

147
2y



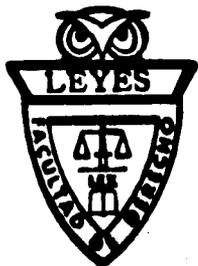
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO
387 FRACC. I DEL CODIGO PENAL
VIGENTE**

TESIS DE LICENCIATURA

**PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
D A N I E L D I A Z V E G A**



MEXICO, D. F.

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES.

Por mi existencia y formación profesional, gracias a su cariño, guía y apoyo y por toda la responsabilidad e invaluable ayuda que siempre me han brindado.

A SANDRA, DANIELA Y GERARDO.

Que son el motivo principal por el cual yo busco superarme día con día y gracias a su amor y comprensión puedo compartir con ellos el logro de mi mayor anhelo.

A MIS HERMANOS

Por su ejemplo y apoyo incondicional que siempre me han mostrado.

AL DR. RAÚL CARRANCA

Por compartir con sus alumnos, conocimientos, experiencia, pero sobre todo su valioso tiempo.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

A quien debo mi formación profesional.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I GENERALIDADES

I. Concepto de derecho	1
II. Derecho Penal	3
III. Teoría del delito	11
IV. Reseña Histórica del delito de fraude	24

CAPITULO II ELEMENTOS DEL TIPO

I. Fraude	33
A. Genérico	34
B. Específico	84

CAPITULO III ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 387, FRACCIÓN I

I. Conducta	126
II. Ausencia de conducta	134
III. Tipicidad	137
IV. Atipicidad	145
V. Antijuricidad	146
VI. Causas de justificación	150
VII. Imputabilidad	156
VIII. Inimputabilidad	157

IX. Culpabilidad	161
X. Inculpabilidad	174
CAPITULO IV APARICIÓN DEL DELITO	
I. Itercriminis	180
II. Concurso de delitos	184
III. Autoría y participación	187
IV. Jurisprudencia	197
CONCLUSIONES	199
BIBLIOGRAFÍA	203

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo se basa en un tema de interés práctico: El Fraude, delito patrimonial de complicada estructura típica, en donde se hace un examen exhaustivo del fraude genérico, así como de los fraudes específicos regulados por la ley penal Mexicana, y con referencia a estos se refiere a su auténtica naturaleza en algunos de ellos de figuras verdaderamente autónomas, por sus particulares elementos que los forman.

Así mismo, se hace un profundo estudio 387 del Código Penal Mexicano en donde se analizan las características que configuran al delito dando una mención especial a la jurisprudencia, ya que muy valioso para un abogado tener en sus manos una ejecutoria de nuestros tribunales que le sea favorable.

El delito de fraude, lo estudiamos haciendo un estudio dogmático, con la finalidad de conocer su estructura, con sus elementos positivo y negativos, necesario en la vida práctica de cualquier abogado.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

I. CONCEPTO DE DERECHO.

Iniciamos el presente estudio, por el concepto de derecho: Para la ENCICLOPEDIA LAROUSSE es el conjunto de leyes, preceptos y reglas a que están sujetos o sometidos los hombres en su vida social. Ciencia que estudia las leyes y su aplicación: Derecho penal, civil, procesal, etc. . Facultad natural del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida. Facultad de hacer o exigir todo lo que la ley o autoridad establece a favor de alguien o que le permite quien puede hacerlo.

Para Rafael De Piña Vera. En general se entiende por derecho todo conjunto de normas que regulan la conducta de los hombres; siendo su clasificación más importante la de derecho positivo y derecho natural.

Según el DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO: Es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que como derecho objetivo rigieron la vida del pueblo romano a lo largo de su evolución histórica, desde la fundación de la ciudad en el año de 754 A.C., hasta la complicación Justiniana y que puede subdividirse por sus características en derecho romano antiguo o quirintario, clásico o postclásico y justiniano.

EDUARDO J. COUTURE : (Vocabulario Jurídico)

1. Orden Jurídico general.- Sistema de normas que regulan la conducta humana en forma bilateral, externa y coercible, con el objeto de hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos por la comunidad.
2. Orden Jurídico Particular.- Conjunto de normas que integran una rama particular de ordenamiento jurídico penal, civil, procesal, etc.
3. Atributo Facultad.- Poder Jurídico de hacer, omitir o de exigir a los demás una determinada conducta.

DICCIONARIO DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES. Tomando en un sentido etimológico, derecho de las voces latinas directum y dirigiere (conducir, enderezar, gobernar, regir, llevar rectamente una cosa hacia un término o lugar señalado, guiar, encaminar). En consecuencia, en sentido lato quiere decir recto, igual, seguido, sin torcer a un lado ni a otro.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO: "Todavía buscan los juristas una definición justa de su concepto de derecho" y, en efecto pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta persistencia y contestadas en formas tan diversas por lo que una de tantas definiciones es la siguiente: Derecho es el conjunto de normas, leyes y disposiciones que determinan las relaciones sociales

desde el punto de vista de las personas y de la propiedad. Facultad de hacer una cosa de disponer de ella o de exigir algo de una persona.

II. DERECHO PENAL

Todos los intereses que el derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, el Estado está naturalmente, facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal, que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

• PARTES EN QUE SE DIVIDE EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL.

El estudio sistemático del Derecho Penal se escinde en diversos temas, según el punto de vista y la extensión que cada especialista pretenda darle. Todos coinciden, sin embargo, en señalar dos partes: la General y la Especial. La primera (constitutiva del objeto de los Lineamientos) la dividiremos en Introducción, Teoría de la Ley Penal, Teoría del Delito y Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad.

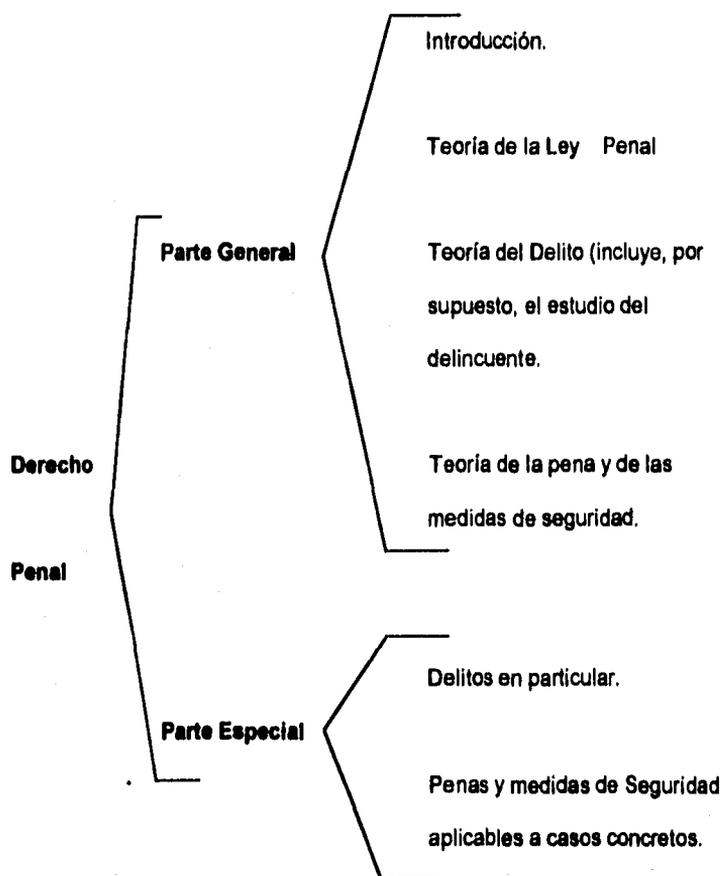
En la Introducción trataremos las generalidades sobre el Derecho Penal y las ciencias Penales, evolución de las ideas penales, la Historia del Derecho Penal y las principales Escuelas Penales.

a) Dentro de la teoría de la Ley Penal estudiaremos las Fuentes del Derecho Penal; la interpretación de la Ley Penal (material, espacial, temporal y personal).

b) La Teoría del Delito comprenderá, fundamentalmente, las generalidades sobre la definición; concepto; elementos; factores negativos; la vida del delito; la participación; y, el concurso. Muchos autores incluyen la Teoría del Delincuente nos ocuparemos de su estudio dentro de la misma Teoría del Delito. También otras disciplinas causales explicativas tienen por objeto de conocimiento al delincuente, desde punto de vista ajenos al campo propiamente jurídico, normativo por excelencia.

c) La Teoría de la Pena y de las medidas de Seguridad nos permitirá conocer someramente la distinción entre ambas instituciones; su concepto clasificación e individualización; la condena condicional; y, la libertad preparatoria. Después nos referimos en forma brevísima a otras cuestiones de importancia, sin omitir el estudio de la pena capital.

El Segundo Curso de derecho Penal se ocupa de la Parte Especial, comprensiva del estudio de los delitos en particular y de las penas medidas de seguridad aplicables a casos concretos.



- **DENOMINACIÓN.** La expresión Derecho Penal, como certeramente afirma Maggiore¹, se aplica para designar tanto al conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal), cuanto a la Ciencia del Derecho Penal, estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual. Puede definirse según se haga referencia al sistema de normas, o bien al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena.

Desde el primer punto de vista, el Derecho Penal es la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social.

Por Derecho Público entiéndase el conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano, a diferencia del Derecho Privado, regulador de situaciones entre particulares. Comúnmente se afirma que el Derecho Penal público por cuanto sólo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, imponer éstas y ejecutarlas, más tal criterio no es cierto, pues todo el Derecho (también el privado) lo dicta y lo aplica el Estado. Hay necesidad, en consecuencia, de entender a los términos de la relación jurídica; si en uno de ellos, o en ambos, aparece el Estado como soberano, las normas reguladoras de tal relación, pertenecerán al Derecho Público; en cambio, si la disposición rige sólo relaciones entre particulares, formará parte del Derecho privado. Por ende, el Derecho Penal es una

¹ Derecho Penal I, Ed. Temis Bogotá, 1954, p. 3

rama del Derecho público, no por emanar del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas ni tampoco por corresponder su imposición a los órganos estatales, pues, como se ha expresado, todo Derecho positivo emerge del Estado y por éste se impone, sino porque al cometer un delito, la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquel y el particular ofendido, en concreto, puede decirse que el Derecho Penal es público, por normar relaciones entre el poder y los gobernados.

Como por otra parte el Derecho Penal está dirigido a los súbditos, dentro de los límites jurisdiccionales del Estado, se le considera una rama del Derecho interno, sin constituir excepción los convenios celebrados entre los países para resolver cuestiones de naturaleza penal, pues estos tratados no son sino actos de voluntad soberana de quienes los suscriben.

El término Derecho Penal no es el único con el cual suele designarse a nuestra disciplina. Se le denomina también Derecho Criminal, Derecho de Defensa Social, etc.; Nosotros, no únicamente por razones de tradición, sino de fondo, preferimos conservar el nombre de Derecho Penal; la expresión Derecho Criminal no sólo se presta a confusiones por cuanto en algunas legislaciones se hace distinción entre crímenes, delitos y faltas, sino porque en nuestro medio la Ley únicamente alude a delitos en forma genérica, comprendiendo en ellos los que en otros países se denominan crímenes. La connotación Derecho de Defensa Social, es equívoca; Todo el Derecho y no sólo el penal se dicta para la defensa de la sociedad. Los breves lineamientos

apuntados reafirman el criterio correcto, en el sentido de usar la expresión Derecho Penal.

• **EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO.**

El Derecho Penal, en sentido objetivo, dice Cuello Calón , es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados². Para Pessina, es el conjunto de principios relativos al castigo del delito³; Von Liszt lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia⁴. Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica⁵.

En México Raúl Carrancá y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el estado define los delitos,

² Eugenio Cuello. Derecho Penal, 1, 6ª edición, p. 8.

³ Elementos de Derecho Penal, Madrid, 1892, p. 1.

⁴ Tratado de Derecho Penal, Reus. Madrid, 1926, T. I, p. 5.

⁵ Tratado de Derecho Penal, T. I, 1946, p. 27 y 28

determina las penas imponibles y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación⁶.

En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el jus puniendi; es el derecho a castigar⁷. Consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad⁸. Difiere del anterior criterio Julio Klein, para quien la sanción penal no es derecho, sino un deber del Estado; el único debe ser que se contiene en la norma primaria penal⁹.

En realidad, el Derecho Penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

⁶ Derecho Penal Mexicano, I, 4ª edición, p. 17

En igual sentido E. Bursa en sus Prolegómenos.

⁷ De Miguel Garcilopez, Adolfo. Derecho Penal, p. 7.

⁸ Op. cit., p. 8.

⁹ Ensayo de una Teoría Jurídica del Derecho Penal. México, p. 33.

• EL DERECHO PENAL SUBSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO.

Según se ha visto, el Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a la pena y a las demás medidas de lucha contra la criminalidad; por lo tanto, la verdadera substancia del Derecho Penal la constituyen tales elementos; de ahí la denominación Derecho Penal sustantivo o material. Para Eusebio Gómez el Derecho Penal sustantivo con crea la noción del delito y determina sus consecuencias¹⁰.

Conviene señalar, por lo menos, que las medidas de seguridad y los tratamientos para niños o enfermos autores de actos típicos del Derecho Penal, no integran propiamente a éste se trata de reglas paralelas al Derecho Penal; por ello, sin desconocer la diferencia de esas normas con las propiamente penales las seguiremos considerando como pertenecientes a dicha rama del Derecho.

Las normas del Derecho Penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del Derecho material y recibe el nombre de Derecho Adjetivo o Instrumental y, con mayor frecuencia, Derecho Procesal Penal.

¹⁰ Tratado de Derecho Penal, I, Buenos Aires, 1939, p.83

El Derecho Procesal suele definirse como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares. Eusebio Gómez expresa que el Derecho Procesal Penal regula el desenvolvimiento del proceso penal¹¹, según Manuel Rivera Silva, el Derecho Procesal Penal es el conjunto de reglas que norma la actividad estatal que tiene por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción¹².

III. TEORÍA DEL DELITO.

- **DEFINICIÓN DEL DELITO.**- La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencia. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, como se verá después, es posible

¹¹ Op cit., I, p. 93.

¹² El Procedimiento Penal, México, p. 17.

caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

- **EL DELITO EN LA ESCUELA CLÁSICA.**- Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, pero aquí sólo aludiremos a la de Francisco Carrará -principal exponente de la Escuela Clásica -, quien lo define como la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso¹³. Para Carrará el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y afirma que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos. Carrará juzgó preciso anotar en su maravillosa definición, cómo la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para substraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y, también,

¹³ Programa, Vol. I, núm. 21, p. 60.

para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima el acto o la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política¹⁴.

NOCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DELITO.- Triunfante el positivismo, pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos. Rafael Garófalo, el sabio jurista del positivismo, define el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. "Garófalo sentía necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser esa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos aunque claro está que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo no era cerrarse todas las puertas y, procediendo a priori sin advertirlo, afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de piedad, y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad....De haber una noción sociológica del

¹⁴ Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, T. II, núm. 957, p. 40.

delito, no sería una noción inducida de la naturaleza, que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales....Y no podía ser de otra manera ya que la conducta del hombre, el actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus especialísimos mecanismos, pero el delito como tal es ya una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, aun cuando luego su concepto general y demasiado nebuloso haya trascendido al vulgo, o quizá por él mismo se haya formado cuando tal vez sucedió con la primera noción intuitiva de lo bueno, de lo útil, de lo justo, sin que por ello sea el contenido de estas apreciaciones un fenómeno natural. La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero, la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc.; por tanto no se puede investigar qué es en la naturaleza el delito, por que en ella y por ella sola no existe, sino es lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario el mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar y clasificar

una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza¹⁵.

- **CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO.-** La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminales y otras. "Una verdadera definición del objeto que se trata de acoger, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos en lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuricidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuricidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material; y dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales, como expresión formal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies¹⁶.

¹⁵ I. Villalobos, Derecho Penal Mexicano., 2a. edición, Ed. Porrúa, 1966, p. 199, 200 y 198

¹⁶ I. Villalobos, Op. cit., 2a. edición, Ed. Porrúa, 1966, p. 201

- **UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO.**- Se llama "teoría del delito" a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito.

Esta explicación no es un mero discurrir sobre el delito como interés de pura especulación, sino que atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto.

En efecto: cuando el juez, el fiscal, el defensor o quien fuere, se encuentra ante la necesidad de determinar si existe delito en un caso concreto, como por ejemplo, la conducta de un sujeto que se apoderó de una alhaja en una joyería, incumbiéndole averiguar si esa conducta constituye o no un delito, lo primero que debe saber es qué carácter debe presentar una conducta para ser delito.

Para argumentarse que es delito la conducta del sujeto en cuestión, porque se adecua a lo preceptuado en el art. 162 CP, pero puede suceder que pese a adecuarse a esa disposición, en el caso concreto el sujeto hubiese tomado la alhaja por error o que lo hubiese hecho porque necesitaba dinero para operar a su hijo en peligro de muerte, o que la alhaja fuese de él y él creyese que era del joyero, o que la hubiese tomado para amenazar al joyero con destruirlo si no le entregaba una carta comprometedoras con que el joyero lo extorsionaba exigiéndole entregas de

dinero. En cualquiera de estos supuestos, igualmente habrá que dar respuesta: ¿El sujeto cometió un delito o no cometió un delito?

Para dar respuesta, será imprescindible saber que caracteres debe tener un delito (aspecto positivo) como primario e indispensable paso para poder averiguar si en cada uno de esos supuestos de hecho falta un carácter delictivo (aspecto negativo), o no llega a faltar.

Todo esto nos indica que para averiguar si hay delito en un caso concreto, tendremos que formular una serie de preguntas, estas y su orden es precisamente lo que nos proporciona la teoría del delito, puesto que al explicarnos qué es el delito en general, dándonos los caracteres que debe presentar todo delito, nos está revelando las preguntas que deben responderse para determinar en cada caso si hay delito, y nos las está dando en un orden lógico.

En síntesis: la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto.

• **ESTRATIFICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO.**

Hemos visto que las preguntas a que debemos responder para saber si en cada caso concreto hubo delito, son varias. No conseguiremos absolutamente nada si

pretendemos resolverlo todo con una única pregunta (¿hay delito?). De ahí que las preguntas tengan que ser la consecuencia a un análisis en que sea imperioso proceder por pasos sucesivos.

• **TEORÍA ESTRATIFICADA Y TEORÍA UNITARIA DEL DELITO.**

Respecto del delito se han formulado conceptos unitarios y conceptos estratificados. Hubo quienes pretendieron dar una definición unitaria - negándose al análisis - y quienes sostienen la necesidad de un concepto estratificado, es decir, de la determinación de diferentes planos analíticos.

Para los partidarios del concepto unitario del delito es una "infracción punible". Todo ello es cierto, pero lo que nos interesa - al menos para nuestros objetivos, prácticos - es saber qué caracteres debe tener una conducta para ser considerados una "infracción punible".

Toda vez que los supuestos "conceptos unitarios" se agotan en lo formal y, en definitiva, no es ningún concepto, siendo tremenda una mezquindad en consecuencias prácticas, no suelen ser sostenidos por penalistas, sino de preferencia por jusfilósofos.

Ante la inutilidad práctica de la teoría unitaria, se han impuesto las concepciones estratificadas del delito, que son las que se hayan generalizadas en la doctrina penal contemporánea.

Debe quedar muy claro que cuando afirmamos que el concepto o la explicación que damos del delito es estratificado, queremos decir que se integra con varios estratos, niveles o planos de análisis, pero ello de ninguna manera significa que lo estratificado sea el delito: lo estratificado es el concepto que el delito obtiene por vía del análisis.

Con el delito acontece lo mismo. Lo que habremos de enunciar serán sus caracteres analíticamente obtenidos, formando diversos planos, niveles o estratos conceptuales, pero el delito es una unidad y no una suma de "componentes".

• LINEAMIENTOS ESTRUCTURALES

Cuando queremos averiguar qué es "delito" (es decir, cuáles son las características que tiene que tener un hecho para ser considerado delito), necesariamente debemos buscar la respuesta en el COP. Aún sin necesidad de abrir el CP. Sabemos que los delitos no pueden ser otra cosa que conductas humanas, pues carece hoy de sentido hablar de "delitos" que no sean conductas humanas.

Afirmando que el delito es la conducta de un hombre, sabemos que entre una infinita cantidad de conductas posibles, solo algunas son delitos. Para poder distinguir las conductas que son delito de aquellas que no lo son, acudimos al libro segundo del CP (arts. 79 en adelante), donde unos dispositivos legales describen - por decirlo provisionalmente así - las conductas prohibidas a las que se asocia una pena como consecuencia. No habrá delito, pues, cuando la conducta de un hombre no se adecue a alguno de esos dispositivos.

Técnicamente llamamos tipos a estos elementos de la ley penal que sirven para individualizar la conducta que se prohíbe con relevancia penal. Así, por ejemplo, "mataré a otro" (tipo de homicidio art. 79); "apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena" (tipo delictivo art. 162); "tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes...." (tipo de violación art. 119); etc.

Cuando una conducta se adecua a alguno de los tipos legales, decimos que se trata de una conducta típica o lo que es lo mismo que la conducta presenta la característica de tipicidad.

De este modo, hemos obtenido dos caracteres del delito: genérico uno (conducta) y específico otro (tipicidad), es decir que la conducta típica es una especie de género conducta.

No obstante, con la sola característica de tipicidad no se individualiza suficientemente la especie delito, porque a poco que leamos mas detenidamente el texto legal nos percataremos de que no toda conducta típica es un delito, puesto que en el art. 34 CP hay casos en que no hay delito porque no hay conducta (fuerza física irresistible, inconsciencia), otros en que no hay delito porque no hay tipicidad (algunos supuestos de error, cumplimiento de un deber jurídico), pero también hay casos en que la ley penal no hay delito pese a haber una conducta típica.

En efecto; si reparamos en el listado del art. 34 CP (artículo que es necesario memorizar) vemos que hay supuestos en que operan permisos para realizar acciones típicas. Tales como los casos de estado de necesidad (art. 34 inc. 3o.), de legítima defensa (art. 34 inc. 6o. y 7o.) y en, general, de supuestos de "legítimo ejercicio de derecho" (inc. 4o.).Técnicamente, decimos en todos estos casos, que opera una causa de justificación que excluye el carácter delictivo de la conducta típica.

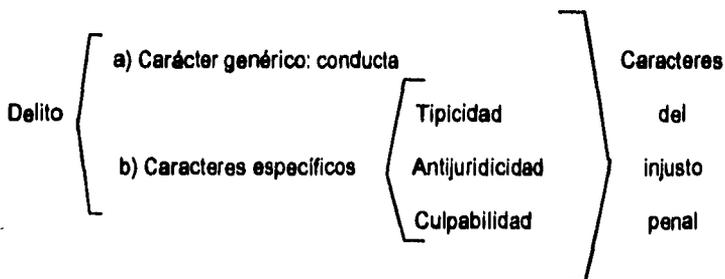
De esto resulta que a veces hay permiso de cometer conductas típicas. Cuando la conducta típica no está permitida, diremos que, además de típica, será también contraria al orden jurídico funcionando como unidad armónica, porque de ninguno de sus preceptos surge un permiso para realizarla. A esta característica de contrariedad al orden jurídico funcionando como conjunto armónico - que se comprueba por la ausencia de permisos - la llamaremos antijuridicidad y decimos que la conducta es, además de típica, antijurídica.

Consecuentemente, para que haya delito, no será suficiente con que la conducta presente la característica de tipicidad, sino que se requerirá que presente también un segundo carácter específico: la antijuridicidad.

Pese a esto, si leamos nuevamente el art. 34 CP, veremos que hay supuestos de los que se deduce que no toda conducta típica y antijurídica es un delito, porque menciona supuestos en que la conducta es claramente típica, en que nadie puede juiciosamente decir que hay un permiso, y, sin embargo, tampoco hay delito. Así, por ejemplo, el que por su incapacidad psíquica no puede comprender la antijuridicidad de su haber(el vulgarmente llamado "loco"), no comete un delito pero su conducta es típica y no se encuentra amparada por ninguna causa de justificación (porque el loco - por el mero hecho de ser loco - no tiene "permiso para matar"). El "loco" realiza una conducta típica y antijurídica, que no es delito.

En doctrina, llamamos a la conducta típica y antijurídica, un "injusto penal", reconociendo que el injusto penal no es un delito, sino que, para serlo, ha menester serle reprochable al autor en razón de que tuvo la posibilidad exigible de actuar de otra manera, requisito que no se da, por ejemplo, en el supuesto del "loco", a quien - en razón de su incapacidad psíquica - no se le puede exigir otra conducta. A esta característica de reprochabilidad del injusto el autor es lo que denominamos culpabilidad y constituye el tercer carácter específico del delito.

De esta forma esquemática habremos construido el concepto de delito de una conducta típica, antijurídica y culpable.



Esta definición del delito como conducta típica, antijurídica y culpable, nos da el orden en que debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar en cada caso si hubo o no delito. En lugar, debemos preguntarnos si hubo o no conducta, porque si falta el carácter genérico del delito nos hayamos ante un supuesto de ausencia de conducta y no cabe preguntar más. Luego, debemos preguntarnos por los caracteres específicos, pero también allí debemos seguir el orden señalado porque si incluimos que la conducta no está individualizada en un tipo penal, no tiene caso averiguar si está permitida o si es contraria al orden jurídico y menos aún si es reprochable, puesto que jamás será delito, aunque ambas respuestas sean afirmativas. Nos hayamos en un caso de falta de tipicidad, que se denomina atipicidad (la conducta es atípica).

Si nos hallamos con una conducta típica, cabrá entonces preguntemos si esa conducta es antijurídica, porque en caso negativo no tiene sentido preguntarse por la culpabilidad, porque el derecho no se ocupa de la reprochabilidad de las conductas que son contrarias a él(que están justificadas).

Cuando tenemos una conducta típica y antijurídica(un injusto) recién cobra sentido preguntarse si esa conducta le es reprochable al autor, es decir, si es culpable. En los supuestos de inculpabilidad el injusto no es delito.

Por supuesto que esta exposición abarcará los supuestos en que estos caracteres se hallan ausentes y, por ende, no hay delito(el llamado "aspecto negativo" del delito: ausencia de conducta, atipicidad, justificación e inculpabilidad).

El concepto del delito como conducta típica, antijurídica y culpable - que hemos adelantado - se elabora conforme a un criterio sistemático que corresponde a un criterio analítico que trata de reparar primero en la conducta y luego en el autor delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal(tipo) que revela su prohibición(típica), que por no estar permitida en ningún precepto jurídico(causa de justificación as contraria al orden jurídico(antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable). El injusto (conducta típica y antijurídica) revela el disvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta adquiere por una especial condición del autor(por la reprochabilidad que del injusto se le hace al autor).

IV. RESEÑA HISTÓRICA DEL DELITO DE FRAUDE.

El delito de fraude es hoy en día el más frecuente en lo que se refiere a las defraudaciones patrimoniales.

Tan pronto como un hombre poseyó un bien, otro lo codició y trató de obtenerlo mediante el engaño. Los más antiguos legisladores identifican ya algunos de los múltiples medios fraudulentos de los que se vale el hombre. El código de Hammurabi sanciona la venta del objeto robado y la alteración de pesas y medidas. Las leyes de Manú asimilan al robo la venta de un objeto ajeno y castigan al que vende grano malo por bueno, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, etc.; y el Corán a los que se aprovechaban de las condiciones del comprador para venderle o del vendedor para comprarle a precio, respectivamente, mayor o menor del justo valor de la cosa o hacían uso de cualquier artificio dirigido a acrecentar el aparente valor de la mercancía. Falta, empero en todas estas legislaciones una noción técnica, un principio conceptual del fraude. Sólo por razones de oportunidad o necesidad y para hacer posible la represión se previnieron casuísticamente los citados hechos fraudulentos e incluso, algunos otros que, aún sin serlo, se estimaban igualmente turbadores del orden en las relaciones comerciales.

Para los romanos, el fraude era el dolo malo, definido por Lebeón como toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros. Podía ser perseguida por medio de un *actio doli* de carácter civil, con tal que tuviera los elementos de una astucia grande y evidente. Por otra parte, dentro del concepto del *furtum*, se incluye tanto la apropiación indebida como la sustracción de cosas y violaciones de la posesión logradas mediante astucia y engaño, entre las que se señala el hecho de hacerse entregar dinero simulándose acreedor. Además, el *falsum* encierra una noción genérica bastante homogénea en torno a la idea de engaño

(fallere), dentro de la cuál se comprenden las más diversas variedades de delitos que presentan el elemento, sea que se trate de un testimonio, que con ello se lesione del derecho de propiedad o la fe pública, sea que se trate de un medio circunstancial o de un delito concurrente. Por último, en el segundo siglo de la era cristiana, aparece el *stellionatus*, como crimen extraordinario, mediante el cuál se sancionaban multitud de hechos cometidos en daño de la propiedad, que fluctúan entre la falsedad y el hurto, participando de las condiciones de la una y del otro sin ser propiamente ni lo uno ni lo otro. El Digesto menciona como casos de estelionato la enajenación a otro de la cosa disimulando la obligación existente; el empleo insidioso de las locuciones obscuras en las negociaciones y contratos; vender la cosa ya vendida a otro; sustituir las mercancías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición, lucrándose indebidamente con el precio; dar en prenda cosas no propias; y, general se consideró como *stellionatus* todo género de actos de improbidad no realizados de modo franco y manifiesto, cuando no constituyeran otro delito.

