

837
2ef



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

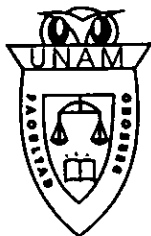
FACULTAD DE DERECHO

**ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE
FRAUDE POR SIMULACION CONTRACTUAL,
ATENDIENDO A LA TEORIA CAUSALISTA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FRANCISCO JAVIER VELAZQUEZ GOMEZ

ASESOR DE TESIS: LIC. PAULINO CHAVARRIA GOMEZ



MEXICO, D.F.

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

260064



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

Dedico la Presente Tesis Profesional:

*A Dios , que me ha iluminado
en cada paso tan difícil de mi vida.*

*A mi padre Jorge Velázquez Rodríguez,
por su apoyo incondicional y los sabios
consejos que siempre me ha brindado,
quién más que un padre, ha sido mi
mejor amigo, a quién debo mi formación
humana y profesional.*

*A mi querida madre, Margarita Gómez Aragón
motivo de mi existir y en gratitud a todos sus
sacrificios, a su inmenso amor, que fueron mi fuerza
para llegar hasta este gran momento tan importante
de mi vida.*

*A mi querida esposa, María del Rosario Chávez Flores
que es el amor de mi vida, con el amor de siempre y a
nuestros futuros hijos.*

*A mis hermanos y sobrinos :
María G. Velázquez, José Carlos,
Blanca, Carlitos, Karen y Luis G.R.V., con
el afecto de siempre*

*A mis abuelitos José y Paula, Carlos y Jesús
que son el pilar de mi familia.
A mis tías Socorro y E. Susana V. y a su
esposo Andrés Ruiz M, con el afecto de
siempre.*

*Al Licenciado Paulino Chavarría Gómez
agradeciendo sus consejos y orientación,
que gracias a él ha sido posible la realización
de la presente tesis.*

*Al Doctor Baltasar Cavazos Flores
quién me brindó su apoyo y me enseñó
a dar los primeros pasos en la ardua y
difícil labor del litigio.*

A mi tío Justino Salazar Jiménez, a quién considero mi maestro, agradeciendo su tan desinteresada orientación en mi carrera profesional.

A los Licenciados : Jorge Molet C; Alberto Velázquez S; Araceli Nava Ch; Rocío Guzmán M.; Clara Sánchez P; Guadalupe Salazar; Octavio Ortiz y Marlen R, agradeciendo el apoyo , la amistad y consejos que me brindaron en mi carrera.

A mi tío Fernando Martínez Galván, por su amistad y paciencia , que tuvo durante la elaboración de esta tesis.

A mis maestros: Dr. Julián Güitrón Fuentevilla y al Dr. Jaime Miguel Moreno Garavilla.

*A la Universidad Nacional Autónoma de México
por darme el arma más valiosa de la vida,
mi carrera profesional.*

*A la Facultad de Derecho
con todo honor y respeto
ya que a ella me debo.*

Por mi Raza Hablará el Espíritu.

INDICE

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE FRAUDE

INTRODUCCION	VIII
1.- GRECIA	2
2.- ROMA	2
3.- FRANCIA	6
4.- ITALIA	9
5.- ESPAÑA	13
6.- ALEMANIA	16
7.- ARGENTINA	17
8.- MEXICO	20
9.- CODIGO PENAL DE 1871	22
10.- CODIGO PENAL DE 1929	31
11.- CODIGO PENAL DE 1931	34

CAPITULO II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.- CONCEPTO ETIMOLOGICO DE FRAUDE	44
2.- CONCEPTO GRAMATICAL DEL FRAUDE	46
3.- CONCEPTO JURIDICO DEL FRAUDE	47
4.- SIMULACION CONTRACTUAL	57
5.- CONTRATO	62

CAPITULO III. DEL DELITO

1.- DEFINICION DEL DELITO	72
2.- ELEMENTOS DEL DELITO	75
A. CONDUCTA	75
B. LA TIPICIDAD	77
C. ANTIJURICIDAD	78
D. IMPUTABILIDAD	79
E. CULPABILIDAD	81
F. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	82
G. PUNIBILIDAD	83
3.- ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO	
A. LA AUSENCIA DE CONDUCTA	84
B. LA ATIPICIDAD	86

C. CAUSAS DE JUSTIFICACION	88
CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	91
EJERCICIO DE UN DERECHO	91
D. INIMPUTABILIDAD	92
E. INCULPABILIDAD	93
F. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	94
G. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD	95
4.- SEGUN NUESTRA OPINION	96
5.- CLASIFICACION DEL DELITO	102

CAPITULO IV. ESTUDIO DEL DELITO DE SIMULACION CONTRACTUAL Y SU DIFERENCIA CON EL DERECHO CIVIL

1.- ANALISIS JURIDICO DEL DELITO A ESTUDIO	112
2.- NOCIONES DE LA SIMULACION CONTRACTUAL	122
3.- UBICACION DEL TEMA	123
4.- LA VOLUNTAD Y LA DECLARACION	124
5.- ORIGENES Y CONCEPTO DE LA SIMULACION CONTRACTUAL O ACTOS JURIDICOS	125
6.- LA SIMULACION EN EL DERECHO CIVIL	129
7.- LA DIFERENCIA ENTRE SIMULACION Y DOLO	132
8.- LA SIMULACION Y LAS CAUSAS DE NULIDAD DE LOS ACTOS	133
9.- LA SIMULACION EN EL DERECHO PENAL	135
10.- DIFERENCIA ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO CIVIL	139
11.- CASOS DE SIMULACIONES, O DELITOS PENALES	141
12.- PARTICIPACION EN EL DELITO A ESTUDIO	143
13.- EL ITER CRIMINIS EN EL DELITO QUE NOS OCUPA	148
14.- CONCURSO DE DELITOS	156

CAPITULO V. ELEMENTOS DEL TIPO EN EL DELITO DE FRAUDE

1.- CONDUCTA ENGAÑOSA	164
2.- RESULTADO - APROVECHAMIENTO DEL ERROR	174

3.-	NEXO DE CAUSALIDAD	186
4.-	ANIMO DE LUCRO	192
5.-	JURISPRUDENCIA	196
	CONCLUSIONES	199
	BIBLIOGRAFIA	204

INTRODUCCIÓN

La idea de escribir esta tesis, no sólo es para obtener el título de licenciado en derecho, sino que surgió durante mi estancia en las aulas de la facultad de derecho, donde día a día, fui adquiriendo conocimientos de la disciplina jurídica. Así despertó el deseo de escribir un tema, que considero importante, me refiero al delito de fraude por simulación contractual.

Este lo fui platicando con mis profesores, ya que ellos me brindaron sus sabios consejos, además que en la vida práctica me ha tocado vivir el rezago jurídico, la confusión y falta de interés por este tema. Además surge el propósito de realizar el análisis jurídico, que permita acercarnos a la realidad que hoy en día se vive en el país, al encontrarnos con personas y un gran número de empresas, que han surgido, se han constituido para lesionar el patrimonio de las personas. Este incremento de actos delictivos, no ha sido posible frenarlos, ya que aprovechando los resagos jurídicos, la confusión del tema con el Derecho Civil, ha provocado una inseguridad jurídica en la población, al no definir con claridad el tipo penal. Esto ha ocasionado constantes abusos al patrimonio, aprovechando las necesidades y las condiciones en que se encuentra nuestro país actualmente.

