercitar sus derechos requerirán de algún representante legal.

Otro de los requisitos de la voluntad, es que reúna lo necesario para responder a la real intención de quien las exprese, esto es una de las principales virtudes de la manifestación de la voluntad y el establecimiento de los contratos, los cuales se deben de interpretar a la letra, en el

¹⁵ Diccionario Jurídico. Editor y Distribuidor Librería Bazán México 1982 p. 242

sentido en como fue la intención de las personas de quererse obligar.

Tenemos entonces que tanto la capacidad de ejercicio, como la manifestación correcta de la voluntad, manifestando su consentimiento, será la forma a través de la cual pueda generarse la obligación, de ahí podemos decir que desde el punto de vista civilista, aquella persona deudora lo hizo bajo su propio conocimiento, voluntad y expresión de su consentimiento, estampando la firma en el título de crédito, en el contrato o algún otro documento que estampe literalmente el acto jurídico que se está realizando y se genera la obligación.

2.3. Extensión del Concepto Insolvente.

Aparejado con todas las causas por las cuales una obligación puede cumplirse, el hecho de que una persona caiga en estado de insolvencia, va a generar acciones jurisdiccionales para el acreedor, con el fin y efecto de constreñir la voluntad del deudor y responder a su deuda por supuesto la liquide o indemnice, por los daños y perjuicios ocasionados.

Así, existen situaciones de imposible cumplimiento de la obligación, como pueden ser los casos fortuitos que en un

momento determinado, es un riesgo que en el contrato que el acreedor también va a afrontar.

Puede también entenderse o pactarse la pérdida de la cosa, como una imposibilidad de cumplimiento de la obligación y en general, pueden existir algunos casos respecto de lo que es el incumplimiento involuntario de las obligaciones; y entre estos está el estado de insolvencia.

Rafael de Pina Vara, nos ofrece una definición respecto de la insolvencia y el insolvente en las siguientes palabras: "La insolvencia, es la carencia de medios económicos bastantes, para el pago de sus obligaciones pendientes; insolvente, es la persona que se encuentra en estado de insolvencia."¹⁶

Hay que notar que la carencia del medio para responder a esa manifestación de voluntad de haber aceptado un negocio jurídico y que llegado el momento de responderlo, las situaciones económicas del mercado se tornan difíciles para el deudor volviéndolo insolvente o esa persona carente de medios económicos para responder al pago de sus obligaciones, este estado realmente puede sobrevenir para cualquier negociante.

¹⁶ Pina Vara, Rafael de, *ob. cit.*, p. 204.

Es evidente que el dolo, la voluntad, el querer y saber la conducta, será el distintivo o el detalle por el cual una conducta de insolvencia, puede ser delictiva o bien ser meramente civil sin responsabilidad penal.

Hay que encuadrar perfectamente, como puede llegar el momento en que una persona aprovechándose de la situación, genere una insolvencia y sobrevenga una quiebra en su empresa, de ahí el delito cometido por comerciantes sujetos a concurso que tipificaban anteriormente los artículo 391 a 394 del Código Penal, para el Distrito Federal, mismos que fueron derogados para 1984.

Consideramos que ese estado de insolvencia, tiene forzosamente que ser involuntario. Solamente así, el insolvente queda fuera de la responsabilidad Penal.

Ahora bien, desde un punto de vista más amplio, podemos catalogar a la insolvencia en los siguientes términos: "La insolvencia es la situación de incapacidad económica para hacer frente a las obligaciones contraídas. La insolvencia puede ser real o simulada y siempre supone un perjuicio de tercero. La insolvencia en sus diversas formas, constituye un elemento típico del delito de quiebra".¹⁷

¹⁷ Diccionario de Sociología. 10ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1984. p. 156.

La definición anterior, ya distingue dos elementos clásicos que debemos de subrayar: uno es la insolvencia involuntaria, a la que dicha definición le llama la insolvencia real, esto es que no hubo intención de deudor, porque se quedará sin bienes para responder de la deuda. Por otro lado está la insolvencia simulada, que es la que consideramos debe de punir no solamente la Legislación Penal del Estado de México, sino desde el mismo Régimen Constitucional Federal.

De ahí, que vamos a clasificar a la insolvencia en dos formas:

1. REAL, Y
2. SIMULADA.

LA INSOLVENCIA REAL, es de esencia meramente civil, es aquella en la que la voluntad del deudor en ningún momento se presta para no responder a sus obligaciones y son propiciadas por condiciones del mercado y el comercio, lo que hacen a esta persona caer en ese estado de insolvencia.

Y LA INSOLVENCIA SIMULADA, será sin duda ese elemento que estamos buscando, hecho de que la persona a base de la mala fe y el dolo, simule estar sin recursos económicos para efecto de eludir sus responsabilidades en perjuicio de un tercero.

2.4. Como Sobreviene la Lesión de Insolvencia del Deudor.

Uno de los elementos característicos que bien podría ser el bien jurídico que tutelaría a la norma que estamos proponiendo para punibilizar en el Estado de México, la insolvencia voluntaria, fraudulenta o la simulada, es el hecho de proteger que no se perjudiquen los derechos de terceros en una relación mercantil o en un negocio jurídico.

Sin duda, la lesión en el negocio, será ese bien que hay que proteger a través de la norma penal que proponemos para la insolvencia fraudulenta.

Para conocer los extremos del concepto de lesión, Eduardo Pallares nos proporciona la siguiente idea: "La lesión jurídica existe cuando una obligación jurídica no se a cumplido o bien, cuando el estado de hecho no corresponde a lo que previene la norma jurídica. La lesión produce derechos que pueden ser de naturaleza jurídica distinta del derecho lesionado. Si este es real, aquella puede ser personal y viceversa".¹⁸

Nótese como el efecto que la sociedad intenta proteger, es esa posibilidad de garantía jurídica de que en los negocios

¹⁸ Diccionario de Derecho Procesal Civil, 15ª ed., Edit. Porrúa S.A., México, 1983, p. 533.

no vamos a ser lesionados con algún incumplimiento de esta naturaleza, esto es que no se nos va a lesionar o a perjudicar en nuestro patrimonio, por personas que en un momento dado, se tornan insolventes, ya sea por azares del destino o por voluntad propia.

La lesión jurídica, sin lugar a dudas va a corresponder a los prejuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación. Pero la lesión en los contratos, no nada más se toma desde este punto de vista, sino que tiene diversos aspectos. Rojina Villegas, nos habla de estos en la siguiente redacción:

"La lesión en los contratos plantea un serio problema en el derecho, porque para su solución entran en conflicto aparente dos de los valores fundamentales que debe alcanzar todo Ordenamiento Jurídico: la justicia y la seguridad.

En efecto, el principio de justicia conmutativo exige que las prestaciones en los contratos bilaterales y honerosos, guarden cierta equivalencia. Todo desequilibrio notable entre el valor de esas prestaciones, va por consiguiente en contra del valor de la justicia. Ya Aristóteles en su clásica disertación sobre la justicia, estimó que una de las clases de la misma, es decir, la justicia conmutativa, exige que reine la equivalencia en el comercio jurídico de la contratación, por

lo que se refiere al intercambio de valores, cosas o servicios que motive el trato humano, cuando existan prestaciones recíprocas.

Ligado con el principio de justicia que informa constantemente toda la materia contractual, está el de la buena fe que a su vez requiere que no se explote la ignorancia, la inexperiencia o la miseria, como dice el artículo 17 del Código Civil vigente, o la penuria, ligereza, necesidad, etc., a la que aluden los artículos 138 del Código Civil alemán y 21 del Código Civil Suizo.

Los principios de justicia, equidad y buena fe, entran en juego en el problema de la lesión, con otro postulado, no menos importante en los contratos o sea, el que consagra la obligatoriedad de los mismos, dando lugar al principio de "pacta sunt servanda", ahora bien el que en los pactos sean puntualmente cumplidos, es tan importante como el que sean justos. De aquí el conflicto que origina la lesión, cuando se tiene que admitir que no obstante el contrato celebrado, no debe ser cumplido porque es injusto, la obligación del pacto tiene que subordinarse un principio de justicia, si admitimos que la ruptura de la equivalencia de las prestaciones es una causa suficiente para que el contratante perjudicado no esté obligado a cumplir. En cambio, si consideramos que la obligación del contrato es de más

importancia que la justicia en el mismo, habrá que concluir en el sentido que bastara que el contrato se haya celebrado, para que deba ser puntualmente cumplido."¹⁹

Nótese como el contenido de la lesión puede sobrevenir desde la manifestación de la voluntad, esto es desde que se configure y se estructure un contrato en donde a través de la firma se compromete la voluntad y se genera una obligación para el deudor.

Evidentemente, que esa concepción de lesión en lo que se refiere el estado de insolvencia, ya sea real o simulada, para efectos de estudio, es la que aporta Eduardo Pallares, a quien ya hemos citado, ya que por su simpleza y consistencia, abarca todo el concepto, de tal forma que es necesario observar que una vez que se ha generado la obligación y que en el contrato puede existir una lesión, esta se hace valer a través de otra vía como es el de los contratos leoninos y considerados nulos, ya que no responden al individuo que presupone la manifestación de la voluntad y a esas ideas de justicia y seguridad de las que nos habla Rojina Villegas.

En tal forma, ese concepto de lesión que vamos a establecer para nuestra propuesta, estará enfocado más que nada al resultado de la conducta, esto es a esa simulación de la

¹⁹ Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. pp. 102 y 103.

insolvencia y como a la víctima se le va a lesionar en su patrimonio por el incumplimiento de alguna prestación debida, situación que también forma parte del concepto de la lesión como lo menciona Pallares.

Cuando una obligación jurídica no se ha cumplido, sin duda produce una lesión en el derecho de aquel acreedor que podía hacerla efectiva y que de alguna manera va ahora a tener la acción judicial necesaria para constreñir la voluntad del deudor y que el pago se efectúe. Pero, consideramos que cuando la insolvencia sobreviene de una situación simulada fraudulenta, esto corresponde a una idea de derecho penal más que de derecho civil, por lo que, la distinción clara entre los dos rubros de la materia del derecho, será sin duda la voluntad de deudor, de ponerse voluntaria o involuntariamente en estado de insolvencia.

2.5. El Enriquecimiento sin Causa del Insolvente.

Como su nombre lo indica, el enriquecimiento sin causa va a estar determinado directamente con la causa u objeto del negocio jurídico.

De ahí, que si alguien vende mercancías y estas no son pagadas, se empobrece aquel que dio las mercancías y se enriquece el que las recibió y no las pagó; esto responde

directamente a aquellos conceptos de lesión de los contratos del que nos habla Rojina Villegas al decir que los contratos como toda manifestación de la voluntad que quisiese hacer una relación de negocio con otras personas, tendría que estar basado en la justicia y en la seguridad.