El legislador medieval español no tiene más éxito que el romano en establecer un concepto genérico del fraude, ni en fijar límites claros entre los delitos de falsificación, robo y fraude. En las Partidas, el título XVI de la Partida VII enumera una serie de conductas asimilables a lo que fue el estelionato romano y comprendibles en el actual delito de fraude, bajo la denominación de "engaños". Las principales maneras de engañar son dos: la primera es cuando preguntan a un hombre sobre alguna cosa y él calla engañosamente, no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas. Se admite, pues, el engaño por omisión, hoy tan discutido y en la acción

se separa la simulación de la disimulación, como en algunos conceptos modernos de la estafa.

Sólo a principios del siglo XX se logró la separación del fraude como delito contra el patrimonio, de las falsedades, que protegen la fe pública. En esta creación de un concepto genérico del fraude tiene importancia la Ley francesa de julio de 1791, que inspiró el artículo 405 del Código Penal francés Napoleónico de 1810, conforme el cuál, comete el delito escroquerie: "Cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas ciudades o empleado maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o por hacer nacer esperanza o temor de un suceso o accidente, o de cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, recibos o descargos, y que, por cualquiera de estos medios, estafa y intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro...". Es cierto que el legislador francés abandonó la imposible labor de enumerar uno por uno todos los engaños, para referirse, tan sólo a tres medios genéricos: Hacer uso de falsos nombres, hacer uso de falsas calidades o emplear maniobras fraudulentas, pero también es cierto que no logró la meta última, el concepto general que comprendería todos los fraudes posibles. El sistema del Código francés sigue siendo ejemplificado y, en consecuencia, limitativo. Muchas conductas engañosas quedan fuera de los límites del tipo. Por ello GARRAUD lo criticó enérgicamente, afirmando que quienes siguen la actividad de los tribunales saben a qué torturas es necesario someter al artículo 405 del Código Penal para hacer entrar ciertos fraudes, con frecuencia los más graves, los más peligrosos, aquellos que es

necesario castigar a cualquier costo, en disposiciones que son, precisamente, limitativas. Y agregaba, con razón, que la impunidad es el premio que el Código otorgaba al delincuente que imaginare y pusiere en práctica un procedimiento para estafar diverso de los que la ley describía.

Quedó para la segunda mitad del siglo XX el lograr un concepto genérico del fraude, el Código Penal Alemán de 1871 en su artículo 263, dispone que comete el delito de fraude quien con la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero, un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando, o no evitando, un error, bien por la simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultamiento de hechos verdaderos. Ese mismo camino siguieron los Códigos italianos de 1889 y 1930, conforme a cuyo artículo 640 comete truffa quien, con artificios o engaños, induciendo a alguno a error, procura para sí o para un provecho injusto con daño ajeno. El Código suizo, en su artículo 146, establece que comete el expresado delito el que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, astutamente induce en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladoras de hechos verdaderos, o explota el error en que ésta se halla, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero.

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

razón han podido decir Radbruch y Gwinner que dentro de la economía crediticia la estafa ha llegado a ser el delito de la criminalidad profesional.

El delito en examen es conocido con el nombre de estafa en los Códigos Penales francés, alemán y español. El Código Penal de México le denomina fraude, siguiendo la tradición legislativa que iniciara el Código Toscano de 1853. Lo que constituye, en verdad, la esencia del delito, es el engaño de que se vale el sujeto activo para hacerse, en perjuicio de otro, de un objeto de ajena pertenencia.

La verdadera esencia antijurídica del delito de fraude, radica en los engaños, ardidés, artificios y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumergir en su error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición a la consideración penalística en los diversos sistemas y criterios conceptuales seguidos por los códigos.

• **LEGISLACIÓN MEXICANA.**

En México, el Código Penal de 1871, en su Libro Tercero, De los Delitos en Particular, reservaba el Título Primero a los Delitos Contra la Propiedad, y, en el, dedicaba el Capítulo V al Fraude Contra la Propiedad. Hay fraude, decía el artículo 413, siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en este se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquel. Esta definición del fraude es la misma que posteriormente emplearían los Códigos de 1929 y de 1931, sin más modificaciones que eliminar este último, con razón, la

1929 y de 1931, sin más modificaciones que eliminar este último, con razón, la exigencia de que el lucro se alcanzara con perjuicio de la víctima del engaño, norma que permitía la impunidad en todos aquellos casos en que no coinciden el engaño y el titular del patrimonio. Claramente inspirado por la escroquerie francesa, el autor, el autor del Código disponía (artículo 414) que el fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de blanco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se le entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyen un delito de falsedad.

Definir genéricamente el fraude era en tal forma innovador que, al parecer, el propio autor del Código no fue consciente de todas las consecuencias que de ello derivan. Por eso, en posteriores artículos, enumera una serie de conductas que llevan aparejada la misma pena del robo sin violencia que corresponde al estafador, tales como: enajenar una cosa como si fuera de oro o plata, sabiendo que no lo es; enajenar una cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o arrendarla, hipotecarla, empeñarla o gravarla de cualquier modo, si se ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que se le gravó, o una cosa equivalente; valerse del fraude para ganar en un juego de azar o de suerte; defraudar a alguno una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta, o contra que el girador sabe que no ha de pagarlas. Todos estos tipos, antecedentes de los fraudes específicos que hoy se alojan

en el artículo 387 del Código, se antojan inútiles en presencia del trascendental avance legislativo que representa la conceptualización genérica del fraude.

Este logro jurídico es de tal importancia, que nos obliga a detenernos un momento en el estudio de sus orígenes, a fin de precisar quienes fueron sus autores. En el año de 1861, el Ministro de Justicia, Jesús Terán, por acuerdo del Presidente de la República, Benito Juárez, nombró una Comisión para formar el Código Penal, compuesta de los Licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra. Interrumpida la labor de esta Comisión por la Intervención Francesa, el 28 de septiembre de 1868, el Ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, por acuerdo del Presidente Benito Juárez, mandó se integrase y reorganizase la comisión de la manera siguiente: Presidente, Licenciado Antonio Martínez de Castro, Licenciado Manuel M. Zamacona, Licenciado José María Lafragua, Licenciado Eulalio María Ortega y, como Secretario, el licenciado Indalecio Sánchez Gavito. En la primera sesión de la comisión reorganizada, su Presidente Licenciado Antonio Martínez de Castro, presentó los trabajos de la comisión anterior, manifestando que los examinasen Lafragua y Ortega (quienes no habían sido miembros de la comisión inicial). La comisión reorganizada se reunió en sesenta y dos sesiones, teniendo lugar la primera el 5 de octubre de 1868, y la última el 20 de diciembre de 1869. Las actas de dichas sesiones nos permiten saber que, en ellas, los miembros de la comisión se limitaron a discutir acerca del articulado de la parte general del Código, sin ocuparse de la parte especial. Por otra parte, sabemos que la primera comisión había tomado por texto, para el orden de materias, el Código Penal Español

(de 1848), más no es posible atribuir a esa fuente el concepto genérico del fraude, pues, como ya lo indicamos arriba, España siguió el sistema numerativo hasta 1983. La conclusión, pues, se impone con la fuerza de lo evidente: el mérito de ser los autores de la primera definición genérica del fraude en la historia de las codificaciones occidentales, corresponde a un grupo de juristas mexicanos, los licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra, quienes se ocuparon de esta labor entre los años fe 1861 y 1868. Al entrar en vigor el Código; en 1871, comparte con el Código Penal Alemán del mismo año la gloria de ese logro.

El Código Penal de 1929, de efímera vigencia, conservó la reglamentación que daba al fraude el Código de 1871, sin más modificaciones que la de denominación estafa.

El Código de 1931 cambió radicalmente la estructura de la reglamentación del fraude. La definición genérica de la conducta delictuosa pasó a ocupar la primera de las trece fracciones del artículo 386. Desaparecía, así, la distinción entre fraude genérico y fraudes específicos. El tipo que hoy llamamos de fraude genérico dejaba de ser eje del sistema para convertirse tan solo en una entre hipótesis específicas de conductas defraudatorias. Afortunadamente, por Decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1946, se reformó el Código, devolviendo al fraude genérico, en el artículo 386, el papel principalísimo que le corresponde, y relegando los fraudes específicos al artículo 387.

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL TIPO

I. FRAUDE.

Este término es usado por el Código mexicano y encuentra sus equivalentes en los anteriores. Para Markel el fraude o la estafa "es la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaño", mientras Sebastián Soler lo considera una "disposición patrimonial, perjudicial tomada por un error determinado mediante ardidés tendientes a obtener un beneficio indebido".

Dadas las grandes diferencias que separan a las diversas legislaciones en manera de fraude, todo estudio de este delito debe enfocarse a un Código en particular, y sólo con extremo cuidado aceptar la doctrina y la jurisprudencia fundadas en otras legislaciones.

Nuestro Código, en un artículo 386, afirma que: "comete el delito de fraude el que engañado a otro o aprovechándose del error en que este se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido". De esa definición resulta que el tipo de fraude tiene los siguientes elementos:

- a) Cualquier conducta engañosa que produzca en el engañado un estado subjetivo de error,
- b) O bien, alternativamente, cualquier conducta de aprovechamiento del error en el que el paciente del delito se halla provocando así un acto de disposición patrimonial, que permite al activo hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido,
- c) Una relación causal entre los elementos anteriores y, por último,
- d) Un elemento subjetivo consistente en el ánimo de lucro, o sea la intención de obtener para si o para un tercero, una ventaja patrimonial.

A. FRAUDE GENÉRICO.

• EL ENGAÑO

Por engaño, término sinónimo de ardid, enredo, trampa, artimaña, etc., se debe entender, según Magglore "un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir a error, de manera más fácil". Precisamente se diferencia del artificio por la característica de ser siempre positivo, o sea, por constituir en una acción.

Este elemento, dice Puig Peña, "es el típico de la estafa y el que lo diferencia de las otras formas de apropiación. Sin embargo, como existen muchas clases de engaño, se plantea el problema de determinar cuál es el característico de la estafa y que se

diferencia de la injusticia meramente civil. La cuestión es embrolladísima y, en general los legisladores y tratadistas han estado siempre en continuo andar a tientas en esta cuestión que, como dice Giorgio Micela, es el vellocino de oro de la ciencia jurídica. En nuestro Derecho, el Tribunal Supremo ha seguido una lenta evolución en esta materia. Primeramente en un fallo del 7 de abril de 1902, del que fue ponente Viada, declaró que el engaño determinante del dolo en los delitos de estafa está integrado por la asechancia que se pone a la buena fe, credulidad e inconsistencia de algunas personas para fines perjudiciales a sus intereses o a los de un tercero. Realmente el concepto era bastante impreciso. Todavía más vago es el que mantienen algunas sentencias posteriores, que se contentan con decir que ese dolo tiene que ser específico, característico y sui generis, igual al civil en cuanto arguya simulación, fingimiento y mentira; y distinto de él en su génesis, modalidad y accidentes. La importante sentencia del 8 de julio de 1933, ha establecido las siguientes afirmaciones:

- a) Que no es necesario que el engaño consista en actos materiales o en fingidas escenas corroboradoras de las aseveraciones del reo, sino que basta que se produzca mediante palabras engañosas.
- b) Que en el engaño existe un elemento objetivo y otro subjetivo, consistente el primero en que aquél ha de ser suficiente para mover la voluntad de la víctima, e integrado el segundo por la circunstancia de su susceptibilidad para producir error en individuos sanos y adultos, lo que les lleva a desprenderse de una parte de su patrimonio de la que no se hubieran

desprendido de no mediar la equivocada confianza en la validez de ese estado subjetivo que el autor del delito produjo con malicia.

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

El engaño consiste en la falta de la verdad en lo que se dice o en lo que se hace creer. Engañar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es dar a la mentira apariencia de verdad. Inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras fingidas y aparentes. Engaño pues, es sinónimo de ardid, enredo, trampa, trata, artimaña, mentira, maquinación, falacia, mendacidad, argucia o falsedad.

El engaño es de naturaleza proteica. No tiene límites porque es hijo de la imaginación humana, que carece de ellos. Por esa razón el Rey Alfonso el Sabio, en las Partidas y posteriormente Carrará, coincidían en señalar que es imposible enumerar todos los medios de los que puede valerse un hombre para engañar a otro.

Los autores franceses, cuyo Código enumera limitativamente los engaños sancionados penalmente, dedican una gran parte de sus obras al análisis cuidadoso de

un enorme número de diversos engaños, a fin de determinar cuáles entre ellos, son típicos y cuales no lo son.

En México en cambio, la conceptualización genérica del fraude que hace nuestro Código nos permite afirmar que en principio, todo engañoso es delictuoso.

• **ELEMENTO SUBJETIVO DEL ENGAÑO.**

La culpabilidad, concepto genérico, tiene como especiales al dolo, consistente en la representación y voluntariedad de un resultado ilícito, y a la culpa que estriba en la ausencia de voluntariedad del resultado, el cual no obstante, se produce por un estado imprudencial irreflexivo, sin cuidado o negligente. El fraude es un delito eminentemente intencional premeditado. Los medios violentos dejan lugar a los recursos intelectuales, a la astucia, a la premeditación. Semejante delito sólo puede manifestarse bajo una de las formas de la culpabilidad: el dolo. Nada más ajeno al estafador que la falta de atención, la imprudencia o la irreflexión de los delitos culposos.

Pero no basta en el fraude la presencia del dolo genérico. El Derecho exige un fin determinado, una meta precisa, un dolo específico en la voluntad del estafador, que es el ánimo de lucro, o sea, el propósito de obtener un provecho económico. Por ello, Carrará afirmaba que, no existiendo el fin de lucro, falta la agresión patrimonial, que es indispensable para ese delito.

Algunos Códigos mencionan expresamente el ánimo de lucro en el tipo legal. Así, el Código Penal Alemán afirma que el defraudador debe tener "la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero, un beneficio patrimonial ilícito", el Código Suizo afirma que debe moverlo "el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo"; el Código Español exige que el estafador actúe "con ánimo de lucro"; refiriéndose al Código Mexicano, Jiménez Huerta, afirma con razón, que el dicho elemento, aun que aparentemente soterrado en la descripción típica del párrafo primero del artículo 386, revierte y aflora al exterior en la frase:....se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido", pues aunque dicha expresión refleja el desplazamiento patrimonial consustancial al delito, subinteligenda denuncia también la finalidad o interna tendencia que ha de presidir la conducta desde inicio hasta que cerrado el círculo ejecutivo, a través del desplazamiento y del perjuicio, se materializa en la ventaja patrimonial.

En el delito de fraude, el dolo es inicial, o precedente, puesto que antecede a la totalidad de la conducta delictuosa. El estafador planea y premedita cuidadosamente el curso de su acción antes de iniciar la realización de sus ilícitos proyectos. El ánimo de lucro es pues, anterior al engaño y, en el fraude por aprovechamiento del error, precede al acto de disposición patrimonial.

La culpabilidad supone la presencia de conocimiento y voluntad en el delinciente. La falta de cualquiera de ambas impide el nacimiento de la culpabilidad y,

por ello el delito no se integra. La ausencia de culpabilidad es llamada por la doctrina inculpabilidad, y sus causas son: el error y la no exigibilidad de otra conducta.

El error es el conocimiento inexacto, el concepto equivocado, falta en él la adecuación entre la realidad y lo que el sujeto cree que es la realidad.

Los tribunales franceses afirman: "Para tipificar el delito de estafa es absolutamente indispensable que haya abuso de credulidad, lo cual no puede ocurrir sino cuando se prueba que el acusado sabía que engañaba con sus promesas y con las esperanzas que creaba, y que aquellos con quienes trataba ignoraban que su adversario les hacía falsas promesas, les hablaba de falsas empresas y les provocaba esperanzas quiméricas; pues no abusamos de la credulidad de una persona cuando creemos ciertos los hechos que le afirmamos...". Oneca afirma también que quedará excluido el dolo si el sujeto cree verdaderas sus manifestaciones, y cita una sentencia española, del 26 de marzo de 1951, conforme a la cual no hay estafa cuando el autor vende bienes inmuebles estimándose propietario de la finca. Para Soler, no es posible hablar de ardid cuando el sujeto mismo es el primer engañado ya sea por la creencia en la posibilidad de un negocio o por la simple convicción de que se afronta meramente un riesgo, pero con la firme voluntad de superar las dificultades. Para Garcón, el sujeto persuadido de tener el poder o el carácter que se atribuye, convencido de la realidad de sus afirmaciones, no será culpable, porque el estafador, para serlo, debe actuar con el conocimiento y la voluntad del beneficio patrimonial que obtendrá ilícitamente.

Pavón Vasconcelos también concuerda en afirmar que habrá inculpabilidad en este delito cuando, por virtud de un error de hecho, de carácter esencial e invencible, se impide el nacimiento del dolo al faltar el elemento psicológico, en cuya situación, el hecho objetivamente antijurídico no es culpable. Incluye, como casos de error, las eximentes putativas, en las correspondientes hipótesis admitidas respecto a las justificantes, mismas en las que el sujeto cree falsamente, en la licitud del ejercicio de un derecho o del cumplimiento de un deber exigido por la ley, o por el superior jerárquico que dicta la orden. De la misma opinión es Maggiore, que afirma que la imputabilidad supone dolo (genérico), o sea la conciencia y la voluntad de obtener para sí mismo o para otros un provecho injusto, en perjuicio ajeno, y agrega que el es excluido por el error, esto es, por la opinión excusable de que se obra por un fin justo, de que se ejerce un derecho, aunque éste sea inexistente.

• LAS MODALIDADES DEL ENGAÑO.

Los medios engañosos de los que se vale el defraudador pueden ser clasificados en dos grupos: El de las simples mentiras verbales y el de las mentiras que van acompañadas por maquinaciones y artificios.

El astafador, cuyo fin es hacer caer en el error a su víctima, se va naturalmente llevado a apoyar su mentira con apariencias que la haga creíble, con pruebas objetivas de su veracidad, tales como documentos falsificados o terceros que, al agregar sus afirmaciones a las del activo, lo ayudan a convencer al pasivo. A este tipo de fraude se

refiere el artículo 405 del Código Francés cuando afirma que la conducta del estafador puede consistir, entre otras hipótesis, en emplear maniobras fraudulentas para persuadir. Por maniobras fraudulentas, la doctrina francesa entiende: "Una preparación escénica, una intervención de terceros, los actos en la palabra que materializan hasta cierto punto la promesa engañosa, dándole fuerza y crédito.

El concepto de maniobra, cuya etimología nos remite a cualquier operación material que se ejecuta con las manos, llevó a la jurisprudencia francesa a concebir al defraudador como alguien que pone una obra teatral en escena, no divertir, sino para estafar a los espectadores, y a emplear el término de *mise en scene* para referirse a su conducta.

El artículo 389 del Código Penal Mexicano de 1931, conforme a su texto original, imponía prisión de tres meses a siete años y multa de veinte mil pesos, o sólo la prisión, al que para hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logre que se le entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios. Este tipo, llamado estafa en la legislación de 1871 y en la doctrina, obviamente inspirado por la *escroque* del Código Napoleónico, fue posteriormente ubicado como último párrafo del artículo 386, el cual disponía: "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará

con prisión de tres días a dos años". La estafa desapareció en la reforma del 29 de diciembre de 1981.

La desaparición de la estafa de nuestra legislación positiva no hace atípica la conducta de quien la defrauda mediante maquinaciones y artificios, pues ambos quedan comprendidos en el concepto genérico de engaño, del que son manifestaciones objetivas. Subsiste también, el fundamento para sancionar más gravemente al defraudador que se vale de maquinaciones y artificios ya que, al montarle un teatrillo a su víctima, demuestra tener mayor capacidad delictiva y la coloca en más acentuada indefensión.

Fundándose en la jurisprudencia francesa Carrará afirmó que únicamente los artificios materiales tienen carácter fraudulento, en los artificios verbales quedan reservados al Derecho Civil. El fraude -dijo- no debe consistir en simples palabras mentirosas, sino que requiere algo material, una especie de aparato escénico, un hecho externo o la intervención de una tercera persona que de crédito a las palabras. Según esta doctrina, no bastaría por ejemplo, que alguien afirmara ser caballero, sino lleva la insignia en el ojal, ni buscaría que alguno asegurara ser un rico señor, sino acreditara ese embuste vistiéndose con ropas ajenas o haciéndose acompañar de supuestos criados. En resumen, hay que distinguir entre mentira y artificio. La mentira no es delito, porque ninguno debe creer fácilmente las palabras ajenas, y si las cree, cúlpese a sí mismo, y su es el caso espere de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos. Para que haya artificio no basta el solo discurso, por elocuente,

estudiado y persuasivo que sea, si fuera de las palabras mentirosas no se efectúa algo que compruebe las afirmaciones falsas.

La doctrina de Carrará sobre este punto se fundaba en un examen incompleto del Derecho Francés. El día de hoy, la doctrina universal afirma que los engaños son fraudulentos aún cuando no se hagan acompañar por dramáticas maniobras. En todo caso tal doctrina es inaplicable al Derecho Mexicano, para el cual revisten carácter fraudulento, no solamente los engaños verbales sino incluso el mero aprovechamiento del error.

La doctrina italiana entiende por artificios o engaños, la representación material hábilmente compuesta para crear con actos y con palabras, la apariencia de un hecho verosímil, pero no verdadero y por engaños, entiende abuso de particulares estados de ánimos y de condiciones personales o resultantes del medio o de la costumbre, para sorprender la buena fe de alguien. Es decir, afirma que: "Los medios engañosos pueden ir desde la verdadera y propia mise de scene (de la que hablaba Carrará), hasta la simple mentira".

En México, el fraude mediante maquinaciones y artificios, el fraude mediante mise en scene, ha sido tradicionalmente un tipo agravado: la estafa a la que arriba nos referimos.

Eliminando a las maniobras calificativas, queda el tipo simple de fraude, constituido por mentiras que no se hacen acompañar de convincentes escenarios. De hecho, el estudio de los fraudes especiales enumerados por el artículo 387 del Código Penal, nos permite establecer que basta una mentira, sin apoyo de maniobras, para tipificar el fraude de defensores (Fracc. I), el fraude de servicios (Fracc. IV), el fraude por sorteos (Fracc. XI) y el fraude de adivinos (Fracc. XV). La jurisprudencia de los tribunales nacionales ha distinguido siempre entre el fraude maquinado y el fraude por simples mentiras y ha reconocido el carácter delictuoso de ambos.

• EL ENGAÑO NO DELICTUOSO

La doctrina, en general, acepta que no es constitutiva de fraude la simple exageración de las cualidades de un producto por vía de propaganda¹⁷. Se refieren los autores al uso mercantil de afirmar que el artículo en venta es "el mejor del mundo", o de pretender que su uso proporcionará al comprador belleza, juventud, don de mundo, triunfo en los negocios y otros semejantes logros semi-mágicos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del 23 de noviembre de 1936 (G.I., T. XLIV, p. 483) dice: "Es de anotar que en lo general, se miran con tolerancia benévola ciertos actos de que son ejemplo las exageraciones del vendedor sobre las excelencias de su mercancía, la que llegan a lo sumo al llamado *dolus bonus*."

¹⁷ Carrará, Programa de Derecho Criminal, IV, p.423

Buscando el fundamento que permita excluir estos engaños de la sanción penal, Mezger afirma que el error de la víctima en el delito de estafa debe surgir de la "afirmación de hechos falsos", a la que debe contraponerse "los juicios valorativos, por ejemplo, que un determinado cuadro es hermoso". Conforme a esta tesis, pues, debemos precisar si el activo afirmó un hecho falso o se limitó a emitir un juicio valorativo, dado que sólo el primero comete delito. No compartimos este criterio, en primer término, porque el texto de nuestra legislación positiva no parece darnos pie para establecer semejante distinción y en seguida, porque no siempre es fácil decidir si estamos ante la simple afirmación de un hecho o ante un juicio valorativo, o ante ambos a la vez. Trate el lector de ubicar una o en otra hipótesis los casos de un comerciante que anuncia crema que elimina las arrugas, el curso para aprender alemán en seis meses, el restaurante más selecto de México, etc.

Esos "engaños" publicitarios no son delictuosos porque a nadie engañan. Todos tenemos conocimiento de su naturaleza mercantil y automáticamente los descontamos antes de tomar nuestra decisión de adquirir el producto. Mientras que tales "engaños" se mantengan dentro de los límites de la simple propaganda mercantil, ni hay engaño, ni hay error, ni hay relación causal entre ambos.

• EL ERROR

En el párrafo primero del artículo 386 se proclama que es también medio idóneo de comisión del delito de fraude, aprovecharse del error en que se halla el sujeto

pasivo. Algunos viejos Códigos Penales, como el alemán de 1871, ya consideraban medio fraudulento el mantenimiento de un error, lo cual en realidad encierra un comportamiento engañoso, habida cuenta de que el agente despliega sobre el sujeto pasivo una actitud positiva de naturaleza capciosa y falaz para reforzar el error en que se halla inmerso e impedir que salga de la situación irreal en que se encuentra sumido. El mantenimiento del error implica pues, un comportamiento engañoso.

El fraude se comete engañando a uno. Con el gerundio engañado, nuestro Código se refiere, no únicamente a los medios mentirosos de los que se vale el activo, sino también al resultado o consecuencia de los mismos, que es producir en el engañado un estado subjetivo de error.

El pasivo está en error cuando cree cierto lo que es falso, cuando se forma una representación mental que no corresponde a la realidad, cuando el fin es llevado por ejemplo a concebir un falso temor de un mal o una falsa esperanza de un bien.

Debemos distinguir entre error e ignorancia. El error es un concepto equivocado, la ignorancia es la ausencia de todo concepto. Errar es saber mal, ignorar es no saber. La doctrina esta de acuerdo en afirmar que la existencia de un estado de ignorancia en el pasivo, no es suficiente para integrar los elementos del delito de fraude.

Para que el pasivo pueda ser engañado, es indispensable que posea la capacidad de entender y de querer. Sólo un ser inteligente puede comprender, puede

juzgar y en consecuencia, puede equivocarse, únicamente un sujeto pensante es víctima potencial del error. Se surge el problema de saber si puede engañarse a incapaces, a aparatos mecánicos o electrónicos o a personas morales, que estudiaremos a continuación.

La capacidad de entender y de querer es presupuesto indispensable de la capacidad de equivocarse. Por ello Jiménez Huerta señala con razón que, si por cualquier causa permanente-infancia, esquizofrenia u oligofrenia -o transitoria-embriaguez, fiebre o abuso de enervantes, el sujeto pasivo de la conducta se hallare en un estado de incapacidad natural en que fuere imposible hacerle víctima de engaño o error, no existiría el delito de fraude aun en el caso de que mecánicamente e inconscientemente entregarse la cosa al agente y éste la recibiera de las propias manos de aquél. Dicha entrega constituiría la base fáctica del "apoderamiento" típico del robo.

Pero el requisito de la capacidad no deberá determinarse conforme a las reglas del Derecho Civil, sino en realidad en relación con las exigencias del tipo del fraude y conforme a ellas lo decisivo será si el sujeto pasivo tenía en el caso concreto el grado de madurez y sanidad mental necesarios para conocer de los hechos brindados y su conocimiento, y tomar resoluciones de acuerdo con ese conocimiento. Conforme a ese criterio el menor de 18 años y el enfermo mental, pueden en ciertos casos, ser engañados.

Existen aparatos mecánicos, eléctricos o electrónicos empleados para medir, para registrar, para distribuir cosas o para prestar determinados servicios, tales como los contadores de gas, de agua y de energía eléctrica, taxímetros de vehículos, distribuidores de cigarrillos, de chocolates, de boletos y billetes, etc. El uso indebido de estos aparatos puede servirles tanto al propietario como al usuario, para obtener un beneficio indebido, mediante una conducta que, según el caso, constituirá el delito de fraude, el de robo o bien será atípica.

Quien, mediante una moneda falsa o por cualquier otro medio ilícito, pone en marcha los mecanismos del aparato, y logra obtener el producto que éste expende, como delito de robo, y no el de fraude, pues estamos ante un apoderamiento, y no ante un engaño, por falta de un cerebro humano que puede ser llevado a error. Pero si el aparato proporciona servicios, y no cosas, cual es el caso de los teléfonos, o de los juegos mecánicos, la conducta será atípica, pues un servicio no es una cosa mueble cuyo apoderamiento pueda tipificar el robo.

En cambio, comete el delito de fraude quien altera las mediciones o registros del aparato únicamente como medio para hacer incurrir en error a un ser humano y por esta vía obtener un lucro ilícito. Este es el caso de quien se vale de los llamados "diablillos" para alterar los registros de los medidores de la luz, gas o de agua, y por ese medio hacer incurrir al empleado de la compañía en el error de creer que el consumo es menor que el real.

El planteamiento jurídico es el mismo en el caso de las computadoras. Quien se vale de una tarjeta robada o falsificada, o de cualquier otro medio para obtener dinero de una caja automática bancaria, comete el delito de robo, y no el de fraude, en virtud de que no ha engañado a nadie. Pero será un estafador aquel que, mediante una computadora, logre alterar los registros bancarios y en esta forma, haga creer a los empleados del banco que el saldo de su cuenta es superior al real.