No es posible seguir permitiendo, que hayan personas o falsas empresas, actuando fuera del alcance de la ley, simulando contratos para despojar o lesionar el patrimonio, de aquellos que con sacrificios han creado para el bienestar y progreso de la familia.

Todo esto se debe a la falta de interés del tema, a la inobservancia de la ley, recordemos que la ley debe ir acorde a las necesidades de la población, para castigar todo abuso que atenta contra la libertad, la seguridad social y el patrimonio.

Mi propósito consiste, en poner en práctica mis conocimientos, analizar el delito antes mencionado y proponer unas reformas al artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal vigente, especialmente en su fracción décima, que se refiere al mismo.

A lo largo de la siguiente investigación se darán cuenta la importancia que tiene el delito de fraude por simulación contractual, que no podemos ignorarlo, ya que se encuentra presente día a día en distintas actividades, y sobre todo el resultado que lleva consigo, en la esfera jurídica de cada uno de nosotros.

Consideramos que el delito de fraude se lleva a cabo por una infinidad de formas, previstas en nuestro ordenamiento penal, tan importante, es analizar detalladamente la figura de

la simulación contractual, para deslindarla de otras que pueden llegar a causarnos una confusión, esto se debe a la falta de interés del tema y que no ha sido considerada como tal, y restándole con ello la importancia que hoy en día debe darse.

CAPITULO I
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL
DELITO DE FRAUDE

1. GRECIA
2. ROMA
3. FRANCIA
4. ITALIA
5. ESPAÑA
6. ALEMANIA
7. ARGENTINA
8. MÉXICO
9. CÓDIGO PENAL DE 1871
10. CÓDIGO PENAL DE 1929
11. CÓDIGO PENAL DE 1931

1. GRECIA

Los antecedentes más antiguos del fraude los encontramos en Grecia, era el despertar de las relaciones humanas comerciales, se habla que en aquellos tiempos en cuanto un hombre disfrutaba de un bien, siendo éste el propietario, hubo otro que ambicionó los bienes ajenos, buscando la manera de adjudicárselos por medio del engaño. La codicia en los viejos tiempos fue incrementándose, y los hombres buscaron distintas formas de provocar en otro el error, se fueron dando diversas formas fraudulentas, las que fueron aprovechadas por los hombres.

2. ROMA

Los antecedentes históricos del delito de fraude en la legislación romana comienza en la denominada estafa, tal es el caso del concepto del "furtum, que se refería a la apropiación indebida, la sustracción de cosas y las violaciones de la posesión logradas mediante astucia y engaño, entre las que se señala el hecho de hacerse entregar dinero simulándose acreedor".⁽¹⁾

Más tarde surge otra figura llamada falsum, ésta se refería al engaño y a los diversos tipos de delitos que llevan

1 Fontán Balestra Carlos- "Tratado de Derecho Penal" Tomo VI. 2ª Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980. pág. 33.

el elemento del engaño, entre las que se encuentran un testimonio, con el cual lesione un derecho de propiedad, la fe pública cuando se trate de un delito concurrente.

Otra figura que apareció en el Derecho Romano fue el *Stellionatus*, esta figura era utilizada para señalar los crímenes extraordinarios, figura que tuvo lugar en el siglo segundo de la era cristiana, aquí es donde se toman en cuenta las lesiones en el patrimonio por medio de fraude o maniobras fraudulentas, que en las figuras anteriores no se tomaron en consideración.

Esta figura de estelionato (*stellionatum*) sus orígenes derivan de un animal llamado estelión o salamandra, según se dice dicho animal, contenía colores indefinibles que variaban al contacto con los rayos de el sol, de aquí se desprende la raíz del nombre del estelionato, esta figura era aplicable a delitos, a hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, los cuales oscilan entre la falsedad y el hurto pero no se identifican entre una y otra.

Sebastián Soler, habla del estelionato, al afirmar que era: "una impostura encaminada a la obtención de un hecho indebido y capaz de engañar y causar perjuicio al diligente padre de familia." (2)

2 Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Vol. IV. Tipográfica. Editora Argentina. Buenos Aires, 1973. pág. 293.

Zamora Pierce nos habla en su obra del Digesto, en el cual se mencionan como casos de estelionato: "la enajenación a otro de la cosa disimulando la obligación existente; el empleo insidioso de locuciones oscuras 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, en general se consideró como *stellionatus* todo género de actos de improvidad no realizados de modo franco y manifiesto, cuando no constituyeran otro delito" (3)

La *lex Cornelia de Falsis*, es la que marcó la diferencia del fraude y otros delitos de patrimoniales, al afirmar que "se reprimían las falsedades en los testamentos y en la moneda; posteriormente se agregaron numerosos casos de falsedadd que constituían ofensas de la fé pública" (4)

En Roma había una gran disposición por normar , detener los engaños fraudulentos, que en ocasiones eran calificados como: "furtum, otras como falsum o bien como *stellionatus*; a más de poder ser reclamados en vía civil mediante la *actio doli*. Esta falta de límites claros entre la materia civil

3 Zamora Pierce; Jesús. "El fraude".3a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1993. pág. 4.

4 González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". 26 Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1993. pág. 246.

o la penal va a marcar la problemática del estudio del fraude hasta nuestros días”⁽⁵⁾

Para aclarar esta discusión existente, es importante distinguir el dolo lícito, ésto significa que participa sin delito en los contratos más usuales, mientras que el fraude es la esencia del estelionato.

Carrara menciona un principio del jurisconsulto romano que reza así: “licet contrahentibus ses invicem circumvenire, (es lícito que los contratantes se engañen mutuamente)”⁽⁶⁾

Un segundo principio consiste en que al engañado por un contrato, la ley lo protege, puede pedir la reparación del daño por vía civil, cuando el dolo fue el origen del consentimiento y no va más allá.

Un tercer principio, es en donde el dolo toma el nombre de fraude, como consecuencia surge la criminalidad del hecho y ante esto la penuria de un castigo.

Encontramos que el jurisconsulto romano nos habla de la crimosidad, para que se de, es necesaria la gran astucia, el fraude debe juzgarse objetivamente.

Para entender mejor el fraude, encontramos que

5 Zamora Pierce, Jesús. “El fraude”. 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993. pág. 4.
6 Carrara Francesco. “Programa de Derecho Criminal”. Parte especial Volumen IV. 4a. Edición. Editorial Temis, S.A. Bogotá Colombia, 1987. pág. 424.

Carmignan, es el autor de una teoría donde diferencia el fraude penal del civil, para esto toma el concepto de la parva calladitas, el cual habla del dolo malo y dolo bueno, para señalar la diferencia de intensidad, existe "una grande y evidente impostura capaz de vencer la perspicacia de una persona prudente, debe ser considerada como un fraude penal; pero la impostura fácil de vencer con una mínima atención debe reputarse como fraude civil " (7)

Como resultado de estos elementos podemos decir que un fraude punible existe al producir presión o imposición psíquica en las facultades de la víctima, esto sucede en dos casos, al tener la capacidad de engañar a un hombre ponderado, o bien al valerse de mentiras dispuestas a mistificar a un hombre sensato.

3. FRANCIA.

A principios del siglo diecinueve se logró separar el fraude como delito contra el patrimonio, de las falsedades, ya que antes el fraude era considerado como un delito de falsedad.

A principios del siglo diecinueve se logró el objetivo de separar el fraude, considerado como delito contra el patrimonio, de las falsedades que protegen la fe pública.

7 "Enciclopedia Jurídica Omeba". Tomo XII. FAMI-GARA. Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, 1987. pág. 692.