En primer lugar, la justicia porque el intercambio de prestaciones es mutuo, "te doy mercancía y me la pagas"; y por otro lado, la seguridad que en un momento determinado tendría que liquidarse el negocio judicial en forma de cumplir con la obligación contraída.

El tratadista Planiol, nos explica el carácter del enriquecimiento sin causa con las siguientes palabras: "tradicionalmente se considera que este enriquecimiento origina una acción Cuasicontractual que es la de "In Rem Verso". Débese esto a que la antigua acción romana así llamada, estaba unida a la gestión del peculio y por consiguiente a que se deriva de actos contractuales. pero si se tiene en consideración que el origen de la obligación de restituir, es el principio de que no es lícito conservar un enriquecimiento sin causa a costa de la ajena, llegó a la conclusión indiscutible de que esta acción pertenece al grupo de las acciones derivada de hechos ilícitos.

En consecuencia, no es la transmisión de un valor el origen de la obligación de restituir, sino el enriquecimiento obtenido a cosa ajena."²⁰

Evidentemente, que debe de existir un aumento injustificado en el patrimonio del que recibe sin causa un enriquecimiento y por el otro lado, va a significar la disminución inmotivada del patrimonio de aquél que se empobrece.

En tal forma que debe de existir un aumento injustificado en el patrimonio por un lado, y un menoscabo en el patrimonio del afectado, de tal manera que pueda mediar una relación de causa y efecto entre el primero y el segundo, y que no existe una causa jurídica que justifique ese desplazamiento patrimonial.

Así tenemos que existe una relación de enriquecimiento o empobrecimiento que puede presentarse de buena o mala fe.

Por ejemplo en el pago de lo indebido, el error en el pago, son situaciones que van directamente enlazadas al efecto de que una persona se enriquezca sin ninguna causa.

²⁰ Tratado Elemental del Derecho Civil, Obligaciones, traducción José M. Cajica Jr. ed. México, Puebla, 1945, pp. 488 y 499.

Claro está que en el estado de insolvencia, que sobreviene de la prestación de una obligación, si existe una causa, esto es que proviene de un negocio jurídico, de tal forma que no se da perfectamente el enriquecimiento sin causa imputable al insolvente, ya sea real o simulado. Incluso, la misma jurisprudencia ha establecido estos elementos en la siguiente tesis:

"Enriquecimiento ilegítimo, procedencia de la acción de.

La acción de enriquecimiento ilegítimo solo, procede cuando no ha habido causa de la mutación del patrimonio, pero si su transferencia obedece a un acto celebrado entre las partes, no puede hablarse de dicha hipótesis semejante a que apareciera cuando se mezclan dos cosas que no se puede separar y que produce el enriquecimiento de un sujeto, el dueño de la principal a costa del empobrecimiento del otro. Para que proceda la Acción del enriquecimiento ilegítimo, se necesita que no haya habido ninguna causa jurídica que explique el desplazamiento total o parcial de un patrimonio de una persona a otra (6ª época, 4ª parte; volumen L B; pág. 28 A.D. 6437/58, Luis Mendoza Ugalde. Mayoría de 4 votos)".²¹

Nótese como el enriquecimiento sin causa, no se va a poder dar totalmente en todos los casos de insolvencia, ya que la insolvencia sobreviene para cumplir una obligación y el enriquecimiento sin justa causa, está muy limitado a accidentes o hechos jurídicos, que de ninguna manera involucran al hombre, como es el caso típico del pago de lo indebido en que una persona se enriquece y otra se empobrece sin ninguna causa; tal

²¹ Jurisprudencia 1990, edit. Mayo. Libro tercero. Tercera Sala Suprema Corte de Justicia. México 1991. pp. 429 y 430.

vez en la obligación de restitución de lo indebidamente pagado, podemos ya encontrar una idea adecuada a nuestro estudio, como sería esa persona que recibe el pago indebidamente y que en el momento en que tiene que restituir es insolvente, realmente aquí estamos en un caso más de derecho civil que de otra materia, ya que ni siquiera medio su voluntad y consentimiento en obligarse, por lo que debemos notar claramente que la insolvencia se puede confundir muy fácilmente con todo ese ambiente civil, protegido por la garantía individual de la que hablábamos en el Capítulo Primero y que está establecida en el último párrafo del artículo 17 Constitucional.

De lo anterior podemos ya proponer una norma concreta para punibilizar el estado de insolvencia voluntaria en el Estado de México, una circunstancia de la que debemos de tener mucho cuidado es ese carácter voluntario de la obligación que es sin duda el distintivo y la separación entre la idea civilista y la penalista.

o 2.6 Responsabilidad Civil por Incumplimiento de
Obligaciones y Procedimientos para Hacerlas Valer.

Conforme lo que hasta este momento hemos podido ver, no solamente en este capítulo, sino en el anterior pudimos observar que la ubicación real del estado de insolvencia, va a

responder lógicamente a una manifestación de la voluntad contractual que genera la obligación.

Consideramos que es muy difícil que surja o nazca del enriquecimiento sin causa y que evidentemente el bien jurídico que va a tutelar la norma que en un momento determinado podamos proponer, será sin duda la lesión en el patrimonio del acreedor.

En tal virtud, la responsabilidad civil, va a aparecer por el incumplimiento directo de la obligación contraída.

Claro está que la responsabilidad civil, puede nacer de otro tipo de circunstancias, como la comisión de un daño o por la culpa o por la relación o el efecto de un hecho que cause daño.

Pero estas son circunstancias en donde la voluntad del hombre no se manifestó, no otorgó su consentimiento y que por lo mismo, a pesar de que también generan una responsabilidad civil, no forman parte de ese cuadro que estamos buscando, ya que en el surgimiento de la responsabilidad civil por comisión de un daño, por culpa, por hecho del hombre que generan responsabilidad al igual que el enriquecimiento sin causa todavía es más difícil que la insolvencia para responder a la carga de esa responsabilidad derivada de un hecho jurídico,

tenga responsable que ser todavía solvente para hacerle frente, ya que debemos de recordar que todos los hechos jurídicos proceden sin la voluntad completa del hombre, esto es por su culpa, por no cumplir con deberes de cuidado o por no tener la pericia para manejar determinada situación y surge la culpa del individuo, es muy diferente hablar del incumplimiento de una obligación de la que ya habíamos manifestado completamente nuestra voluntad, situación que se identifica con el negocio jurídico.

De lo anterior, se deduce que la responsabilidad civil de la que hablamos en este inciso, es aquella que surge por el incumplimiento de las obligaciones.

En tal forma, que siguiendo la idea del artículo 1739 del Código Civil para el Estado de México, dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Siguiendo esta idea, notamos como existe una responsabilidad civil por actos ilícitos del hombre, actos en los que no se ha obligado o no ha manifestado su voluntad de obligarse, de ahí que la responsabilidad en este tipo de situaciones deba de ligarse totalmente a cuestiones civiles también y aquél que

por un acto ilícito genera un daño a otro, si este es insolvente desde que lo genera, no tendrá mayores problemas, ya que la garantía constitucional lo va a proteger, pero en un momento determinado, esta responsabilidad emerge por la manifestación de la voluntad, entonces estamos presumiendo que dicha obligación partió de algún contrato en donde se expresó completamente el consentimiento.

De ahí , que en todas las especies del contrato como son compra-venta, donaciones, arrendamiento, depósitos, secuestros, mandatos, fianzas, etc., etc., así como las situaciones mercantiles más especialmente, como son la expedición de títulos de crédito: cheque, pagaré y letra de cambio, principalmente, sin duda es en estas circunstancias los que debemos de tomar en cuenta cuando estructuremos el tipo que vamos a proponer.

Ya que como hemos visto en este capítulo, el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad civil que surge de hechos ilícitos del hombre, no se identifica al concepto de insolvencia voluntaria. Por tal motivo hemos eliminado esas circunstancias y ahora el centro de la estructuración del delito y su exteriorización a la voluntad, debemos de decir que éste se encuentra siempre en el negocio jurídico, ya que en él se manifiesta el consentimiento de aceptar una obligación, en tal virtud, en la expedición del cheque, en la suscripción de

una letra o en la firma de un pagaré, se está manifestando la voluntad de aceptar el pago consignado literalmente en estos títulos.

De tal manera que cada una de estas formas de externación de voluntad establecerá un diferente contrato, mismos que también pueden salir del contexto civil para hacerse eminentemente mercantiles y pasar a una situación federal que regula la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en virtud de que la citada Legislación, también señala una vía de acción para reparar el daño. Pero que de todos modos responde a la idea de un negocio jurídico en donde se ha manifestado la voluntad de obligarse.

Así las acciones que se derivan para hacer valer esta responsabilidad, son variadas y de muchas formas.

Si en algún momento se ha de querer ejercitar una acción para el hecho de que realice coercitivamente el pago de una deuda, esta para intentarla procede aún cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado.

El procedimiento para hacerla valer, será general para todas, ya sea un procedimiento civil ordinario o ejecutivo o un procedimiento ejecutivo mercantil que plantea el Código

ordinario o ejecutivo o un procedimiento ejecutivo mercantil que plantea el Código de Comercio, para poder hacer valer una responsabilidad de tipo civil proveniente del incumplimiento de una obligación contractual.

La jurisprudencia que sigue, nos da la idea general de como iniciar nuestro procedimiento para hacer valer dicha responsabilidad.

Esta jurisprudencia dice:

"Acción, Procedencia de la .-

"Las disposiciones legales que establecen la procedencia de la Acción, aún cuando no se exprese su nombre con tal de que se determine con claridad de clase de prestación que exija del demandado y el título o causa de la acción, deben interpretarse en el sentido de que el Juez, al resolver la controversia atenderá a la naturaleza de la Acción ejercitada, según se desprenda de los hechos narrados, sin variar la prestación exigida, ni el título o causa de pedir, sin perjuicio de la facultad el Juez para aplicar las disposiciones legales procedentes y no las que equivocadamente hubiera invocado el actor, pues a las partes corresponde alegar y probar los hechos y al Juez aplicar el derecho".²²

Sin duda cuando una persona manifiesta su consentimiento en obligarse, debe de responder a tal obligación, sino lo hace el acreedor tendrá la posibilidad de ejercitar una Acción en su contra, para constreñir su voluntad y realizar el cobro de la

²² Arellano García, Carlos. Práctica Forense Civil y Familiar, 9ª ed. Edit. Porrúa, S.A., México, 1990, p. 74.

deuda para el fin y efecto de lograr la justicia y equidad que se persigue en las transacciones comerciales.

En este aspecto, consideramos que la insolvencia vista desde un punto de vista civil, sigue reglas muy específicas, ya que podemos encontrar la responsabilidad civil no solamente por incumplimiento de obligaciones, sino también por causas de hechos jurídicos del hombre que pueden producir efectos de derecho. También es el caso del error o el enriquecimiento sin causa, en donde realmente el estado de insolvencia tiene una esencia totalmente civil y no puede llegar a punibilizarse por el hecho de haber recibido el dinero que no le era debido.