Las personas morales son creaciones del Derecho. Carecen de una mente y, en consecuencia, no pueden ser engañadas. Ello equivale a decir que no pueden ser víctimas del fraude. Recordemos que las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos. Luego entonces, engañando a la persona física que actúa como representante de la persona moral, podemos llevarla a tomar un acto de disposición patrimonial en perjuicio de esta última. Es el llamado fraude en triángulo, que estudiaremos posteriormente.

En todo caso, para que podamos afirmar que se ha cometido el delito de fraude, es requisito sine qua non el engaño del representante. En la hipótesis en las que éste, sin ser engañado e incurrir en error, con pleno conocimiento de causa, participa con el tercero en los actos que dañan el patrimonio de su representado, podrían tipificarse otros delitos, más no el de fraude.

El artículo 386 del Código Penal Mexicano dispone que comete el delito de fraude el que, engañando a uno, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. Además, establece un tipo alternativo que se integra cuando el defraudador alcanza sus ilícitos fines "aprovechándose" del error en que este se halla.

En esta segunda hipótesis, el error le es imputable a la víctima o a un tercero. El estafador no engaña al pasivo, luego entonces no provoca el error en que este se encuentra, pero sí tiene conocimiento de la existencia de tal error y actúa aprovechándose del mismo para determinar a la víctima a tener un acto de disposición patrimonial en beneficio del delincuente. Tiene pues, ambos tipos de fraudes, algo en común que es el estado psicológico de error en el que se encuentra el pasivo, y se diferencian por el origen causal de ese error: el activo, en el fraude por engaño; la propia víctima o un tercero que no actúa de consiento con el defraudador, en el fraude por el aprovechamiento por el error.

En algunos casos, el agente refuerza y aviva el error en que se encuentra el pasivo, y activamente impide que salga de él, hipótesis que en opinión de Jiménez Huerta es perfectamente asimilable al fraude activo por engaño, pues la circunstancia de no ser el engaño la única causa del error, no despoja de su eficiencia causal a la conducta que le mantiene en la víctima.

El tipo de fraude por aprovechamiento del error queda en consecuencia, reducido a la hipótesis en el que el defraudador guarda silencio ante el error del

pasivo, permitiendo que el mismo resulte en su ilícito benéfico. Pavón Vasconcelos afirma que la doctrina ha establecido clara diferencia entre la omisión simple (propia) y la llamada comisión por omisión (impropia). En la primera, existiendo inactividad voluntaria, hay violación de un mandato de hacer del que deriva un deber jurídico de obrar; por tanto, el no hacer produce un resultado puramente jurídico, consistente en la mutación, de esa naturaleza, originada en la violación de la norma, en tanto en la omisión se produce un resultado material (prohibido) a través de una inactividad, un no hacer voluntario, violatorio tanto de la norma preceptiva como de una prohibitiva. De donde deduce que quien se aprovecha del error para obtener un lucro indebido incurre en un no hacer, con violación del deber jurídico de obrar, medio que le permite llegar al enriquecimiento indebido, como fin último derivado de la entrega voluntaria de la cosa, luego es claro que en el delito en examen, la conducta puede ser de comisión por omisión.

Tipificar como delictuoso al aprovechamiento del error en que se encuentra el pasivo, presupone la afirmación de que el activo tiene un deber jurídico de manifestar verdad, sacando así de su equivocación al potencial defraudador. En efecto, dice la doctrina, en ciertas hipótesis, el omitente aparece como garante de la evitación del resultado, luego tiene la obligación de despejar el error en que se encuentra el pasivo, de informarlo verazmente acerca de los términos y condiciones de la convención que ha de realizarse entre las partes. El problema se encuentra lejos de haber sido satisfactoriamente resuelto, y los autores señalan como fundamento de ese deber de decir la verdad, alternativamente: la ley el contrato, los hechos precedentes, las

relaciones de confianza, la buena fe, la costumbre y la normalidad de las relaciones sociales.

Pero la ley penal no dice quien es garante, es decir, quien tiene el deber de no ocultar, en todo o en parte, aquello que sabe, de donde surge un margen de incertidumbre que va en contra del principio de estricta legibilidad que debe imperar en el Derecho Penal. La doctrina se encuentra lejos de haber establecido un catálogo exhaustivo de hipótesis en las que surge la posición de garante, y menciona apenas a manera de ejemplo, el caso de quien enajena o grava un inmueble silenciando los gravámenes que pesan ya sobre él.

En todo caso, es imperativo subrayar que, excepto por lo que hace al origen causal del error, el fraude por engaño y el fraude por aprovechamiento del error tienen los mismos elementos. Esto quiere decir que este último tipo exige también que el pasivo tome un acto de disposición patrimonial que permite al activo hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido, que exista una relación causal entre el error y el acto de disposición, así como entre éste y el lucro obtenido, y por último, que el defraudador actúe movido por un ánimo específico de lucro previo al acto de disposición. Luego entonces, el estafador debe conocer el error en el que se halla el pasivo y debe guardar un silencio doloso, en espera del acto de disposición patrimonial que habrá de beneficiarlo. Si olvidamos esto estaremos en riesgo de violar la prohibición constitucional de la prisión por deudas.

Señala con razón Jiménez Huerta que nuestro código, al tipificar como delictuoso el fraudulento aprovechamiento del error, lleva hasta los más extremos límites, el deseo de hacer imperar en las relaciones humanas los más estrictos principios éticos que este tipo reviste una menor intensidad causal y antijurídica que el fraude por engaño, no obstante lo cual el código parifica a ambos en cuanto a la pena, y expresa la opinión en la cual coincidimos de que el juzgador no debe mostrarse insensible, al hacer uso del arbitrio judicial, a la menor intensidad fraudulenta que encierra el aprovechamiento del error.¹⁸

• EL ACTO DE DISPOSICIÓN

El acto de disposición que es indispensable para la existencia del delito de fraude consiste en aquella resolución de la voluntad que determina al sujeto pasivo de la conducta a hacer o no hacer, y puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio, o séase, no sólo sobre dinero, bienes muebles e inmuebles, y derechos de cualquier clase, sino incluso también sobre meras expectativas de hecho. Puede traducirse en servicios personales esto es, en prestaciones de obra, de hospitalidad o de beneficencia, acontece en el caso del que simulando ser pariente del engañado, llega a hacerse curar, asistir o mantener, etc.

¹⁸ Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano, IV, p. 190-191

El engañado ha de realizar a consecuencia de su error, una acción u omisión que cause la disminución del propio patrimonio o del de un tercero¹⁹. En efecto el fraude es un delito de autolesión, en el cual el sujeto víctima del engaño coopera con el estafador, tomando voluntariamente, si bien es cierto que con una voluntad viciada por el error, las disposiciones patrimoniales que han de producir el perjuicio del pasivo, y el correspondiente lucro del activo.

Ya el Código Francés se refería al acto de disposición cuando afirmaba que el estafador se hace remitir o entregar bienes. Concepto, éste demasiado estrecho, puesto que, al limitar en esos términos el acto de disposición, deja fuera del tipo a todos aquellos casos en los que el pasivo no procede mediante la mera entrega o remisión materiales de un objeto, por ejemplo: la inscripción de una partida en un registro contable, la no reclamación de un crédito, la suscripción de una escritura notarial, etc. El Código suizo se refiere a actos perjudiciales a los intereses pecuniarios del engañado o a los de un tercero, fundiendo el elemento a estudio con la lesión patrimonial.

El acto de disposición será el punto de partida gracias al cual distinguiremos, normalmente el fraude del robo pues, siendo ambos delitos que lesionan el patrimonio de la víctima, en el segundo el ladrón se apodera de la cosa, en tanto que en el primero es la propia víctima quien voluntariamente hace entrega de la cosa. Esta regla,

¹⁹ Anton Checa. Estafa, p. 66

válida en términos generales, admite no obstante excepciones. Tal es el caso del robo con violencia, en el que la víctima entrega la cosa, más no por error, sino en virtud de la violencia que sobre ella se hace. La hipótesis inversa sería la de quien se apodera del bien con el consentimiento de la propia víctima, si tal consentimiento se obtuvo mediante engaño cabrá la tipificación de fraudatoria. También como hemos visto ya, debe considerarse como robo y no como fraude la conducta de quien obtiene la entrega de una cosa de un niño o de una persona privada de sus facultades mentales.

Por acto de disposición entendemos cualquier conducta que transfiera, grava, extingue o de cualquier manera afecta alguno de los derechos que integran el patrimonio de la víctima. Para Valle Muñiz, desde una perspectiva estrictamente penal, lo esencial es que el acto de disposición del engañado aparezca como el vehículo utilizado por el agente para conseguir el enriquecimiento injusto, es decir, el acto de disposición debe ser capaz de causar el daño patrimonial. El acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido entonces genéricamente, como aquel comportamiento activo u omisivo del sujeto inducido al error, que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero. Es el nexo causal entre el engaño y el perjuicio, el cual sin dicha disposición no podrá ser imputado a la conducta engañosa, al menos a título de estafa²⁰. Así, conceptuando el acto de disposición rebasa con mucho, los estrechos límites del Derecho Civil, pues no es necesario que se presente como un contrato o como una declaración de voluntad, ni

²⁰ Valle Ruiz. El delito de Estafa, p. 214

mucho menos, que satisfaga las exigencias formalistas de esta rama del Derecho. Puede consistir tanto en la suscripción de un contrato como en la entrega de una cosa en la cancelación de una deuda, en prestación de un servicio, etc. Puede también revestir carácter omisivo, como acontece cuando ante la presentación de un pase falso el sujeto pasivo del engaño se abstiene de cobrar el precio de entrada de un espectáculo o el de locomoción en un servicio de transporte o cuando el acreedor es persuadido con manobras engañosas, a no exigir el cumplimiento de un crédito, para de esta manera lograr que opere el término de la prescripción²¹. El acto de disposición puede presentarse como una mera permisividad o tolerancia, como es el caso en que un sujeto, inducido a error por conductas engañosas, consiente en el apoderamiento de la cosa por el propio agente, apoderamiento de la cosa por el propio agente; apoderamiento que no constituiría el delito de robo, por encontrar su causa inmediata en la tolerancia, basada en un error, del engañado y disponente²². Por último, la doctrina admite, también que el pasivo puede efectuar inconsciente el acto de disposición patrimonial, cual sería el caso de quien, engañado suscribe título cambiario cuando cree firmar un autógrafo, o bien el de aquel que, creyendo solicitar información, celebra un contrato de compraventa, o bien el de cualquiera que al estampar su firma en el documento, lo hace inducido por error respecto al sentido, contenido y trascendencia del documento determinante de la voluntad del otorgante a prestar su consentimiento.

²¹ Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano, p. 197

²² Valle Muñiz. El Delito de Estafa, p. 215

• EL FRAUDE EN TRIÁNGULO.

Es imprescindible que el engaño y el que dispone sean la misma persona, pues de lo contrario, faltaría el lazo causal entre el error y el acto de dispositivo, y por consiguiente no habría delito. Sin embargo, el acto de disposición puede realizarse sobre un patrimonio ajeno, luego el engañado y el perjudicado pueden no ser la misma persona. La doctrina admite unánimemente esta hipótesis a la que llama "Fraude en Triángulo".

La separación entre el disponente, sujeto pasivo del engaño por una parte, y la víctima del daño patrimonial por la otra, puede darse siempre que una persona tenga facultades de disposición sobre un patrimonio ajeno. Así, engañando al albacea, al tutor, al mandatario, al administrador, al gerente, al comisionista, al factor o al servidor público, puede llevarse a tomar un acto de disposición que lesione el patrimonio de la sucesión del menor, del mandante, de la sociedad, del comitente, de la empresa o de la Nación. La necesidad de que el engañado-disponente tenga facultades legales para afectar el patrimonio ajeno se impone indispensablemente cuando el acto de disposición reviste una forma contractual, pues únicamente nos obligan los actos de quien nos representa.

Cuando el objeto del delito es una cosa y no un derecho, la doctrina le reconoce el carácter de acto de disposición al que realiza quien de hecho, tiene poder sobre la cosa, aún cuando conforme al Derecho Civil, no represente al titular del patrimonio, Así

habrá fraude cuando la empleada doméstica, engañada le entrega el aparato de televisión de sus patrones a quien dice ser enviado por ellos para repararlo, y también estamos ante el delito en estudio si el mozo a quien hemos confiado el automóvil para estacionarlo, por error lo entrega a quien lo convence de ser el dueño.

Ahora bien, el engañado-disponente debe disfrutar ya con anterioridad al engaño, de ese poder de hecho sobre la cosa que le permite hacer entrega de ella al defraudador. En caso contrario, es decir, si el activo mediante el engaño logra que su víctima se apodere de una cosa para entregársela, estamos ante un robo en autoría mediata, y no ante un fraude.

• EL FRAUDE CONTRACTUAL

El acto de disposición no tiene que revestir la forma de un contrato, pero con frecuencia lo hace. Y precisamente en los fraudes más cuantiosos, los que se comenten en contra de los comerciantes, los bancos, las empresas de seguros, las casas de bolsa o de cambio, el activo logra su lucrativo propósito engañando a los representantes de la empresa para que otorguen un contrato.

Hablar de fraude contractual parece ser contradictorio, puesto que el fraude contractual parece ser contradictorio, puesto que el fraude es una conducta tipificada como delito por el Código Penal, en tanto que el contrato es un acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos u obligaciones, reglamentado por el Código Civil. No

resulta evidente la posibilidad de que celebrar un contrato, acto en principio civilmente lícito, pueda simultáneamente constituir un ilícito penal. El estudio de esta problemática debe llevarnos a establecer criterios claros y precisos que nos permitan escapar de dos posiciones extremas, ambas sofistas, que afirman:

- ◆ La primera, que basta que las partes hallan celebrado un contrato para que el litigio resultante, únicamente pueda ser competencia de los tribunales civiles; esta postura desvirtúa el Derecho Civil convirtiéndolo en un escudo para todos aquellos que, bajo la forma de un contrato ocultan maniobras engañosas que les permiten obtener un ilícito lucro.

- ◆ La segunda, que tras cada contrato incumplido se oculta un fraudulento engaño, lo que autoriza la aplicación de las graves sanciones penales en contra de todo deudor civil, esta postura viola la norma constitucional que prohíbe la prisión por deudas.

El estudio de este tema nos obliga a abordar, en primer término, la cuestión de los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Civil; en segundo término la prohibición de la prisión por deudas.

LOS LIMITES ENTRE LE DERECHO PENAL Y EL DERECHO CIVIL.

Verdaderos ríos de tinta han empleado la doctrina en discutir cuales puedan ser los límites entre el Derecho Penal y el Derecho civil. El problema se ha planteado especialmente en relación con el delito de fraude, debatiendo los autores sobre la posible existencia de un dolo civil y de un dolo penal, de los cuales resultaría un fraude penal y otro civil.

El esfuerzo de la doctrina jurídica en esta búsqueda es sólo comprobable al de los alquimistas medievales que perseguían la piedra filosofal e igualmente inútil. El día de hoy, el debate para distinguir entre estafa y fraude civil, no es una cuestión siquiera, ni es un problema. La quiebra patente de todas las distinciones intentadas y el fracaso convicto de cuantos esfuerzos dialécticos se han hecho para fijar la distinción entre el llamado fraude civil y el denominado fraude civil y el denominado fraude penal, evidencia la imposibilidad de establecer una separación ontológica entre estas pretendidas provincias del amplio territorio de lo ilícito.

Algunas doctrinas atienden a la antijuricidad como posible criterio de distinción, otra al dolo.

Manzini, manifiesta que la distinción entre dolo civil y dolo penal, no sólo es superflua y arbitraria, sino además, productora de dañósima confusión, sobre todo en la especial relación con la estafa, ya que induce fácilmente al error de creer que, no

obstante la concurrencia en un determinado hecho de todos los requisitos esenciales del delito de fraude, el hecho mismo puede considerarse sobre la base de una de las innumerables teorías, a propósito escogida como mero fraude civil.

En consecuencia, ni la antijuricidad puede permitirse marcar fronteras, ni diferencias entre los ilícitos civiles y los penales, únicamente en el campo de la tipicidad podemos deslindar lo penal. Tal y como lo afirma nuestro Código Penal; Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales (Art. 7o.). Pero ello nos lleva, pero orgullosamente a afirmar que es penal lo que se encuentra en el Código Penal, y civil lo que el Código Civil reglamente. Si admitimos entonces, que el legislador está en libertad de dar normas para una determinada conducta, y sancionarla a su arbitrio, en uno u otro campo, o en ambos a la vez, estaremos en la posibilidad de determinar cuáles puedan ser las "deudas de carácter puramente civil" a las que se refiere el artículo 17 de la Constitución. En lo que sigue trataremos de dar una respuesta a esta cuestión.

• LA PRISIÓN POR DEUDAS

La responsabilidad patrimonial es el resultado de una larga evolución que ha substituido la ejecución en la persona por la ejecución de los bienes.

Inicialmente, el legislador tendía a aplicar a toda conducta antijurídica una sanción penal, esencialmente afflictiva. La evolución histórica llevó a dejar áreas cada día mayores de la conducta humana en manos del Derecho Civil, quien se vale de sanciones principalmente indemnizatorias. El resultado final de tal evolución es el principio de intervención mínima, conforme al cual, el Estado debe servirse del Derecho Penal tan solo como último recurso, pues para el logro de sus objetivos, debe previamente acudir a otros medios jurídicos cuyas consecuencias sean menos drásticas, y sólo cuando estos resulten insuficientes e ineficientes, deba acudir al Derecho Penal, si es que existe la convicción de que éste será un mejor recurso.

En su esencia, todos los ilícitos son idénticos, luego entonces, con fundamento en la antijuridicidad o en la culpabilidad, no podemos distinguir entre ilícitos civiles e ilícitos penales. Es el Estado, con base en criterios de política criminal, quien decidirá cuáles son las conductas que deben considerarse delictuosas y sancionadas como tales. Tal decisión se manifestará tipificando la conducta en un Código Penal, de donde resulta que la tipicidad es el único rasgo distintivo de los ilícitos penales ante los civiles.

Si pues, en su esencia no podemos distinguir los ilícitos civiles de los penales, la prohibición constitucional de que alguien sea aprisionado por "deudas de carácter puramente civil", solamente tiene sentido si la entendemos como una barrera que el Constituyente puso al legislador penal, que le impide tipificar como delito, la misma e idéntica conducta que el legislador civil ha considerado ya como un ilícito civil. Quiere

esto decir que el legislador civil puede sancionar cualquier conducta, en tanto que el legislador penal tiene limitada su facultad sancionatoria, únicamente a aquellas conductas que no hayan sido previamente sometidas a sanción civil. Queda abierta la posibilidad lógica de que un delito tenga todos y cada uno de los elementos que caracterizan a un ilícito civil, pero necesariamente deberá reunir otro u otros elementos que permiten y justifiquen su calificación como ilícito penal, so pena de violar la norma constitucional.

Si ahora teniendo presentes los principios establecidos, volvemos nuestra atención al Código Penal, encontraremos en él algunos delitos cuya tipificación parece violar la norma constitucional en estudio. Así por ejemplo: conforme al artículo 2516 del Código Civil, el depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquel le confía y a guardarla para restituirla cuando le pida el depositante. Luego entonces, si requerido formalmente por quien tenga derecho a ello, el depositario no devuelve la cosa objeto del depósito, estamos ante un incumplimiento contractual, sancionado por el Código Civil, en los términos del artículo 1949, que concede al perjudicado el derecho de exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. Ahora bien, el Código Penal (Art. 384) reputa como abuso de confianza, y sanciona con penas de prisión y multa, la ilegítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que esta disponga de la misma conforme a la ley. Los ilícitos civil y penal que hemos descrito

tiene los mismos elementos, y el tipo penal no contiene elementos adicionales que permiten distinguirlo del mero incumplimiento contractual.

Sentadas las premisas anteriores, nuestra labor debe ser, ahora, analizar aquella institución del Derecho Civil que resulta más cercana al delito de fraude, a fin de precisar cuáles son los elementos del tipo penal que permiten en esta materia, establecer su autonomía, señalar los límites y diferencias e impedir que se pretenda que, al sancionar un fraude contractual, estamos violando la prohibición de la prisión por deudas.

El Código Civil, en su libro cuarto, dedicado a las obligaciones, contiene un capítulo I, consagrado a los contratos, y en él reserva los artículos 1812 a 1823 a los vicios del consentimiento. Afirma el artículo 1815 que se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. Agrega el artículo 1812 que el consentimiento no es válido si ha sido sorprendido por dolo, luego entonces, concluye el artículo 1816 el dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato, si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

Son evidentes los elementos comunes a ambos ilícitos. El engaño, típico fraude, en nada se distingue de la sugestión o artificio que requiere el Código Civil, y ambos deben ser empleados para producir en el engaño un estado subjetivo de error. Y la

conducta omisiva a la que se refiere el Código Civil, y ambos deben ser empleados para producir en el engaño un estado subjetivo de error. Y la conducta omisiva a la que se refiere el Código Penal como aprovechamiento del error en que se halla la víctima, se corresponde con el concepto del error en que se halla la víctima, se corresponde con el concepto civil de mala fe como disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. El necesario acto de disposición es, precisamente, el contrato que el Derecho Civil declara nulo.

La diferencia entre ambas figuras a estudio la señala el tipo de penal al afirmar que el activo debe hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido, requisito que no encuentra equivalencia en la Legislación Civil. El Fraude pues, es un delito destinado a proteger al patrimonio ajeno, en tanto que el Código Civil al configurar el dolo como vicio de consentimiento, pretende asegurar y garantizar la libre manifestación de la voluntad en la formación de los contratos. De donde resulta que todo contrato fraudulento es simultáneamente un contrato nulo, a los ojos de la Ley Civil; más no todo contrato nulo, por haber una de las partes, manifestado su consentimiento por error, será típico en términos del Derecho Penal.

El examen de perjuicio patrimonial en el seno del fraude contractual cobra si, un valor esencial en nuestro estudio. La ausencia del mismo no se óbice para impugnar el contrato por nulidad, pero será un escollo insalvable para afirmar el delito de fraude. Es menester, ante todo tener en cuenta que la conclusión de un contrato no deseado implica pese la existencia de perjuicio patrimonial. Es decir, el consentimiento

contractual puede estar viciado por dolo y sin embargo, no sufrir el patrimonio del engañado ningún detrimento económico. Aún probado que el sujeto no hubiera adquirido la cosa sin la previa maquinación engañosa, no podremos afirmar todavía el delito. Y ello porque como sabemos, la estafa se configura como delito contra el patrimonio, y hasta el momento lo único existente es un ataque a la libertad de contratación, o más correctamente, a la libre formación de la voluntad contractual. Sólo cuando exista un desequilibrio económico entre prestación y contraprestación, podrá afirmar además del ataque a la buena fe contractual, la lesión del patrimonio ajeno, y entonces supuestos el resto de los elementos típicos, el delito de fraude.²³

Para que se tipifique el fraude contractual es necesario, como en cualquier otro caso, que estén presentes todos y cada uno de los elementos que configuran este delito. Por ello, es éste un supuesto que, en cuanto a su construcción dogmática, no difiere un ápice del resto de las modalidades posibles. La característica que lo hace individualizarse es la utilización de una relación contractual en el desarrollo de su dinámica comisiva. Se trata por tanto, de una conducta engañosa dirigida a captar maliciosamente el consentimiento de la otra parte contratante, de tal modo que resulte perjudicial para su patrimonio. Bien porque existe ya un desequilibrio enmascarado del valor de las prestaciones, bien por el inicial propósito de incumplimiento que alberga la voluntad del estafador²⁴.

²³ Valle Muñiz. El delito de Estafa, p. 240-241

²⁴ Valle Muñiz. El delito de Estafa, p. 238

No obstante, no debemos terminar este tema sin subrayar que en el fraude contractual, tanto el engaño como el dolo activo, imperativamente, ser anteriores a la celebración del contrato. El olvido de este requisito sine qua non nos llevaría a sancionar, equivocadamente como fraude, las maniobras o los engaños a los que recurre un deudor que, a posteriori, no quiere o no puede cumplir con las obligaciones contraídas.

• EL ENGAÑO

El fraude es un delito de disminución de interés patrimoniales. La disposición patrimonial afectada por el engaño deberá producir un perjuicio en su propio patrimonio o en el de un tercero, y correlativamente un provecho en el patrimonio del engañador o en el de otra persona.

Este perjuicio ha de ser una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo del delito. Estamos por tanto, ante un delito de resultado. Y dentro de esta categoría, entre los de resultado material, pues su perfección exige la efectiva lesión del bien jurídico tutelado y no solamente su puesta en peligro.

Conforme al DICCIONARIO DE LENGUA ESPAÑOLA, lucro es la ganancia o aprovechamiento que se saca de una cosa. Lucramos cuando adquirimos una cosa, un bien o un derecho, valuable en dinero, gratuitamente o por un precio inferior al que en

el caso concreto le corresponde en el mercado. Todo patrimonio de la víctima está, abierto a la ilícita conducta del defraudador.

Por otra parte, debemos entender por cosa cualquier objeto material susceptible de apropiación. Esa cosa debe tener un valor económico, debe ser estimable en dinero, pues el Código hace depender la punibilidad del valor defraudado. Entendidos así, los conceptos de lucro y cosa, la segunda nos parece una especie del primero como género y, en consecuencia su mención en el tipo resulta inútil y redundante. Toda cosa que obtenga el delincuente constituirá un lucro, es decir, una ganancia o provecho patrimonial. Luego entonces, nada perdería el tipo si elimináramos la mención de la cosa.

Hay lucro y hay perjuicio patrimonial, aún si el perjudicado dio la cosa gratuitamente, y sin esperar contraprestación, como es el caso de las donaciones realizadas por móviles de caridad o beneficencia, si el donador fue inducido a error por el defraudador, quien destina el producto a su propio peculio, y no a las mentidas obras benéficas, pues no cabe duda que el donador se hubiera abstenido de su donativo si hubiera conocido la verdad.

Tanto el artículo 386 del Código Penal, que tipifica el fraude genérico, como el 387, que tipifica los fraudes especiales y los espurios, se encuentran ubicados en el capítulo III del título vigesimosegundo del libro segundo del Código. Ese título se

denomina "Delitos en contra de las personas en su patrimonio". Es pues, el patrimonio el bien jurídico tutelado por el delito de fraude.

Los autores de Derecho Civil definen al patrimonio como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria que constituyen una universalidad de derecho. Esto es, el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, derechos y además, por obligaciones y cargas, pero es un requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de valoración pecuniaria.

El Derecho Penal dice: no puede hacer objeto de un delito patrimonial a cosas u objetos desprovistos de valor económico.

• LA VALORACIÓN DEL LUCRO

El artículo 386 del Código Penal establece una relación directa entre el valor de lo defraudado y la gravedad de la pena aplicable. Luego entonces, el perjuicio patrimonial que sufre la víctima del fraude y el correspondiente lucro obtenido por el activo, deben ser susceptibles de valoración económica.

Dicha valoración debe ser referida a la situación existente en el momento de cometerse el delito. Ello viene impuesto por el artículo 369 bis del Código Penal, conforme al cual, para establecer la cuantía que corresponda a los delitos patrimoniales, se tomará en consideración el salario mínimo general vigente en el momento y en el lugar que se cometió el delito.

El monto daño patrimonial debe establecerse de conformidad con un criterio objetivo. Carece de trascendencia el valor que el perjudicado, subjetivamente le atribuye el perjuicio sufrido. Si el bien obtenido por el engañador carece de valor intrínseco, si por su naturaleza no fuera posible fijar su valor, deberemos concluir que la conducta no es sancionable a título de fraude, pues a diferencia de lo que establece el párrafo primero del artículo 371 en relación al robo, el Código tiene precepto alguno que sancione la defraudación de bienes que carezcan de valor pecuniario. Para la tipificación del fraude, los valores de afección no forman parte del patrimonio.

No obstante, el caso de los contratos bilaterales, la doctrina ha demostrado una tendencia a subjetivizar el perjuicio, pues se ha preguntado si estamos ante un fraude en los casos en que una de las partes recibe una prestación que no le reporta utilidad, que no satisface sus intereses ni se adecua a sus necesidades. Así, Antón Oneca, si bien afirma que la valoración de la disminución patrimonial ha de hacerse en primer término en un plano objetivo, estimando la cuantía según medidas generales, no según la opinión del sujeto pasivo, agrega que esto no quiere decir que carezca de significación el momento objetivo. "En un segundo término han de tenerse presentes en

efecto, las circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y fines del engaño. Quien creyendo suscribirse a una revista de su especialidad, resulta inducido a error por el agente, que ha pagado la suscripción de otra nada interesante para él.; este ha quedado perjudicado, aunque las cosas obtenidas sean de igual valor que las contratadas". Con el mismo criterio, Jiménez Huerta afirma: "pues no se debe perder de vista que no toda prestación que objetivamente tiene cierto valor puede considerarse útil para el que la recibe...". Una consideración individual, que no debe confundirse con las puramente subjetivas, ha de entrar en el juego, en la determinación patrimonial, pues la mayor parte de los objetos no tienen un igual valor para los hombres.

• LA ILICITUD DEL LUCRO

El artículo 386 exige que, como consecuencia del engaño o del aprovechamiento del error, el activo se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido. Pavón Vasconcelos señala con razón que ambos términos son completamente innecesarios, pues los dos califican de antijurídico el resultado, siendo que la antijuricidad es esencia de todo delito, sin necesidad de que la ley lo declare expresamente en su texto. La afirmación de que una conducta es antijurídica es un juicio valorativo que le califica de contraria con los fines de Derecho. La conducta del defraudador es antijurídica si, siendo típica no esta protegida por una causa de justificación.