Este objetivo creó un concepto genérico del fraude, ante eso tiene importancia la ley francesa de julio de mil setecientos noventa y uno, que infundió el artículo cuatrocientos cinco del Código Penal Francés Napoleónico de mil ochocientos diez, en el cual se habla del fraude, Zamora Pierce al respecto dice: "Cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas calidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente, o de cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, o ha intentado hacerse remitir o entregar, fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, recibos o descargos, y que por cualquiera de estos medios, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro". (8).

Como nos podemos dar cuenta, en esta ley francesa no hay una enumeración particular de los engaños posibles y conocidos de esa época, tan solo se refiere a tres tipos de engaño, como lo señala la definición que son considerados genéricos, podemos decir que no dio un concepto general, ni hizo un estudio particular de las distintas formas de engañar.

8 Zamora Pierce, Jesús. "El Fraude". 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993. pág. 5.

En Francia surgió un principio con relación al fraude, consistente en que no se consideraban las palabras mentirosas para que este se configure, sino que exigía algo más como un hecho exterior que diera como resultado completar el engaño, se habla de una figura llamada mise en scène, era considerado un tipo de aparato escénico, quiere decir se requiera de un hecho exterior que integre el engaño, además reunía a dos elementos importantes como son el objetivo y el subjetivo.

El elemento subjetivo demuestra la gran artimaña de un hombre que representa un temor a la sociedad, mientras el elemento objetivo señala las apariencias exteriores estructuradas para probar la palabra fingida provocando así inocencia de la víctima y como resultado de ella un daño mediato.

Esta doctrina francesa del aparato escénico nos lleva a diferenciar la mentira del artificio, donde la mentira no es considerada un delito, y nadie tiene que creer con facilidad palabras de otra persona, si llega a confiar en ella y le sucede algo, debe culparse a sí mismo, si considera ser afectado puede acudir a los tribunales para aspirar a que le reparen el daño causado.

Mientras el artificio no es un engaño inocuo, es un arbitrario despojo que reúne los requisitos objetivos del

delito, para darse el artificio no es suficiente el discurso bien preparado, pensado y ensayado que sea capaz de convencer, pero que no se concrete el fin, si el artificio logra el fin, se tiene que las condiciones subjetivas del delito existen, para que se constituya éste.

Esta doctrina para diferenciar la mentira del artificio es aceptable como solución al problema y tiene una gran importancia ya que se dio en la Casación Francesa, en un fallo con fecha diez de agosto de mil ochocientos sesenta y siete en un asunto de Boconnier, de igual manera esta solución fué adoptada en el Código Penal Toscano.

Como podemos observar, la palabra Escroquerie, es la nominación que se da al fraude o a la llamada estafa en el Código Francés, de los elementos antes señalados tenemos que se distingue por la acción de instigar a una persona al error utilizando el engaño o el artificio para alcanzar un beneficio injusto.

Estos elementos aportados por la doctrina francesa son acertados, pero debemos advertir que el sistema seguido por ellos es dudoso, vacío y casuista, por eso algunas legislaciones se fueron separando de sus principios.

4. ITALIA.

La palabra estafa deriva de el término truffa, esto es en italiano, este concepto no es muy acertado ya que hay

quienes afirman que su origen no es el italiano, que deriva del francés de la palabra truffe, tartufo o bien truffle, estas palabras llevan en sí un doble significado, primeramente se refiere a un hongo que se da en el fondo de la tierra y es comestible, como segundo lugar tenemos la burla; deriva del alemán treffen, otros dicen que significa golpear, a pesar de no tener con exactitud el origen de esta palabra, hay quienes aseguran su origen en el español, y la trufa se denomina al engaño.

Encontramos que hay distintas acepciones a la estafa, pero la más cercana nos la da Maggiore que dice: "Esta consiste en el hecho de quien, al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno". ⁽⁹⁾.

Como nos podemos dar cuenta, en Italia no se habla de fraude, la figura existente para ellos es la estafa, que si bien es cierto es el antecedente del fraude, así lo señalan los códigos italianos de mil ochocientos ochenta y nueve y el de mil novecientos treinta.

El Código de Napoleón señala en su artículo cuatrocientos cinco, una serie de maneras de alcanzar la

9 Maggiore Giuseppe "Derecho Penal". V. 5. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1989. pág. 122

entrega de cosas, documentos de crédito que constituyen la llamada escroquerie "haciendo uso de nombre o calidad falsa, valiéndose de maniobras fraudulentas para persuadir sobre la existencia de falsas empresas, poderes o créditos imaginarios".⁽¹⁰⁾

El sistema italiano, obtuvo una gran aceptación dentro del derecho comparado, de igual manera fué adoptado en su totalidad por el Código español de mil ochocientos veintidós, así mismo varias legislaciones iberoamericanas lo siguieron como modelo, entre ellos podemos mencionar el Código de Costa Rica, Chile, Honduras, Nicaragua y el Salvador.

Podemos apreciar que el Código Napoleónico tuvo una gran influencia en las legislaciones ya mencionadas, ya que este Código a diferencia del francés si hizo un estudio particular de todas y cada una de las conductas fraudulentas, así como aportar un concepto genérico.

En el Código italiano vigente nos señala que la estafa la comete quien induce a otro a caer en el error utilizando artificios o engaños, alcanzando un provecho ya sea personal o para un tercero, esta definición se hizo acreedora a numerosos halagos.

10 Fontán Balestra, Carlos. "Tratado de Derecho Penal". Tomo VI. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1980. pág. 27.

El Código italiano coloca al lado de la estafa y el engaño, una lista de delitos contra el patrimonio mediante fraude entre los que se encuentran la apropiación indebida, la insolvencia fraudulenta, la destrucción fraudulenta de cosas propias, mutilación de la propia persona, la usura, el fraude cometido en inmigración, la apropiación de cosas extraviadas, tesoros o cosas obtenidas ya sea por error, caso fortuito y la llamada receptación.

Anteriormente el Código italiano derogado necesitaba que "los artificios y las trampas fueran aptas de engañar y sorprender la buena fé ajena". ⁽¹¹⁾

Esto es muy diferente al valor que se señala al hecho, donde la ley se refiere si fue cometido adrede y no a la capacidad del ardid.

Encontramos a diferencia del Código italiano derogado, en el Código vigente asegura que las investigaciones respecto a la disposición de aquellos medios que son necesarios, importantes en el caso de tentativa, mientras que por otro lado son vanos e innecesarios en caso de delito consumado, si resulta que el artificio empleado por el culpable ha provocado el error y el perjuicio de la víctima, además del beneficio arbitrario del mismo sujeto activo.

11 Fontán Balestra, Carlos. "Tratado de Derecho Penal". Tomo VI. ob. cit.

5. ESPAÑA.

En la época del medievo en el derecho no había todavía un orden y existía el mismo confucionismo al igual que en el Derecho romano, también la falsedad viene a predominar por encima del bien jurídico lesionado.

El Fuero juzgó consigna en un solo orden donde fija la pena para los ladrones y quienes falsifican metales preciosos, las mismas partidas castigan aquellos hechos que se consideran como estafa, tal es el caso de mezclar el oro o la plata con otros metales, el cometer fraude en la venta de oro, de plata, negar haber recibido un depósito cuando efectivamente se recibió.