En conclusión podemos decir que si queremos que la insolvencia tenga ese carácter de dolo, es decir de un delito tiene que ser simulada o fraudulenta, en primer lugar, y en segundo término, debe de provenir del incumplimiento de una obligación de la cual se expresó suficientemente la voluntad del consentimiento y por la misma se estableció una relación entre el acreedor y el deudor. Así llegará el momento de cumplir con el pago de la deuda que el deudor simula o cae voluntariamente en un estado de insolvencia, que va a producir daños y perjuicios patrimoniales al acreedor los debe de tutelar no solamente el derecho civil, sino que se trata de una conducta que debemos de considerar delictiva y de la que seguiremos hablando en el transcurso de nuestro trabajo.

CAPITULO III

EL DERECHO PENAL Y LA PROTECCION QUE BRINDA A LA SOCIEDAD.

Si como hemos planteado, en la propuesta de este trabajo, existe la necesidad jurídico-social de punibilizar la insolvencia voluntaria en la Legislación del Estado de México, esto para demostrarlo suficientemente, y encontrar la fuente especial de punibilidad, para el caso que comentamos sin duda será en este Capítulo en donde debemos demostrar, como el Derecho Penal intenta brindar una seguridad jurídica tal, que ha sido denominado como el derecho protector de todos los demás derechos, de tal forma que debe de proteger también ese rubro de la insolvencia voluntaria o fraudulenta y punibilizar este tipo de conductas.

De lo anterior afirmamos que el objetivo principal de este Capítulo, es observar como tanto la doctrina y la dogmática del derecho penal están encausadas a un objetivo muy específico, como es brindar una protección de gran importancia para toda la sociedad en especial la insolvencia de las personas y su seguridad en el cumplimiento de sus obligaciones.

Decimos de gran importancia, en virtud de que el Derecho Penal utiliza la intimidación de una pena (particularmente la

privativa de la libertad) para el caso en que sea infraccionada la norma.

De ahí, una vez que hayamos finalizado este capítulo, tendremos una visión totalmente panorámica, tanto de los lineamientos constitucionales de la garantía individual de no encarcelamiento por deudas de carácter puramente civil que comenté en el Capítulo Primero, así como también de la insolvencia desde el punto de vista civil y amalgamando todas las ideas que en este Capítulo expondré, apreciaremos que el Derecho Penal y la protección que brinda la sociedad será el aspecto clave, en cuanto ya se vislumbra la propuesta para tipificar en el Estado de México el delito de insolvencia voluntaria o la insolvencia fraudulenta.

3.1- La Necesidad de Existencia del Derecho Penal.

Uno de los derechos mas antiguos que el hombre ha establecido en el Derecho Penal. Inicialmente cuando los individuos empiezan a unirse a formar las llamadas "tribus", "gens" o "clanes", es cuando la cercanía de las interrelaciones sociales, empiezan a necesitar un ordenamiento drástico para el fin de que no se desborden las pasiones humanas en un solo instante y se retrotraigan a los sentimientos de piedad y respeto entre las personas.

De lo anterior, que cuando había un desorden y resultaba alguna lesión aparecen la llamada venganza privada, que consistía en la ley de talión basada en el principio de "ojo por ojo y diente por diente"; de ahí, en el momento en que sobrevinieron los excesos de este tipo de venganza, se estableció la venganza pública y con esto el "ius puniendi"; en tal forma, que el Estado en el momento que se va organizando con mayor precisión, logra tener el derecho de hacer penar aquellos infractores de la norma penal, pero el fin de esta pena, no a de ser que sufra el reo; sino que pueda resocializarse y volver a la sociedad.

En otras palabras, que la protección que ofrece el derecho penal, sin duda la realiza a través de la amenaza de la ejecución de una pena corporal y este tipo de intimidación detiene la voluntad del hombre, para que se guíe con respeto y dignidad hacia los derechos de las demás personas, lo que hace al Derecho Penal eficaz en la protección del cumplimiento de las obligaciones pecunarias de las personas.

Ahora bien, para fundamentar lo que hasta este momento se ha dicho, se va a iniciar tomando las palabras del maestro Fernando Castellanos Tena, quien sobre la venganza pública y privada, nos expone los siguientes comentarios: "A esta etapa suele llamarse también venganza de sangre o época bárbara (etapa de la venganza privada). En el primer período de

formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo.

A medida que los Estados adquieren mayor solidez la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesiona de manera directa los intereses de los particulares o en orden público.

"Es entonces cuando aparece la etapa llamada venganza pública o concepción política, los tribunales juzgan en nombre de la colectividad".²³

En el momento en que el Estado logra consolidarse y una vez que a observado los excesos en la venganza privada, es entonces cuando surge una institución muy particular del Derecho Penal basado en la reparación del daño, situación que da el derecho de penar al Estado. Evolucionando el Derecho Penal tratando de proteger no solamente que la justicia pueda realizarse, sino que se repare el daño ocasionado por la conducta delictuosa en una forma mas equitativa y justa.

²³ Lineamiento Elemental del Derecho Penal, 15ª ed., Edit. Porrúa S.A., México, 1981, pp. 31 y 34.

En tal forma, que desde el Código de Hamurabi, ya notamos como ese tipo de venganza, iba a tener dos fórmulas: una de ley del tali6n y otra la reparaci6n del da6o.

Guillermo Floris Margadant, nos da ciertos criterios al respecto que nos parecen interesantes de exponer en este trabajo, dicho autor explica: "El primer texto legislativo que ha llegado hasta nosotros es un c6digo o fragmentos del codex ur-mammu sumerio.

Un siglo despu6s cuando Hamurabi dicta su famoso c6digo babil6nico que se conoce con bastante detalle, se observa a menudo un retroceso respecto de los derechos sumerio y acadio de aquellos fragmentos. As6, en caso de da6o, Hamurabi establece como sanci6n la ley del tali6n, en tanto que el derecho sumerio, anterior a 6l, estaba basado en el principio de la reparaci6n del da6o".²⁴

Sin duda, podemos observar que el Estado trata de imponer una cierta organizaci6n a trav6s del derecho que permita la sociedad en general poder evolucionar, as6 absorbe esa posibilidad de pena, para que olvid6ndose de la ley del tali6n, se establezca la posibilidad de sancionarlo a trav6s de un procedimiento societario establecido por y para la comunidad.

²⁴ Panorama de la Historia Universal del Derecho, 3^a ed. Editorial Porr6a, M6xico, 1988 pp 41 y 42.

Nace con esto el "ius puniendi", del cual el maestro Rafael de Pina nos dice: "Es el derecho de castigar que se atribuye al estado.

En realidad el estado no tiene el derecho de castigar, sino la obligación de hacerlo de acuerdo con el contenido de una ley anterior a la comisión del acto delictivo de que se trate".²⁵

Esta posibilidad del Estado de imponer la pena, ha generado un desarrollo mucho muy amplio del Derecho Penal y ha ayudado para que pueda servir de órgano protector de los derechos, patrimonio y personas de cada uno de los integrantes de la sociedad.

De ahí, que se fue desarrollando muy ampliamente el derecho y adquirió una fuerza tan grande, que ha llegado a ser uno de los derechos protectores de los demás derechos y que en un momento determinado debe punibilizar la insolvencia voluntaria, es virtud de ser una forma de engaño para evitar una obligación.

Beccaria, por ejemplo, nos hace una exposición del Derecho Penal y sus fines, (de acuerdo al punto de vista que prevaleció en el siglo XVIII) dicho autor nos menciona: "Es

²⁵ Diccionario de Derecho, 12ª Ed. Edit. Porrúa S.A., México, p. 210.

imposible prevenir todos los desórdenes en el combate universal de las pasiones humanas. Crecen éstas en razón compuesta a la población y a la trabazón de los intereses particulares... Vuélvase los ojos sobre la historia y se verán crecer los desórdenes en los confines de los imperios; menoscabándose en la misma proporción la máxima nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos conforme al interés que cada uno toma en los mismos desórdenes. Así, la necesidad de agravar las penas se dilata cada vez más por este motivo.

Aquella fuerza, semejante a un cuerpo grave que oprima nuestro bienestar, no se detiene si no a medida de los estorbos que le son opuestos. Los efectos de esta fuerza son la confusa serie de las acciones humanas: Si éstas se encuentran y recíprocamente se ofenden, las penas, que yo llamaré "estorbos políticos", impiden el mal efecto sin destruir la causa estimulante que es la sensibilidad misma inseparable del hombre; y el legislador hace como el hábil arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio.

El fin pues de la pena, no es otro más que impedir al reo causar nuevos daños a su ciudadanos y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas, aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre

los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo".²⁶

El idioma de Beccaria, es un lenguaje del siglo XVIII, pero toda vez que al hombre lo observa desde un punto de vista psíquico sus comentarios siguen siendo actuales esto es, que en primera instancia es imposible prevenir los desórdenes en el combate de universal de las pasiones humanas y van a crecer éstas en relación directa a la explosión demográfica, es entonces, cuando se requiere que el derecho tenga la posibilidad de responder a la necesidad del desarrollo estructural de la misma comunidad y en la actualidad, se requiere de una mayor protección en el comercio, presumiendo la insolvencia voluntaria..

Así, una Norma Jurídica tan importante como es la penal, sin duda induce a que el delincuente no cometa su conducta delictuosa.

Se deben de elegir penas proporcionales, para el efecto de encontrar, buscar y tener inmediatamente, la resocialización óptima del reo y tenga éste la posibilidad de seguir adelante.

²⁶ Tratado de los Delitos y de las Penas, 3ª ed., Edif. Porrúa, México, 1988 pp. 26, 27 y 45.

Podemos observar que en el desarrollo del Derecho Penal encontramos la necesidad misma de su existencia.

Todo ese contexto del Derecho Penal, va a proteger al hombre en sus derechos, en su persona y en su patrimonio, y lo protegerá de esos ataques peligrosos que ofendan su dignidad, a través de la amenaza de la ejecución de una pena.