En relación con la antijuricidad del lucro, la doctrina se ha preguntado si es posible el fraude en actos ilícitos, es decir, si es víctima de fraude quien mediante engaños, paga por la mentida comisión de un delito. Tal sería el caso de quien recibe una bebida inocua, en lugar del abortivo o del poderosos veneno que creía adquirir, de quien recibe una máquina inservible para el ofrecido fin de falsificar billetes de banco o en fin, de quien paga a quien mentirosamente se afirma sicario y promete matar a sus enemigos. Todas estas hipótesis nos recuerdan que si la víctima del fraude es más astuta que su estafador, con frecuencia ambos obedecen a motivaciones igualmente reprochables. Es todavía pertinente mencionar que el fraude en negocio ilícito, solo en muy contadas ocasiones llega al conocimiento de los tribunales, pues la conducta antijurídica de la víctima es la mejor garantía de impunidad para el estafador.

Carrará afirma que en esos casos no hay fraude, pues si la víctima del delito es más despreciable que el que la engaña, la sanción penal no debe prostituirse para protegerla²⁵. Concuera Maggiore que en esos casos no debe hablarse de estafa, pues: cuando dos personas se ponen de acuerdo para violar el ordenamiento jurídico, este no puede amparar a ninguna de las dos, no ya por que "dos delitos iguales se destruyen por mutua compensación", sino porque el Estado protege al que observa el ordenamiento jurídico, no al que lo lesiona. En particular, el patrimonio privado es defendido mientras se hace de él un uso conforme al derecho, no contra el derecho. Por otra parte, si no hay estafa sin ilegitimidad del daño, no puede llamarse ilegítimo el

²⁵ Carrará. Programa de Derecho Criminal, IV, p. 429

daño del que tratándose de una cosa ilícita, acepta espontáneamente el riesgo que puede provenirle de la irrealización del negocio ilícito. Y no puede llamarse ilegítimo el provecho cuando el daño no es en contra ius (antijurídico)²⁶.

Actualmente, la mayoría de la doctrina es de opinión que si puede cometerse fraude en los actos ilícitos, Tesis en cuyo favor se argumenta: Si bien es cierto que el hecho objeto del contrato lícito, y que es ilícito si es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (Código Civil, artículo 1827 y 1830), y por consiguiente quien efectúa una prestación en el seno de un negocio con causa ilícita no tiene un derecho jurídicamente reconocido a la contraprestación, también es cierto que el Derecho Penal no tiene como fin la protección de los derechos privados, ni garantizar el cumplimiento de los contratos, sino garantizar los intereses colectivos ante el defraudador, así la víctima sea tan execrable como aquel. Que la ilicitud del contrato no hace desaparecer la antijuricidad penal del hecho, a condición desde luego, que este reúna todos los elementos de un fraude: el estafador por medio del engaño, obtiene un lucro típico que no está amparado por ninguna causa de justificación, el esfuerzo doctrinal por encontrar una causa de justificación ad hoc no resiste la crítica, razón por la cual aquel que obtuvo el lucro debe sufrir la pena de fraude.

²⁶ Maggiore. Derecho Penal, V, p. 133

Muchos autores afirman en forma general y sin distinción que la conducta no es antijurídica, y que no hay fraude cuando el activo, mediante engaños obtiene la entrega de un bien del que es propietario. Para Cuello Calón "El delito desaparecería por ausencia de antijuricidad cuando el lucro obtenido por el agente, aún alcanzado por medios engañosos, sea objetivamente legítimo, como en el caso del que empleare maniobras fraudulentas para entrar en posesión de la cosa propia"²⁷. Concuere enfáticamente Maggiore diciendo: "No es concebible la estafa del propietario, como tampoco lo es el hurto del propietario sobre la cosa propia. En efecto, la estafa es un atentado ajeno, aunque se realiza como medios distintos del hurto"²⁸. Si afirmamos en cambio, correctamente que los bienes jurídicos protegidos por el fraude son todos aquellos que integran el patrimonio, y no únicamente la propiedad, entenderemos que comete fraude quien obtiene la posesión de un bien del cual es propietario si, al obtenerla lesiona algún derecho real que otro tenga sobre la cosa. Así, comete el fraude el propietario que priva de la posesión al usufructuario, al arrendatario, al acreedor prendario, etc., porque por medio del engaño, causa un acto de disposición patrimonial lesivo al patrimonio de aquel que gozaba de la posesión del bien. En cambio, no hay fraude cuando se recupera mediante engaños: del ladrón, lo robado; del depositario gratuito, lo depositado; del bien dado en comandato, si para su devolución no se ha estipulado término, etc. En los casos citados y en todos los casos semejantes que pudiesen presentarse, encuentra aplicación la regla conforme a la cual

²⁷ Cuello Calón. Derecho Penal, Tomo II, Vol. Seg., p. 919

²⁸ Maggiore. Derecho Penal, V, p.131

no comete fraude quien recupera la cosa propia mediante engaño, a condición de que no lesione los derechos patrimoniales que sobre esa cosa pueda tener un tercero.

El acreedor que mediante engaños logra que su deudor le entregue la cosa debida (la propia cosa, en las obligaciones específicas, la cantidad de dinero equivalente, en las pecuniarias), está amparado por una causa de justificación. Y compartimos las razones de justicia material que algunos autores utilizan para la defensa de esa tesis, invocando las consecuencias insatisfactorias que la tesis contraria acarrearía. Así (refiriéndose al delito de hurto e invocando la legislación española) Rodríguez Devesa advierte que de admitirse la existencia de un delito patrimonial, resultaría que cuando el acreedor se apoderase de una cosa mueble perteneciente a su deudor, para hacerse pago con ella, sería castigado con una simple multa si utiliza violencia o intimidación y con graves penas de presidio si no median violencia o intimidación²⁹.

• EL NEXO CAUSAL

Si conforme al artículo 386, comete el delito de fraude el que engañado a uno alcanza un lucro indebido, resulta evidente que debe haber una cierta relación entre los términos "engaño" y "lucro", y que cuando esa relación no se dé, no se dará el fraude. Para determinar cual pueda ser esa relación, la doctrina inicialmente estudió la

²⁹ Rodríguez Devesa, El Hurto Propio, p. 185-186

idoneidad del engaño para producir el error, que a su vez daría lugar al acto de disposición, que finalmente produciría el lucro, posteriormente abandonado el concepto de idoneidad del engaño, los autores se han ocupado de estudiar el nexo causal que une a los elementos del fraude.

El nexo causal es la relación que media entre la conducta del hombre y el resultado que esa conducta produce en el mundo material, y que hace posible afirmar que ese resultado es efecto del que la conducta es causa.

En el caso del fraude, nos encontramos ante una verdadera cadena causal, pues el engaño (conducta) es causa del error y este a su vez, es causa del acto de disposición (resultado-materia). De donde resulta que el error reviste una doble naturaleza, puesto que es efecto del engaño y causa del acto de disposición. Algunos autores agregan un eslabón más a la cadena, pues consideran que el acto de disposición patrimonial es causa del perjuicio patrimonial que sufre la víctima, y del correspondiente lucro del activo. Pero quizá sea más correcto afirmar que el resultado jurídico del delito, expresando en el binomio perjuicio del pasivo/lucro del activo, es tan sólo una valoración de las consecuencias que el acto de disposición tiene en el mundo jurídico.

Si el error no es efecto del engaño, o bien si el error no es causa del acto de disposición, se ha roto la cadena causal, y no estaremos ante el fraude. Al respecto, la doctrina es unánime.

Para Pavón Vasconcelos, el problema del nexo causal en el fraude encuentra solución aplicando la teoría generalizadora de la *conditio sine qua non* (equivalente de las condiciones), creada pro Von Buri, única que en su concepto dice: causa es la suma de todas las condiciones positivas o negativas que ocurren a producir el resultado. Imaginemos una cadena de hierro y pensemos que cada eslabón constituye una condición causal, si para la teoría de la equivalencia causa es la suma de todas las condiciones, la causa es la suma de todas las condiciones, la causa de la cadena será el conjunto de los eslabones que la forma³⁰.

Temporalmente, la causa es anterior al efecto. Luego entonces, el engaño necesariamente debe ser previo al error, pues de lo contrario no podría ser causa. A su vez y por la misma razón, el error debe preceder al acto de disposición: al respecto la Doctrina es unánime: para Antón Oneca "El error ha de determinar el acto de disposición causante del perjuicio, de donde se deduce la presencia necesaria de aquél. Si el disponente hizo su prestación con libre voluntad, no viciada por error, y la conducta engañosa del agente es posterior, encaminada a apropiarse la cosa o a ocultar su apropiación, no habrá estafa, sino apropiación indebida"³¹; Barrera Domínguez opina que "Obviamente, el error debe preceder al daño económico sufrido por la víctima"³²; Bustos opina que "El engaño de la estafa ha de ser anterior al error y

³⁰ Pavón Vasconcelos. *La Causalidad en el Delito*, p. 43

³¹ Antón Oneca. *Estafa*, p. 65

³² Barrera Domínguez. *Delitos Contra el Patrimonio Económico*, p. 243

a la disposición patrimonial, de modo que ésta se produce antes del engaño tampoco habrá estafa³³; coincide Maggiore afirmando que "Del mismo principio de causalidad antes mencionado se desprende que la inducción a error debe ser anterior a la entrega de la cosa, de parte del paciente³⁴"; citemos por último a Romero, para quien "Es evidente que si el engaño es posterior a la prestación con libre voluntad efectuada por la víctima, es totalmente irrelevante para configurar el tipo de la estafa³⁵".

• LA PUNABILIDAD

El fraude es sancionado por nuestra ley penal con personas cuya gravedad aumenta en relación con la mayor cuantía del daño patrimonial sufrido por la víctima. Los límites que determinan los escalones de la pena se fijaban mediante la mención de diversas cantidades de pesos. Por decreto publicado en el Diario Oficial del 29 de diciembre de 1981, con fe de erratas del 13 de enero de 1982 y fe de erratas de la fe de erratas del 15 de enero de 1982, se modificó este sistema para adoptar la referencia a múltiplos del salario mínimo.

Como resultado de la reforma mencionada, el delito de fraude se castiga con las penas siguientes:

³³ Bustos, Manual de Derecho Penal, p. 227

³⁴ Maggiore. Derecho Penal, V, p. 129

³⁵ Romero. Los elementos del Tipo de Estafa.

1. Con prisión de tres días a seis meses o de treinta a ciento ochenta días, multa cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario.

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

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

Por decreto del 21 de diciembre de 1991, publicado en el Diario oficial del 30 de diciembre de 1991, en vigor al día siguiente de su publicación, se reformó entre otros, el artículo 399 bis del Código Penal, para disponer que: "Se perseguirán por querrela los delitos previstos en los artículos 380 y 382 a 399, salvo el artículo 390 y los casos a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 395". En consecuencia, el fraude se persigue siempre a petición de parte, tanto el fraude genérico tipificado en el artículo 386, como los tipos establecidos en los artículos 387, 388, 389 y 389 bis. Culmina así la orientación que había manifestado, desde hace años, la política criminal mexicana, en el sentido de que los delitos patrimoniales sean perseguibles por querrela y no de oficio, pues el interés social desea obtener la reparación del daño, con preferencia al castigo.

• EL ITER CRIMINIS

Desde el momento que surge el crimen en la mente de un individuo hasta aquél otro en que el delito se consuma, material y jurídicamente recorre un camino: el iter criminis, el camino de delito. Vamos a estudiar en relación al fraude, dos momentos del iter criminis: la tentativa y la consumación.

a) La tentativa

Tentativa es la ejecución incompleta de un delito. Es un momento de la vida de un delito que se ubica a partir de que hay un principio de ejecución y hasta antes de la consumación. En el fraude, se pueden presentar la tentativa inacabada, la acabada o frustración, la tentativa imposible o delito imposible y el desistimiento.

El principio de ejecución, determinante de la tentativa, se presenta en el fraude con el empleo de los medios engañosos, encaminados a llevar el error al pasivo, con ánimo de lucro o bien, en el tipo de aprovechamiento del error, con la omisión de la conducta que debería evitar el error del pasivo. Existe tentativa punible, en los términos del artículo 12 del Código Penal, tanto en la hipótesis de tentativa inacabada, en la cual se da un comienzo de ejecución, como en el caso de la tentativa acabada, en la cual el defraudador agota integralmente el proceso ejecutivo, sin que en ambos casos, llegue a obtener lucro, por causas ajenas a su voluntad. Para imponer la pena, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que hubiere llegado en la ejecución del delito.

En cambio, y siempre en los términos del artículo 12, si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponde por actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos, delitos.

Por último, estaremos ante una tentativa imposible dado un principio de ejecución, o una total ejecución con ánimo de lucro, no se consume el fraude por falta del bien jurídico, del objeto material o porque los medios son idóneos. Cabrían pues, en esta hipótesis, los casos en que el activo intentará engañar a un individuo acerca de hechos que él conoce perfectamente, o bien, creyendo erróneamente que Primus puede disponer de una joya, lo engañara para lograr que se la entregue o creyendo que miente dijera la verdad. La tentativa imposible no pone en peligro el bien jurídico protegido y en consecuencia, no debe ser sancionada.

b) La consumación

El delito se consume cuando se encuentran reunidos todos sus elementos. Para determinar el momento en que se consume el fraude, debemos imperativamente, atender al texto de la ley.

El texto del artículo 386 del Código Penal Mexicano impone la conclusión de que el fraude se consume en el instante mismo en que el defraudador alcanza un

lucro indebido. Luego entonces, todo fraude quedará en grado de tentativa hasta en tanto el activo no haya obtenido ese enriquecimiento patrimonial.

Siendo el Fraude un delito de desplazamiento patrimonial, parecería inútil discutir si la consumación se produce cuando la víctima sufre el perjuicio patrimonial o cuando el estafador se enriquece, pues ambos momentos normalmente, son simultáneos y ocurren coincidentemente al pasar las cosas o los derechos de uno a otro patrimonio. No obstante, pueden plantarse hipotéticamente, casos en que ello no ocurre así, por ejemplo: si los bienes remitidos por el disponente, por cualquier cosa no llegan a manos del defraudador, o bien si Primus hace creer a Secundus, con engaños, que un bien de la propiedad de éste último no tiene ningún valor, a fin de que se lo venda a vil precio, pero Secundus engañado, en vez de vender el bien lo destruye; en ambos ejemplos hay perjuicio patrimonial, pero el defraudador no ha obtenido lucro alguno. En consecuencia, y conforme al Derecho mexicano, en ambos casos habrá tentativa de fraude, pero no fraude consumado. O sea -como dice Manzini³⁶- si el provecho constitutivo de la estafa debe producir un daño respectivo, en cambio, el daño sufrido por el sujeto pasivo no implica necesariamente un provecho obtenido por el agente. La posible existencia de casos en los que se lesiona el patrimonio de la víctima, sin que el activo obtenga un lucro, ha llevado a Righi a criticar el sistema adoptado por nuestros códigos, conforme al

³⁶ Antón Oneca. Estafa, p. 86

cual debemos considerar como tentativas casos en los que el bien jurídico que se ha querido proteger haya sido lesionado³⁷.

Una vez que el defraudador obtiene un lucro, el fraude está consumado. Carece de trascendencia el uso que dé el defraudador a los bienes o derechos obtenidos, puede incluso donarlos a terceros, pues ciertamente obtuvo una ventaja económica al aumentar su capacidad patrimonial para esos fines. El ejemplo de quien engaña al seguro para dejar una elevada suma de dinero a sus herederos, no demuestra que el fraude existe aún cuando el lucro es para otros que no son el delincuente. Tampoco impide la consumación el hecho de que el activo no logre las finalidades personales que lo impulsaron a delinquir, tales como realizar un viaje o adquirir un determinado bien con el producto del delito. Por último, en nada obsta a la consumación el hecho de que la víctima recupere el bien del que fue desposeída mediante engaños o sea indemnizada por su pérdida patrimonial, bien sea porque logre desposeer al defraudador, bien porque éste voluntariamente devuelva el objeto, pague el daño o convenga los términos en que reparará el daño causado.

Disputa la doctrina respecto al momento en que se consuma el fraude contractual. Carrará, Ranieri, Rocco, Pettenati Spizuoco, Cortese y Oliva García, sostiene la tesis que estimamos correcta, saber que el fraude se consuma en el instante mismo que se celebra el contrato, pues la disposición de un derecho o la

³⁷ Righi. Fraude, p. 81-85

asunción de una obligación resulta suficiente para lesionar el bien jurídico tutelado y para producir el ilícito lucro del activo. Existe ya el perjuicio en el momento de la perfección del contrato en que se contrae la obligación de dar o hacer³⁸. Valle Muñiz en cambio, sostiene que la celebración del contrato implica apenas, un riesgo, un peligro, para el patrimonio del pasivo, y que la efectiva lesión ocurrirá cuando la víctima de efectivo cumplimiento a las obligaciones que le impone el contrato. Hasta entonces, estaremos todavía ante una tentativa³⁹.

B. FRAUDE ESPECIFICO.

• DELITOS TIPIFICADOS POR EL ARTICULO 387 DEL CÓDIGO PENAL.

En materia de fraude, el autor del Código Penal de 1871 tuvo un enorme mérito: por primera vez en la historia del Derecho Penal, elaboró un concepto genérico del fraude, que comprende todas y cada una de las concretas formas que puede revestir este delito. Este logro era de tal manera revolucionario y novedoso que ni siquiera el propio autor del Código se dio cuenta de todas sus consecuencias. La primera de ellas, desde luego era la inutilidad de enumerar específicas conductas fraudulentas, puesto

³⁸ Carrará. Programa de Derecho Criminal, IV, p. 432

³⁹ Valle Muñiz. El delito de Estafa, p. 234-238 y 244

que todas ellas cabrían en la definición genérica. No obstante, el legislador de 1871 conservó diversos fraudes especiales.

En los ciento veinte años transcurridos, los juristas mexicanos no han sido capaces ni de perfeccionar los logros del Código de 1871 ni de eliminar errores. En cuanto a lo primero, apenas podemos señalar que el Código de 1931 eliminó del tipo la exigencia de que el activo obtuviera un lucro "con perjuicio de aquél", refiriéndose al engañado, elemento típico que impedía la consumación del fraude en todas aquellas hipótesis en las que el engañado y el perjudicado son personas distintas. Por lo que hace a lo segundo, lejos de eliminar los fraudes especiales, hemos multiplicado el número. El código de 1931, en la fecha en que entró en vigor, a más del fraude genérico, tipificaba trece fraudes especiales, en las fracciones II a XIII, inclusive, en el artículo 386 y en el artículo 387. A golpes de reformas (Decretos de 1946, 1955, 1968 y 1984), hemos aumentado ese número a veinticuatro, contenidos en los artículos 387, fracciones I a XXI, inclusive 388, 389 y 389 bis. Entre esos tipos hay de todo, lo mismo fraudes especiales que delitos autónomos que ninguna relación guardan con el fraude. A la fecha podemos clasificar los delitos tipificados por el artículo 387 en la siguiente forma:

- a) Son fraudes especiales los tipificados en las fracciones: I, II, III, IV, VII, XI, XII, XIII, XV y XXI. Son pues, meros ejemplos de la conducta sancionada como fraude genérico, y por ello podrían y deberían ser derogados por inútiles. Ni siquiera puede alegarse en favor de su continuada vigencia, que demostrando su autor

una mayor o menor peligrosidad, son tipos de penalidad atenuada o agravada con relación al tipo básico constituido por el fraude genérico, pues a todos ellos, a rajatabla les aplica el Código las mismas penas que el fraude genérico. Subrayaremos además, y como un argumento adicional en favor de la derogación, que los fraudes especiales están subordinados a la figura básica del fraude genérico; luego entonces, para su configuración deben reunirse todos y cada uno de los elementos de éste último. Olvidándolo, se corre el riesgo de tipificar el delito con referencia, únicamente a los elementos mencionados en el tipo especial, sancionando así, con pena de prisión, deudas de carácter puramente civil.

b) Son delitos autónomos en cambio, los tipificados en las fracciones: V, VI, VIII, IX, X, XIV, XVII, XVIII, XIX y XX. Jiménez Huerta los denomina fraudes espurios⁴⁰, denominación que no empleamos, porque las fracciones mencionadas no tipifican formas bastardas o degeneradas del fraude, sino delitos por el completo independientes, cuyos elementos no coinciden con los elementos del fraude, y cuya única relación con este último consiste en que le son aplicables las mismas penas. En términos generales, estas fracciones no son los mejores representantes del talento de los penalistas mexicanos. Digamos ahora tan solo, que algunas de estas fracciones establecen a las claras la prisión por deudas (V y VI); que otras son anacrónicas (IX) o jurídicamente, de imposible aplicación (XVI)

⁴⁰ Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano, IV, 143

y que la mayoría de ellas no ha llegado nunca a conocimiento de los tribunales, lo que demuestra su patente inutilidad. Se justifica únicamente, la conservación de los delitos de usura (VIII) y de simulación (X), como delitos independientes del fraude.

• EL FRAUDE DE ABOGADOS

El artículo 387 del Código Penal, en su fracción I, dispone que se impondrán las penas de fraude: "Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa, ofreciéndose a encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio de un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquella o realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado".

Su origen según González de la Vega⁴¹, se encuentra en una propuesta hecha por los jueces penales dentro de las medidas encaminadas a combatir la inicua explotación económica de los interesados en asuntos judiciales por parte de agentes de negocios o profesionistas sin escrúpulos. Al entrar en vigor el código de 1931, el texto a estudiar mencionaba como único sujeto activo posible, a quien ofrece encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, posteriormente por reforma publicada en el Diario Oficial del 9 de marzo de 1946, se agregó a quien ofrece

⁴¹ González de la Vega. Derecho Penal Mexicano, p. 249-250

encargarse de la dirección o patrocinio de un asunto civil o administrativo. Por lo que hace al sujeto pasivo, resulta serlo quien paga dinero (valores o cualquier otra cosa) como contraprestación por servicios de defensa o de patrocinio que se le ofrecen, y quien no necesariamente es el procesado o litigante en cuyo favor deban prestarse los servicios, pues bien puede tratarse de un tercero que, por cualquier motivo, desea pagar los honorarios.

El especial fraude de abogados debe, necesariamente reunir a más de los elementos específicamente mencionados en la fracción I del artículo 387, los que integran el fraude genérico y entre ellos, indispensablemente el engaño y el previo ánimo de lucro. Ausentes estos elementos nos encontraríamos tan solo ante el incumplimiento de un contrato de servicios profesionales. Sancionar esa conducta como delito violaría la prohibición constitucional de la prisión por deudas.

En opinión de Jiménez Huerta⁴² este fraude específico se caracteriza por las falsas promesas que pone en juego el sujeto activo en las cuales se halla amadrinado el engaño necesario para la estructuración del delito, pues el falaz ofrecimiento del agente sirve de señuelo a la disposición patrimonial de la persona engañada y origina el lucro indebido de aquél.

⁴² Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano, IV, p. 180

• EL FRAUDE POR DISPOSICIÓN INDEBIDA.

Conforme al tipo, la conducta del activo consiste en enajenar alguna cosa, o en arrendarla, hipotecarla, empeñarla o gravarla de cualquier otro modo, con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella en esa forma. Procede pues, el defraudador dolosamente. Engaña a su víctima haciéndole creer falsamente que adquiere determinados derechos reales (de propiedad o de garantía) o personales (de uso), cuando en realidad el activo carece de facultades para transmitirle tales derechos. Es pues, necesario que coincidan la mala fe del activo con la buena fe del pasivo. Por ello, no habrá fraude cuando el primero, al disponer de la cosa, cree tener facultades para hacerlo, ni tampoco estaremos en presencia de este delito si el pasivo no es víctima de error, pues tiene conocimiento de que el activo carece de facultades para disponer de la cosa.

El error del pasivo debe llevarlo a tomar un acto de disposición patrimonial que resulta en beneficio del defraudador. A ese enriquecimiento se refiere la fracción a estudio cuando afirma que el activo debe haber "recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente", redacción poco técnica y reiterativa, que denuncia los vetustos orígenes del texto legal y que podría ser substituida, con ventaja, por la simple referencia a la obtención de un lucro. La víctima del perjuicio es aquella persona de cuyo patrimonio salieron los bienes o derechos que constituyen el lucro del activo, pues pierde el precio o la renta pagada al falso dueño, o el préstamo garantizado con la hipoteca o prenda de la cosa ajena o gravada. El

propietario de la cosa de la que indebidamente se dispone el defraudador no sufre perjuicio que pueda ser directamente relacionado con sufre perjuicio que pueda ser directamente relacionado con la conducta del defraudador. Cualquier perjuicio que pueda sufrir el propietario resulta ser consecuencia de aquellas conductas mediante las cuales el activo obtuvo la cosa, o se encontró la posibilidad de disponer de ella, y que constituirán, según el caso, un autónomo delito de robo, de abuso de confianza o de fraude.

El defraudador enajena alguna cosa, con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, cuando vende, permuta, aporta o en cualquier otra forma conviene en transmitir el dominio de un bien ajeno. También se consuma el delito a estudio cuando el activo enajena la totalidad de un bien que solo parcialmente le pertenece, pues se encuentra sometido al régimen de copropiedad o al de condominio. A mayor abundamiento el delito se realiza si quien enajena tiene apenas una expectativa de convertirse en propietario, pues tiene, únicamente derechos hereditarios sobre el bien. Nuestros tribunales han resuelto que también comete el delito quien enajena bienes que previamente había gravado, o quien enajena bienes inmuebles sometidos a reserva de dominio. En el caso de bienes pertenecientes a una sociedad conyugal, debemos recordar que éste sólo produce efectos contra terceros si esta inscrita en el Registro Público (Código Civil, artículos 186 y 3007), luego entonces: quien adquiere un inmueble de quien aparece inscrito en el Registro Público como propietario, no puede verse oponer la sociedad conyugal no inscrita, ni puede en consecuencia ser víctima del fraude por disposición indebida. Sin hacer mención

expresa a la problemática de la inscripción registral, nuestros tribunales han resuelto, en algunos casos, que la enajenación, por uno de los cónyuges, de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, constituye el delito a estudio y en otros que no hay delito. Quien celebra un contrato de promesa de compraventa no enajena, tan solo asume la obligación de celebrar un contrato futuro (Código Civil, artículo 2243), luego entonces, aún cuando sea ajena la cosa objeto del contrato, no comete delito de fraude.

No comete fraude por disposición indebida quien señala para su embargo bienes que no le pertenecen, pues como consecuencia de tal señalamiento, no obtiene lucro alguno. Nuestros tribunales han compartido este criterio en alguna ejecutoria, pero lo han abandonado en otra.

En las hipótesis de enajenación, el adquirente resulta defraudado en le precio pagado, bien sea porque no recibe la cosa o porque ésta es reivindicada por su propietario. Luego entonces, no hay delito en todos los casos en que sea inadmisibile la reivindicación. Si lo vendido es un inmueble, el pago del precio significa siempre un perjuicio para el comprador de buena fe, porque no adquiere el dominio de la cosa (Código Civil, artículos 2269 y 2270), que puede ser reivindicada por su dueño (Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federa, artículo 4º). El perjuicio no queda excluido por el hecho de que el dueño no haya ejercido todavía su derecho, por el hecho de que el dueño no haya ejercido todavía su derecho, porque el comprador pagó el precio para adquirir un derecho que no adquirió, pues la posesión del inmueble no

es equivalente a su dominio. En el caso de bienes inmuebles, no procede la reivindicación, y en consecuencia, no hay lesión patrimonial ni fraude, en las siguientes hipótesis:

- a) Si lo enajenado son títulos al portador (artículos 800 del código Civil y 73 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito);
- b) Si lo enajenado son títulos nominativos cuyo tenedor justifica su derecho en los términos de los artículos 38 y 43 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues en ese caso, no puede ser obligado a devolverlo, ni a restituir las sumas que hubiese recibido por su cobro o negociación, y
- c) Si lo enajenado fuere una cosa mueble perdida o robada que un tercero de buena fe adquirió en almoneda o de un comerciante que un mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, caso en el cual el poseedor originario sólo podrá recuperar la cosa si reembolsa al adquirente el precio que hubiere pagado por ella.

• **EL FRAUDE POR MEDIO DE TÍTULOS DE CRÉDITO.**

El artículo 387 del Código Penal, en su fracción III, dispone que se impondrán las penas del fraude: "al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándosele o endosándosele a nombre propio o de otro, un documento

nominativo, a la orden o al portador, contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle*.

Estamos ante un fraude especial, que reúne todos los elementos del fraude genérico, y que podría ser sancionado como tal, aún si no estuviese expresamente tipificado. La conducta típica consiste en otorgar o endosar a nombre propio o de otro, documentos normativos, a la orden o al portador, y el engaño consiste en que quien otorga o endosa los documentos tiene doloso conocimiento de que lo hace contra una persona supuesta o que no ha de pagarlos, circunstancias que el pasivo ignora. Como en todo fraude contractual, es necesario que defraudador actúe con dolo previo, y por ello con anterioridad al otorgamiento o endoso de los documentos debe tener conocimiento de que estos no serán pagados, pues el obligado no existe, es insolvente o por cualquier razón puede negarse a cumplir la obligación. Si no se satisface este indispensable requisito previo, cualquier causa posterior que tenga por consecuencia el impago constituirá un incumplimiento contractual no delictuoso.