El antecedente histórico del delito de fraude en la legislación española aparece en el Código español de mil ochocientos veintidós, en su artículo setecientos sesenta y seis, que adopta lo dispuesto en el Código de Napoleón en el artículo cuatrocientos cinco, donde hace una enumeración de las maneras de entregar cosas o documentos de crédito por medio de escroquerie o sea conductas engañosas, haciendo uso de un nombre falso, aprovechando maniobras fraudulentas para convencer sobre la existencia de empresas falsas, o bien créditos imaginarios.

Los legisladores españoles, señalaban en la séptima partida que el delito de fraude no podía definirse, pero si se

podrían citar ejemplos de las maneras en que se pueden presentar, de tal forma los jueces pueden decidir el camino a seguir para diferenciar los artificios que pueden llegar a consistir en un delito y aquellos que pueden ser aceptados en contratos humanos. Como podemos ver los legisladores españoles y de otros países se vieron en la tarea de enumerar los casos en que se utilizaban los engaños, ante tal dificultad de expresar un concepto, fueron creando ejemplos, esto quiere decir tenían una forma demostrativa ante los jueces y tribunales para indicarles si se configuraba el delito de fraude o no, según el artificio utilizado, con el que inducían a otro a firmar un convenio o contrato por medio del cual renunciaban a su propiedad.

Así el legislador español quiso superar los conceptos del Derecho romano en relación al fraude, además de señalar y precisar los elementos del delito de fraude, robo y falsificación, para distinguirlos uno de otro.

Los españoles al no poder crear y definir el fraude, intentan hacer lo mismo que los romanos, en elaborar un catálogo donde enuncian ejemplos que se asemejen al estelionato, y califican con la palabra engaños "es enartamiento. que facen algunos omes los unos á los otros, por palabras mentirosas ó encubiertas e coloradas, que dicen con intención de los engañar e los decebir" ⁽¹²⁾. Esta

12 Zamora Pierce, Jesús. "El Fraude". Editorial Porrúa, S.A. México, 1993. pág. 4.

definición no pretende ser un concepto general, como ya hemos señalado anteriormente, se hace un desglose de conductas donde se emplea el engaño y quedan expuestas a la incriminación.

Las palabras nos indican que son dos las formas de engañar y se puede decir, que las más importantes a señalar son: primera es al utilizar palabras disfrazadas malintencionadas, la segunda cuando se le interroga a un individuo respecto de alguna cosa y este calla engañosamente y no pretende responder, si lo hiciera utilizaría palabras con dolo, tenemos que las partidas reconocen el engaño por omisión, que ha sido muy discutido, mientras en la acción se apartan la simulación de la disimulación como se expresa en algunos conceptos de la estafa.

Años más tarde en el año de mil ochocientos cuarenta y ocho el Código español añade la figura de la defraudación, esto como motivo de que algunos empleados públicos que reciben gratificaciones bajo la misión de suscribir con engaño un documento público, el texto es el antecedente más próximo a los Códigos de mil ochocientos setenta, mil novecientos veintiocho y mil novecientos treinta y dos de México.

No debemos olvidar que el Código Español de mil novecientos cuarenta y cuatro, a partir de la refundición contempla en el título trece de los delitos de propiedad, mientras que en el capítulo cuarto hace referencia a las defraudaciones², hace un segundo apartado donde habla de las estafas y otros fraudes, en un tercer apartado se refiere a la apropiación indebida.

6 ALEMANIA.

A mediados del siglo diecinueve se alcanza un objetivo que los juristas venían persiguiendo, era tener un concepto genérico del fraude, es así como el Código Penal Alemán de mil ochocientos setenta y uno, hace esta aportación a la vida jurídica, señalando en su artículo doscientos sesenta y tres, lo siguiente: "comete el delito de fraude quien, con la intención de procurarse así 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 los hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos". ⁽¹³⁾

Observamos en esta definición aportada por los alemanes, los siguientes elementos, primero quien tiene la intención, el propósito de allegarse para sí o para otro una utilidad patrimonial de manera ilegal, contraviniendo las

13 Zamora Pierce, Jesús. "El fraude". Ob. Cit. pág. 5 y 6.

normas penales, ocasionando un daño en el patrimonio, incurriendo en el error, lo más importante a señalar, es la simulación de la conducta falsa que esconde la verdadera realidad de los hechos.

Algunos juristas alemanes emplearon la palabra *traffan*, que según ellos el significado era golpear, coger y este lo utilizaban para designar el delito de estafa.

7. ARGENTINA.

La legislación argentina utiliza la palabra de fraude para distinguir los delitos contra la propiedad, el capítulo dedicado a las defraudaciones se encuentra entre lo que es el fraude y la estafa, donde la primera es el género mientras la segunda es la especie.

El concepto de defraudación no es útil para designar un tipo delictivo, lo que se pretende mostrar bajo esta denominación es enunciar las conductas, maneras de agredir el derecho de propiedad, utilizando el fraude como medio del apoderamiento y el dominio.

El derecho argentino toma de la evolución histórica elementos de la estafa, alimentándose también del derecho comparado que realiza un estudio amplio entre la estafa y los abusos de confianza, obteniendo un perfil entre los que

encontramos la apropiación indebida y la administración fraudulenta.

El Código argentino no sigue los pasos del Código francés, ni del alemán, en su artículo ciento setenta y dos hace mención de la estafa que es utilizada como manera para realizar el delito, entre las formas del engaño se puede citar el supuesto nombre, una calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, el abuso de confianza con la apariencia de bienes para obtener un crédito, una comisión ya sea en una empresa o negociación.

Existen dos proyectos posteriores al Código de mil novecientos cincuenta y uno de argentina, en donde se pretende tener en apartados especiales a las defraudaciones y a las estafas.

Existe un proyecto, el de mil novecientos cuarenta y uno de un autor de nombre Pego, su proyecto anticipa en capítulos diferentes la llamada apropiación indebida de la estafa, a la que define "al que por cualquier medio fraudulento indujere a alguno a error, para procurarse un injusto beneficio así mismo o a otro en perjuicio ajeno" ⁽¹⁴⁾, esto lo señala en el artículo ciento cuarenta y uno. Mientras el segundo proyecto de Soler agrupa en un mismo capítulo las apropiaciones indebidas, la administración fraudulenta,

14 Fontán Balestra, Carlos. "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. Ob. cit. pág. 30.

estafas, defraudaciones que van ligadas a la figura genérica de estafa, habla también del estelionato, el fraude cometido en la entrega de cosas, las estafas en seguros por medio del cheque, el fraude en servicios y alimentos.

Por lo que respecta al concepto de estafa en la legislación argentina encontramos los siguientes elementos: Se refiere a la disposición del patrimonio de otro, el perjuicio con la intención de alcanzar un lucro, utilizando el engaño, provocando así que otro tome por error el patrimonio de aquél, lo dañe así mismo o bien a un tercero.

Más tarde surgieron reformas encaminadas al capítulo de las estafas y defraudaciones, entonces surgió una ley en el año de mil novecientos sesenta y ocho, era la ley número diecisiete, punto quinientos sesenta y siete, que modifican los incisos dos, quinto, séptimo y noveno del artículo ciento setenta y tres, donde se trata la retención indebida, la administración fraudulenta, el despojo ajeno y el estelionato, estas modificaciones perseguían un fin primordial, en precisar el concepto de las figuras antes mencionadas ya que llegaron a tener ciertos defectos que fueron marcando tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Las reformas respecto al estelionato resuelve las dificultades de interpretarla, antes de la reforma se estimaba exigir en el sujeto activo el deber de informar el estado que

guardan las cosas, cuando recibe un deber por el trato de la misma, la reforma extiende su contenido solo respecto de quien sustrae el bien de su legítimo dueño, sino que ahora abarca a quien priva, daña, inutiliza, dificulta en todo o en parte el derecho establecido, además de ampliar la precaución al tercero que actúe en beneficio del propietario o actúe en complicidad con él.