Ahora bien, Raúl Carrancá y Trujillo, sobre el particular, nos dice lo siguiente: "El fin del derecho en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea de los bienes jurídicos. Pero no corresponde al Derecho Penal tutelarlos todos, sino sólo aquellos intereses especialmente merecedores y necesitados de protección, dada su jerarquía la que se le otorga por medio de la amenaza y ejecución de la pena; es decir, aquellos intereses que requieren una defensa mas enérgica. De aquí arranca una distinción entre dos campos el civil y el penal, correspondiendo al primero la reparación de las violaciones por medio que no son penales, son medios pecunarios, indemnizantes, y al segundo, el empleo de las penas conforme al límite del poder coercitivo del estado, y mirando ese empleo a la defensa social; frente a un daño, no solo individual, sino también social y a la reparación particular de una ofensa de característica valoración y especial jerarquía. Lo que no pueda obtenerse por medios que el civil

adopta y que tampoco puede lograrse por el mismo ofendido sin perjuicio del orden público".²⁷

Solamente los bienes y derechos que resultan relevantes para la sociedad los va a proteger el Derecho Penal, en tal forma la persona sin duda, es uno de los principales objetivos del derecho penal, en su libertad, en su expresión, en su poder de ser y decir, el hombre de alguna manera esta protegido por el Derecho Penal, en contra de esos ataques del secuestro de una persona del homicidio, de las lesiones, que contraen la voluntad del delincuente, para que este respete la norma, incluso a través del tiempo la riqueza y el patrimonio ha sido uno de estos bienes merecedores de protección penal, por lo que en caso de insolvencia voluntaria, la obligación no desaparece y la conducta si ofende el interés público. Sin duda, existe la necesidad del Derecho Penal para proteger drásticamente bienes que realmente son interesantes para la sociedad y que se establece la amenaza o intimidación de una pena privativa de libertad, para el caso de infringir la norma penal.

De lo anterior exponemos que, todo lo que hasta aquí hemos dicho al caso que nos ocupa esta tesis, pues resulta muy evidente que el comercio no solamente en el Estado de México, sino también en el Distrito Federal y en toda la República, así

²⁷ Derecho Penal Mexicano. 16ª Edic. Edit. Porrúa S.A., México, 1988, pp. 26 y 27.

como en el mundo, necesita también de la protección, ya que la economía sin duda, es uno de los motores principales del desarrollo económico de la humanidad.

Ahora bien, si una persona simple y sencillamente a través de maquinaciones, de engaños, o sólo por que así se le da su voluntad, se pone en un estado de insolvencia y no responde a las deudas o cargas que en un momento determinado expreso ha de responder a ellas; es en ese instante, cuando debemos ofrecer una norma penal, para que se garantice la posibilidad de un negocio sano y frente a ello que la conductora de aquel fraudulento insolvente, se compulse por el derecho y por la intimidación de ir a la cárcel tenga la obligación de responder a la deuda adquirida.

3.2. Destinatarios del Derecho Penal.

El concepto de "ius puniendi" lo encontramos en la posibilidad de que el gobierno del Estado, a través del Poder Legislativo pueda iniciar o hacer leyes, que de alguna manera van a determinar que conductas pueden ser consideradas como delitos o tipos delictivos que van a proteger bienes jurídicos tutelados, merecedores de una protección tan drástica como es la intimidación de una pena privativa de libertad en caso de transgredir la norma penal.

Así, el legislativo, sin duda será el órgano inicialmente estructurado de la norma penal y los destinatarios de esa norma penal serán no solamente la sociedad en todo su conjunto, sino también los órganos de la administración del Estado los que también pudiesen ofender la estructura social y cometer algún delito tipificado o encuadrado en la ley penal.

Cuello Calón, sobre el tema explica lo siguiente: "Sólo el Estado es titular de Derecho Penal. Definir los delitos determinar las penas y las medidas de seguridad, imponerlas y ejecutarlas es exclusiva facultad suya, fuera del Estado no hay verdadero Derecho Penal.

Las normas penales se dirigen a todos los individuos sometidos a la ley penal del Estado, sean o no ciudadanías, imponiéndoles la ejecución o la comisión de un determinado hecho. Es indiferente que se trate de imputables o inimputables (locos, menores, etcétera), pues el Derecho Penal en su concepción presenta, establece y determina no sólo las normas relativas a las penas (medidas reservadas a los imputables), sino también las referentes a las medidas de seguridad (medios de protección social aplicable a los inimputables: locos, menores, etcétera).

Las normas penales se dirigen también a los órganos del Estado encargados de la aplicación y ejecución de las penas y las medidas de seguridad a los que impone el deber de aplicarlas y ejecutarlas".²⁸

Es necesario hacer notar una circunstancia muy especial que sobresale de lo expresado por Cuello Calón, y es la dirección de la norma penal ya se había dicho anteriormente que la norma se estructura a través del Poder Legislativo, la consideración del tipo delictuoso y una vez que se ha establecido éste no solamente protege el bien, sino que puede ir dirigida a personas muy especiales, situación que tenemos como tema de tesis; ya que el hecho de ponerse en estado de insolvencia es sumamente fácil, por lo que el legislativo deberá poner atención a esta circunstancia.

En la estructuración de la norma, existe una dirección mucho muy especial que incluso, hace que toda la clasificación que hace de los delitos el Código Penal, esté dirigida a la protección de diferentes bienes jurídicos.

En la estructuración de la norma, existe una dirección mucho muy especial que incluso, hace que toda la clasificación que hace de los delitos el Código Penal, esté dirigida a la protección de diferentes bienes jurídicos.

²⁸ Derecho Penal. 9ª Edición. Edit. Nacional, México, 1976. pp. 8 y 9.

Así, en principio todos los individuos sometidos a la ley del Estado serán los destinatarios de la norma, especialmente los órganos encargados de la administración pública del Gobierno, a los que se les puede establecer un tipo penal por algunas conducta delictuosa que pudiese llegar a cometer.

Celestino Porte Petit Candaudap, nos dice:
"Indudablemente el objeto o contenido del Derecho Penal lo constituyen las normas penales, a su vez; compuestas de precepto y sanción. Por ello, se sostiene que el objeto de la ciencia del Derecho Penal, es el Ordenamiento Jurídico Penal Positivo o Derecho Penal Positivo.

"En la doctrina se hace referencia a un fin del Derecho Penal y por otros a varios fines del mismo Derecho".

En realidad, la misión del Derecho Penal, es la protección de bienes jurídicos fundamentales, es decir, de un bien vital del grupo o del individuo, dictando el Estado al efecto las normas que considera convenientes.

"Los tribunales han asentado que la ley penal conforme a las nuevas teorías tiene por fin objetivo, defender a la sociedad de los seres peligrosos, basándose en la responsabilidad social; la tutela del Derecho Penal, está creada por una exigencia del Estado para mantener el orden

jurídico y las funciones inherentes a sus órganos, cualquiera que sea la jerarquía de quienes la ejercen, cuya autoridad viene en perjuicio y desprestigio cuando otras personas que carecen de facultades decisoria y poder coactivo, ejercen funciones de tal, entrañando ello lesión a la fe pública, que es un bien jurídico colectivo que debe ser protegido mediante la tutela penal contra aquellos hechos que lesionan la confianza individual y que son susceptibles de engañar aún a los órganos del Estado".²⁹

Es notable, como existe una trascendencia fundamental en lo que es composición y estructura de los tipos penales.

Podemos observar que en el momento en que el "ius punendi" que tiene el Estado, se hace valer a través de la estructuración en principio de una norma jurídica tan insuficiente que proteja los intereses de todos los medios de la sociedad. Esto es, que la norma tiene que seguir los principios generales de derecho de proteger el bien común y por supuesto dar a cada uno su derecho estableciéndose la justicia, de ahí que el estado de insolvencia voluntaria, también debe formar parte de ese ius puniendi del Estado, en virtud de la exigencia del bien común.

²⁹ Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal, 14ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México 1991, pp. 16 y 17.

Así, las normas penales no estarán dirigidas especialmente a una sola fracción de la sociedad, sino van a intentar proteger a la mayoría social, ya que así lo exige el bien común.

Luego, se puede también decir que el hecho de defender a la misma sociedad de esos seres peligrosos que existen, quedan a la relación intersocial la gran desconfianza y el advenimiento de una idea que rechace la relación humana y que de alguna manera, trascienda y se genere una mayor confianza en la relación social.

Así, se crea una exigencia no sólo del Estado, sino más que nada de la Población del Estado, porque existan normas, especialmente.

Se evidencia que un delincuente hace el mal por lo desadaptado de su medio ambiente, situación que va a generar en la persona un descontento de tal magnitud que lo pone en contra de las instituciones sociales.

De ahí, que Eugenio Raúl Zaffaroni, le surge la duda se cuestiona si el Derecho Penal, reviste la seguridad jurídica o es la defensa social.

Dicho tratadista Argentino, nos explica esta situación en las siguientes palabras: "El Derecho tiene por función posibilitar la existencia, lo que implica asegurar la coexistencia, porque la existencia humana siempre es coexistencia. Este aseguramiento se obtiene introduciendo un orden coactivo que impida la Guerra Civil, esto es, la guerra contra todos. La manera en que el Derecho quiere evitarla, es asegurando a cada quien un ámbito de existencia. Si entendemos por existencia la relación de cada hombre con su ser, esto es, el elegirse para realizar lo que eligió llegar a ser, la función del derecho será la de asegurar la armonía de las existencias...

La función de la seguridad jurídica no puede entenderse en un sentido distinto que en el aseguramiento de la coexistencia. Esta función se cumple en la medida en que se garantiza a cada quien la disponibilidad de lo que fuere necesario para su realización. Estas relaciones de disponibilidad, es decir, estas posibilidades de usar entes, son los bienes jurídicos. El Derecho Penal tutela bienes jurídicos, participando con ello de la general naturaleza y función del derecho. Trata de prevenir para ello las conductas que lo afectan por que los considera necesarios para la existencia y con ello aspira a asegurar la coexistencia. En síntesis, seguridad jurídica es seguridad coexistencia".³⁰

³⁰ Tratado de Derecho Penal, 1ª ed. 1950 I. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1988, pp. 44 y 45.

Lo anterior significa sin duda que el destinatario del Derecho Penal, es cada componente de la población en general, llámese particular o servidor público, y en el caso de las relaciones comerciales todas y cada una de las personas que deben responder a la obligación contraída; con el fin de que la estructura social siga guardando un orden; y no se genere una forma de eludir las obligaciones, colocándose simplemente en el estado de insolvencia voluntaria.

En tal forma que entre toda esa amplia gama de relaciones de coexistencia va a existir un ordenamiento especial, drástico que permita la confianza o la garantía en esas relaciones; de esto seguiremos hablando en el inciso siguiente.

3.3. El Derecho Penal como Protector de todos los Derechos de la Sociedad.

Se dice que la Seguridad Jurídica en una forma de la estructura de todo el derecho, llámese Constitucional, Penal, Civil, Laboral, etcétera; y que éstos nos garantizan una cierta protección a nuestra persona, bienes y derechos.

De tal manera, que todos los ataques peligrosos de esa relación de la sociedad, o esa coexistencia o

interrelación entre los individuos, tendría que observarse bajo los parámetros estructurales del Derecho.