El tomador de los documentos, creyendo erróneamente que representa un valor negociable, realiza por esta causa un acto de disposición patrimonial que consiste en entregarle al activo una cantidad de dinero o cualquier otro bien. En esta forma el defraudador obtiene el lucro que perseguía y que es el elemento esencial del delito.

• EL FRAUDE CONTRA ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.

La fracción IV del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las penas de fraude: "Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no porque el importe".

Esta norma se refiere a todos aquellos establecimientos comerciales que proporcionan a su clientela servicios o mercancías que ésta consume de inmediato, y que paga acto continuo al contado. Tal es el caso de los restaurantes, bares, clubes nocturnos, peluquerías, hoteles, fondas, cantinas y establecimientos similares. Es sujeto activo del delito quien sabiendo que no dispone de medios suficientes para pagar, se hace servir en restaurantes, o se aloja en hoteles y no paga el consumo efectuado o el servicio recibido, aprovechándose de la circunstancia de tratarse de bienes y servicios que, habitualmente se cobran después de consumirse.

Tanto la doctrina alemana como la italiana, como la nacional asimilar esta especial defraudación al fraude genérico, pues reúne todos sus elementos. En efecto, la simple solicitud de la mercancía o del servicio, en los establecimientos a los que se refiere el tipo, implica el tácito ofrecimiento del pago inmediato, ello unido al doloso y silenciado conocimiento que tiene el activo de que no pagará y que será físicamente imposible forzarlo a devolver la mercancía que consumió o el servicio que usó, nos lleva a concluir que el activo engaño y obtuvo un lucro indebido. Luego entonces, ausente cualquiera de los elementos del fraude genérico, no se tipifica el fraude

especial a estudio, ese será el caso por ejemplo, si la que no habrá ni engaño ni lucro indebido, y sí. únicamente un civil.

• **EL INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR.**

La fracción V del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude "Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado y rehuse, después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor lo exigiere primero dentro de quince días de haber recibido la cosa del comprador".

Dicha fracción no puede, ni debe ser aplicada, por ser violatoria de la prohibición constitucional de la prisión por deudas. En efecto, el estudio del contrato de compraventa a la luz de la Legislación Civil nos permite saber: Que hay compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y dinero (Código Civil, artículo 2248). Que el comprador debe pagar el precio en los términos y plazos convenidos. A falta de convenio lo deberá pagar al contado. La demora en el pago del precio lo constituirá en la obligación de pagar réditos al tipo legal sobre la cantidad que adeude (artículo 2255). Y que la falta de pago del precio da al vendedor derecho para la rescisión del mismo, que implica la devolución de la cosa (artículos 1949 y 2300). La simple comparación de estas normas civiles con la fracción V del artículo 387 del

Código Penal nos lleva a concluir que éste último sanciona como delito la misma conducta que el Código Civil considera un simple incumplimiento contractual.

Es cierto que, hipotéticamente es concebible la existencia de un fraude contractual que revista la forma de compraventa de una cosa mueble. Tal sería el caso si el defraudador, actuando con previo ánimo de lucro, teniendo conocimiento anticipado de que no pagará el precio, hace víctima de maniobras engañosas al vendedor, como consecuencia de las cuales lo hace incurrir en error y lo lleva a tomar un acto de disposición patrimonial consistente en la celebración de un contrato de compraventa de una cosa mueble. Si se prueba la existencia de todos los elementos de esta hipótesis, podremos afirmar que se ha cometido un fraude genérico y sancionarlo como tal. Para tal fin, la fracción V del artículo 387 es inútil, y más de ello, inconstitucional, por cuanto pretende sancionar como delito no sólo aquellos casos excepcionales en que el fraude reviste la forma de compraventa, sino todos y cada uno de los casos de incumplimiento de la obligación de pagar el precio en este contrato.

• EL INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR.

La fracción VI del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: "Al que hubiere vendido una cosa mueble y recibido su precio, si no la entrega dentro de los quince días del plazo convenido o no devuelve el importe en el mismo término, en el caso de que se le exija esto último".

Este tipo no encuentra equivalente en las legislaciones extranjeras, ni tiene antecedentes en los códigos mexicanos de 1871 a 1929. Es apenas en 1946 cuando algún aprendiz de Salomón, tras observar que la fracción V pretende sancionar como delincuente al comprador que no paga el precio, decidió que por equidad, debería de castigarse en igual forma al vendedor que no entrega la cosa.

Esta fracción es inconstitucional, pues conlleva la prisión por deudas y le hacemos la misma crítica que hicimos a la fracción V. Nos satisface constatar que la total inexistencia de ejecutorias relacionadas con ella parece indicar que nunca ha sido aplicada. Resta únicamente derogarla a la brevedad posible, para borrar esta mancha en nuestro Derecho.

• EL FRAUDE POR DOBLE VENTA.

La fracción VII del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: "Al que vende a dos personas la misma cosa, sea mueble o raíz, y recibe el precio de la primera o de la segunda enajenación, de ambas o parte de él, o cualquier otro lucro con perjuicio del primero o del segundo comprador".

Las conductas a las que se refiere este tipo fueron tempranamente identificadas como fraudulentas. Ya el Derecho romano consideraba que quien vendía la cosa ya vendida a otro cometía *stellionatus*.

Si recordamos que, conforme al Código Civil (artículo 2249, 2269 y 2270), por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se han convencido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho, que ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad, y que la venta de cosa ajena es nula, nos veremos llevados a concluir que la víctima de este fraude especial es, siempre el segundo comprador, pues nunca podrá adquirir la propiedad que fue transmitida ya en la primera enajenación. Si esta conclusión fuera correcta, la fracción VII del artículo 387 resultaría inútil, por redundante e innecesaria, "pues es obvio que el que vende a dos personas una misma cosa, conceptualmente ya se encuentra inmerso en la fracción II del propio artículo 387, habida cuenta de que cuando realiza la segunda enajenación de la cosa, lo hace con pleno e inequívoco 'conocimiento' de que no tiene derecho para disponer de ella". Bien puede afirmarse que si suprimimos con nuestro pensamiento esta especie típica, ningún cambio experimenta la casuística del Código".

Pero, si en cambio tomamos en cuenta que el Código Civil (artículos 2264, 2265, y 2266), para el caso de que una misma cosa fuere vendida por el mismo vendedor a diversas personas establece las siguientes reglas:

- a) Si la cosa vendida fuere mueble, prevalecerá la venta primera en fecha; si no fuera posible verificar la prioridad de ésta, prevalecerá la hecha al que se halle en posesión de la cosa, y

b) Si la cosa vendida fuere inmueble, prevalecerá la venta que primero se haya registrado y si ninguna lo ha sido, se observará lo dispuesto en el artículo anterior, entonces veremos claramente que la víctima del fraude no será siempre el segundo comprador, pues también puede serlo el primer comprador en todos aquellos casos en que, conforme a las reglas transcritas, la primera venta no prevalece.

La fracción VII emplea específicamente el verbo "vender", y no el genérico "enajenar", que usa la fracción II, por ello, correctamente nuestros tribunales han resuelto que no se consuma este delito si uno de los contratos es una permuta, pero en cambio han admitido el delito cuando uno de los contratos es de asociación en participación. Por otra parte, han resuelto reiteradamente que, para que en el proceso penal se considere celebrado un contrato de compraventa, no es necesario que se satisfagan los formalismos que el Derecho civil exige para su validez.

• LA USURA.

La fracción VIII del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude; "Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de esta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado".

La usura no es una clase de fraude, sino un delito autónomo que debiera ser tipificado con absoluta independencia del fraude, por cuanto el engaño, elemento esencial de esta último delito, no es necesario para que se configure la usura. El tipo hace referencia a dos elementos fundamentales: las malas condiciones económicas del pasivo y las ventajas usuarias que obtenga el activo. Las referidas malas condiciones económicas ponen a la víctima en un estado de extrema necesidad, la hacen perder toda posibilidad de negociación y la forzan a aceptar las condiciones que al préstamo fija al usurero.

El aprovechamiento, el abuso del usurero, consiste en valerse de la ajena necesidad económica, para exigir beneficios que no guardan relación con lo que da. Señala con razón Jiménez Huera, que el hecho de que el sujeto pasivo tenga una regular e incluso acomodada posición económica no es obstáculo para la configuración del hecho típico, pues también el que posee propiedades, bienes o negocios puede hallarse transitoria u ocasionalmente en "malas condiciones económicas", lo cual acontece siempre que sus ingresos son insuficientes para cubrir sus desordenados gastos o sus muchas necesidades personales, familiares o sociales. Es bien sabido que los usureros no celebran sus tratos o convenios con personas desprovistas de propiedades, vienes o negocios con los que puedan responder⁴³.

⁴³ Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano, IV, p. 209

Establece el tipo que comete delito de usura quien obtiene ventajas usurarias mediante cualesquiera "contratos o convenios". Esta referencia genérica pretende englobar todos los procedimientos de los que se valen esos vampiros sociales que son los usureros para ocultar su ilícita conducta. El más sencillo consiste en exigir que su víctima suscriba títulos de crédito por una cantidad superior a la entregada. Documentos que, posteriormente serán negociados convirtiéndolos en títulos abstractos, cuya causa no puede ser discutida por el deudor. También es usual que el usurero obtenga cheques sin fondos, a fin de poder presionar a su víctima con la amenaza de la cárcel. También es usual que el usurero obtenga cheques sin fondos, a fin de poder presionar a su víctima con la amenaza de la cárcel. También la venta con pacto de retroventa, es decir, aquella en la que el vendedor se reserva derecho de recuperar la cosa mediante el pago de un precio muy superior al de la primera venta, de ordinario encubre un préstamo usurario, razón por la cual ha sido prohibida por el artículo 2302 del código Civil.

En los mencionados "contratos o convenios" deben estipularse "réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado". La ley no se refiere exclusivamente a intereses, sino en forma genérica, a cualquier contrato, puede ser usurario, si en él se pactan prestaciones totalmente desproporcionadas entre sí. Por ello, cometerá el delito de usura quien vende o arrienda a precios exorbitantes.

El Código Penal no fija el monto de los réditos o lucros usurarios, ni podría fijar, a priori, límite alguno, pues el dinero es una mercancía cuyo valor cambia según el

tiempo, el lugar, las personas, los riesgos y en general, según la ley de la oferta y la demanda. Afirma el Código tan solo, que tales réditos o lucros deberán ser "superiores a los usuales en el mercado". Corresponde pues, a los jueces apreciadas todas las circunstancias, establecer cuando el interés debe considerarse usurario, es decir, sine causa, por no tener una contraprestación correspondiente⁴⁴.

La usura se consume, instantáneamente cuando la víctima, aceptando las condiciones impuestas por el delincuente, suscribe los contratos o convenios en los que se estipulan las ventajas usurarias.

• USO DE SUBSTITUTOS DE LA MONEDA LEGAL.

La fracción IX del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: "Al que, para obtener un lucro indebido, ponga en circulación fichas, tarjetas, planchuelas y otros objetos de cualquier materia, como signos convencionales en sustitución de la moneda legal".

Esta fracción encuentra su origen en el artículo 430 del Código Penal de 1871, en donde "prohíbe a los hacendados y a los dueños de fabricas y talleres, dar a los operarios en pago de su salario o jornal, tarjetas, planchuelas de cualquier materia u otra cosa que no corra como moneda en el comercio, bajo la pena de pagar multa el duplo

⁴⁴ Maggiore. Derecho Penal, V, p. 153

de la cantidad a que ascienda la raya de la semana en que se haya hecho el pago de esa manera. Es evidente pues, que esta norma tuvo como finalidad eliminar las tiendas de raya, mediante las cuales los hacendados lucraban con los peones y los esclavizaban. Los gobiernos revolucionarios han logrado esa meta. La fracción IX es hoy un fósil jurídico, que debe ser derogado. Así lo demuestra la inexistencia de ejecutorias referidas a fracción.

Dejemos constancia, únicamente de que el uso de substitutivos de la moneda lega, aquí tipificado como delito, no es una especie de fraude pues ni el activo engaña al pasivo ni éste es víctima de error, ambos, convencionalmente admiten que determinadas "fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquier materia", obteniendo así, el hacendado un lucro indebido que el peón u obrero se ven forzados a permitir por la relación de dependencia económica en que se encuentran.

• LA SIMULACIÓN.

La fracción X del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas de fraude:

- ♦ "Al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial, con perjuicio de otro para obtener cualquier beneficio indebido".

- ◆ Se presumirá el juicio que se siga en contra de un depositario judicial resulte el secuestro de una cosa embargada o depositada con anterioridad, cualquiera que sea la persona contra la cual se siga la acción o juicio:

La fracción a estudio contiene pues, dos tipos delictuosos: la simulación de un contrato y la simulación de un acto o escrito judicial, de los que nos ocuparemos por separado.

• **LA SIMULACIÓN DE UN CONTRATO.**

El Código Penal no nos proporciona un concepto de la simulación. Tenemos pues, que el Código Civil dispone: "Es simulado el acto en que las partes declaran, confiesan falsamente, lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas" y agrega que los actos simulados son nulos. Lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno, lo requerido y lo externo, lo declarado, están en posición consistente. En efecto, las partes no quieren el negocio, quieren solamente hacerlo parecer, y por eso emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico y, al mismo tiempo sirve para provocar una ilusión falaz de su existencia. El fin principal que las partes se proponen al realizar un acto simulado, es el de producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del pasivo para de este modo, frustrar la garantía de los acreedores e impedir su satisfacción. El negocio

simulado es le medio más frecuente y más terrible a que acuden los deudores para hacerse insolventes en apariencia y escapar al cumplimiento de sus obligaciones. Los ejemplos más comunes de simulación de contrato son, los del deudor que, amenazado de una ejecución inminente, simula vender sus bienes a favor de terceras personas que, secretamente, están de acuerdo con él para figurar como adquirentes, cuando en realidad, el enajenante fingido ha de conservar la propiedad de los bienes o bien, simula la contratación de créditos para que sus falsos acreedores se apoderen de sus bienes, en perjuicio de sus acreedores auténticos. Los anteriores no son sino algunos de los múltiples medios de los que se valen los deudores para burlar a sus acreedores.

La jurisprudencia ha afirmado:

- ◆ "La simulación consiste en lo que los otorgantes, de mutuo acuerdo, fijan o aparenten la creación o transferencia de obligaciones o derechos, e implica necesariamente la participación consistente mentirosa de los diversos contratantes, porque es evidente que lo que se finge no son las declaraciones de uno de ellos, sino el contrato mismo".

- ◆ "La simulación de éstos (los contratos)...requiere en la mentira cierta actitud bilateral de las diversas partes".

- ◆ "La simulación, esto es, la conducta artificiosa y falsa en ambas partes".

- ◆ "Un contrato simulado, es decir, que los otorgantes finjan o aparenten la creación o transferencia de derechos, fingimiento que implica la bilateralidad en la materia, por lo que se inventan no solo las declaraciones unilaterales, sino el contrato mismo".

- ◆ "El fraude por simulación a que se refiere el artículo 387, fracción X, del Código Penal, requiere como elemento necesario e indispensable, el acuerdo de voluntades que concurren el otorgamiento del convenio, pero que aparentan convenir una cosa distinta de la que quieren pactar".

A la falsa manifestación de voluntad, que por sí sola constituye la simulación civil, el Código Penal agrega un elemento que al añadirse al tipo, lo saca del terreno de las meras deudas civiles. En efecto, los que simulan un contrato deben actuar "con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido". Debemos entender que tanto ese perjuicio como el mencionado beneficio son de índole patrimonial, pues el tipo a estudio se encuentra ubicado en el título que enumero los delitos cometidos en contra del patrimonio. Y la tutela penal se otorga a todos aquellos que son terceros en relación con el contrato simulado, y no a las partes que lo celebraron.

La simulación contractual es un delito autónomo, y no una especie de fraude, pues no coinciden los elementos de ambos tipos delictuosos. La simulación contractual se consume tan pronto como los simuladores aparentan celebrar el mentido contrato, de cuya falaz apariencia esperan obtener determinadas ventajas patrimoniales. Los

simuladores no entran en el contrato con sus posibles víctimas para engañarlas, ni el tío requiere que éstas incurran en error. Más aún, para la consumación del delito ni siquiera es necesario que los pasivos se enteren de que se ha celebrado el ilícito contrato. A mayor abundamiento, la víctima de la simulación no realiza acto de disposición patrimonial alguno, pues parte en el contrato simulado.

• **LA SIMULACIÓN DE UN ACTO O ESCRITO JUDICIAL.**

Al igual que en la simulación contractual, el primer elemento de la simulación procesal es la bilateralidad. Entre el actor y el demandado no existe contienda alguna que haya necesidad de resolver, pero ellos se sirven del juicio como medio para conseguir otro fin. Tratan principalmente de obtener con la sentencia el que alguno quede obligado a ceder un derecho o a tomar sobre sí la obligación, aunque en realidad por las relaciones de derecho material existentes entre los litigantes, semejante transferencia u obligación sea infundada y sólo querida en apariencia. Ambas partes, pues, son responsables del delito, en tanto que el perjudicado es siempre un tercero, que no es parte en el juicio simulado. González de la Vega afirma que la simulación en actos escritos judiciales requiere en la mentira cierta actitud bilateral de las diversas partes con aparentes intereses opuestos, la que da por consecuencia que el juez reconozca como válidas sus acciones o sus excepciones fictas, en tanto que Pardo Aspe subraya que los simuladores no contienden en realidad, sino conciertan un simulacro de controversia. Coinciden y son comunes sus

intereses. Actor y reo buscan un solo fin, el uno y el otro quieren el mismo resultado, y para producirlo, por el previo concurso de voluntades, predeterminan el sentido de la sentencia.

La jurisprudencia ha reiterado, en forma constante, la exigencia de que ambas partes en juicio simulen en perjuicio de un tercero ajeno al juicio, y en forma igualmente constante, he afirmado que no puede darse una simulación procesal unilateral, en la que una sola de las partes fuera el delincuente simulador y la otra parte fuera la víctima de la simulación. No tipifica simulación procesal, en consecuencia: el demandar el pago de un crédito que ya fue pagado, el hecho de que el demandado en un juicio ejecutivo mercantil, señale para su embargo bienes que no son de su propiedad, el hecho de que el actor funde su acción en un documento falso o ilícitamente obtenido, pues en todos los casos citados, la supuesta víctima es parte en el juicio, y como tal puede obtener todas las excepciones que estime procedentes, ofrecer pruebas y alegar en defensa de su derecho. sostener lo contrario nos llevaría a lo absurdo de afirma que comete delito todo aquél cuya acción es rechazada por el juez en la sentencia. Ello no impide que la conducta del litigante falaz pueda tipificar otros delitos, como son los de falsedad en declaraciones judiciales, falsificación de documentos, uso de documentos falsos o los delitos de abogados, patronos o litigantes.

El delito a estudio se consuma tan pronto como los activos, es decir, las partes en un juicio, simulan un acto o escrito judicial "con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido". Basta con que proceda con ánimo de lucro, no es

necesario para la consumación del delito, que se cause real y efectivamente un perjuicio patrimonial. Estamos ante un delito de peligro y no ante uno de resultado. Este adelantamiento del resultado se justifica, pues sería una burla a la justicia permitir que los simuladores continuaran su antijurídica conducta y condicionar la punibilidad a la plena obtención de sus ilícitas metas. La jurisprudencia no obstante, ha exigido en algunos casos la producción del perjuicio para entender consumado el delito.

Digamos por último, que la simulación procesal no es un fraude. Ambos delitos son autónomos, constituido por sus propios y diversos elementos. La simulación no exige un engaño, ni un error, ni un acto de disposición, a más de ser un delito de peligro, en tanto que el fraude es un delito de daño.

• **EL FRAUDE POR SORTEOS.**

La fracción XI del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas de fraude: "Al que por sorteos, loterías, promesas de ventas o por cualquier otro medio, se quede en todo o en parte con las cantidades recibidas, sin entregar la mercancía u objeto ofrecido.

Estamos ante un fraude especial. El lucro del activo consiste en las cantidades que recibe y que conserva, sin entregar la mercancía u objeto ofrecido, el engaño estriba en los sorteos, loterías, promesas de venta o cualquier otro medio falaz del que

se haya valido para hacer concebir a su víctima la mentida esperanza de que recibiría una contraprestación a cambio del pago que hacía. Es indispensable que tanto el engaño como el ánimo de lucro sean anteriores a la entrega de determinadas cantidades que hace la víctima, pues en caso contrario, estaríamos ante un mero incumplimiento contractual de naturaleza civil.

• **EL FRAUDE EN LAS CONSTRUCCIONES.**

La fracción XII del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: "Al fabricante empresario, contratista o constructor de una obra cualquiera, que emplee en la construcción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida, o mano de obra inferior a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de él".

De los enumerables engaños fraudulentos de los que puede valerse el hombre para dañar el patrimonio de sus semejantes, uno de los primeros que fueron identificados y que constan en más antiguas normas jurídicas y religiosas, es la defraudación en la cantidad y calidad de lo que enajena.

Estamos desde luego, ante un fraude especial, sancionable a título de delito tan sólo si reúne todos y cada uno de los elementos del fraude genérico, incluso aquellos que no son mencionados expresamente en el tipo especial. El activo, en consecuencia, deberá de actuar con previo ánimo de lucro, deberá también engañar al pasivo,

induciéndolo a error, como consecuencia del cual éste realizará un acto de disposición patrimonial (el pago del precio o parte del él) que resultará en lucro del activo. Si condenamos en ausencia de estos elementos, que el tipo no menciona, estaremos aplicando prisión por deudas. El riesgo de que ello ocurra es el único resultado cierto que obtuvo el autor de la reforma que creó este tipo.

• **EL FRAUDE EN LA CANTIDAD O CALIDAD DE LO VENDIDO.**

La fracción XIII del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: "Al vendedor de materiales de construcción o cualquier especie que, habiendo recibido el precio de los mismos, no lo entregase en su totalidad o calidad convenidos".

Son aplicables a esta fracción todos los comentarios y críticas que hicimos en el capítulo anterior, a la fracción XII. Cabe únicamente agregar, que no hemos localizado ni siquiera ejecutoria que se refiera a esta tipo de fraude.

• **LA ENAJENACIÓN DE BIENES DE PERJUICIO DE ACREEDORES.**

La fracción XIV del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: "Al que venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella, o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder

de los créditos, siempre que estos últimos resulten insolutos. Cuando la enajenación sea hecha por una persona moral, serán penalmente responsables los que autoricen aquella y los dirigentes, administradores o mandatarios que la efectúen".

Estamos ante un delito autónomo, y no ante una especie de fraude, pues si bien es cierto que el activo lesiona el patrimonio de sus acreedores y obtiene el correspondiente lucro, no actúa mediante engaño, ni los acreedores incurren en error, ni realizan actos de disposición patrimonial posteriores al engaño. La conducta típica constituye un alzamiento de bienes que insolventa al deudor, burlando a sus acreedores, quienes tenían en el patrimonio del deudor, una garantía de sus créditos. La enajenación de los activos deberá ser real y verdadera, pues si fuera simulada con el único propósito de ocultar bienes, la conducta sería sancionable conforme al delito de simulación que tipifica la fracción X del artículo 387 del Código Penal.

• **EL FRAUDE POR MEDIO DE SUPUESTA EVOCACIÓN DE ESPÍRITUS, ADIVINACIONES O CURACIONES.**

La fracción XV del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas de fraude: "Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones".

Se trata de un fraude especial y como tal, para que constituya delito, deberá reunir todos y cada uno de los elementos de fraude genérico. El engaño estriba en la mentida oferta de evocar espíritus, efectuar adivinaciones o realizar curaciones. El tipo hace también, referencia al ilícito lucro del activo, con el verbo "explotar", que significa sacar utilidad de su conducta en provecho propio. Al mencionar "las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo", la fracción a estudio hace una referencia a la idoneidad subjetiva de la víctima del engaño, y limita así, innecesariamente el campo de su aplicación, pues personas que no forman parte del "pueblo", es decir, de la gente común y humilde, tiene también preocupaciones y supersticiones y adolecen de la ignorancia que puede hacerlos víctimas propicias de imaginativos defraudadores. En ese caso sería aplicable, no obstante el tipo genérico de fraude.

• **LA VIOLACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD LITERARIA, DRAMÁTICA O ARTÍSTICA.**

La fracción XVI del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: "Al que ejecute actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas".

Esta fracción tipificaba un delito autónomo, y no un fraude especial, pues la conducta delictuosa no consistía en un engaño, ni resultaba en un lucro. En la actualidad, esta fracción a quedado vacía de todo contenido, y no puede ser aplicada ya que han desaparecido las leyes que consideraban como falsificación los actos

violatorios de los derechos de propiedad literaria y por tanto, resulta lógica y jurídicamente imposible aplicar la fracción XVI, la cual se encuentra únicamente en espera de su derogación formal. No es pues, sorprendente que no existan ejecutorias que se refieran a esta fracción.

• **EL PAGO DE SALARIO INFERIOR AL CORRESPONDIENTE.**

La fracción XVII del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: "Al que, valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta, o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase que amparen sumas de dinero superiores a las que eficientemente entrega".

La fracción comprende tres diversos tipos delictuosos, ninguno de los cuales es un fraude. Consiste el primero en valerse de la ignorancia de un trabajador para pagarle cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las obras que ejecuta, ignorancia que como arriba dijimos, no equivale al error que es elemento de fraude. El segundo tipo se consume cuando el activo se vale de las malas condiciones económicas de un trabajador para los mismos fines; delito, éste que pertenece a la misma familia que la extorsión por cuanto valiéndose de las estrecheces económicas del trabajador, se le obliga a tolerar el pago de un salario menguado. El tercero y último

tipo, consiste alternativamente, en hacer que el trabajador otorgue recibos o comprobantes de pago de cualquier clase que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente entrega; tipo, éste que parece destinado a proteger los intereses del físico, ante quien el patrono pretenderá posteriormente, exhibir esos falsos recibos para acreditar gastos superiores a los efectivamente realizados.

• **EL DESVIRTUAR LOS FINES DE SUBSIDIOS Y FRANQUICIAS.**

La fracción XVIII del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude: "Al que, habiendo recibido las mercancías como subsidio o franquicia para darles un destino determinado, las distrajere de este destino o en cualquier forma desvirtúe los fines perseguidos como el subsidio o la franquicia".

La doctrina acepta, que estamos ante un delito autónomo y no ante un fraude especial, puesto que el tipo no exige el engaño, elemento nuclear del fraude. El acuerdo doctrinal se rompe en cambio, cuando se trata de determinar la naturaleza del nuevo delito. Para González de la Vega⁴⁵ la distracción de sus fines o destino de las mercancías mencionadas en el precepto constituye un típico delito de abuso de confianza, y en consecuencia no era necesario crear esta nuevo tipo dentro del capítulo del fraude. En opinión de Jiménez Huerta⁴⁶ en cambio, la verdadera naturaleza de la especie típica en examen más se aproxima a un cuasi-peculado. El hecho de que

⁴⁵ González de la Vega. El Código Penal Comentado, p. 402

⁴⁶ Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano, IV, p. 217-218

la cosa no es ajena, se opone a la identificación de este delito con el abuso de confianza, y a su identificación con el peculado hacen obstáculo que el tipo no exige en el activo la calidad de servidor público, y que las mercancías no le son entregadas en administración ni en depósito, sino que el activo adquiere y son de su propiedad. La fracción XVIII ha creado pues, un tipo que conserva su independencia, no únicamente ante el tipo de fraude, sino también ante el abuso de confianza y peculado.

El subsidio es un apoyo de carácter económico que el Estado concede a las actividades productivas de las particulares, con el fin de fomento durante periodos determinados y que se considere como una especie de género llamado subvención. Así por ejemplo, las leyes de Ingresos de la Federación vigentes en los ejercicios fiscales de 1979 y de 1983, en sus artículos 16 y 12 respectivamente, emplean el concepto de subsidio como sinónimo de estímulo fiscal⁴⁷. Por lo que hace al concepto de franquicia, según el Diccionario de la Lengua Española, designa la libertad y extensión que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público. Así pues, el sujeto activo del delito en estudio resulta ser quien adquirió determinadas mercancías al amparo de los mencionados apoyos o estímulos fiscales, mismos que le fueron concedidos a condición de que diese a las multitudes mercancías un destino determinado, acorde con las finalidades del Estado, y en cualquier forma, desvirtúa los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia. Resulta pues, que el sacrificio

⁴⁷ Hernández Espíndola. Subsidio, p. 208-210

económico realizado por el Estado, al conceder el subsidio o la franquicia, no se logra por fines imputables al activo. Ello lleva aparejado normalmente, un lucro para el delincuente, pero el tipo no exige este elemento y en consecuencia, el delito no se consumará sin necesidad de que se demuestre ánimo de lucro ni beneficio económico.

Todo lo hasta aquí dicho parece no obstante, una mera discusión académica, ante el hecho cierto de que durante los casi cuarenta años de vigencia de esta fracción, no se ha dictado una sola ejecutoria respecto a ella, lo cual permite abrigar serias dudas sobre su utilidad.