Como podemos observar, también el Derecho argentino aporta un concepto del fraude, lo señala como género, menciona como especies del fraude, la estafa, apropiación indebida, el hurto, pero lo que nos debe quedar claro es que el fraude es el nombre que se le da en todas aquellas conductas que afectan al patrimonio, donde son utilizados los engaños, maquinaciones para provocar el error en el sujeto pasivo.

8. MÉXICO.

En México los orígenes de la figura del fraude se precisa que fué en el año de mil ochocientos sesenta y uno, cuando el Ministro de Justicia de esa época, el señor Jesús Ferán y el entonces presidente de la República, el Licenciado Benito Juárez decidieron formar una Comisión para elaborar el Código Penal, dicha comisión fue encabezada por Urbano Fonseca, entre otros; aceptaron el cargo y comenzaron su

labor, pero su atención a la elaboración del mencionado Código fué suspendida ante la presencia de la intervención francesa que tuvo lugar el veintiocho de septiembre de mil ochocientos sesenta y ocho, más adelante el Presidente de la República el Licenciado Benito Juárez ordenó al nuevo Ministro de Justicia, Ignacio Mariscal para que nuevamente integrara la Comisión.

Al presentarse la primera sesión de la comisión su presidente expuso los trabajos de la delegación anterior para que fueran revisados, la nueva comisión se reunió en sesenta y dos sesiones, la primera el día cinco de octubre de mil ochocientos sesenta y ocho y por último el veinte de diciembre de mil ochocientos sesenta y nueve, los integrantes de aquella comisión se abocaron a discutir el articulado comprendido en la parte general del Código, olvidándose de la parte especial del mismo.

El antecedente que se tiene de la primer delegación interrumpida por la intervención francesa, es que siguieron el texto del Código Penal Español de 1848 para ordenar las materias, ante este antecedente no es factible atribuirle el concepto genérico del fraude, como nos podemos dar cuenta, la legislación española se derivó del método enumerativo que conservó hasta mil novecientos ochenta y tres.

Al entrar en vigor el Código de mil ochocientos setenta y uno de México, en Alemania también entra en vigor su Código, de esta manera ambos países comparten la vigencia de su Código Penal.

9. CÓDIGO PENAL 1871.

Como ya señalamos anteriormente, nuestro primer Código Penal fué el que surgió a la luz luego de los trabajos de revisión en mil ochocientos setenta y uno,

Primeramente en el artículo cuatrocientos catorce del Código en cuestión, se define la figura de la estafa en relación a la entrega de una cosa, bien mueble de la siguiente manera: "a virtud de engaños o artificios que no constituyeran delitos de falsedad" ⁽¹⁵⁾; esta definición recibió una crítica por el autor Miguel S. Macedo, quién propuso modificarla para omitir la parte en la que se señalaba que las maquinaciones y artificios no configuraraban el delito de falsedad, lo que dió origen a limitar los fraudes más graves, por tal motivo tenían que ser sancionados al imponer una pena superior, si se cometían utilizando maquinaciones, artificios y resultaban de estos los delitos de falsedad, o a diferencia de estos, aquéllos realizados

15 Pavón Vasconcelos, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal". 6a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989. pág. 225.

utilizando maquinaciones, artificios de otra clase.

De esta manera se resolvió el problema según el jurista Miguel S. Macedo, quedaba resuelta en su exposición, mientras que el Código de esa época no solucionó el conflicto de manera lógica.

Miguel S. Macedo nos indica en un razonamiento que en el caso de utilizar documentos falsos o bien valiéndose de cualquier otro artificio, que dé como resultado el delito de falsedad y haya una acumulación de delitos, esto es la falsedad y el fraude dará a lugar a incrementar la sanción, hace una reflexión diciendo que puede darse el caso en que alguien utilice un documento falso y no por eso será falsario, ni actúe de conformidad con él.

La eliminación del precepto que nos ocupa fué muy atinada pero incurrió en un grave error de manifestar en el texto original al colocar las maquinaciones, los artificios y al engaño como una forma comisiva, esto provocó una reiteración en lo que la legislación quiso referirse a los engaños aparentes, amparados en una mezcla de hechos exteriores que otorgan a la farsa una condición perceptible en su ostentación de manera material y no así a los engaños frecuentes como son los alegatos falsos, las falsas promesas, reticencias, ya sea en forma escrita u oral.

A continuación citaremos los artículos del Código de mil ochocientos setenta y uno y veamos la manera como definían al fraude.

CÓDIGO PENAL 1871.
TITULO PRIMERO
Delitos contra la propiedad.
CAPITULO V
FRAUDE CONTRA LA PROPIEDAD.

" ART. 413. Hay fraude siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél.

ART. 414. 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 banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad.

ART. 415. El estafador sufrirá la misma pena que, atendidas sus circunstancias y las del caso, se le impondría si hubiera cometido un robo sin violencia.

ART. 416. También se impondrá la pena del robo sin violencia en los mismos términos que dice el artículo anterior:

I. Al que, por título oneroso, dé una moneda o enajene una cosa como si fuera de oro o de plata, sabiendo que no lo son;

II. Al que, por un título oneroso, enajene una cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, o una cosa equivalente;

III. Al que en un juego de azar o de suerte se valga de fraude para ganar sin perjuicio de ~~las~~ otras penas en que incurra si el juego fuere prohibido;

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

V. Al que entregue en depósito algún saco, bolsa o arca cerrada, haciendo creer falsamente al depositario que contienen dinero, alhajas u otra cosa valiosa que no se halla en ellas; sea que defraude al depositario demandándole aquél o éstas después, o sea que consiga por este medio dinero de él o de otro,

VI. Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado, y rehuse después de recibirla hacer el

pago y devolver la cosa, si el vendedor le exige lo primero dentro de tres días de haber recibido la cosa el comprador.

VII. Al que venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o raíz, y reciba el precio de ambas. Esto se entiende sin perjuicio de que devuelva el precio al que, con arreglo al derecho civil. se quede sin la cosa.

ART. 417. El que ponga en circulación una o más monedas legítimas de otro metal, como si fueran de oro o de plata, sabiendo que sólo tienen la apariencia, será castigado con una multa igual, al cuádruplo del valor que quiso hacerles representar.

ART. 418 El que por título oneroso enajene una cosa y entregue intencionalmente otra, distinta en todo o en parte de la que contrató, sufrirá una multa de segunda clase.

ART. 419. El que por título oneroso enajene una cosas en precio mayor del que realmente tiene, engañando para esto al que la adquiere, sobre el verdadero origen, naturaleza, especie o dimensiones de la cosa, sufrirá una multa del duplo de la diferencia que haya entre el precio que cobró y el legítimo, sin perjuicio de las acciones que con arreglo al derecho civil competan al defraudado.

La misma pena se aplicará si el fraude se cometiere en metales preciosos, dando uno de inferior ley que la pactada.

Esto se entiende si no se ha cometido la falsedad de que se trata en los artículos 694 a 696 y 698.

En los dos casos de este artículo se tendrá como circunstancia agravante de cuarta clase que el delincuente sea platero o joyero.