En consecuencia, si alguien infringe la norma, será el momento en que la víctima podía echar a andar la maquinaria de la administración de justicia y la persecución del delito, cuya incumbencia todos los sabemos, corresponde al Agente del Ministerio Público en virtud del artículo 21 Constitucional.

Así, podemos observar como esa Norma Política que decía Beccaria, trata de que las conductas delictivas, no lleguen a darse en la realidad, no se materealicen hacia esas relaciones de coexistencia.

De tal manera, que toda esa amplia gama de derechos que intenta proteger la Seguridad Jurídica, van a estar más íntimamente protegidos por el Derecho Penal. Con lo que los individuos respetarán más sus obligaciones.

Lo anterior lo afirmamos, en virtud de, que como vimos las sanciones civiles van a ser pecuniarias básicamente; las sanciones laborales son pecuniarias indemnizatorias; las fiscales pago de impuesto; las administrativas el pago de multas, etcétera. Situación muy diferente sucede para el Derecho Penal, ya que éste al establecer una sanción tan

drástica como es la pena privativa de libertad, significa una gran amenaza e intimidación hacia dicha persona.

Es por eso, que el sistema normativo jurídico, se va a adecuar a la situación social para darle al Derecho Penal, esta calidad de ser un derecho protector de todos los demás derechos, simple y sencillamente por el hecho de estar o tener una sanción tan drástica como es una pena de prisión..

Para explicar bien esta circunstancia, vamos a citar las palabras de Cesar Augusto Osorio y Nieto, quien sobre particular nos dice: "El sistema normativo jurídico busca la adecuada convivencia social y la tutela de bienes que representa intereses primordiales para los sujetos; entre esos bienes existen algunos que son indispensables, tanto para la vida individual como para la colectiva, y que son en particular fundamentales para esta última, bienes cuya protección debe asegurarse en forma enérgica, entre ellos podemos señalar la vida, la integridad corporal, la libertad en sentido amplio, el patrimonio, la libertad sexual y muchos otros, que como se ha expresado, son básicos para la convivencia y desenvolvimiento de la comunidad; ahora bien, el Estado titular del Poder público, utiliza como instrumento para lograr esa protección enérgica al Derecho Penal, que es un

orden normativo eminentemente protector de los bienes jurídicos fundamentales de los hombres y de la sociedad".³¹

El Derecho Penal, sin duda es el protector no solamente de todos los derechos, sino que el mismo Estado por la intimidación de la pena privativa de la libertad lo utiliza para ejercer esa protección enérgica de la sociedad en su conjunto. De lo anterior se presenta la necesidad pública de punibilizar, la conducta fraudulenta de la insolvencia voluntaria. Así, podemos ya tomar algunas partes de que hasta este momento hemos expresado para elevar la propuesta general planteada en este trabajo, como es el hecho que se punibilicen en el Estado de México, una situación tan importante como es el hecho de que los actos comerciales respondan a sus deudas, estos es que haya una respuesta lógica hacia la deuda.

Dicho en otra forma, es necesario tener en mente como el Derecho Penal, protector de toda la sociedad, debe también fijarse en esa posibilidad de la insolvencia fraudulenta y darle la protección drástica que el Derecho Penal presupone y hacer una excepción a la regla planteada en una garantía constitucional como es el PRIMER párrafo del artículo 17 de nuestra Carta Magna, del que ya hablamos en el Capítulo Primero de esta investigación.

³¹ Síntesis de Derecho Penal, Edit. Trillas, México, 1984, p. 22.

CAPITULO IV
PROPUESTA PARA TIPIIFICAR
EL DELITO DE INSOLVENCIA AL FRAUDE
COMO TIPO ESPECIFICO.

Para este capítulo se analizará al delito de fraude en una forma muy general con el fin de estar en aptitud de determinar con los criterios que se necesitan para elevar la proposición de que se establezca un tipo de fraude para aquellas personas que se colocan en estado de insolvencia en forma voluntaria.

4.1 Elementos del Tipo.

Antes de iniciar hablando de los elementos del tipo en el delito de fraude en el Estado de México, es necesario considerar cuando menos una definición respecto de lo qué es el tipo y como sigue su tratamiento en nuestra legislación.

Para esto, Zaffaroni, nos explica lo siguiente: "el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene como función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes. El tipo es un instrumento legal, o sea que es un

dispositivo que se haya en la ley y no en el delito. Mediante el Juicio de tipicidad, se establece la tipicidad de una conducta, siendo esta la característica del delito. Con la pertenencia del tipo a la ley, no quiero afirmar que el tipo penal se agota en la formulación legal aislada que la contiene, sino que la formulación legal en sí misma es el tipo legal, pero el mismo esta requerido de una rectificación conglobante, dando ambos lugar al tipo y a la consiguiente tipicidad penal. De cualquier manera, el tipo conglobante también surge de la ley, por lo que es correcto calificar en general el tipo como instrumento legal".³²

Inicialmente podemos decir, que la situación de insolvencia voluntaria en el Estado de México, así como en diversas legislaciones no está considerada como delito, por lo tanto, no existe un tipo descriptivo de la conducta, que haga que la sociedad en un momento determinado cuando se está frente a dicha conducta, puede denunciar este tipo de delitos.

Lo anterior en virtud de que el tipo sin duda como lo dice el autor citado, es la descripción que hace el legislador de una conducta que la sociedad en ese tiempo y en ese lugar se considera como delictuosa y se intenta proteger bienes muy

³² Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 167.

especiales y merecedores de una ayuda tan drástica como es la penal.

Por otro lado es necesario considerar que no podemos pensar que exista un delito sin tipo, ya que nuestra legislación así lo marco, especialmente en el artículo 14 constitucional el cual establece en su tercer párrafo lo siguiente: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".

Es evidente, que nuestra legislación exige una aplicación exacta, concreta real, esto es que una vez que se exterioriza la conducta del agente activo, entonces estaremos frente a la llamada tipicidad, esta situación que en el exterior se identifica la conducta a la norma prevista por el tipo.

De ahí que cada uno de los tipos establecidos en el Código Penal del Estado de México mencionan para su estructuración, varios elementos que en su momento van a formar el llamado cuerpo del delito, vital para que el Agente del Ministerio Público pueda perseguir al delito y ejercitar acción penal.

Así los elementos del tipo de fraude genérico, están plasmados en el Código Penal del Estado de México en el artículo 316, el cual establece a la letra:

"ARTICULO 316.- Comete el delito de fraude en que engañando a otro o aprovechando del error en que éste se haya, se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido".

Nótese que el tipo descriptivo por el legislador, menciona varios elementos a saber:

1. Que haya engaño.
2. Aprovechamiento del error.
3. Se haga ilícitamente de una cosa.
4. Alcance de un lucro indebido.

Cada uno de estos elementos, deben de encontrarse integrados en el momento en que el agente activo, va a desplegar en su conducta hacia el exterior.

Así debe de existir una maquinación de engaño, esto es una forma de establecer un artificio, una maquinación para engañar al agente pasivo y lograr que éste se confunda en una situación falsa y el activo obtenga los objetivos deseados.

Francisco González de la Vega, hace un señalamiento, respecto de los elementos del engaño y aprovechamiento del error, en la siguiente redacción: "Una acción de engaño, es

la actividad positivamente mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo, o el aprovechamiento del error, consiste en una actitud negativa en que el autor conociendo el falso concepto en que se encuentra la víctima, se abstiene de hacérselo saber para realizar su finalidad patrimonial desposesoria. Así se requiere que se logre hacerse ilícitamente de una cosa, es decir, de bienes corporales, de naturaleza física, tanto en inmuebles como muebles por no establecerse limitación en el precepto o alcanzar un lucro indebido, cualquier ilícito, beneficio, utilidad o ganancia económica que se obtiene explotando el error de la víctima.

Ahora bien, debe de existir una relación de casualidad, el engaño o el error aprovechado debe de ser el motivo eficiente y determinante de la entrega de la cosa o de la obtención de los lucros".³³

Hay que notar claramente una circunstancia muy especial que establece González de la Vega y es el hecho de la relación de causalidad, el nexo causal que debe de existir entre la conducta y el resultado, es el aprovechamiento o la maquinación del engaño.

³³ Código Penal Comentado, 9ª Edición. Edit. Porrúa S.A., México, 1989, p. 482.

Si el agente activo incita al engaño debe de ser de tal manera este engaño, que el pasivo lo empuja a incurrir en una creencia falsa y el activo se haga ilícitamente de una cosa o alcance algún lucro.

Luego el hecho de omitir la posibilidad de engañar a una persona haciéndola seguir en su propio error, debe de llevar una finalidad desposesoria, que tiende mas que nada a que una cosa se haga ilícitamente o que se alcance un lucro indebido.

Así una persona piensa que algún objeto no le pertenece pero tiene la posesión, puede sobrevenir el activo engañándolo o tratando de hacer que incurra en el error, para hacerse ilícitamente de dicha cosa.

O bien, puede ser la libre promesa de cambiar de actitud o de pagar una determinada cantidad, siendo que el activo sabe que realmente no va ha suceder dicha circunstancia, entonces el engaño o el error aprovechado debe ser el punto clave a través del cual el activo pueda hacerse de una cosa ilícitamente o alcanzar un lucro indebido.

4.2. Sujetos.

Evidentemente que en lo que se refiere a los sujetos pasivos y activos de este tipo de fraude, pueden ser uno o varios los que realicen el ilícito y los que resientan la lesión de dicha conducta delictiva.

Así desde el punto de vista del ofendido tenemos el caso de una compañía establecida en sociedad anónima, serán sin duda cuyo su patrimonio se verá afectado y de alguna manera serán los ofendidos o las víctimas del delito.

Ahora bien, para tener definida esta situación de sujetos pasivos, Colín Sánchez ofrece una explicación de esta parte del delito que resiente la conducta delictiva del mismo, al decir: "Es usual el término ofendido en el campo de derecho de procedimientos penales, sin embargo es necesario diferenciarlo del concepto, víctima de delito.

El ofendido por el delito es la persona física que resiente directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el derecho penal.

La víctima, es aquel que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito".³⁴

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, este sin duda es el engañado, es la persona a la cual se le induce a tener un falso concepto de las cosas, o bien es la persona que se encuentra en el error y que es aprovechado por el llamado agente activo.

Así el agente activo puede ser según el número de personas que intervienen en el ilícito: una persona en el cual se estaría en el caso del delito unisubjetivo y si son varios de los delitos plurisubjetivo.