• **LAS DISPOSICIONES INDEBIDAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN OPERACIONES INMOBILIARIAS.**

La fracción XIX del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude:

- ♦ "A los intermediarios en las operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravamen, sino lo destinaren en todo o en parte, al objeto de la operación concretada, por disposición en provecho propio de otro".

- ◆ "Para los efectos de este delito, se entenderá que un intermediario no ha dado su destino, o ha dispuesto en todo o en parte del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en Nacional Financiera, S. A., o en cualquier institución de depósito, dentro de los 30 días siguientes a su recepción a su favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado dentro de este término, al vendedor o al deudor del gravamen real, o devuelto al comprador, o al acreedor del mismo gravamen".

- ◆ "Las mismas sanciones se impondrán a los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales que no cumplan o hagan cumplimiento de sus obligaciones a las que se refiere el párrafo anterior".

- ◆ "El depósito se entregará por Nacional Financiera, S. A., o a la Institución de Depósito de que se trate, a su propietario o al comprador".

- ◆ "Cuando el sujeto activo del delito devuelva a los interesados las cantidades de dinero obtenidas con su actuación, antes de que formulen conclusiones en el proceso respectivo, la pena que se aplicará será de tres días a seis meses de prisión".

Al texto interminable de los primeros cinco párrafos de la fracción XIX que acabamos de transcribir, debemos agregar todavía un párrafo más, que viene a ser el sexto y que aparece publicado como párrafo final del artículo 387, después de la fracción XXI, cuyo texto es el siguiente:

- ♦ "Las instituciones, sociedades nacionales y organizaciones auxiliares de crédito, las de finanzas y las de seguros, así como los organismos oficiales y descentralizados, autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción XIX".

No tipifica un fraude especial, sino que se limita a dar un ejemplo de abuso de confianza, por cuanto que la conducta delictuosa no consiste en engañar, sino en disponer, en provecho propio o de otro, de una cosa mueble ajena (dinero, títulos o valores), de la que el activo como intermediario en operaciones de traslación de dominio de inmuebles o de gravámenes reales sobre estos, ha recibido la tenencia pero no el dominio. La doctrina mexicana es unánime en señalar la inutilidad de la fracción XIX, pues el caso al que se refiere está comprendido típicamente en el abuso de confianza.

La total ausencia de ejecutorias referentes a esta fracción es prueba de su inutilidad práctica.

• LAS DISPOSICIONES INDEBIDAS DE LOS CONSTRUCTORES O VENDEDORES DE EDIFICIOS EN CONDOMINIO.

La fracción XX del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude:

- ◆ "A los constructores de edificios en condominio que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, si no los destinaren en todo o en parte, al objeto de la operación concretada, por su disposición en provecho de propios o de otro".

- ◆ "Es aplicable a lo dispuesto en esta fracción lo determinado en los párrafos segundo a quinto de la fracción anterior".

Esta fracción, al igual que la XIX, son prácticamente iguales, pues a ambas le son aplicables los párrafos segundo a quinto de la fracción XIX y, en su párrafo primero se diferencian únicamente, en los sujetos activos que son en la fracción XIX, "los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos", en tanto que en la fracción XX, son "los constructores o vendedores de edificios en condominios".

También en el caso de esta fracción XX hay una ausencia total de ejecutorias. Nos limitaremos pues, a repetir respecto a la fracción XX, todos los comentarios que hicimos respecto a la fracción XIX.

• **EL FRAUDE MEDIANTE CHEQUES.**

La fracción XXI del artículo 387 del Código Penal dispone que se impondrán las mismas penas del fraude:

- ◆ "Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por el personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito que se trate".

- ◆ No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido".

Esta nueva fracción tipifica un fraude especial, que como tal, sólo será delictuoso si reúne todos y cada uno de los elementos del fraude genérico: el ánimo del lucro, la conducta engañosa, el error de la víctima, el acto de disposición patrimonial, el lucro del activo y la relación causal. El engaño consistente en librar un cheque y entregarlo al pasivo, a sabiendas de que no será pagado por la institución bancaria librada. El error de la víctima estriba en que cree recibir un instrumento de pago pues ese carácter le otorga la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al cheque en sus artículos 175, 176, fracción III, 178, 183 y 185, cuando en realidad está recibiendo un pedazo de papel sin valor. No habrá pues, delito por falta de dolo, si el propio librador cree de buena fe, que dispone en el banco de fondos suficientes para pagar el cheque, y que éste será efectivamente pagado a su presentación y la conducta no será típica por falta de error, si quien recibe el cheque está cabalmente informado de que el librador no tiene cuenta de cheques con el librado, o carece de fondos suficientes para el pago.

El fraude, y en consecuencia, sus especies entre las que se encuentra el delito de libramiento de cheques que nos ocupa, es un delito de daño, que se consuma únicamente, cuando lesiona el patrimonio de la víctima, con el lucro del activo. Luego entonces, inducida a error y creyendo que el cheque que se le entrega le será pagado por el librador, la víctima debe efectuar un acto de disposición patrimonial que resulta en su perjuicio, dado que su prestación no se encuentra compensada por una contraprestación equivalente del activo.

El segundo párrafo de la fracción XXI se limita a recordar que el defraudador debe actuar movido por un ánimo de lucro, sin que de ello debamos concluir que no es necesario que alcance el fin que persigue. El fraude, tanto el genérico como sus especies, protegen el patrimonio únicamente frente a comportamientos que determinan una lesión. La consumación típica implica un detrimento o pérdida patrimonial para la víctima del delito.

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha dicho que la simple expedición de un cheque que no es pagado por causas imputables al librador, no integra el delito de fraude, si el activo no obtuvo a cambio un lucro, y que no se obtiene un lucro entre otros casos, cuando el cheque se entrega para pagar un adeudo anterior o en garantía de pago.

Para configurar el delito a estudio no basta con que el activo libere un cheque al pasivo, es necesario además, que éste lo presente al librado "en los términos de la legislación aplicable", y que el banco lo rechace "por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago". En cuanto al término de presentación, la legislación aplicable que lo es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que: "Los cheques deberá presentarse para su pago :

- I. Dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición.

II. Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional,

III. Dentro de tres meses, si fueron expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional, y

IV. Dentro de tres meses, si fueren expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación' (Artículo 181).

Luego entonces, la conducta no será típica, ni en consecuencia, delictuosa, si el cheque es presentado para su pago fuera de los plazos mencionados. Por lo que hace a las causas que motivan el impago del cheque, son típicas tan sólo las dos que mencionan el texto legal:

- a) No tener el librador cuenta con la institución librada, o
- b) Insuficiencia de fondos.

No se configurará pues, el delito que tipifica la fracción XXI, si la causa del rechazo es que la firma que calza el cheque no corresponde con la registrada en el banco por el librador, o que hay una orden judicial de suspender el pago de cheques librados sobre esa cuenta, o en fin, cualquier otra causa que sea imputable al librador, aún cuando éste actúe dolosamente.

Esto no quiere decir que las conductas que acabamos de mencionar no sean delictuosas, o no puedan ser sancionadas. Tales conductas constituyen engaños, mediante los cuales el activo obtiene un ilícito lucro, luego tipifican el delito de fraude genérico. Y esto nos lleva a repetir aquí lo que ya hemos dicho en otra parte de esta obra: los fraudes especiales que enumera el artículo 387, entre ellos el fraude mediante cheques que ahora estudiamos, son inútiles y reiterativos ejemplos de algunas de las innumerables formas que puede revestir el fraude genérico. Si el legislador derogara esos fraudes especiales, como debería de hacerlo, las conductas que los constituyen continuarían siendo delictuosas, a título de fraude genérico.

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ART. 387, FRACC. I

I. CONDUCTA.

El delito es ante todo una conducta humana, dentro de esta se puede incluir tanto el hacer positivo como el negativo. Dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión, es decir, el hacer positivo y el negativo, el actuar y el abstenerse de obrar.

El término conducta es adecuado para abarcar la acción y la omisión, pero nada más, ya que no incluye el hecho, esto en virtud de que este último se forma por la concurrencia de la conducta (acción u omisión), del resultado material y la relación de causalidad. La conducta sirve para designar el elemento material del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta.

Algunos autores como Jiménez de Asúa, prefieren la expresión "acto", considerando conveniente no hablar de hecho en virtud de resultar este demasiado genérico ya que con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano del hombre o de su mente o acaezca por caso fortuito, mientras que por "acción" se entienden voluntades jurídicamente significativas⁴⁶.

Nosotros preferimos el término conducta, dentro del que se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo, ya que no es posible subsimir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías.

⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal III, Buenos Aires, 1951, p. 292-293

Porte Petit, emplea la expresión de conducta o hecho, ya que un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado). Por consiguiente, el elemento objetivos del delito puede estar constituido por una conducta, en el caso de un ilícito de mera conducta, o de un hecho si estamos frente a un delito de resultado material⁴⁹.

- ◆ **CONCEPTO DE CONDUCTA:** La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

- ◆ **EL SUJETO DE LA CONDUCTA:** Solo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal, el acto u omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es el posible sujeto activo de las infracciones penales, es el único ser capaz de voluntariedad.

- ◆ **EL SUJETO PASIVO Y OFENDIDO:** El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma, el ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal, generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes.

A. ACCIÓN

La acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto, una de las especies del género: conducta.

⁴⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 13ª edición, Ed. Porrúa, México, 1991, p. 233

Para Luis Jiménez de Asúa, "es la manifestación de voluntades que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior"⁵⁰.

Pavón Vasconcelos afirma que acción, en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por un sujeto, haciendo referencia, tanto al elemento físico de la conducta como psíquico de la misma (voluntad)⁵¹.

Para Castellanos Tena, la acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación⁵².

Porte Petit sostiene que la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico y extratípico, y estima que los elementos de la misma son:

- a) La voluntad y el querer.
- b) La actividad.
- c) El deber jurídico de abstenerse⁵³.

La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción y se refiere a la voluntariedad inicial: querer la actividad, por tanto requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad.

⁵⁰ Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito*, 2ª edición, Ed. Hermes, Buenos Aires, 1954, p. 227

⁵¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 4ª edición, Ed. Porrúa, México, 1978, p. 188-189

⁵² Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 17ª edición, Ed. Porrúa, México, 1989, p. 152

⁵³ Porte Petit Candaudap, Celestino. *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal*, Op. Cit. p. 237

La actividad o movimiento corporal es el elemento externo de la acción, la actividad en si no constituye la acción, ya que le falta el elemento voluntad.

El deber jurídico de abstenerse, de no obrar, se refiere a que así como en los delitos de omisión hay un deber jurídico de obrar, en la acción existe un deber jurídico de abstenerse, de no obrar.

B. OMISIÓN.

Pavón Vasconcelos afirma que frente a la acción de conducta positiva, encontramos a la omisión forma de conducta negativa o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal⁵⁴.

Para Jiménez de Asúa, la omisión es una inacción corporal, "un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad" que es como la acción, forma integrante de la conducta, pues la inactividad es un comportamiento frente al mundo externo⁵⁵.

Para Castellanos Tena, la omisión radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar⁵⁶.

Porte Petit sostiene que, la omisión viene a hacer una de las formas de conducta⁵⁷.

⁵⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, Op. Cit., p. 190

⁵⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Panorama del Delito Nullum Crimen Sine Conducta, México, 1950, p. 23

⁵⁶ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Op. Cit., p. 152

⁵⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., p. 239

El delito de omisión presenta dos clases:

1. Delito propio de omisión (puro delito de omisión, simple omisión, omisión verdadera), ya que consiste en el no hacer voluntario o involuntario (culpa, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a "un tipo de mandamiento o imposición").

Los elementos de la omisión son:

- ⇒ Voluntad o culpa
- ⇒ Inactividad o no hacer
- ⇒ Deber jurídico de obrar
- ⇒ Resultado típico.

La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, en querer la inactividad o realizarla culposamente.

La inactividad o no hacer, son las omisiones a modo de acciones negativas, ya que la omisión estriba en una abstención o inactividad voluntaria o culposa, violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse.

El deber jurídico de obrar en la omisión, se basa en un no hacer, que implica haber omitido la realización de una acción exigida, ese no hacer indica que existe una acción esperada, pero ésta debe tener una condición indispensable: que sea exigible.

El resultado en la omisión simple, es únicamente típico, al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consume el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

2. Delito de omisión impropia, es decir, comisión por omisión, ya que a juicio de *Porte Petit* debe denominarse resultado material por omisión, ya que es aquel que se presenta cuando se produce un resultado típico y material, por no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una ley preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

Los elementos del delito de comisión por omisión son:

- ⇒ Una voluntad o culpa
- ⇒ Inactividad
- ⇒ Deber de obrar (una acción esperada y exigida) y deber de abstenerse
- ⇒ un resultado típico y material.

Con respecto a la voluntad y culpa, podemos remitirnos a lo expuesto en la omisión simple.

El deber de obrar y deber de abstenerse, a diferencia del delito de omisión simple, en el delito de comisión por omisión existe un deber de hacer, deber de obrar y deber de abstenerse. Por tanto, da lugar a un "tipo de mandamiento (o imposición)" y de "prohibición".

El resultado típico y material en el delito de comisión por omisión, se presenta porque se produce un cambio en el mundo exterior, al violarse la norma prohibitiva, en consecuencia, hay un doble resultado: típico o jurídico y material.

C. NEXO CAUSAL.

El hecho se integra en la conducta, el resultado y un nexo de causalidad entre la primera y el segundo.

La ausencia de cualquiera de dichos elementos, impide el nacimiento del hecho, resultado material a la conducta de un hombre.

La relación causal, consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material), que viene a ser igualmente un elemento de hecho.

Por lo que respecta a la acción, decimos que existe nexo causal cuando suprimimos una de las condiciones no se produce el resultado, quiere decir que no hay relación de causalidad.

Este nexo causal se da solamente en los delitos de resultado material.

El problema de la causalidad en la omisión, es opuesto al de la acción, ya que en esta última si suprimimos una de las condiciones, el resultado no se produce, en tanto que la causalidad en la omisión, si suprimimos la acción esperada y exigida, el resultado se produce.

Porte Petit, sostiene que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, es decir, que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido⁵⁶.

⁵⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Ibidem.*, p. 279

Anteriormente afirmamos que el hecho se integra por una conducta, un resultado material y la relación causal entre la conducta y la mutación en el mundo exterior.

Existe un resultado material, cuando se produce una mutación en el mundo exterior de naturaleza física, anatómica, fisiológica, psíquica o económica, descrita por el tipo. En el resultado material o mutamiento en el mundo exterior, quedan incluidas estas clases de resultados:

- ⇒ Físico o psíquico
- ⇒ Físico, fisiológico y psíquico
- ⇒ Físico, fisiológico, anatómico y psíquico.

También se habla de resultado jurídico en el cual se presenta como una mutación o cambio en el mundo jurídico en el cual se presenta como una mutación o cambio en el mundo jurídico o "inmaterial" al lesionarse o poner en peligro un bien jurídico protegido.

También se habla de resultado jurídico en el cual se presenta como una mutación o cambio en el mundo jurídico protegido.

De lo anterior se desprende que todos los delitos tienen resultado jurídico, ya se trate de delitos que tienen únicamente resultado jurídico o jurídico y material.

Pavón Vasconcelos, precisa que el resultado es un efecto de la conducta, pero no todo efecto de esta tiene tal carácter, sino sólo aquél o aquellos relevantes para el Derecho por cuanto este los recoge dentro del tipo penal⁵⁰.

⁵⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Mexicano, Op. Cit., p. 260

Es así como entendemos, que el tipo a estudio, solo se puede presentar por acción, ya que utiliza los verbos usar, que indica actividad, por lo tanto, tiene que ejercerse un hacer voluntario.

II. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Constituye la inexistencia del elemento material del delito, es decir, es el aspecto negativo de la conducta o hecho.

El Código Penal de 1931, en Título Primero del Libro Primero, Capítulo IV, presenta el aspecto negativo del delito bajo la denominación de "circunstancias excluyentes de responsabilidad", expresión que ha sido sumamente criticada por diversos autores, porque "circunstancias" en Derecho Penal, son aquellas que agravan o atenúan la penalidad, originándose según el caso, los tipos especiales cualificados o privilegiados, los complementados cualificados o privilegiados, los complementados cualificados o privilegiados. Y también se critica el término "responsabilidad". El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal se refiere a las causas de ausencia de conducta en forma general.

Las causas de ausencia de conducta son:

- ⇒ La Vis Absoluta o fuerza física.
- ⇒ La Vis Maior o fuerza mayor.
- ⇒ Los movimientos reflejos.
- ⇒ El sueño.
- ⇒ El sonambulismo.
- ⇒ El hipnotismo.

Entre los penalistas no existe uniformidad respecto a los casos de ausencia de conducta, ya que lo que para algunos es ausencia de conducta, para otros son hipótesis de inimputabilidad.

A continuación, desarrollaremos las causas de ausencia de conducta.

A. VIS ABSOLUTA

La fuerza física irresistible o Vis Absoluta se presenta cuando un sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible. En ella el sujeto realiza un movimiento corporal o una inactividad, es decir, contribuye a la verificación del resultado con su actuación pero no con su voluntad, ya que actúa involuntariamente, impulsado por una fuerza exterior de carácter físico, emanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistencia.

La Vis Absoluta supone la existencia de una fuerza física humana e irresistible.

B. VIS MAIOR.

La Vis Maior o fuerza mayor es otra de las hipótesis de ausencia de conducta, y se presenta cuando un sujeto realiza una actividad o una inactividad, por una fuerza física irresistible, sub-humana. Se presenta similar fenómeno al de la Vis Absoluta: actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. Se distingue de la Vis Absoluta en que en ésta, la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre mientras que la Vis Maior tiene su origen en una energía distinta, ya sea natural o subhumana.

En consecuencia, sus elementos: una fuerza subhumana, física e irresistible.

C. MOVIMIENTOS REFLEJOS

Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta, en virtud de que no hay forma de esta acción porque falta voluntad.

Antón Oneca, conceptúa a los movimientos reflejos, como aquellos movimientos musculares que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.

Sin embargo, a pesar de encontrarnos en presencia de un movimiento reflejo, puede existir culpabilidad por parte del sujeto por haber previsto el resultado, con la esperanza que no se realizaría, o bien que no lo previó, debiendo haberla previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación.

D. MOVIMIENTOS FISIOLÓGICOS.

Los movimientos fisiológicos, originan igualmente un aspecto negativo de la conducta por ausencia de voluntad, ya que pueden producir un resultado. Son movimientos verificados en los músculos en los que puede manifestarse el esfuerzo consciente, casi nunca serán considerados en la práctica del Derecho porque normalmente no producen consecuencias externas de importancia.

E. SUEÑO

El sueño es un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, que puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. Constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado, no existe voluntad, lo cual forma parte integrante de aquélla como elemento de la misma.

C. MOVIMIENTOS REFLEJOS

Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta, en virtud de que no hay forma de esta acción porque falta voluntad.

Antón Oneca, conceptúa a los movimientos reflejos, como aquellos movimientos musculares que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.

Sin embargo, a pesar de encontrarnos en presencia de un movimiento reflejo, puede existir culpabilidad por parte del sujeto por haber previsto el resultado, con la esperanza que no se realizaría, o bien que no lo previó, debiendo haberla previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación.

D. MOVIMIENTOS FISIOLÓGICOS.

Los movimientos fisiológicos, originan igualmente un aspecto negativo de la conducta por ausencia de voluntad, ya que pueden producir un resultado. Son movimientos verificados en los músculos en los que puede manifestarse el esfuerzo consciente, casi nunca serán considerados en la práctica del Derecho porque normalmente no producen consecuencias externas de importancia.

E. SUEÑO

El sueño es un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, que puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. Constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado, no existe voluntad, lo cual forma parte integrante de aquélla como elemento de la misma.

F. SONAMBULISMO

En el sonambulismo si existe conducta, más falta verdadera conciencia, el sujeto se rige por imágenes de la subconsciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos, esas imágenes sólo producen "una especie de conciencia" no correspondiente a la realidad (inimputabilidad).

El sonambulismo es similar al sueño, distinguiéndose de éste, en que el sujeto deambula dormido. Hay movimientos corporales inconscientes y por ello, involuntarios.

G. HIPNOTISMO

En el hipnotismo la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una "obediencia automática" hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia, pero aún admitiendo esto, no debe perderse de vista que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si este se consuma debido a la sugestión hipnótica, por un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, trátase de una inimputabilidad.

III. LA TIPICIDAD.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios de la 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 de que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

El tipo es para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración, Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado, y por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él⁶⁰.

Para Jiménez Huerta, "adecuación típica significa pues, encuadramientos o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias"⁶¹.

Porte Petit, afirma que la tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento material porque puede contener el tipo, además algún elemento normativo o subjetivo del injusto (a no ser que el tipo requiere solamente el elemento objetivo). Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo⁶².

⁶⁰ Apuntes de Derecho Penal.

⁶¹ Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad, Ed. Pomía, México, 1955, p. 207

⁶² Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. cit., p. 332-333

El tipo constituye un presupuesto general del delito, y es "la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en condiciones se suma un resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal"⁶³

Debemos recordar que no hay delito sin tipicidad, y en ausencia de ésta, nos encontramos frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito: Atipicidad.

Tampoco hay delito sin tipo, ya que no se puede perseguir una conducta o hecho que no este descrito en una norma penal.

A. TIPO REAL

Se presenta generalmente como una mera descripción de la conducta humana y, en algunas ocasiones, el tipo describe además el efecto o resultado material de la acción u omisión, o bien, contiene referencias a los sujetos, a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, modalidades de la propia acción que forman parte del tipo, o hace referencia a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto, al fin de la acción, etc.

De ahí la necesidad de estudiar por separado a los distintos elementos que entran en la integración de los tipos, la cual será de gran utilidad para precisar posteriormente los efectos de su ausencia, elementos que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o bien subjetiva.

En primer lugar, forman parte del tipo, el presupuesto del delito, originando su ausencia, una atipicidad.

⁶³ Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., p. 271

Y son elementos normativos con valoración cultural, aquellas expresiones a que la ley hace referencia como "ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres", etc.

- ◆ Elementos subjetivos del injusto. consiste en características subjetivas que se sitúan en el alma del autor, ejemplo, alentados, etc.
- **SUJETO ACTIVO.** Es un elemento del tipo, ya que no hay delito sin este, y es quien interviene en la realización del delito como autor, cosutor o cómplice.

El sujeto activo puede ser cualquiera, y entonces estamos ante un delito general, común o indiferente, pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos. Cuando esto sucede, el tipo con relación a aquel sujeto que no tiene dicha calidad exigida.

Por otra parte, también existen delitos de propia mano, que son aquellos en los cuales, en el tipo se limita al sujeto activo, al igual que los tipos propios, especiales o exclusivos, originándose los tipos denominados de propia mano, que son aquellos en que la conducta delictuosa la realiza personalmente el sujeto, es decir, se realiza en forma personal.

- **Clasificación del sujeto activo en cuanto al número.**

La doctrina divide a los delitos en cuanto al número de sujetos, en individuales, monosubjetivos, de concurso necesario o pluripersonal.

Monosubjetivo es aquel en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos. Y es plurisubjetivo, cuando el tipo requiere la intervención de dos o más sujetos.

- **SUJETO PASIVO.** Generalmente en todo delito existe un sujeto pasivo, y es el titular del bien jurídico protegido por la ley.

Por lo general, el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto material del mismo, como en el robo; sin embargo, en algunos casos hay identidad entre el sujeto pasivo y el objeto material, como en la violación, lesiones, estrupo, etc.

Cuando el tipo exige una determinada calidad en el sujeto pasivo, estamos frente a un delito personal, y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquier, nos encontramos frente a un delito impersonal.

- También el objeto forma parte del tipo, pudiéndose tratar del objeto jurídico o material y es importante subrayar que no hay tipo sin objeto.
- El objeto jurídico es el valor o bien tutelado por la ley penal.
- El objeto material es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito.

B. CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

Se han hecho diversas clasificaciones en orden al tipo, me basaré en la que presenta el coautor Celestino Porte Petit, que es la siguiente:

- ◆ Tipos simples, fundamentales y básicos, que es aquel que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo. Son aquellos que no contienen circunstancia alguna que agrave la penalidad.
- ◆ Tipo especial, es aquel que se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución o atenuación de la pena.

Un delito es especial privilegiado, es aquel que se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución o atenuación de la pena.

Un delito es especial cualificado, cuando se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental o básico, otro requisito que implica aumento o agravación a la pena.

- ◆ Tipos independientes o autónomos, son aquellos que tienen vida, existencia autónoma o independiente. Porte Petit afirma que, tanto los tipos fundamentales o básicos, como los especiales (sean privilegiados o cualificados), son autónomos, es decir, tienen absoluta independencia.
- ◆ Tipos Complementarios, circunstanciados o subordinados, son aquellos que para su existencia necesitan del tipo fundamental o básico, (ejemplo: lesiones u homicidio) se le adicionan circunstancias de inundación o incendio, o minas, bombas, explosivos, etc., originándose el delito de lesiones u homicidio, presuncionales premeditados (artículo 315, párrafo final, del Código Penal para el Distrito Federa).
- ◆ Tipos de formulación Libre, que es aquel que no señala el medio para producir el resultado contenido en el tipo.
- ◆ Tipos de formulación casuística, vinculada o de medio legalmente limitados, que son aquellos en que se señala casuísticamente el medio productor del resultado típico.
- ◆ Tipos alternativamente formados, que se presentan cuando las conductas o hechos que contienen, están previstos alternativamente, o comisivas alternativamente.

- ◆ Tipos acumulativamente formados, que se presentan cuando las conductas o hechos que contienen, están previstos alternativamente, o comisivas alternativamente.
- ◆ Tipos acumulativamente formados, que se presentan cuando las conductas o hechos que contienen, están previstos en forma acumulativa.
- ◆ Tipos de resultado cortado o mutilado, o de resultado, o de consumación anticipada que se presentan en cualquier momento de iter criminis, anterior a la propia consumación: resolución manifestada, actos preparatorios o bien ejecutivos (tentativa).
- ◆ Tipos de ofensa simple y de ofensa compleja, son de ofensa simple, aquellos que lesiona un solo bien jurídico, y los de ofensa compleja, son en los que se lesionan varios bienes jurídicos.

Tipo es el previsto en el artículo 223, Fracción VI que dice de la siguiente manera:

"usar una marca registrada, sin el consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva, en productos o servicios iguales a los que la marca aplica".

La tipicidad es, cuando un sujeto usa una marca registrada, sin consentimiento, en productos o servicios similares a ese.

IV. ATIPICIDAD.

La atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, es decir, es el aspecto negativo de una relación conceptual. No es lo mismo que la ausencia de tipo, ya que esta última supone la falta de previsión en la ley, de una conducta o hecho.

Si la atipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la tipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos de tipo, pero no a todos los que el mismo requiere.

Así pues, podemos decir que según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la atipicidad o no conformidad a los elementos del tipo. Es muy discutido por los autores acepta la ausencia del presupuesto del delito como causa de atipicidad, así tenemos:

- ◆ Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.
- ◆ Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.
- ◆ Ausencia del objeto jurídico.
- ◆ Ausencia del objeto material.
- ◆ Ausencia de las modalidades de la conducta, como:
 - a) De referencias temporales.
 - b) De referencias especiales.
 - c) De referencias de otro hecho punible.

- d) De referencias de otra índole, exigida por el tipo.
- e) De los medios empleados.

- ◆ Ausencia del elemento normativo.
- ◆ Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Cuando existe una atipicidad, se pueden producir las siguientes consecuencias: que no se integre el tipo, la existencia de otro delito, o la existencia de un delito imposible.

El tipo de estudio es el siguiente:

- ◆ No pide calidad en el sujeto pasivo o activo.
- ◆ No se da la ausencia del objeto jurídico.
- ◆ No exige modalidades,
- ◆ Contiene elementos normativos, productivos, servicios y marca.
- ◆ Existe antijuricidad especial que es sin consentimiento.

V. ANTJURICIDAD.

Sobre la antijuricidad existen varios criterios, por ejemplo:

Castellanos Tena sostiene, que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se refiere el tipo penal respectivo, ya que comúnmente se acepta como antijurídico, lo contrario a Derecho⁶⁴.

Pavón Vasconcelos dice, que se ha afirmado de antiguo que la antijuricidad es un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al Derecho⁶⁵.

Porte Petit argumenta, que se tendrá como antijuricidad una conducta adecuada al tipo, cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación, es decir, deben concurrir dos condiciones para tener como antijurídica la conducta: la violación de una norma penal y la ausencia de una causa de justificación⁶⁶.

Mariano Jiménez Huerta afirma que, la antijuricidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas de Derecho⁶⁷.

Puede decirse que es antijurídica una acción, cuando contradice las normas de Derecho.

A. CLASES DE ANTIJURICIDAD.

- **Antijuricidad formal o normal.** Esta expresión deriva indudablemente de que se considera la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe. La conducta o hecho

⁶⁴ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Del Derecho Penal, Op. Cit., p. 178

⁶⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit., p. 282

⁶⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal, Ed. Porrúa, México, 1954, p. 282

⁶⁷ Jiménez Huerta, Mariano. La Antijuricidad, IM. Universitaria, México, 1952, p. 11

son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o perceptiva.

Se hace lo que esta prohibido y no se hace lo que esta ordenado. Para llegar al concepto de la antijuricidad formal se utiliza el sistema de "excepción regla", que nos lleva a la conclusión de una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos.