ART. 420. Si en los casos de que hablan los artículos que preceden, interviene a nombre del dueño otra persona y cometiere el engaño, se le aplicará la pena respectiva de las que dichos artículos señalan. Pero si el que interviniere fuere corredor, se tendrá esta circunstancia como agravante de segunda clase

ART. 421. El que sin valerse de pesas o medidas falsas, engañe al comprador sobre la cantidad o peso de la cosa vendida, haciendo por cualquier medio que aparezcan mayores de lo que son, sufrirá una multa de primera clase, cuando el engaño no pase de diez y seis pesos. Pasando de esa cantidad, la multa será de segunda clase.

ART. 422. Sufrirá la pena del robo sin violencia y una multa igual a la cantidad que se proponga defraudar, el que sin acuerdo con el falsario hiciere uso:

- I. De moneda falsa o alterada;
- II. De pesas o medidas falsas o alteradas;
- III. De alguno de los documentos falsos de que se habla en los artículos 683 y 690.

Si el delincuente fuere empleado público, se tendrá esta circunstancia como agravante de cuarta clase, sin perjuicio de lo dispuesto en la fracción única del artículo 148.

ART. 423. El que venda medicinas o comestibles falsos sabiendo que los son, pagará una multa del duplo de su valor, si no contiene substancias dañosas.

Si el que vende las medicinas fuere boticario, se considerará esta circunstancia como agravante de cuarta clase.

ART. 424. El vendedor de cosas adulteradas por él, o sabiendo que lo están, si las substancias mezcladas no son nocivas, pagará una multa de primera clase cuando la diferencia de precio no exceda de diez y seis pesos, y de segunda cuando pase de esa cantidad.

No se comprende en esta prevención el caso en que la mezcla no se haga con ánimo de engañar, sino para apropiarse las cosas al comercio del lugar, a las necesidades del consumo, a los hábitos o capricho de los consumidores, o por exigirlo así la conservación de la cosa, las reglas de la fabricación, o indicarlo la ciencia para un fin legítimo

ART. 425. El que cometa un fraude, explotando en su provecho las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de una supuesta evocación de espíritus, o prometiendo descubrir tesoros, o hacer

curaciones, o explicar presagios y valiéndose de otros engaños semejantes, sufrirá la pena de arresto mayor y multa de segunda clase.

ART. 426. El que haga un contrato o un acto judicial simulados con perjuicio de otro, será castigado con una multa igual a los daños y perjuicios causados, si éstos no exceden de cien pesos. Si pasan de esta cantidad, se impondrá la pena de arresto menor y multa de segunda clase.

Si el autor del contrato simulado lo deshiciere o denunciare la simulación antes de que la justicia tenga conocimiento del delito, sólo se le impondrá la multa correspondiente.

ART. 427. El que con abuso de la inexperiencia, de las necesidades o de las pasiones de un menor, le prestare una cantidad de dinero, en créditos o en otra cosa equivalente, y le hiciere otorgar un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, sea cual fuere la forma del contrato, será castigado con la pena de arresto menor y multa de segunda clase como si cometiera un fraude.

ART. 428. El que de cualquier modo substraiga algún título, documento u otro escrito que él había presentado en juicio será castigado como si cometiera un fraude, y sufrirá una multa de diez y seis a quinientos pesos.

ART. 429. El que con intención de perjudicar a un acusado substraiga del proceso que contra éste se esté formando, un documento o cualquiera actuación, con que se pudiera probar su inocencia o una circunstancia excluyente o atenuante, será castigado con la pena que se le impondría si hubiera declarado falsamente, aunque no logre su objeto.

ART. 430. Los hacendados, dueños de fábricas o talleres, que en pago del salario o jornal de sus operarios les den tarjetas o planchuelas de metal o de otra materia, vales o cualquiera otra cosa que no corra como moneda en el comercio, serán castigados de oficio con una multa del duplo de la cantidad a que ascienda la raya de la última semana en que se haya hecho el pago de esa manera.

La mitad de esta multa se aplicará a los operarios en proporción al jornal que ganen.

ART. 431. Los fraudes que causen perjuicio a la salud, se castigarán con las penas que señala el capítulo sobre delitos contra la salud pública.

ART. 432. Cualquiera otro fraude que no sea de los especificados en este capítulo y en el siguiente, se castigará con una multa igual a 25 por 100 de los daños y perjuicios que se causen; pero sin que la multa exceda de mil pesos.

ART. 433. Son aplicables al fraude y a la estafa los artículos 373, 374 y 375." ⁽¹⁶⁾

16 Zamora Pierce, Jesús. "El Fraude". Ob. Cit. Págs. 11-14

10. CÓDIGO PENAL DE 1929.

El Código Penal de mil novecientos veintinueve siguió los pasos del Código Penal de mil ochocientos setenta y uno adoptó las ordenanzas que daba al fraude, y el único cambio sufrido fue de nombrarlo estafa, así en general se le llamo al delito, omitiendo el legislador lo incorrecto de nombrar el género por la especie.

De esta manera tenemos que en el artículo mil ciento cincuenta y dos de la ley del veintinueve expresaba "Si las maquinaciones o artificios constituyen un delito de falsedad, se acumulará éste al delito de estafa, observándose las reglas de la acumulación para la imposición de la sanción" ⁽¹⁷⁾. Nos podemos dar cuenta que este precepto legal por su redacción le dificultaba al legislador diferenciar cuando se trataba de la acumulación real de delitos, donde la falsedad y la siguiente estafa se realizaban en hechos de una acumulación formal, en donde en un solo acto una persona incurre en la falsedad y la estafa.

En la mayoría de los casos donde la falsedad convergía con el fraude calificado a la estafa, la falsedad establecía una manera de comisión del delito, por tal motivo no podía formar

17 González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". 26a. Edición. Editorial Porrúa, S.A.. México. 1993. pág. 275.

un delito autónomo, ya que estaba obligado a intervenir en la parte intrínseca, atendiendo a un principio lógico de medios que conforman el tipo penal.

Tenemos que las maquinaciones, los artificios si constituían la falsedad, se consideraban como formas, esenciales para alcanzar un resultado típico, además no era necesario que tuvieran relevancia o autonomía que la ley en un momento les reconoció. "La ley debía eliminar la penalidad de actos contenidos en el camino del delito formaban los medios primordiales para llegar a un delito fin y no a un delito medio" ⁽¹⁸⁾.

Para nuestro estudio es importante señalar las diferencias entre los Códigos de 1871 y 1929 en relación al fraude, lo más destacado es que el Código Penal de 1929, en el título vigésimo habla de los delitos contra la propiedad, en el capítulo quinto se refiere a la estafa y no al fraude como en el Código de 1871.

La mayor parte de los artículos coinciden literalmente, algunos conservan la misma idea, a otros se les agrega en su parte final alguna idea particular. Los que aparecieron son:

18 Pavón Vasconcelos, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal", 6ª Edición. Editorial Porrúa, S.A.. México 1989. . pág. 227.

Art. 1152. Si las maquinaciones o artificios constituyen un delito de falsedad, se acumulará éste al delito de estafa, observándose las reglas de acumulación para la imposición de la sanción.

El Art. 1163.

Artículo que nos interesa para nuestro estudio. Lo que cambia en relación al texto de 1871, es el castigo cambia por una multa, después la pena y arresto en el Código de 1929 habla de la reparación del daño.