Osorio y Nieto, respecto del número de integrantes de un delito comenta: "Se entiende al número de sujetos activos que intervienen en la ejecución del acto delictivo, los delitos pueden ser unisubjetivos y plurisubjetivos, es decir hay delitos que para su realización no requieren de mas de un sujeto activo que lleve acabo la acción típica aún cuando pudiesen intervenir varios, pero la esencia, en cuanto a los activos es que sea sujeto singular como es el caso del robo, del homicidio, de las lesiones y de las mayoría de los delitos, en tanto que otros necesariamente requieren de la

³⁴ Derecho Mexicano de Procedimiento Penal, 3ª edic. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974, pp. 192 y 193.

conurrencia de dos o más personas para la ejecución como sucede en el adulterio, el incesto o en la asociación delictuosa, sin esta vinculación de personas no se puede dar el delito."³⁵

Evidentemente que el tipo del delito por el número de personas que pueden intervenir pueden ser unisubjetivo o plurisubjetivo, ya que no existe una relación muy íntima que establezca el tipo y que exija que deban ser dos o mas personas, sino que en esta y en la práctica al momento de que se exterioriza la conducta puede ser una sola persona o varias personas las que realicen el delito, ya sea conjuntamente o separadamente.

De lo anterior, por lo que respecta a los sujetos podemos encontrar que en los elementos constitutivos, el activo es aquella persona que va a provocar la maquinación de engaño o que de alguna manera se va ha aprovechar del error en que se encuentra la persona.

³⁵ Ob. Cit., pp. 48 y 49.

4.3. Momento de Consumación del Fraude.

Por cuanto a los momentos de consumación de los delitos, según el artículo 7 del Código Penal del Distrito Federal y pueden ser:

"A).- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que sean realizado todos los elementos constitutivos;

"B).- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

"C) Continuando, cuando una unidad de propósito delictivo plurilaridad de conductas se viola el mismo precepto legal".

Si los elementos del tipo exigen una maquinación, ésta puede realmente prolongarse en el tiempo, ya que el activo puede preparar un sin fin de formas, para poder lograr y engañar al pasivo.

Ahora bien, por lo que se refiere al aprovechamiento del error, puede sobrevenir la idea de que el error puede ser continuo en cuanto al tiempo, de tal forma que este delito se ha de consumir cuando se integran todos y cada uno de los elementos del tipo. Esto es cuando existió el engaño o el aprovechamiento de un error, no importando cuanto tiempo duró el engaño o el error.

Lo anterior quiere decir, que el momento preciso de la consumación del fraude genérico, será sin duda en el momento en que se viola o se infracciona el bien jurídico tutelado por la norma, como es el patrimonio del pasivo.

Jiménez Huerta, explicación al respecto : "Si la consecuencia real que produce la conducta fraudulenta del sujeto activo es la disposición patrimonial que efectúa al sujeto pasivo del engaño, dicha conducta engañosa la de proyectarse sobre un individuo con la capacidad psicológica suficiente para que las maquinaciones, artificios o engaños pueda mover su voluntad y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial, debido a la impresión ilusoria que produjeron en su entendimiento o en su sentimiento. Cuando el sujeto pasivo de la conducta esta de hecho totalmente desprovisto por cualquier causa de la facultad de entender y de querer el delito de fraude no puede existir por la falta insoslayables bases psíquicas para que pueda firmarse que hubo una disposición patrimonial.

El acto dispositivo que es indispensable para la existencia del fraude consiste en aquella resolución de la voluntad que determina al sujeto pasivo de la conducta de hacer o no hacer, y puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio o sease no sólo sobre dinero, bienes muebles o

inmuebles y derechos de cualquier clase, si no incluso también sobre meras expectativas de hecho".³⁶

Es de hacerse notar que el bien jurídico tutelado por la norma es el patrimonio de las personas, es este el directamente dañado en el momento en que sobreviene esa situación de engaño o aprovechamiento del error, en tal forma que debe de existir esa disposición del patrimonio para que se realice completamente la consumación del fraude.

4.4. Previo Análisis de los Fraudes Específicos.

El artículo 317 del Código Penal para el Estado de México, señala 15 fracciones en las que se establece un tipo especial o específico de fraude.

De tal forma que la fracción I dice que aquellas personas que obtienen dinero o valores, ofreciendo encargarse de la defensa o gestione a favor del inculpado, y no lo haga legalmente, simple y sencillamente están engañando a dicha persona y por supuesto que se comete el delito de fraude.

Luego la fracción II, establece que al que por título honeroso, enajene alguna cosa ajena con conocimiento de que no

³⁶ Derecho penal Mexicano. 4ª Edic., Edit. Porrúa S.A., México, 1981, pp. 193, 194 y 197.

tiene derecho a disponer de ella, o la arriesgue o la hipoteque o la empeñe, si ha recibido el precio, es evidente que incurre en el delito de fraude, ya que está engañando no solamente a aquel que la compra el objeto, sino también a aquellas personas que conforme a la ley puede disponer del mismo.

Ahora bien, al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro un documento nominativo a la orden, que sabe que no ha de pagarse, será otro de los puntos previstos específicamente como fraude, en el artículo 317 del Código Penal, en su fracción III, y es el caso en que aquella persona que firma un pagaré o una letra de cambio a sabiendas que definitivamente no se lo va a pagar, lo mismo pasa con el cheque sin fondos o que no tiene cuenta en el banco es el caso en que el agente activo sabe perfectamente que dicho título nominativo no se les va a pagar.

La fracción IV, señala como maquinación o engaño, el hecho de la persona que se haga servir o admitir un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe respectivo, esta es otra situación de engaño y que de alguna manera se hace de una cosa indebidamente.

El que compre una cosa o mueble ofreciendo pagar su precio de contado y rehuse después de recibirla a hacer el

pago, o devolverla, pues también incurre en el delito de fraude; otra de las situaciones muy interesantes, es la persona que hubiere vendido una cosa mueble y hubiera recibido su pago no la entrega dentro de los quince días, esta es una situación muy especial que consideramos, ya se ha vuelto una práctica dentro del mercado comercial en el que se pide una cantidad, la cual se liquida y la entrega deberá realizarse dentro de los próximos 15 días.

Otra de las situaciones, es la de aquella persona que vende dos o tres veces algún objeto y que recibe de ambas ventas, el precio de la misma, esto realmente es una situación fraudulenta, que esta penada por la Legislación Penal del Estado de México; pues el sujeto valiéndose de la misma ignorancia, explota la miseria del otro. Por prácticas usureras, también es una situación protegida por la Legislación del Estado de México. Consideramos que hasta este momento se ha podido observar como la legislación, hace una protección global del patrimonio de las personas, y refleja claramente la posibilidad de que en el comercio se cumpla con todas las obligaciones.

Carrancá y Trujillo, señala al respecto lo siguiente: "El fraude de engaño por medio de plurales, ventas de una misma cosa. La fracción VII, concreta las ventas a dos, pero pudieran ser mas de dos, caso en el que todas quedan igualmente

comprendidas en la fórmula de vender a dos personas la misma cosa. Es sujeto pasivo el que sufre el perjuicio, ya sea el primer comprador o ya sea el segundo, el tercero, etc. o ya sean todos ellos.

Aunque la doble enajenación de un inmueble no se haya hecho en escritura pública, sino mediante contrato de promesa de compra-venta de todos modos se consuma el ilícito, toda vez que se obtiene un lucro indebido en perjuicio de alguno de los compradores."³⁷

Con lo anterior se puede observar claramente, que el hecho de que se engañe a las personas vendiendo dos o tres veces más el mismo producto, inmueble, pues evidentemente ofende no solamente a la confianza que le debe tener en el comercio, sino que también se engaña a las personas afectadas.

Así tenemos como en la fracción IX del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, se habla del delito de fraude específico para aquel que obteniendo un lucro indebido, ponga en circulación fichas y tarjetas o cualquier otro tipo de materiales en sustitución de la moneda legal; luego, el que con promesas de rifas, loterías, ventas, reciba cantidad y no han de realizarse, son también otras de las formas protegidas por la legislación.

³⁷ Código Penal Anotado, 9ª Ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1981 pp. 726 y 727.

Por otro lado, la simulación de un Juicio o de un escrito judicial o un convenio en perjuicio de otro, es una situación que también está prevista y que de alguna manera, previene la posibilidad de que no se simulen actos que sean engaños o representen situaciones falsas.

Podemos observar en general, que los demás delitos de fraudes específicos, van directamente a proteger al comercio, al fabricante, al empresario, para que pueda de alguna manera tener una suficiente seguridad en cada uno de sus actos comerciales.

También la explotación de preocupaciones y supersticiones también es otra de las situaciones de maquinaciones, de engaños.

En general podemos observar que todos los delitos de fraudes específicos que hemos podido comentar en forma superficial en este inciso, tienen inicialmente como bien jurídico tutelado por ellos, al patrimonio de las personas, la posibilidad que en las relaciones comerciales y en las relaciones humanas exista la seguridad y la confianza necesaria.

Más que nada, consideramos que es el engaño en las relaciones comerciales lo que más se trata de prevenir en los

delitos de fraude específico, ya que aunado al fraude existe la relación con otro elemento, como es el encontrar un lucro indebido en el engaño.

4.5. Como se da la Insolvencia Voluntaria y Fraudulenta

El estado de insolvencia presupone una situación no predecible por parte de aquel que cae en dicho estado.

De tal forma, la insolvencia sobreviene como un fenómeno económico social del desenvolvimiento de las finanzas de una persona, misma que por no prevenir completamente todos los detalles del negocio, puede fracasar en el mismo.

En ese momento, se observa cómo las obligaciones que contrajo, van a tener que ser enfrentadas y pagadas para poder liberarse de la misma.

Podemos catalogar cómo la insolvencia voluntaria, va a representar al comercio o a la industria, un factor de engaño, un factor de error respecto de cierta persona que sabe que no ha de responder a las cargas y obligaciones derivados del mismo comercio.

En tal forma, es de observarse que el bien jurídico protegido inicialmente por la norma que podamos proponer, será la actividad del comercial y la credibilidad en cada uno de los negocios jurídicos que se realizan en dicho comercio e industria.

Carlos Creus, explica los fraudes al comercio y a la industria en Argentina, señalando el bien jurídico tutelado por estos tipos de delito, dicho autor dice: "En estos delitos no se ataca la fe pública lesionando la veracidad de los signos de autenticidad, sino la confianza del público en el normal desenvolvimiento del tráfico comercial".³⁸

El "creedere", vital y base para el desarrollo del crédito, es una fuente directa a través de la cual se otorga la posibilidad de una persona de tenerle la confianza necesaria y darle un cierto crédito, para que esta en un futuro, pueda responder directamente a este tipo de confianza otorgada a su persona.

La insolvencia voluntaria, se da en el momento en que una persona con el ánimo de sustraerse o eludir sus obligaciones, se despoja de los bienes suficientes que le garantizaban y daban la credibilidad para responder a dichas obligaciones.

³⁸ Derecho penal, 2ª ed. Tomo I, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1988, p. 501.