- **Antijuricidad material.** Sobre este punto existen dos corrientes:

- a) Una que trata de encontrar la esencia de la antijuricidad material, en el campo o zona jurídica: en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo.
- b) Otra que busca obtener la esencia de la antijuricidad, fuera del área jurídica, es decir, extrajurídica, cuando se lesionan intereses vitales de la colectividad.

- **Antijuricidad objetiva y subjetiva.** Determina la naturaleza objetiva o subjetiva de la antijuricidad, es una cuestión de gran interés.

Se dice que la antijuricidad es objetiva, y que existen cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. La circunstancia de que la antijuricidad tenga naturaleza objetiva, tan solo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o el hecho.

En consecuencia, la teoría de la antijuricidad objetiva es, a juicio de un sector doctrinal, la única que tiene validez, pues la antijuricidad es independiente, autónoma de la culpabilidad.

- **Antijuricidad general o penal.** Sobre el particular hay dos tesis, una que postula una antijuricidad general, y otra que admite una antijuricidad penal.

No debe hablarse de una antijuricidad general. Solamente existe antijuricidad cuando hay una violación de un precepto legal, a partir de ese momento se tife o se coloca la antijuricidad de una materia determinada: penal, civil, mercantil, administrativa, etc.

- **Antijuricidad especial tipificada.** Esta se considera innecesaria, ya que para saber si una conducta o hecho son antijurídicos, es suficiente y útil el procedimiento de excepción-regla, tomando en cuenta que la antijuricidad es un elemento esencial del delito, es inherente, por esencia a todo delito.

El Código Penal para el Distrito Federal, recoge en algunos tipos de antijuricidad especial tipificada, cuando por ejemplo, emplea los términos: indebidamente, ilícitamente, ilegalmente o ilegítimamente, arbitrariamente, sin necesidad, sin justo motivo o causa, abusivamente, sin autorización antijurídicamente, contrariamente a Derecho, sin Derecho, etc.

El bien jurídico es un punto focal para la formación de la antijuricidad y por lo tanto, del tipo injusto, y juega un papel fundamental en la estructura del hecho punible cuando la ley habla del interés jurídico, se está refiriendo a la posición del Estado en torno a ciertos bienes, individuales o colectivos, cuyo quebramiento afecta a la sociedad.

Antijuricidad, se da la forma y la material cuando se contraria a la ley, o sea el artículo 223, fracción VI, y se da la material por la afectación a la sociedad.

VI. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo del delito, ha recibido diversas denominaciones, tales como "causas de justificación", o bien "causas de exclusión del injusto", etc.

Existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típico, son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés, o de la existencia de un interés preponderante.

El Código Penal para el Distrito Federal enumera las denominadas "circunstancias excluyentes de responsabilidad", en donde cataloga atropelladamente, desde la ausencia de conducta, hasta el caso fortuito, incluyendo a las causas de licitud (artículo 15).

Dogmáticamente podemos enumerar como causas de justificación a la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el impedimento legítimo.

A. LEGITIMA DEFENSA.

Sobre el concepto de esta causa de justificación, existen diversas opiniones:

Porte Petit la define como, el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada injustificadamente⁶⁶.

⁶⁶ Porte Petit Candaup, Celestino. Op. Cit. p. 394

Castellanos Tena, la concepción como la repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección⁶⁹.

Para Pavón Vasconcelos, la legítima defensa es una repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes titulados por el Derecho⁷⁰.

El número de sujetos que intervienen en la legítima defensa, es diverso, según se trate de:

- ◆ Legítima defensa propia (mínimo dos sujetos: el sujeto agresor y el que se defiende legítimamente).
- ◆ Legítima defensa en favor de terceros (mínimo tres sujetos: el injusto agresor, el injustamente agredido y el que interviene a favor de este último)
- ◆ Defensa en caso de auto-agresión (mínimo dos: el auto-agresor y el que interviene a su favor).

Los requisitos que exige la legislación positiva para que se de la legítima defensa son:

- ◆ Una agresión que es la conducta con la cual el agente lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado.
- ◆ Real, es aquello que tiene positiva y verdadera existencia.

⁶⁹ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p.184

⁷⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., p. 315

- ◆ Actual, a que sea presente, es decir, se excluye el pasado o el futuro.
- ◆ O inminente, que sea inmediato.
- ◆ Sin Derecho, que el ataque sea antijurídico.

Como elementos de la legítima defensa podemos mencionar a los siguientes:

- ◆ La existencia de daño de una agresión.
- ◆ Un peligro de daño, derivada de esta.
- ◆ Una defensa, rechazo de la agresión o contraataque para repelarla.

El Código Penal para el Distrito Federal se refiere a ella en la fracción III del artículo 15.

B. ESTADO DE NECESIDAD.

Mencionaremos algunas definiciones sobre estado de necesidad.

Pavón Vasconcelos, lo conceptúa como una situación de peligro cierto y grave, cuya superación para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardarlo el propio⁷¹.

Porte Petit señala que nos encontramos ante el estado de necesidad, cuando para salvar un bien mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona

⁷¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., p. 315

otro bien, igualmente amparado por la ley. Que existe el estado necesario cuando haya la necesidad de salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado, de un peligro grave, actual o inminente, lesionado otro bien igualmente amparado por la ley, siempre que no tuviera el deber jurídico de afrontarlo y no fuera el peligro ocasionado dolosamente por el propio agente⁷².

Los tribunales definen al estado de necesidad como una situación de peligro real e inminente, para un bien jurídicamente protegido (o pluralidad de bienes), que se salvaguarda mediante la destrucción o menoscabo de otros, siendo éste el único recurso prácticamente como menos perjudicial⁷³.

El Código Penal para el Distrito Federal, contempla al estado de necesidad en la fracción IV del artículo 15, de la cual se pueden desprender los siguientes elementos:

- ◆ Un peligro, que consiste en la posibilidad de daño.
- ◆ Real, lo cual descarta la posibilidad de esgrimir la justificante tratándose de males imaginarios o que el sujeto haya creído posible.
- ◆ Actual, que sea presente, no pasado ni futuro.
- ◆ O inminente, que sea inmediato
- ◆ Que ese peligro no haya sido provocado dolosamente.
- ◆ Que no tuviera el deber jurídico de afrontar.

⁷² Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., p. 431

⁷³ Seminario Judicial de la Federación, Tomo 7, 1ª Sala, 7ª Época. p. 21

- ◆ Y que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, para superar el peligro.

C. EJERCICIO DE UN DERECHO.

Consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contranorma, para la satisfacción de un interés más valioso, que prepondera sobre el interés que es un antagónico.

Se encuentra previsto en la fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

Cuando se habla del ejercicio de un derecho, se refiere a los derechos que la ley reconoce o que provenga de la misma ley. Ejemplo: derecho de corrección, derecho de retención, etc.

Esta causa de justificación se origina:

- ◆ En el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado.
- ◆ De una facultad o autorizado otorgada en forma lícita por la autoridad competente.

D. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma.

Nuestro Código Penal lo regula en la fracción V del artículo 15.

El cumplimiento de un deber puede ser derivado de:

- ◆ Funciones Públicas, o sea de deberes de servicio.
- ◆ De un deber impuesto al particular.

E. IMPEDIMENTO LEGÍTIMO.

Este se presenta cuando no se puede cumplir con un deber legal, por cumplir con otro deber de la misma naturaleza y de mayor entidad. Se encuentra regulado en la fracción VIII del artículo 15, del Código Penal.

De la definición legal se desprenden los siguientes elementos:

- ◆ Contravenir lo dispuesto en la ley penal.
- ◆ Dejando de hacer lo que manda.
- ◆ Por un impedimento legítimo

La suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "para que opere el impedimento legítimo se necesita que el que no ejecuta aquello que la ley ordena, es porque se lo impide otra disposición superior o más apremiante que la misma ley, en otros términos: al que contraviene lo dispuesto por una ley penal porque no era posible otra conducta que la observada, no comete delito"⁷⁴.

Aquí podemos observar que no se da ninguna de las hipótesis de las causas de justificación.

⁷⁴ Seminario Judicial de la Federación. Vol. LIII, 2a. parte, 6a. Época, p. 31

VII. IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad ha sido considerada de diversas formas: como un presupuesto general del delito, como el presupuesto de la culpabilidad y como el elemento de la culpabilidad y como el elemento de la culpabilidad.

Para Porte Petit, la imputabilidad constituye un presupuesto general del delito. Opinión con la cual diferimos, ya que consideramos a la imputabilidad como el elemento de la culpabilidad, como explicaré posteriormente⁷⁵.

Carrancá y Trujillo sostienen que imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien: y para Derecho Penal solo es alguien, aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad. Será pues imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente: todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana⁷⁶.

Para Fernando Castellanos Tena, la imputabilidad, que es un presupuesto de la culpabilidad, es la capacidad de entender y de querer. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce, luego la aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por lo tanto, la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es

⁷⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. Cit., p. 208

⁷⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, 13a. edición, Ed. Porrúa, México, p. 414-415

decir, de realizar actos referidos al Derecho Punitivo, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción⁷⁷.

Ignacio Villalobos señala que la imputabilidad debe aceptarse como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden jurídico, la capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, así como para ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente.

Para Luis Jiménez de Asúa, imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir, para hacerle responsable de él, puesto que tal hecho es culpable⁷⁸.

Ahora pasaremos a desarrollar el aspecto negativo de este elemento, la inimputabilidad.

Como hemos visto requiere que el sujeto que use la marca, tenga la capacidad de querer y de entender.

VIII. INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad.

A continuación observamos la opinión de varios penalistas al respecto.

Ignacio Villalobos, afirma que la excluyente de la imputabilidad será la que suprima, en el juicio, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos, o que elimine la

⁷⁷ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., p. 218

⁷⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., No. 205, p. 325

posibilidad, aún conociendo el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a ejecutarse, de tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido⁷⁹.

Para Luis Jiménez de Asúa "son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró⁸⁰.

Pavón Vasconcelos, sostiene que inimputabilidad supone la ausencia de capacidad y por ello, incapacidad para conocer la licitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión⁸¹.

Para determinar las causas de inimputabilidad, las legislaciones penales emplean principalmente los criterios biológicos, psicológicos, mixto o biopsicológico y jurídico. Así tenemos:

A. POSICIÓN PSICOLÓGICA.

Este criterio se apoya en el concepto que desde tal punto de vista merece el sujeto, calificándolo de inimputable en cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación, y en términos genéricos comprende la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico y toda clase de alteraciones o traumas.

⁷⁹ Vilalobos, Ignacio. Op. Cit., p. 411

⁸⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., p. 339

⁸¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., p. 375

Esta postura excluye la imputabilidad con base en el estado psicológico del sujeto que, por anomalía, como lo es la perturbación de conciencia, por ejemplo, le impide el conocimiento de la ilicitud de su acción. Ejemplo: el Código Penal Alemán, el viejo Código Penal de Hungría, el de Portugal el de Finlandia y Holanda.

B. POSICIÓN BIOLÓGICA.

Este criterio se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico, relacionados con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto. Los Códigos apoyados en este criterio señalan determinada edad, que ordinariamente fluctúa entre los 16 y 18 años, para establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables. Esta corriente excluye la imputabilidad con base en un factor biológico.

Se habla también de una postura psiquiátrica, el cual elabora la noción de inimputabilidad en función del trastorno mental, sea este transitorio o permanente, en cuyo último caso se le digna comúnmente con el nombre de enfermedad mental o anomalía psicomática permanente.

C. POSTURA MIXTA Y BIOPSIOLÓGICA.

Esta postura se apoya en los dos criterios anteriores (psicológico y biológico), ya que permite el empleo de las anteriores combinaciones, siendo la más común la biológica-psiquiátrica, en virtud de que atiende a este triple orden de factores para estructurar la hipótesis legales de inimputabilidad utilizando las formas tanto biológica (minoría de edad), como psicopsiquiátricas (estado de inconsciencia y enfermedades mentales).

D. POSTURA JURÍDICA.

Este criterio se apoya concretamente en la valoración hecha por el juez, respecto a la capacidad del sujeto o para determinarse conforme dicha comprensión, de manera que inimputabilidad es una conciencia de dicha comprensión y valoración, al sujeto incapaz de tal conocimiento o comprensión, o de mover libremente su voluntad de acuerdo a la citada comprensión del hecho.

Nuestra ley penal positiva vigente, contempla como causa de imputabilidad (erróneamente ubicadas dentro del cuadro de las excluyentes de responsabilidad) a los trastornos mentales (transitorios o permanentes), el desarrollo intelectual retardado, el medio grave y la minoría de edad.

La fracción II del artículo 15 del Código Penal dice: "padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que impida comprender el carácter ilícito del hecho, o considerarse de acuerdo con esa comprensión, en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, no distinguiendo el Código Penal entre trastornos mentales transitorios o permanentes. En este ordenamiento jurídico quedan comprendidos los sordomudos o ciegos, los que sufren trastornos mentales transitorios o permanentes, o un desarrollo intelectual retardado, cuya magnitud impide al sujeto comprender el carácter ilícito del hecho realizado o conducirse de acuerdo a esa comprensión.

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal, regula como excluyente de responsabilidad "obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, al alcance de la gente".

El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos y se engendra en la imaginación del sujeto. Con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo, y por ello constituye una causa de inimputabilidad, ya que afecta la capacidad o aptitud psicológica.

El miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de voluntad, y se produce un mal o amenaza inexistente o imaginada, por lo tanto, constituye una causa de inimputabilidad. Mientras que el temor fundado se origina en procesos materiales producidos por un peligro real, grave e inminente y tienen como consecuencia que el proceso de reacción sea consciente, ya que no nulifica en el sujeto la capacidad de entender, ni la libre expresión de voluntad, y constituye una causa de inculpabilidad.

Con relación en la minoría de edad, tenemos que los menores están sujetos a otro régimen, ya que no cometen ilícitos, sino infracciones. Aunque a este respecto encontramos diferentes criterios. A los menores se les lleva ante un Consejo Tutelar, se les hacen estudios e investigaciones para determinar su comportamiento y después de 40 días, se determina si deben permanecer en un establecimiento correccional o salir libres.

Solo se da cuando el sujeto que use la marca, presente un trastorno mental, permanente o temporal, o sea el menor de edad quien lo realice.

IX. CULPABILIDAD.

La culpabilidad es uno de los elementos del delito. Los autores penales la han conceptualizado de diferentes formas, así tenemos:

Carrancá y Trujillo, dicen que la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate⁸².

Para Luis Jiménez de Asúa, la inculpabilidad en amplio sentido, es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica⁸³.

Ignacio Villalobos sostiene que la culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta en franca posición, o en el dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa⁸⁴.

A. TEORÍAS.

Tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, la doctrina penalista se debate, principalmente en tres posiciones diversas: la psicologista, la normativista y la normativa pura.

- ♦ **La teoría psicológica.** Sostiene que la culpabilidad haya su fundamento en la determinada situación de hecho predominante psicológica. La relación subjetiva entre el hecho y el autor es lo que vale. La culpabilidad se afirma cuando el sujeto capaz, obra no obstante la valoración que el mismo esta obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico.

⁸² Carrancá y Trujillo, *Rev. Op. Ck.*, p. 431

⁸³ Jiménez de Asúa, Luis. *Op. Cit.*, p. 281-282

⁸⁴ Villalobos, Ignacio. *Op. Ck.*, p. 281-282

Ello supone, en primer término, la vinculación del sujeto con el orden jurídico, y por otra parte, la vinculación subjetiva del propio sujeto con su hecho. En síntesis para esta teoría, la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa.

Para este criterio, lo predominante es la relación subjetiva entre el autor y su hecho, lo cual implica afirma un carácter fundamental psicológico. Esto quiere decir que para la concepción psicológica, la escénica de la culpabilidad, descansa en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho correcto antijurídico y su actor que hace posible la aplicación de las consecuencias penales.

Esta teoría no resuelve los problemas de la teoría general del delito. Tratándose de una pura y simple relación psicológica, la vinculación psíquica entre el hecho y su autor se puede establecer perfectamente en el dolo, puesto que en este caso hay una proyección de la voluntad hacia la obtención de un resultado. Aún podría admitirse que también en la culpa consiente existe tal vinculación, ya que por lo menos, el agente ha previsto el resultado nocivo de su acción, aunque no lo haya requerido. Pero cuando se trata de culpa inconsciente, cuya característica básica radica precisamente en la ausencia de toda previsión, el hecho y el autor resulta imposible.

Esta teoría tropieza con graves fallas lógicas, jurídicas y filosóficas.

- ♦ **La teoría Normativa.** Para Estructurar su concepto de culpabilidad, presupone, al igual que la psicología, la existencia de una conducta o hecho antijurídico. Esta corriente se inicia con Reinhart Frank, implica posición diversa en el enfoque de la culpabilidad, a la cual se adhieren, con variantes por no existir entre ellos una verdadera unidad de pensamiento James Goldschmidt, Freudenthal y Edmundo Mezger entre los autores alemanes.

Esta doctrina, cuya aceptación crece día a día, hace de la culpabilidad psicológica, su objeto, estructurando el concepto de reprochabilidad con su esencia.

Esta teoría concibe una estructura de la culpabilidad, radicalmente distinta de la psicológica, para diseñarla como juicio de reproche sobre una conducta integrada por diversos elementos.

El juicio encuentra su fundamento y su razón de ser en la circunstancia de que al sujeto le era exigible una conducta distinta de la que realizó. La estructura de la culpabilidad es la siguiente:

- ◆ Exigibilidad de una conducta, de conformidad con la norma penal.

- ◆ Imputabilidad del autor.

El dolo y la culpa no son ya, como en la concepción tradicional, especies o formas de la culpabilidad, sino elementos de ella.

Por su parte, la imputabilidad deja de ser un presupuesto para convertirse en un elemento de la culpabilidad.

Como observa, esta teoría no descarta los elementos psicológicos, que son fundamentales, sino que sobre ellos vierte un juicio de valor.

Por eso se ha dicho que no es cabalmente normativa, sino mixta. su esencia radica en una verdadera motivación normal de la voluntad que responde a las exigencias sociales expresadas a través de las normas legales, y que en cada caso concreto está en capacidad de hacerlo (imputabilidad). Si la voluntad no se determina por una motivación normal (como sucede en la mayoría de los seres humanos), se produce el desvío hacia objetivos o

resultados prohibidos por el Derecho, cuando al sujeto le era exigible (porque no debió manifestarse, y de ahí surge precisamente la culpabilidad).

La importancia de esta concepción radica en el hecho ciertamente importante de que al colocar la esencia de la culpabilidad en una voluntad reprochable, es decir, al integrar la institución con criterios éticos y morales, otorga a la pena una justificación a una razón de ser, y sirve de fundamento al derecho penal.

- ◆ **Teoría Puramente Normativa.** Para la cual, la culpabilidad debe ser un fenómeno, del autor de un crimen cometido por culpa es tal juicio, por tanto cuando la comprobación de la culpa es siempre un juicio negativo de apreciación dirigido por el autor. Pero el dolo no lo es ya que constituye un hecho psicológico.

Esta doctrina desplaza la culpabilidad del sujeto agente hacia la mente del juzgador, y ha suscitado una honda controversia en Alemania y en el resto del mundo, y no alcanzado una afirmación doctrinaria.

- ◆ **Teoría finalista de la acción.** Hanz Welzel catedrático de la Universidad de Bonn, ex-República Federal de Alemania formuló la teoría Finalista de la Acción, la cual tuvo una enorme difusión en Alemania y en diversas partes del mundo.

Esta teoría refuta el causalismo, que era la base del moderno Derecho Penal. La Acción, para esta doctrina causalista en sentido amplio fue considerada como relación causal de voluntad y como objetivo idéntico para el dolo y culpa, concebido de manera objetiva externa. Welzel, afirma que esto es erróneo, ya que desconoce las diferencias positivas entre los delitos culposos y los dolosos, por lo que hace una distinción entre acción dolosa y acción culposa.

La acción dice Welzel, en el sentido más rígido y restringido designa la actividad finalista del hombre. En este sentido la acción no es un simple acontecimiento casual, sino dirigido a una meta, a un fin.

La causalidad es ciega, la finalidad es vidente. En cuanto a la culpabilidad, Hanz Welzel y sus seguidores la consideraban como "reprochabilidad".

La culpabilidad se integra con elementos fundamentalmente valorativos: imputabilidad (capacidad cognoscitiva y capacidad de motivación). Cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento de la licitud del injusto), y la exigibilidad de la conducta consecuente a la norma.

B. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.

Tradicionalmente se han aceptado como elementos de la culpabilidad, al dolo y a la culpa. Sin embargo, existe una fuerza corriente de doctrina, en la cual destacan Marcelo Finca y Ottirino Vannini, entre otros, quienes han previsto en el delito preterintencional "una mixtura de dolo o culpa" fenómeno observado de tiempo atrás, iniciando una tendencia al reconocimiento que caracteriza a los bien conocidos delitos preterintencionales ubicados por la mayoría dentro de la familia de los delitos dolosos.

El artículo 8° del Código Penal establece los grados de culpabilidad, en donde podemos observar que capta una corriente psicologista, cuando dice que los delitos pueden ser:

- a) Intencionales (que en la doctrina son dolosos).
- b) No intencionales o de imprudencia (que en la doctrina son culposos)
- c) Preterintencionales.

- **El dolo.** Consiste en actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Jiménez de Asúa dice que existe el dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica⁶⁵.

Estrada Velez conceptúa al dolo como la manifestación sujeto-normativa por excelencia de los actos delictivos puesto que las acciones humanas se manifiestan normalmente en forma intencional, con una proyección de la voluntad dirigida hacia la producción de un resultado específico⁶⁶.

Sobre esa voluntad se vierte el juicio de reproche en cuanto al sujeto no atendió a las motivaciones de la ley para que se observara determinada conducta que le era exigible, por que tenía el deber-poder para realizarla.

Por regla general se afirma que todos los delitos sin excepción pueden manifestarse dolosamente, mientras que la culpa sólo se presenta excepcionalmente, algunas veces porque la estructura del tipo exige el dolo, y otras porque aunque estructuralmente la culpa sea posible, la ley no la ha consagrado expresamente. El dolo es pues, la máxima y más típica expresión de la culpabilidad.

En la formación del dolo concurren en dos elementos esenciales:

⁶⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., p. 365

⁶⁶ Estrada Velez, Federico. Op. cit., p. 116

1. Un elemento intelectual consiste en la representación del hecho y significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y su antijuricidad, como conciencia del quebrantamiento del deber).

2. Un elemento emocional afectivo, que es precisamente la voluntad de ejecutar la conducta o de producir un resultado.

• Con respecto al dolo existen varias teorías, así tenemos:

1. Teoría de la voluntad. Está representada básicamente por Carrancá, Carmignani y Camelutti, los cuales consideran que el acto, en sus efectos penales, dependen del querer, en su existencia y normalidad, denominando intención a la dirigida al evento contrario al evento mandado.

Esta teoría confunde dolo con intención.

2. Teoría de la representación. Los autores que apoyan esta teoría sustituyen voluntariedad o intención por el concepto de previsión o representación. La representación consiste en el conocimiento que el sujeto tiene, tanto del hecho como de su significación el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer. Esta corriente sostiene el carácter esencial del conocimiento del hecho y su significación, por el autor en la noción del dolo. De esta forma, la producción contraria al deber de un resultado típico es doloso no solo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá a determinado autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria.

Los partidarios de esta teoría no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario, lo que ocurre es que supone querido lo representado.

3. Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada. Esta sostiene una postura eléctrica, y de acuerdo a ella actúa dolosamente quien no solo ha representado el hecho y su significación, sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente a la causación del resultado. Son partidarios de esta teoría Touzzi, Maggiore, Bettio, Antolisei, De Marsico, Battaglini y Mezger, entre otros.

Nosotros nos inclinamos por esta corriente, ya que la voluntad constituye el coeficiente psíquico de la conducta, y dicho coeficiente consiste en querer realizar la acción o la omisión, o bien, la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad.

La voluntad, por si mismo no puede agotar el contenido del dolo: se hace imprescindible igualmente el conocimiento de las circunstancias del hecho y su significación. Tal conocimiento debe abarcar la relación de causalidad, cuando esta forma parte del hecho particularmente tipificado, la tipicidad del mismo entendida de manera profunda, y su carácter antijurídico.

• Se han elaborado diversas clasificaciones de dolo, pero que aquí solamente presentaremos las más comunes, así tenemos:

1. Dolo directo, que es aquel en el que la voluntad se encamina directamente al resultado al acto típico, es decir, al dolo que hay intención, y donde el resultado coincide con el propósito del agente.

2. Dolo indirecto, que es aquel que se presenta en los delitos constituidos por un resultado no querido pero si consentido en su realización. La forma de actuar la voluntad en estos casos no es directa, como querer, sino indirecta, como un asentamiento respecto de las consecuencias típicas previstas. De esta categoría de indirección pueden distinguirse varias subespecies.

3. Dolo simplemente indirecto, cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza para lograrlo se han de producir otros resultados antijurídicos que no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no lo hace retroceder, por lo cual quedan admitidos por él, con tal de lograr el propósito rector de su conducta.
 4. Dolo Indeterminado, cuando el agente del delito no se propone causar un daño determinado, sino sólo causar alguno para fines ulteriores, es decir, existe la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.
 5. Dolo Eventual, al que existe en el agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad de que se produzcan otros, diversos o mayores. Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre que hay respecto a la producción del resultado conocido y previsto a diferencia del dolo simplemente indirecto, en que hay certeza de que se producirá un resultado no querido, y del dolo indeterminado en que hay la seguridad de causar un daño, aunque no se sabe precisamente cual será, sin importar precisar los cambios posibles, pues el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo.
- **Culpa.** En términos generales, se dice que una persona tiene culpa, cuando obra de la manera que por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuricidad típica no querida directamente no consentida por su voluntad, pero que el agente previó o debió prever y cuya realización era evitable por él mismo.

Pavón Vasconcelos define la culpa, como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión

voluntarias, y evitables si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres⁸⁷.

Luis Jiménez de Asúa. Existe la culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico y sin ratificación⁸⁸.

• Los elementos de la culpa son:

1. Un actuar voluntario, sin el cual faltaría la base sustantiva para todo delito.
2. La realización de un tipo penal, elemento indispensable también para todo delito consumado.
3. El no querer ni consentir la realización de aquello que hace el acto sea típicamente antijurídico.
4. El que tal realización de la antijurídico se deba a negligencia o imprudencia del agente.

Negligencia significa una actitud negativa por pereza o indolencia, que consiste en falta de actividad necesaria para proveer y evitar sucesos o consecuencias inconvenientes. La imprudencia es la falta o la ausencia de discernimiento y de precauciones, pero todo ello producido por actuar festinadamente, con precipitación y con audacia, que llegar hasta la temeridad.

⁸⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., p. 387

⁸⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., p. 371-372

- Es necesario que el responsable haya previsto lo que podía suceder por su actuación, o que haya podido preverlo, al menos, pues con o imprevisible ningún cuidado, ninguna precaución, ninguna negligencia o imprudencia podría conectarse.
- Ha de haber la posibilidad de evitar la producción de aquella que la ley quiere que se evite, pues solo así tendría el sujeto los nexos de causalidad indispensables para toda reprochabilidad y para toda punibilidad.

La culpa se clasifica en: consciente, llamada también representación o previsión, e inconsciente, denominada igualmente sin representación o sin previsión.

Existe la culpa consciente cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan, es decir, el agente ha previsto la posibilidad de que se realice un tipo penal, y así se determina a ejecutar el acto esperado con ligereza, que aquella posibilidad se resuelve negativamente.

Por el contrario se está en presencia de la culpa inconsciente (sin representación), cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable, es decir, el sujeto activo del delito no previó el efecto de su conducta, debido a la negligencia o imprudencia con que actuó, sin dar a la reflexión necesaria el tiempo o atención debidos.

- **Preterintención.** La preterintencionalidad se presenta cuando un sujeto, por una conducta, quiere y acepta causar cierto resultado, pero al momento de ejecutar dicha conducta, se produce un efecto mayor al deseado y que no previó, es decir, el resultado típico sobrepasa la intención del sujeto.

Se conceptúa el delito preterintencional, como aquel que se forma por la concurrencia del dolo sobre le propósito y de la culpa sobre el resultado producido. Esto es, el agente quería producir un resultado determinado, y la potencia causal que desata, sobrepasa su intención para ocasionar uno más grave.

Con base en la unión de dolo y la culpa, se presentan las siguientes hipótesis de preterintencionalidad.

- a) Se quiere causar un daño menor y se causa uno mayor que se acepta, en caso que se produzca: dolo directo y dolo eventual.
- b) Se requiere un daño menor y se causa uno mayor, que si se previó, con la esperanza de no realizarla, siendo previsible: dolo directo y culpa con previsión.
- c) Se requiere un daño menor y se causa uno mayor, que no se previó siendo previsible: dolo directo y culpa sin previsión.
- d) Se requiere un daño menor y se causa uno mayor, que no se previó por ser imprevisible: dolo directo y caso fortuito.
- e) Se acepta un daño en caso de que se produzca, produciéndose uno mayor, que se previó con la esperanza de que no se realizaría; dolo eventual y culpa con previsión.
- f) Se acepta un daño en caso de que se produzca, produciéndose uno mayor que no se previó por ser imprevisible: dolo eventual y caso fortuito.