Art. 1168. Se equiparán a la estafa:

I. Los actos violatorios de los derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en le Código Civil, y se sancionarán con una multa igual al veinticinco por ciento de los perjuicios que se causen y arresto a juicio del juez

La estimación de los perjuicios, para el efecto de imposición de la sanción, se hará conforme a las reglas establecidas en el libro segundo de este Código

II. El lucro obtenido por comerciantes y empresas que, por sorteos, rifas, loterías, promesas de venta, o por cualquier otro medio y sin entregar la mercancía u objeto del contrato, se queden con las cantidades recibidas, en todo o

en parte, u obliguen al que las hubiere entregado a recibir otros objetos en pago.

La sanción aplicable en los casos de esta fracción será la del robo sin violencia.

11. CÓDIGO PENAL DE 1931.

Los cambios en nuestra legislación penal fueron dándose poco a poco, así llegamos al Código de mil novecientos treinta y uno, que originó un cambio fundamental en relación al fraude, en la definición la naturaleza de la conducta delictiva llegó a colocarse en la fracción primera de las trece que conforman el artículo trescientos ochenta y seis. A la entrada de esta reforma se pierde la diferencia que existía en el fraude genérico y los fraudes específicos, el fraude genérico pierde su característica de ser el pilar del sistema para ser considerado posteriormente una hipótesis de los señalados en el artículo mencionado de las conductas fraudulentas.

Ante esto las críticas y las inconformidades no se hicieron esperar, atinadamente el treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco se lleva a cabo una reforma al artículo trescientos ochenta y seis, posteriormente fué publicada en diario oficial del nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, donde se le reintegra al fraude

genérico el carácter principal que se le había dado anteriormente y que de hecho le correspondía, y los demás fraudes específicos se colocaron en el artículo trescientos ochenta y siete.

El texto señalado por la reforma arriba citada queda de la siguiente manera “Comete el delito de fraude genérico calificado quien obtiene del sujeto pasivo la entrega de la cosa no sólo a virtud de engaños, sino de maquinaciones o de artificios” ⁽¹⁹⁾.

De acuerdo a esta reforma, algunos autores criticaban la redacción del precepto al considerarlo restringido ya que no se comprendían a los bienes muebles y se aclara que esta reforma protegía a los bienes muebles como inmuebles.

Atendiendo a esta reforma, resaltaremos su importancia en la vida jurídica, donde lo principal consistía en dar el bien cuando se utilizaban los engaños, las maquinaciones o artificios, esto daba como resultado que la acción no era la única para que se diera la conducta típica, sino que existían otros modos entre ellos mencionamos el utilizar el engaño, las maquinaciones, utilizados por el sujeto activo para que el sujeto pasivo callera en un error, apreciando una aparente realidad, y el sujeto activo una vez logrado su fin se le hiciera la entrega u obtención de la cosa, alcanzando el lucro que se había perseguido.

19 Pavón Vasconcelos, Francisco. “Comentarios de Derecho Penal”. Ob. Cit. pág. 228

Observando lo anterior, nos damos cuenta que los legisladores de ese tiempo en que se emitieron las reformas atendieron al significado gramatical de las palabras utilizadas, nos referimos a las maquinaciones y los artificios, al primero se le consideraba como astucia, el segundo la habilidad consistente como el medio, ante esta situación, el autor Jiménez Huerta se refiere a los términos artificio y maquinación como medios utilizados para alcanzar la entrega de un bien y señala las siguientes características "Han de tener la suficiente corporeidad, visualidad o tangibilidad para impresionar la mente y los sentidos e ilusoriamente hacer aparecer la mentira como una constatada realidad. Empero, no existe maquinación o artificio en las simples palabras por fascinantes o sugestivas que fueran; preciso es que vayan acompañadas previa, simultánea y sucesivamente por algún hecho material y corpóreo que de apariencia de realidad a la mendaz afirmación." (20).

Observamos que los anteriores planteamientos trataron de hacer un estudio detallado de aspectos referentes al tipo ya sea calificado, subordinado y complementado del fraude, de tal manera se buscaba efectuar una clasificación del delito referido, atendiendo a la conducta, al resultado, al momento en que se comete el delito, así mismo los aspectos positivos y negativos del mismo.

20 Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano" 3ª Edición. Tomo IV. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980 pág. 161.

Años más tarde, en noviembre de mil novecientos ochenta y uno, se expuso ante el Congreso de la Unión y la Cámara de Diputados una serie de reformas al artículo trescientos ochenta y seis del Código Penal para el Distrito Federal, en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, donde se analizaba la exposición de motivos y en especial atención a la cuantía que la Ley Penal tomaba en cuenta en lo que respecta a su título Vigésimo Segundo, relacionado a las penas aplicables a los delitos patrimoniales como el abuso de confianza, el robo, el fraude y el daño en propiedad ajena, en tanto que el resultado del daño y la pena ya no correspondía, dada la situación económica presente en el país, por tal motivo se vieron en la necesidad los legisladores de analizar los montos para que estuvieran acordes a la penalidad y la realidad con el bien protegido por la ley de esos momentos.

Las respuestas de los legisladores ante esta urgente reforma obedecía a la cantidad de injusticias que se cometían, añadiendo a este problema el aumento de la población en los centros de reclusión y el grave problema que ella traía en el aspecto social, político y económico.

Los aumentos propuestos por los legisladores en cuanto a las penas, beneficiaban el privilegio de la libertad bajo fianza, esto trascendía en los espacios de la libertad prepara-

toria, entre otras, por lo que respecta del texto del artículo trescientos ochenta y seis debía estar conformado por las tres primeras fracciones, antes contenidas en el texto original, ésta marcaba un paso muy importante, al no tener un texto y ahora reunir las tres primeras fracciones para darle vida al concepto de fraude. Esta iniciativa se distinguía primero por su aspecto económico, basándose en el valor de lo defraudado y teniendo como referencia los días de salario.

Dada la explicación de la Comisión de justicia en su decreto de reforma al artículo trescientos ochenta y seis quedó de la siguiente manera "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla hace ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido" ⁽²¹⁾. Nos damos cuenta de que que esta redacción cambia radicalmente con la anterior, y señala en sus fracciones la penalidad diciendo en la primera "Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad. La segunda con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediere de diez pero no de quinientas veces el salario. Tercera. con prisión de tres a doce años y multas hasta de ciento veinte veces el el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario" ⁽²²⁾.

21 Pavón Vasconcelos, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal" Ob. Cit. pág. 231.
22 Ibidem. pág. 231

Como nos podemos dar cuenta, aquí ya no se habla de una cantidad fija, se toma el salario y las veces que hay que multiplicarlo.

Este decreto de reformas al ser presentado provocó la aceptación de la Cámara de Senadores y de la Comisión Unida de Justicia, y pasó a tomar parte en el Diario de Debates de la Cámara de Senadores, correspondiente al Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, con fecha del veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.

Surgió una situación inexplicable, primero este decreto sufrió una serie de pasos, primero se expide el veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, se promulga por el ejecutivo el veintiséis de diciembre del mismo año, luego se publica en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de diciembre del año mencionado, y este texto no aparece en el último párrafo del trescientos ochenta y seis del Código Penal, esto nos lleva a pensar que sucedieron dos cosas, fué un descuido del legislador, ya que no aparece inserto en el diario de debates, ni en el proyecto inicial o bien se le restó atención de mantener la figura del fraude calificado.