En consecuencia, si una persona que compromete sus bienes y en el inter de la deuda los pasa a nombre de otros o los vende y se coloca en un estado de insolvencia en forma voluntaria y conciente, está frente a una concepción típica de delitos que de alguna manera se debe de tener el sentido de protección que se resguarda para que el comercio subsista en un mundo de confianza y credibilidad.

El mismo Carlos Creus, al hablarnos de este tópico argumenta: "el artículo 1179, párrafo 2o. del Derecho Penal, reprime con prisión de seis meses a tres años, al que durante al curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente, destruyere y inutilizare, dañará, ocultará o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuir su valor y de esta manera frustraré en todo o en partes, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

El ataque a la propiedad procedente de este delito se significa en que puede impedir a los acreedores satisfacer sus créditos con los bienes del deudor".³⁹

Se nota como la legislación argentina, establece la posibilidad de que la persona una vez que ha sido condenada en sentencia, no podrá dejar de liquidar la condena y mucho menos

³⁹ IBIDEM., pp. 575 y 576.

podrá destruir, vender, desvalorizar sus pertenencias, con tal de hacerle frente a la condena misma.

De lo anterior, observamos como la insolvencia voluntaria, se da directamente en relación a inhibir los derechos del acreedor y esta basada en la voluntad del sujeto activo, para colocarse en un estado de insolvencia para perjudicar a su acreedor.

4.6. El Problema Jurídico Procesal Penal para Demostrar la Insolvencia.

Sin duda uno de los problemas principales a los que se enfrenta la práctica penal, será la demostración jurídica procesal de ese estado de insolvencia voluntario.

De lo anterior, resulta necesario establecer una posibilidad concreta y rápida para la obtención de los medios de prueba de los elementos que podrían integrar el tipo de insolvencia fraudulenta. Esto, siguiendo los principios doctrinales sobre el objetivo de la prueba en la que se deberá apoyar inicialmente la consignación de los hechos del ilícito.

Así se puede observar como el objeto de la prueba va a recaer principalmente en dar elementos suficientes para las determinaciones jurisdiccionales, de esto Marco Antonio Díaz de León nos

dice: "En primer lugar, vemos que el Juicio del Juez Penal se apoya fundamentalmente en datos concretos que podrían considerar de principales que son los hechos de la causa, es decir los hechos que concuerdan con el supuesto de la Norma Penal, cuya aplicación se solicita para apoyar la protección positiva.

Realmente, se debe de advertir que el objeto de la prueba no únicamente es lo que se afirma o el hecho afirmado, sino que también es el que se niega o la negativa, dado que el que se niega está igualmente obligado a aprobar su negación. El objeto de la prueba no solamente puede recaer en los hechos, dentro o fuera del proceso penal. Independientemente se considera que la prueba tiene por objeto la demostración de la existencia en el hecho y de que así mismo puede ser objeto la prueba inexistente de tal hecho".⁴⁰

Con lo anterior se puede observar que la demostración de los hechos que los elementos del tipo contienen, para el fin y de tener fundamentalmente el llamado cuerpo del delito, y la presunta responsabilidad.

Lo anterior resulta necesario, ya que el artículo 17 Constitucional, menciona una garantía individual que hace una

⁴⁰ Tratado de las Pruebas Penales, 2ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, pp. 61 y 62.

protección que se aplica a todos aquellos comerciantes que de buena fe han realizado actos de comercio.

Ignacio Burgoa, al referirse de esto hace los siguientes comentarios: "Una deuda proveniente de un acto, relación jurídico-civil, es en sí mismo esto es no estimados por la Ley, como virtuosos, no pueden generar una sanción penal, ya que esta se reserva a los delitos, es decir a los hechos reputados legalmente como tales. Bajo este aspecto el artículo 17 Constitucional viene a confirmar la garantía de la exacta aplicación de la Ley en Materia Penal, en el sentido de que sólo podrán aplicarse una pena prevista expresamente por la Ley, para un determinado delito o sea para un hecho calificado legalmente como tal.

La garantía de nulidad política de que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil, nació dentro de los regímenes del derecho paralelamente a la implantación legal del principio de nula pena sin ley, en efecto antes de que se considerara como delito el hecho catalogado como tal por la Ley, cualquier acto podría ser reputado como delictivo, consiguientemente en ausencia de la exigencia de su previa innecesariamente tipificación legal, cualquier hecho o sus consecuencias podrían ser sancionadas penalmente".⁴¹

⁴¹ Ob. Cit., p. 630.

Dice bien el maestro Burgoa, que se debe de proteger al comercio de buena fe, en lo que es la aplicación del principio de no encarcelamiento por lo que se refiere a las deudas de carácter civil, pero debemos de pensar que este principio protector no debiera de aplicarse a gentes fraudulentas, que de alguna forma se han aprovechado de la situación. De tal manera considero que desde el punto de vista constitucional pudiese agregarse al hecho de que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil, una reforma que diga "con las excepciones que la ley penal señala".

Claro está que esto podría salir sobrando, en virtud de que si el Código Penal lo tipifica como delito, sería más que suficiente, pero en un momento determinado del defraudador o aquél que se puso en estado de insolvencia voluntario podría interponer un amparo o provocar alguna situación, basándose sobre este principio constitucional.

De ahí que sea necesario considerar algunos de los puntos de vista civil que establecimos ya en el Capítulo II y conbinarlas con las situaciones especiales, explicada en el capítulo I, cuando se hablo de las deudas de carácter puramente civil.

De tal forma que inicialmente tendríamos que observar varios elementos circunstanciales como son en principio, el surgimiento de la obligación.

Si en algún momento se consintió y se otorgó la voluntad de obligarse, entonces la situación inmediatamente se torna fraudulenta y delictuosa, ya que en ese instante los sujetos del contrato o del negocio jurídico, han perdido ciertas garantías, para responder a las cargas de la obligación futura.

De tal forma, que una persona fácilmente puede establecer un local arrendando maquinaria, haciéndola aparecer suya y solicitando más crédito endeudándose más, dejando que las instituciones de crédito vayan al local para observar la garantía y la solvencia en la solicitud de crédito. Resulta realmente una conducta no solamente delictuosa, sino un peligro para el comercio y la industria, ya que en el momento en que se le otorguen el crédito, pues simple y sencillamente desaparecen con todo y maquinaria rentada, con deudas y demandas.

Para demostrar la insolvencia, considero en primer lugar tomar en cuenta el momento de ejecución o de consumación, siendo que el delito que nos ocupa se consuma cuando efectivamente se ha frustrado el cumplimiento de la obligación

en su totalidad o en parte, ya se observó que dentro de la obligación hay que considerar comprendidas, no solamente la deuda original, sino también sus accesorios de intereses y costas judiciales. El momento consumativo no puede ser el de la realización del acto o hecho eventualmente defraudatorio, porque la frustración se da cuando el cumplimiento debe efectuarse, ejecutándose forzosamente la sentencia: Es pues, en el momento en que la frustración aparece como realidad cuando se configura la consumación, tampoco lo hace el pago posterior al surgimiento de la frustración, pero si elude el delito al realizar antes que los procedimientos ejecutivos hayan relevado la vigencia de aquella. La realización de los actos típicos con finalidad frustratoria no concretada en la realidad puede constituir tentativa."⁴²

Inicialmente, es preciso observar, que el sujeto pasivo del delito, no se va a dar cuenta de que ha sido defraudado hasta en el momento en que pueda reclamar su derecho.

Evidentemente, que poder demostrar que la persona se colocó en una insolvencia voluntaria, dependerá en mucho de la naturaleza de los bienes del sujeto activo, desde el momento en que se celebra el negocio jurídico que da origen a la obligación, hasta que se solicite su concretización o su pago.

⁴² Creus, Carlos, Ob. Cit., p. 579.

El problema surge de la frustración que tiene el acreedor cuando este va a ser efectivo del crédito o el adeudo y se topa con que la persona sí se encuentra, pero que no tiene un dinero ni ningún bien con que responder.

Es el momento en que debemos de tomar en cuenta varias circunstancias, si la persona nunca tuvo bienes en la realización del bien del negocio jurídico, pues evidentemente no se colocó en estado de insolvencia, sino que desde que firma el adeudo ya era insolvente y así lo aceptó el acreedor.

La conducta típica que se quiere proponer, es para aquella persona que teniendo bienes, los vende, los enajena, los oculta, los transmite, para no responder a la deuda.

Se puede hacer una investigación de todos y cada uno de los bienes del sujeto, pidiendo inicialmente un certificado de no inscripción en el Registro Público de la Propiedad, por lo que se refiere a los bienes e inmuebles, y además, en la propuesta que se haga se tendrá que establecer la necesidad conforme a la ley que la persona acusada de insolvencia voluntaria, sea la que tenga la carga de la prueba para demostrar que su insolvencia es involuntaria.

4.7 La Insolvencia Fraudulenta frente al Principio de no Prisión por Deudas en la Legislación del Estado de México.

Ya se había dicho en el capítulo I, cómo la garantía individual tiene un carácter de Ley suprema, se observa también que el principio de no prisión por deudas de carácter civil, tendría que ser totalmente efectivo, cuando el estado de insolvencia sobreviene sin la voluntad del deudor.

En tal forma, que este principio establecido en el PRIMER párrafo del artículo 17 constitucional, ha dado pie para que muchos de los tipos penales, especialmente el libramiento de los cheques sin fondos o sin cuenta en el banco y la firma de títulos nominativos que no se pagan, no han tenido su repercusión penal, en virtud de que se le ha puesto excepción del principio de no encarcelamiento por deudas de carácter civil.

De ahí, que las propuestas concretas, deben de partir inicialmente del primer párrafo del artículo 17 Constitucional.

En principio debe de reformarse, porque es el principal obstáculo que hay que salvar, lo anterior en virtud de que como vimos en el capítulo I, la seguridad jurídica que pretende

otorgar, es sin duda el parámetro estrictamente civil de buena fe, pero hay que afinar el artículo 17 Constitucional, para que pueda ser aplicable al derecho penal, ya que siguiendo las reglas establecidas en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, se debe de aplicar una ley exactamente el caso concreto.

Lo anterior en virtud de que para poder encuadrar un procedimiento penal debidamente integrado, se requiere de la presencia inicial de todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo descrito por el legislador y que anteriormente se establecía como un cuerpo del delito, del cual la Jurisprudencia nos dice lo siguiente:

"CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE: "POR CUERPO DEL DELITO DEBE DE ENTENDERSE EL CONJUNTO DE ELEMENTOS OBJETIVOS O EXTERNOS QUE CONSTITUYEN LA MATERIALIDAD DE LA FIGURA DELICTIVA DESCRITA CONCRETAMENTE POR LA LEY PENAL. (APENDICE DE JURISPRUDENCIA 1917 A 1965 DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 2ª PARTE DE LA SALA, PAG. 186)".⁴³

Nótese que se hace necesario también que cada uno de los elementos del tipo, puedan estar suficientemente demostrados para el fin y objetivo principal de que exista la suficiente dinámica jurídica y se logre integrar rápidamente los elementos

⁴³ Citada por Obregón Heredia. Jorge. "Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal". 4ª ed. Editorial Porrúa, S. A., México. 1987. p. 65.

del tipo y el cuerpo del delito, y el Agente del Ministerio Público pueda ejercitar acción penal.