X. INCULPABILIDAD.

En el aspecto negativo de la culpabilidad, y los autores las han definido de diversas formas:

Jiménez de Asúa sostiene, que las causas de inculpabilidad son las que absuelven al sujeto del juicio de reproche ya que imponen la integración de la culpabilidad⁸⁹.

Entre las causas que constituyen hipótesis de inculpabilidad, podemos decir que existen dos grandes causas genéricas:

1. El error, con sus especies y variedades.

- ◆ Error de hecho.
- ◆ Eximentes putativos.
- ◆ Error de prohibición.

2. Son exigibilidad de otra conducta.

Por lo que respecta al error, considero importante plasmar la diferencia entre éste y la ignorancia, ya que ambos son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas.

La ignorancia, es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa en tanto que el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación

⁸⁹ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., p. 389

constituyendo un estado positivo. Para efectos jurídicos, estos conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente.

A. ERROR DE HECHO

El error como género, comprende como especies al error de hecho y al error de derecho. Puede decirse que el error de Derecho se presenta cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente, este no produce inculpabilidad, ya que la "ignorancia de las leyes a nadie beneficia", principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del derecho.

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental o inesencial.

- ◆ **El error de hecho esencial.** Produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter inesencial, o sobre alguna circunstancia agravante de la penalidad (calificativa del delito), y tiene la virtud de eliminar el dolo.

- ◆ **Error inesencial o accidental.** Antes de hablar del error inesencial o accidental, debemos aclarar que éste, junto con el error esencial, son especies del error de hecho

El error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de la penalidad (calificativa del delito).

El error esencial vencible (aquel en el que el sujeto pudo o debió prever el error), excluye el dolo pero no la culpa, careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impide esa forma de culpabilidad.

El error inesencial o accidental, no es causa de inculpabilidad por recaer sobre elementos no esenciales, o accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados casos de "aberración".

El Código Penal, en la fracción XI del artículo 15, regula lo relativo al error.

B. ERROR DE PROHIBICIÓN.

Este se presenta cuando el error no recae sobre circunstancias que pertenecen al hecho o tipo legal sino sobre la licitud de la realización de tal hecho que dentro de la clásica distinción entre el error de hecho y error de derecho, caería en el ámbito del primero.

C. NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

La no exigibilidad de otra conducta constituye una causa o hipótesis de inculpabilidad. El Código Penal recoge los casos de no exigibilidad de otra conducta en el artículo 15, y entre ellos podemos mencionar al estado de necesidad (que en esencia y estructura funciona como causa de justificación, y en cuanto a su operancia funciona como causa de culpabilidad), temor fundado e irresistible (*Vis compulsiva*) y el encubrimiento entre parientes o personas ligadas por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

No puede haber culpabilidad por el hecho aislado que es motivo del enjuiciamiento, cuando al sujeto particular no le era exigible que actuara conforme a derecho, porque no tenía el deber de hacerlo, o porque no podía cumplir con esa obligación. Aquí nos encontramos ante la inexistencia del delito por inculpabilidad, proveniente de la no exigibilidad de una conducta diferente a la que es motivo del enjuiciamiento.

El temor fundado e irresistible se origina en procesos materiales producidos por un peligro real, grave e inminente, y tiene como consecuencia que el proceso de reacción sea consciente ya que nulifica en el sujeto la capacidad de entender, ni la libre expresión de voluntad.

D. CASO FORTUITO.

La naturaleza jurídica del caso fortuito ha sido muy discutido. Una gran mayoría de autores lo estiman como el límite de la culpabilidad.

Puede decirse que este se presenta cuando en la actividad del hombre no se encuentra dolo ni culpa, por no haber querido el resultado, no haberlo causado negligente o imprudente, sin haber lugar a ningún juicio de reproche, ni siquiera de ligereza con relación al acto del hecho.

También se puede decir que es una condición excepcional una circunstancia que excluye de responsabilidad.

Del caso fortuito podemos desprender:

- ◆ Una conducta ilícita.
- ◆ Un resultado típico.
- ◆ Ausencia de responsabilidad en orden al resultado.
- ◆ Relación causal.

E. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Ernesto Von Beling las define como ciertas circunstancias exigida por la ley penal para imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condiciona la antijuricidad y que tiene el carácter de culpabilidad.

Puede decirse que son todos aquellos requisitos generales de orden procesal, establecidos por el legislador para que la pena tenga aplicación.

A menudo, se subordina a la denuncia, a la querrela y acusación como condiciones objetivas de punibilidad.

F. AUSENCIA DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse. Por lo tanto, si no se presentan los requisitos de orden procesal establecido por el legislador para que la pena tenga aplicación, entonces no se podrá imponer el castigo o la pena al autor del ilícito.

G. PUNIBILIDAD.

Se entiende por punibilidad, la amenaza de pena que en estado se asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Jiménez de Asúa afirma que la punibilidad es el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena⁹⁰.

⁹⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., p. 426

H. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. Son causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable y, originan la inexistencia del delito.

Jiménez de Asúa sostiene que, son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que el acto típico, antijurídico, imputable un autor y culpable no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública, es decir, que son motivo de impunidad⁹¹.

⁹¹ *Idem.*, p. 433

CAPITULO CUARTO APARICIÓN DEL DELITO

I. ITER CRIMINIS.

El delito recorre un camino que tiene su partida en un proceso interno. El iter criminis comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito, desde su ideación hasta su agotamiento. Se distingue la fase interna de la externa, llamadas también subjetiva y objetiva.

A. FASE INTERNA.

Se dice que el delito se encuentra en su fase interna, cuando aún no ha sido exteriorizado; no ha salido de la mente del autor; en tal estrato se colocan a la ideación, a la resolución de delinquir.

- **LA IDEACIÓN**, se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer el delito. puede suceder que ésta sea rechazada en forma definitiva, o bien suprimida en principio, surja nuevamente iniciándose la llamada deliberación.

- **LA DELIBERACIÓN**, comprende el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella.

Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización, puede transcurrir un corto tiempo o intervalo mayor sea el ímpetu inicial de la idea y la calidad de la lucha desarrollada en la psique del sujeto, pero en este persiste la idea criminosa, después de haberse agotado en conflicto psíquico de la liberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir.

La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal, en actos o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido. El derecho regula relaciones entre personas y por ello, el pensamiento no delinque.

A la simple resolución interna de delinquir sucede la resolución manifestada, que no incluye en la fase interna, pero tampoco en la externa, sino en la zona intermedia entre ambas.

- **LA RESOLUCIÓN MANIFESTADA**, consiste en el acto de voluntad mediante el cual, el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra.

B. FASE EXTERNA U OBJETIVA.

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa y objetiva del delito, que comprende la preparación, la ejecución y la consumación.

La fase externa se inicia con los actos preparativos que son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución.

La ejecución puede ser:

- Subjetivamente completa y objetivamente imperfecta en el que se habla de delito frustrado.

- Subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta en el que se habla de tentativa o conato.

1. La tentativa, puede definirse como la ejecución incompleta de un delito, el autor de principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir al delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

La tentativa se forma de los siguientes elementos:

- ◆ Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito.
- ◆ Un elemento material u objetivo, que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva.
- ◆ Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

La punición de la tentativa es de hasta 2/3 partes de la sanción o pena que correspondería de haberse consumado el delito. (Art. 63 del Código Penal).

El artículo 12 del Código Penal al referirse a la tentativa, comprende tanto la tentativa inacabada o conato, que es aquella en la cuál, se verifican los actos tendiente a la producción de varios actos, y por eso el evento no surge (hay una incompleta ejecución); como a la tentativa acabada o delito frustrado, que se presenta cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta todos los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

De acuerdo con el mismo artículo, no serán punibles aquellas tentativas en las que el resultado no se producen en virtud del propio desistimiento del sujeto o por arrepentimiento activo de éste.

El desistimiento es la interrupción de la actividad ejecutada realizada por el autor, como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto.

El arrepentimiento activo sólo se presenta en la tentativa acabada, cuando el agente ha agotado todo el proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias. Ello supone, no un simple desistimiento, sino una actividad desarrollada por el mismo autor, que impide la consumación del delito, interrumpiendo el curso causal de la acción.

2. **Consumación.** Se presenta cuando el delito objetivamente se perfecciona, es decir, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad. El delito es perfecto, cuando la previsión del tipo legal se convierte en realizada concreta, es decir, el delito se consume cuando se integran todos sus elementos constitutivos.

II. CONCURSO DE DELITOS.

Se dice que hay un concurso de delitos cuando la responsabilidad por dos o más de ellos, recae sobre un mismo agente que los ha cometido. Esto puede suceder de dos maneras diferentes, y por ello se suelen distinguir el concurso ideal del concurso real.

A. CONCURSO IDEAL.

El concurso ideal se presenta cuando una sola actuación del agente, da como resultado el cumplimiento de varios tipos penales, realiza varias lesiones jurídicas o afectan varios intereses protegidos, es decir, cuando una sola conducta se cometen varios delitos. El Código Penal vigente lo regula en el artículo 18.

El concurso ideal o formal tiene como elementos:

- ◆ Una conducta (acción y omisión).
- ◆ Una pluralidad de delitos.
- ◆ El carácter compatible entre las normas en concurso.

La identidad o diversidad de lesiones jurídicas distinguen el concurso ideal homogéneo, del concurso ideal heterogéneo.

El concurso ideal homogéneo, la misma conducta (acción) simple repetidamente el mismo tipo.

Porte Petit considera que son requisitos del concurso ideal homogéneo:

- ◆ Conducta.
- ◆ Varias lesiones jurídicas iguales.
- ◆ Compatible entre sí.

En el concurso ideal heterogéneo, la única conducta infringe varios tipos penales, los resultados de este concurso son:

- ◆ Una conducta.
- ◆ Varias lesiones jurídicas distintas.
- ◆ Compatibles entre sí.

B. CONCURSO REAL.

Existe concurso real de delitos, cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita.

Este tipo de concurso requiere como elementos:

- ◆ Que exista identidad en el sujeto activo.
- ◆ Que haya pluralidad de conductas.
- ◆ Que dé lugar a la pluralidad de delitos.
- ◆ Que no exista sentencia irrevocable respecto de los delitos en concurso.
- ◆ Que la acción penal no se encuentre prescrita.

Se encuentra previsto, junto con el concurso real, en el artículo 18 del Código Penal, los delitos que aquí se presentan puedan ser iguales (dos homicidios), en el caso de concurso real homogéneo, o diferentes (un homicidio o robo), cuando se trate de concurso real heterogéneo, sin que importe su mayor o menor separación en el tiempo y con el sólo requisito de que la responsabilidad por todos ellos se halle viva, es decir, que no haya prescrito, ni haya sido juzgada.

La razón existente para separar y diferenciar el concurso ideal del concurso real a pesar de que en ambos, hay una pluralidad de violaciones a las leyes penales, radica evidentemente en la unidad de conducta (acción leta) o del hecho que implica también una culpabilidad singular.

III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

La participación es tan antigua como el delito; las más viejas legislaciones la aceptaron.

Así como se reconoce que el hombre, con su conducta puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos (pluralidad de delitos), igualmente se acepta que varios hombres con sus actividades puedan infringir una sola norma (unidad en el delito, con concurso de sujetos).

La participación se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes.

De lo expuesto se refiere que para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere:

- a) Unidad en el delito.
- b) Pluralidad de personas.

A. Para explicar la posición jurídica de cada partícipe cuando el delito es único, se han propuesto las siguientes teorías:

- ◆ **Teoría de la Causalidad Eficiente.** Normalmente se identifica a la participación con el problema de la causalidad pues la intervención de varias personas, sea directa o indirecta, en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que en conjunto producen el resultado típico.

Tal identidad ha sido exagerada, pretendiéndose que el mismo criterio prevalezca en la causalidad, es eficaz para resolver los problemas de la participación. Se parte de la idea de la equivalencia de las condiciones, otorgando el carácter de partícipe a quien interviene en el delito autoridad, concomitante o con

posterioridad a él, sin establecer criterio alguno de exclusión, lo que notoriamente lleva a grandes errores.

♦ **Teoría de la Adecuación.** Igualmente que la de causalidad eficiente, distingue la causa de la condición, por lo que la actividad del autor constituye la causa del delito, destacándola de los partícipes por cuanto a su eficacia causal. Aquí pues, puede decirse que son autores (causa) quienes con su actuar dan vida a la actividad descrita en el tipo, pues la conducta desarrollada tiene mayor importancia (eficacia) causal o es la adecuada en el resultado; mientras que quien está participando con su actuar en la comisión de tal delito, adquiere la categoría de partícipe, dado que su actuar, aún siendo condición causal, no tiene igual eficacia o bien no resulta la condición adecuada.

♦ **Teoría de la Autonomía.** Este criterio afirma que la participación es una pluralidad de delitos en virtud de constituir cada conducta de causa en diverso impulso humano, debiendo por tanto, corresponderles penas propias por ser autónomas unas de otras.

Otra teoría, apoyada en la labor de síntesis, afirma la punición de los actos ejecutados por cada partícipe, en una medida acorde con su mayor o menor aportación objetiva en la realización de lo indiscutiblemente es un solo delito, pero acorde también con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad.

♦ **La Teoría de la Accesoriedad.** Parte de la concepción monista unitaria, que sólo admite el problema de la participación como delito único, pretendiendo encontrar al autor en quien ejecutar los actos descritos en el tipo penal; los demás actos ejecutados por distintos sujetos, están en relación accesoría con aquel (autor principal), pero quedan unidos a él en virtud de querer común, el propósito idéntico. Para esta teoría no puede concebirse la participación con relevancia de autonomía; lo accesorio adquiere importancia en cuanto se adhiere al hecho realizado por el autor.

Debemos reconocer que el punto de partida de toda teoría jurídico-penal de la participación, es la teoría de la causalidad, pues sólo piden ser considerados punibles aquellas conductas que se encuentran en relación causal con el resultado; de esta manera pueden eliminarse las no causales y por ello, excluirse de responsabilidad a sus autores. Esto es útil para establecer el punto de partida de la conexión objetiva o material de las conductas participantes, pero no es suficiente para determinar las formas de participación y el grado de responsabilidad de los participantes, y demás es importante recalcar que al igual valor causal de las distintas condiciones, no supone valorativa jurídica.

En el artículo 13 del Código Penal, podemos observar que la participación de la causalidad, ni el de la accesoriedad. Así tenemos:

Artículo 13. Son responsables del Delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- II. Los que lo realicen por sí.
- III. Los que lo realicen conjuntamente.
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilia a otro para su comisión.
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilia al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Como requisito de la participación podemos mencionar:

- ◆ Un elemento material identificado con el hecho ejecutado que se integra con los subelementos: conducta resultado y neocausal. La conducta resulta plural por cuanto son varias las personas que intervienen para producir un resultado.
- ◆ Un elemento subjetivo o psíquico, consistente en la convergencia de las voluntades respecto a la producción del resultado, sin ser necesario a éste un momento determinado dentro del proceso ejecutivo. Lo fundamental es que

quienes participan, tenga conciencia y voluntad de cooperar al acaecimiento del evento.

B. FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

Siguiendo un criterio estrictamente metodológico, podemos citar la opinión de Giuseppe Maggiore, quien clasifica la participación según la calidad, el grado, el tiempo y la eficacia⁶².

Según la calidad, la participación puede ser:

- a) Moral.
- b) Física.

La moral es aquella en la cuál la acción tiene naturaleza psíquica o moral, y se efectúa en la fase de la ideación del delito.

Y la física, por el contrario se realiza dentro de la fase ejecutiva, siendo material el aporte suministrado por el partcipe al delito.

⁶² Pavón Vasconcelos, Francisco. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Op. cit., 7ª edición Ed. Porrúa, México, 1985, p. 502.

quienes participan, tenga conciencia y voluntad de cooperar al acaecimiento del evento.

B. FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

Siguiendo un criterio estrictamente metodológico, podemos citar la opinión de Giuseppe Maggiore, quien clasifica la participación según la calidad, el grado, el tiempo y la eficacia⁸².

Según la calidad, la participación puede ser:

- a) Moral.
- b) Física.

La moral es aquella en la cuál la acción tiene naturaleza psíquica o moral, y se efectúa en la fase de la ideación del delito.

Y la física, por el contrario se realiza dentro de la fase ejecutiva, siendo material el aporte suministrado por el partícipe al delito.

⁸² Pavón Vasconcelos, Francisco. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Op. cit., 7ª edición Ed. Porrúa, México, 1985, p. 502.

A su vez, la participación moral engloba la instigación y la determinación. La primera es considerada la principal forma de concurso moral y consiste no solamente en la comunicación del propósito criminal sino en determinar a otro a delinquir. El instigador quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, quiere causar un hecho a través de la psique de otro determinado a éste en la resolución de ejecutarlo.

Se considera que la instigación comprende como subclases:

- a) El mandato.
- b) La orden.
- c) Coacción.
- d) El consejo.
- e) La asociación.

Podemos hablar de mandato, cuando se encarga a otro la ejecución del delito para exclusiva utilidad y provecho de quienes encomienda.

Cuando el mandato lo impone el superior al inferior con abuso de autoridad, se esta en presencia de la orden. Si el mandato esta apoyado en la amenaza, podemos hablar de coacción.

El consejo no es la instigación que hace alguno para inducirlo a cometer un delito, para exclusiva autoridad y provecho del instigador,

La asociación no es más que el pacto realizado entre varias personas, para consumir un delito para utilidad común o respectiva de todos los asociados.

El dolo en la instigación, comprende la representación y voluntariedad de que se hace surgir en otro la resolución de cometer el acto y de que el resultado se produce por ese "otro", como autor penalmente responsable.

La autoría en el sujeto se presenta cuando no hay plena responsabilidad en el sujeto ejecutor material del hecho.

Exceso en la instigación. Si se acepta que el dolo del instigador abarca lo querido, no pueden serle imputadas las conductas o hechos no comprendidos dentro de su intención y realizados con exceso por el autor material.

Punidad del instigador. Ordinariamente se equipara, para los efectos de la pena, al instigador y al autor material.

Dentro de nuestro sistema, queda el arbitrio del juzgador aplicar la pena estimada justa y acorde a la personalidad del delincuente siguiendo como índice valorativo las circunstancias descritas por el artículo 51 y 52 del Código Penal.

Según el grado, se dice que la participación puede ser principal o primaria, cuando se refiere a la consumación del delito; y accesoria o secundaria, cuando se refiere a la preparación del mismo.

En relación al tiempo, la participación puede ser anterior, concomitante o posterior al delito. Respecto a su eficacia se le divide en necesaria y no necesaria. Se esta en presencia de una o de otra, según la naturaleza del delito, exija o no, para su comisión, al concurso de sujetos.

C. HIPÓTESIS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Con relación a los autores, se debe distinguir entre el autor material, autor intelectual y autor por cooperación. El material es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley (13-II: Los que realicen por sí), intelectual el que induce, instiga o determina a otro a cometer el delito (13-V: los que determinan intencionalmente a otro a cometerlo); mientras que el cooperador presta auxilio de carácter necesario para llegar al fin delictivo propuesto.

El autor mediato es aquel que para realizar el delito, se vale como ejecutor material, y de una persona exenta de responsabilidad ya sea por ausencia de conducta, por error o por inimputable.

El autor inmediato es el que ejecuta la acción expresa por el verbo típico de la figura delictiva, es decir, quien realiza la ejecución de la acción típica (artículo 13-1; son responsables del delito: los que acuerden o preparen su realización).

El coautor es quien, al igual que el autor, realiza la actividad descrita en la ley, conjuntamente con otros u otro (el rigor técnico es un autor).

La complicidad consiste en el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto o en un consejo. De ello se desprende que la complicidad exige, en el aspecto objetivo, un doble elemento:

- a) Un auxilio al delito.
- b) La ejecución del delito por otro.

El autor es el que ejecuta la acción delictuosa típica, mientras el simple auxiliador realiza actos accesorios.

El dolo del cómplice se configura por el conocimiento que tiene del auxilio que presta al autor, así como del motivo del mismo.

La connivencia o complicidad negativa consiste en el silencio guardado por el connivente acerca de los hechos, de naturaleza delictuosa, que sabe van a cometer o

se están cometiendo y en los cuales participa negativamente, por un acuerdo táctico derivado de su propia actividad pasiva.

- ♦ **Punibilidad de la complicidad.** El Código Penal para el Distrito Federal no contiene graduación de penas otorgando al juzgado el arbitrio necesario para determinar las aplicaciones en cada caso, a quienes participaron en el evento punible. No obstante, en la doctrina priva el criterio de que los cómplices deben ser sancionados con pena inferior a la correspondiente al autor, por ser de menor importancia la actividad desplegada por ellos, en la comisión del ilícito.

IV. JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia es una fuente formal del derecho y se constituye por el conjunto de principios contenidos en las resoluciones de los tribunales.

La Jurisprudencia según nuestra Ley de Amparo, solo es obligatoria si emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los Tribunales Colegiados de Circuito. Se forma mediante cinco ejecutorias en el mismo sentido y no interrumpidas por una en contrario, precisándose además, que cada ejecutoria haya sido aprobada por lo menos por cuatro Ministros, tratándose de las Salas y por catorce, se emana del Pleno. La de los Tribunales Colegiados de Circuito obliga cuando existen también cinco ejecutorias en el mismo sentido, sin una en contrario y que hayan sido aprobadas por

unanimidad de los tres Magistrados integrantes de cada Tribunal. Nótese cómo la Ley de Amparo da restringido alcance a la jurisprudencia; únicamente se refiere a la derivada de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito y no a las decisiones de los demás órganos jurisdiccionales.

La Jurisprudencia no constituye propiamente una fuente formal del Derecho Penal; a pesar de su obligatoriedad, es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor; viene a ser la ley misma; la Corte sólo desentraña el sentido de las normas jurídicas, para afirmar que dicen tal o cual cosa. Según nuestro sistema constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la genuina intérprete de las leyes, al corresponderle determinar su sentido. La ley es como una tabula rasa, expresa lo que según la Suprema Corte dice; luego la jurisprudencia no viene a ser sino un medio de desentrañar el sentido de la propia ley y por ende a ella equivale.

CONCLUSIONES

⇒ Para que exista el delito de fraude deben existir como medios comisivos o elementos intrínsecos: el engaño, o sea la actitud mentirosa que emplea el delincuente y que hace incurrir en una creencia falsa al ofendido, o el aprovechamiento del error, esto es el concepto equivocado o erróneo en que se hace inducir al sujeto pasivo del delito; que el delincuente se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance el lucro indebido y la relación de causalidad entre esos elementos.

⇒ La ley penal al referirse a los elementos del fraude, engaño o error, se refiere al de naturaleza penal, pues es sabido que existe una forma de error de índole civil, que no da lugar al ejercicio de la acción penal, sino solamente a la rescisión del contrato con resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Por lo tanto, debe decirse que para que haya engaño o error de naturaleza penal, es necesario que exista en la mente del autor, una dañada intención que tienda a la obtención ilícita de una causa o el alcanzar el lucro indebido.

⇒ Para que se configure el delito de fraude, el engaño debe ser el motivo suficiente y determinante de la entrega de la cosa, aún cuando esta no este precisamente en poder de su propietario, sino en posición legítima de otra persona, porque tal figura delictiva adquiere fisonomía no solo por la actitud del sujeto positivo del delito, sino por la conducta antijurídica del agente al exteriorizar su dañada intención de menoscabar el patrimonio ajeno y, por tanto, no importa el caso que engaño lo cometa el infractor con la persona que tiene la posesión del bien mueble y no directamente con el propietario del mismo.

⇒ Para que exista el delito de fraude, es necesario que el inculpado ejecute actos directos sobre la víctima para ofuscarla y hacerla caer en error, más no basta la simple imprudencia del denunciante al no tomar las precauciones necesarias para realizar la operación de que se trata, de ahí que si resulta una manifiesta imprudencia de parte del denunciante podrá hacer el incumplimiento de un contrato, más no la comisión de un fraude imputable al inculpado.

⇒ La configuración del fraude genérico requiere que se justifique el lucro indebido que obtiene el activo o sea el enriquecimiento para si o para otro. El lucro indebido y el perjuicio en el patrimonio del pasivo constituyen el resultado material logrado por el engaño y el error, del delito cuestionado. Por lo que la simple demora en el cumplimiento de una relación de carácter civil, no da lugar a encuadrar su conducta en el expresado delito de fraude.

⇒ El delito de fraude se consuma en el momento mismo de su comisión y no puede en forma alguna estimarse por el solo hecho de pagar lo defraudado al o los ofendidos, deje de existir el delito; ya que la devolución de lo obtenido por el reo solo tiene trascendencia para el efecto del resarcimiento del daño causado por el delito, pero de ninguna manera para la imposición de la penalidad.

⇒ El delito de fraude para su consumación, no solo requiere la existencia de actos simulados o engañosos, sino además la presencia de obtención de lucro, momento en el que se consuma plenamente el delito y a partir del cual se computa el término de la prescripción de la acción.

⇒ Para la configuración del delito de fraude, es irrelevante si el activo llegó o no a disfrutar del dinero recibido, debido a su conducta dolosa, por cuanto que desde el momento en que lo tuvo materialmente en su poder, alcanzó un lucro indebido con detrimento del patrimonio de los pasivos, y si no estuvo en la posibilidad de disponer a su libre albedrío de ese dinero, ello no es un indicativo de que se hubiese alcanzado el lucro indebido, pues no es elemento configurativo de la infracción que nos ocupe la circunstancia objetiva de que el activo pueda usar libremente del lucro alcanzado por el engaño, sino simplemente se requiere la obtención del mismo.

⇒ Los casos señalados por la ley como fraudes específicos, por necesidad lógica tiene que contener en sí, los elementos esenciales del fraude genérico, pues no sería especie aquella que no estuviera comprendida dentro del género, por lo que los elementos esenciales del fraude son: engaño o aprovechamiento del error y esto como medio para hacerse de alguna cosa u obtener un lucro indebido.

⇒ El fraude como el abuso de confianza son delitos patrimoniales, pero no puede coexistir en relación a los mismos hechos y mismas personas; el abuso de confianza y el fraude presentan entre sí, la diferencia esencial de que el abusador obtiene la cosa lícitamente sin emplear engaños, errores, maquinaciones o artificios, y su actividad dolosa sobreviene en el momento de la disposición, en tanto que el defraudador recibe la cosa a consecuencia de una conducta engañosa y el dolo en su proceder, surge con anterioridad a la posesión de la cual es causa.

⇒ Aún cuando en el fraude y el peculado media la voluntad de la víctima para la entrega del dinero, bienes o valores y existe un beneficio económico indebido, en el primero se requiere que la entrega obedezca al engaño o al aprovechamiento del error en que el ofendido se halle, mientras que en el segundo la entrega se hace por razón del cargo que ocupa dentro de la empresa o dependencia ofendida al agente activo, quien no debe tener el carácter de funcionario.

BIBLIOGRAFÍA

BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto. Delitos Contra el Patrimonio Económico, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1992.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 13ª edición, Código Penal Comentado, Ed. Porrúa, México, D.F., 1996.

CARRARÁ, Francisco. Programa de Derecho Criminal, Tomos I y IV.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Del Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 1995.

CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Tomos I y II, Ed. Bosch, Barcelona España 1993.

GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Buenos Aires. El procedimiento Penal, México.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Código Penal Comentado, 10ª Edición, Ed. Porrúa, México, 1995.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomos II y III.

Panorama del Delito Nullum Crimen Sine Conducta.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, 1995.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Tomos I, IV y V, Ed. Temis, Bogotá 1954.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. La Causalidad en el Delito, Manual de Derecho Penal, Manual de Derecho Mexicano y Comentarios de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 1995.

PORTE PETIT, Celestino. Apuntemientos de la Parte General del Derecho Penal, 13a. Edición. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Ed. Jurídico Mexicana.

RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal, Tomos III y IV, Ed. Themis, Bogotá, Colombia, 1975.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. El Hurto Propio Revista de Derecho Penal, Editados de Derechos Reunidos, 1981

ROMERO SOTO, Luis Enrique. Los elementos del Tipo de Estafa, Ed. Temis, Bogotá, Colombia.

VALLE MUÑOZ, José Manuel. El Delito de Estafa, Ed. Bosch, Barcelona, España.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 2ª edición, Ed. Porrúa.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid.

ZAMORA PIERCE, Jesús. El fraude, Ed. Porrúa, 1995.

Código Penal por D. F., Colección Porrúa 54ª edición, Ed. Porrúa, 1995

LEYES Y CÓDIGOS DE MÉXICO, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Colección Porrúa, 108ª edición, Ed. Porrúa, 1995.

Enciclopedia LAROUSSE, Tomo III, Ed. Planeta, Reimpresión Enero 1980.

GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Pequeño LAROUSSE en Color, Ediciones Larousse.

Diccionario de Derecho, 16a. edición, Ed. Porrúa, 1996.

GUTIÉRREZ ALVIZ, Faustino. Diccionario de Derecho Romano, 3ª edición, Instituto Editorial Reus, S. A.

J. COOTURE, Eduardo, Vocabulario Jurídico, 5ª Reimpresión, Ed. Reforma, Buenos Aires, 1993.

OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales, Ed. Heliasta, S.R.L., Impreso en Argentina.

Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 4ª edición, Ed. Porrúa, 1994.