Ahora bien, por lo que se refiere al tipo en el Código Penal del Estado de México, considero debe de agregarse al artículo 317 la fracción XVI, misma que pueda contener la siguiente redacción:

"Fracción XVI.- "Al que con el ánimo de no pagar o responder a sus obligaciones civiles, se coloque en forma voluntaria en estado de insolvencia.

O que, después de haber sido condenado para la liquidación de un adeudo, maliciosamente destruya e inutilice, dañe, oculte o hiciera desaparecer bienes de su patrimonio, o que de mala fe disminuya su valor, para que de esta manera, prive en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles".

Con estas, tanto en la Constitución como en el Código Penal del Estado de México, se podría encontrar ya con el tipo necesario para poder denunciar este tipo de delito.

Ahora bien, se propone también una reforma, a el Código de Procedimientos Penales, especialmente en lo que se refiere a la configuración de los elementos del tipo.

Por lo que en este ordenamiento adjetivo, se establecería en lo que se refiere a las reglas especiales para la comprobación del cuerpo del delito, (título tercero, capítulo I) en un artículo 139 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, la siguiente redacción:

"Para el caso de la insolvencia voluntaria, la carga de la prueba en la comprobación de la voluntad o la involuntad en la insolvencia, estará a cargo del presunto responsable y el agente del Ministerio Público antes de ejercitar acción, tendrá que desahogar completamente esta diligencia en los términos que la legislación lo establece".

Con las tres reformas que se han citado, se puede ya dar satisfacción a la necesidad jurídico-social de punibilizar en el estado de México la insolvencia voluntaria, ya que como se ha repetido, afecta mucho la credibilidad y la confianza que debe de reinar en las obligaciones del comercio, las industria y en un momento determinado, afecta completamente la dinámica comercial que ha podido desarrollar el país.

De lo anterior se tendrá la posibilidad de tener elementos suficientes para comprender la garantía constitucional, que significa, el de no ser privado de la libertad por deudas de carácter civil y por otro lado el hecho de que el estado de insolvencia contiene en sí mismo la posibilidad de ser

voluntaria o involuntaria; claro está que se sostiene y además se apoya la idea de que cuando se tratà de una insolvencia voluntaria, dada por efectos de comercio o por las situaciones políticas u otro tipo de situaciones que no responden a la voluntad del deudor, pues entonces podría operar perfectamente bien la garantía constitucional. Pero cuando hay dolo, cuando hay una voluntad del deudor que lo convierte en sujeto activo del delito, para ponerse en un estado de insolvencia voluntaria, esta circunstancia deberá estar contemplada en el ámbito del Derecho Penal, con la correspondiente regulación, a fin de que no queden impunes este tipo de conductas que no sólo dañan la economía personal de los afectados, sino en general de toda la sociedad.

C O N C L U S I O N E S

1.- Es un grave problema el hecho de que personas sin escrúpulos, finjan ser muy solventes, y obtengan varios créditos, en el momento de liquidarlos, simple y sencillamente resultaron ser totalmente insolventes.

2.- Existe la necesidad jurídico social y comercial, de punibilizar este tipo de conductas, en virtud de que la maquinación de engaño es evidente en la relación jurídica del negocio.

3.- Frente a esta situación, hay una protección para estas conductas fraudulentas delictuosas, y es el principio constitucional federal de "no ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil".

4.- La deuda de carácter puramente civil, radica esencialmente en la buena fe de los actos del comercio, es una situación que no está perfectamente especificada en la Constitución y mucho menos en una legislación especial, fuera de lo que es el Código Civil para el Estado de México, por lo que la deuda de carácter puramente civil, está totalmente relacionada a la buena fe de las personas en sus actos o negocios jurídicos.

5.- Inicialmente, la seguridad jurídica que pretende otorgar la garantía individual, es de una máxima jerarquía, además, de que establece una cierta confianza en el negocio, para que aquellas personas que lo hacen y tienen el riesgo de fracasar, pues simple y sencillamente no deban de ir a la cárcel toda vez que les fue mal en el negocio esto sin duda es un riesgo en todo comercio o industria, pero de alguna manera, se debe de responder al mismo, y se debe de actuar de buena fe frente a este problema.

6.- Por otro lado, el hecho de que exista la insolvencia respecto de tal o cual obligación, revela claramente, que el negocio tiene sus riesgos, y una vez que una persona ha consentido en obligarse, corre el riesgo de que le vaya mal en el negocio y no responda a la obligación.

7.- Una situación especial que es necesario tomar en cuenta es la de que todo negocio puede fracasar, pero la insolvencia desde un punto de vista civil, está basada en la buena fe del comerciante, esto es, que el mismo comerciante no haya provocado su insolvencia, para lograr hacerse ilícitamente de algún objeto y dejar de responder a sus obligaciones.

8.- Si el derecho penal existe, para proteger bienes merecedores de tal salvaguarda, por otro lado el comercio y la industria a lo largo de su desarrollo han exigido para estos

una protección en la dinámica comercial y económica; entonces es necesario considerar esta situación fraudulenta que sigue generándose continuamente y es necesario para el buen desenvolvimiento de los negocios jurídicos, la posibilidad de una protección mayor que brinde una seguridad jurídica completa y más confiable.

9.- El tipo penal que propongo y que quedó plasmado en la última parte del Capítulo IV, necesita de reformas desde el plano constitucional, en virtud de que el principio establecido en el primer párrafo del artículo 17 Constitucional, es un obstáculo más que encontraremos para poder llegar a los objetivos planeados en esta tesis; de ahí que una de las primeras reformas es en el sentido de agregarle al artículo 17 Constitucional con las excepciones que la Ley Penal señala. Y se anexe una fracción más al artículo 317 del Código Penal del Estado de México para que por deudas de carácter civil amérite prisión por insolvencia voluntaria.

10.- Para que la persona se coloque en este estado de insolvencia, pues simple y sencillamente lo podrá hacer maliciosamente, destruyendo o inutilizando o dañando los bienes o patrimonio que en un momento determinado van a servir para responder a las cargas de las obligaciones.

Con las tres reformas que se han citado, se puede dar ya satisfacción a la necesidad jurídico-social de punibilizar en

el Estado de México la insolvencia voluntaria, como se ha repetido afecta mucho la credibilidad y la confianza que debe de reinar en las obligaciones del comercio, la industria y en un momento determinado, afecta completamente la dinámica comercial que ha podido desarrollar el país.

Por lo que propongo se modifique el artículo 17 Constitucional, que se adicione la fracción XVI al artículo 317 del Código Penal del Estado de México así como la creación del artículo 139 bis del Código de Procedimientos Penales para quedar como siguen:

"Artículo 17 Constitucional.- En su primer párrafo.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil con las excepciones que la Ley Penal señala".

"Artículo 317.- ...

XVI.- Al que con el ánimo de no pagar o responder a sus obligaciones civiles, se coloque en forma voluntaria en estado de insolvencia."

"Artículo 139 bis.- ...

Que para el caso de la insolvencia voluntaria la carga de la prueba en la comprobación de la voluntad o la involuntad en al insolvencia estará a cargo del presunto responsable y el agente del Ministerio Público antes de ejercitar acción, tendrá que desahogar completamente esta diligencia en los términos que la Legislación establece".

BTBLIOGRAFIA

Arellano García, Carlos, Práctica Forense Civil y Familiar, 9ª Edit. Porrúa, S.A., México 1990.

Beccaria Banesano Cesar, Márquez de, Tratado de los Delitos y de las Penas, 3ª ed. edit. Porrúa, S.A. Méx. 1988.

Bidart Campos, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, Méx. UNAM 1989

Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, 9ª ed., Edit. Porrúa S.A., México, 1975.

Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 15ª ed., Edit. Porrúa S.A. México, 1981.

Castillo del Valle, Alberto del, Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal, Edit. Duero, México, 1992.

Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, 16ª ed. Méx. Edit. Porrúa, S.A., México, 1988

Código Penal Anotado, 9ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1981

Caso, Angel, Principios del Derecho, Edit. Cultura, México, 1985

Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 3ª ed. México, 1974.

Creus, Carlos, Derecho Penal, 2ª ed. Edit. Astrea, Tomos I , Buenos Aires, Argentina, 1988.

Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, 9ª Edic., Edit. Nacional México, 1976.

Díaz de León, Marco Antonio, Tratado de las Pruebas Penales, 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1988

Galindo Garfías, Ignacio, Derecho Civil, 9ª ed., Edit. Porrúa, México, 1989.

García, Trinidad, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, 23ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México

González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Comentado, 9ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1989

Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, 4ª ed., edit. Porrúa, S.A., México, 1981.

Obregón Heredia, Jorge, Código de Procedimientos Penales para el D.F., 4ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1987

Osorio y Nieto Cesar, Augusto, Síntesis de Derecho Penal. Edit. Trillas, México, 1984.

Panorama de la Historial Universal del Derecho, 3ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1988.

Planiol, Julián, Tratado Elemental del Derecho Civil. Obligaciones. Traducción José M. Cajica Jr. Edit., México, Puebla 1945

Porte Petit Caudaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 14ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1991.

Preciado Hernández, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho. 20ª ed., Edit. Jus, México, 1989

Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, 11ª ed., Tomo III, edit. Porrúa, S.A., México, 1982

Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada, Méx., UNAM, 1985

Sánchez Viamonte, Carlos, Los Derechos del Hombre ante la Revolución Francesa. Facultad de Derecho, México, 1980

Tena Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México, 15ª Ed. Edit. Porrúa, México, 1989.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal. Edit. Cárdenas editor y Distribuidor, Tomo I y III, México, 1988.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., Méx. UNAM 1985.

Jurisprudencia 1990 Méx. edit. Mayo 1991, Libro III, Tercera Sala Suprema Corte de Justicia

Código de Penal y de Procedimientos Penales del Estado de México, 3ª Edic., Edit. Cajica, S.A., Puebla, Pue. Méx., 1994.

Código Penal para el Distrito Federal, 52ª edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1994

Otras fuentes:

Atwood, Roberto. Diccionario Jurídico. Editor y distribuido Librería Bazan, México, 1982

Bicentenario de la Declaración de los Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano de México. Secretaría de Gobernación, 1989.

Diccionario de Sociología, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1984

Documento y Testimonios de Cinco Siglos. Comisión de los Derechos Humanos, Colección Manuales, México, 1991.

Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 15ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1983.

Pina Vara, Rafael de. Diccionario de Derecho 12ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1980