La reforma anterior corresponde a la de mil novecientos ochenta y uno, del dos de Diciembre y posteriormente la última reforma vigente en nuestro actual Código Penal corresponde a la del treinta de Diciembre de mil novecientos

noventa y uno en lo que se refiere a la fracción 1a. del Art. 386 y que dice así:

I. Con prisión de 3 días a seis meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de 10 veces el salario.

CÓDIGO PENAL DE 1931. (Texto original)
TITULO VIGESIMOSEGUNDO.
Delitos en contra de las personas en su patrimonio.
CAPITULO III
FRAUDE.

“ ART. 386. Se impondrán multa de cincuenta a mil pesos y prisión de seis meses a seis años:

I. Al que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido.;

X. Al que hiciere un contrato, un acto o escrito judicial simulados, con perjuicio de otro, o para obtener cualquier beneficio indebido.” (23)

23 Zamora Pierce, Jesús. Ob. Cit. págs. 17-19

**CÓDIGO PENAL DE 1931
(TEXTO VIGENTE ENERO DE 1992)
TITULO VIGÉSIMO SEGUNDO
DELITOS EN CONTRA DE SU PATRIMONIO
CAPITULO III
FRAUDE**

ART. 386. (Este artículo fué reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1946, y nuevamente por decreto de 26 de diciembre de 1981, publicado en el Diario Oficial de 29 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente y corregido según fe de erratas en Diario Oficial de 13 y 15 de enero de 1982, y nuevamente por decreto de 21 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de 30 de diciembre de 1991, en vigor al día siguiente de su publicación, para quedar como sigue):

ART. 386. Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I. 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;

II. Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de quinientas veces el salario.

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

ART. 387. Este artículo fué reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1946, en vigor tres días después, como sigue:

ART. 387. Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

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

Se presumirá simulado el juicio que se siga en contra de un depositario judicial, cuando en virtud de tal juicio, acción, acto o escrito 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. ⁽²⁴⁾

24 Zamora Pierce, Jesús. "El fraude". Ob. Cit. págs. 18-20

CAPITULO II

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. CONCEPTO ETIMOLOGICO DE FRAUDE
2. CONCEPTO GRAMATICAL DEL FRAUDE
3. CONCEPTO JURÍDICO DEL FRAUDE
4. SIMULACIÓN
5. CONTRATO

1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO DEL FRAUDE..

Según la etimología de la palabra fraude deriva del latín "fraus, fraudis, Engaño, acto de mala fé"...⁽²⁵⁾. Este concepto es señalado por el diccionario Larousse ilustrado.

Existen otros conceptos etimológicos en relación al fraude, entre ellos citamos los siguientes:

González de la Vega nos dice: Maquinación, "del latín machinatio, es el proyecto o asechanza artificiosa y oculta dirigida regularmente a mal fin" ⁽²⁶⁾.

De la Vega señala que artificio deriva del: "del latín artificium, de ars, arte, y facere, hacer es la máquina o aparato para lograr un fin con mayor facilidad o perfección que por los medios ordinarios o comunes" ⁽²⁷⁾

Para Maggiore la etimología de la estafa, en italiano es: "El delito de estafa (truffa escroquerie, Betrug, false pretence) consiste en el hecho de quien, al inducir al otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno". ⁽²⁸⁾.

25 García Pelayo, Ramón y Gross. "Pequeño Larousse ilustrado". Ediciones Larousse, México, 1978, pág. 482.

26 González de la Vega, Francisco "Derecho penal mexicano" 26a. Edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1993 pág. 254.

27 González de la Vega, Francisco. Ob cit. pág. 254.

28 Maggiore Giuseppe. "Derecho penal". Volumen V. Editorial Témis. Bogotá Colombia, 1989. pág.. 122.

Palomar nos dice respecto al término fraude lo siguiente: "fraus, significa engaño, inexactitud consiente, abuso de confianza que prepara o produce un daño, casi siempre material. Der. Delito cometido por el encargado de vigilar la ejecución de contratos públicos y aún de algunos privados, confabulándose con la representación de los intereses opuestos" ⁽²⁹⁾..

Couture señala que: "fraude deriva del latín fraudis que significa daño causado a alguien", ⁽³⁰⁾.

Al señalar la etimología de la maquinación y el artificio, ambos conceptos los citamos por estimar su importancia en el delito a estudio, ya que en la antigüedad al fraude se le conoció primeramente como estafa, algunas legislaciones como Francia, Alemania e Italia le dedicaron un apartado a los delitos contra el patrimonio, entre ellos figura la estafa, que después vino a ocupar el delito que hoy conocemos como fraude.

En otra fuente encontramos que: "fraude proviene del latín fraus, udis, fraudis que es genitivo de fraus y que significa engañar, usurpar, despojar, burlar con fraude; fraudulentus, equivalente a fraudulento, engañoso, fingido,

29 Palomar de Miguel, Juan "Diccionario para juristas" Ediciones Mayo, S de R.L. México, 1981. pág 612.

30 J. Couture, Eduardo "Vocabulario Jurídico" 5a. reimpresión. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1993, pág 295.

falaz, malicioso". (31)

Como nos podemos dar cuenta, en la etimología de la palabra fraude, las fuentes antes citadas coinciden con el engaño, los artificios, la mala fe encaminada a lastimar el patrimonio, estos elementos aportados por los autores ya señalados, los vamos a estar utilizando constantemente a lo largo de la presente tesis, con la finalidad de brindar un concepto más concreto del fraude, en especial atención al fraude por simulación contractual, tema que nos ocupa.

Demetrio Sodi señala que fraude tiene su "derivación etimológica (de fallere) significa fraude, y que, según el uso común del lenguaje quiere decir engaño intencionado de palabra o de obra, podía aplicarse a los más importantes hechos delictuosos...". (32)

2. CONCEPTO GRAMATICAL DE FRAUDE.

Respecto al término fraude, Escriche señala "Fraude es lo mismo que engaño". (33)

El mismo Escriche nos hace una reflexión respecto al engaño y al fraude, para esto hace una distinción entre estos dos conceptos diciéndonos:

31 Instituto de Investigaciones Jurídicas "Diccionario jurídico mexicano" D-H 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. Universidad Nacional Autónoma de México; 1987. pág 1469.

32 Sodi, Demetrio. "Nuestra Ley Penal". Tomo II. México 1917. p. 130.

33 Escriche, Joaquín. "Diccionario razonado de la legislación y jurisprudencia" Tomo II C-H Editorial Temis, S.A., Bogotá Colombia, 1987 pág. 644.

“Engaño es efecto toda astucia o maquinación de que uno se sirve, hablando u obrando con mentira o artificio, para frustrar la ley o los derechos que ella nos da” (34).

“Fraude no es otra cosa que el hecho de frustrar la ley o los derechos que de ella se nos derivan” (35).

Cabanellas señala gramaticalmente al fraude así: “fraude es el engaño, el abuso de confianza. Acto contrario a la verdad o a la rectitud” (36).

3. CONCEPTO JURÍDICO DE FRAUDE.

En este apartado del capítulo segundo nos ocuparemos de analizar el concepto jurídico del fraude, no olvidando que para que este existiera, primeramente hubo la necesidad de conocer la etimología, como lo hemos señalado en el primer punto del presente capítulo, así mismo nos ha brindado la oportunidad de conocer la raíz de los vocablos que hemos venido utilizando, además de citar en la segunda parte del presente la descripción gramatical, brindándonos así una más clara idea del concepto de fraude.

Ahora citaremos las fuentes antiguas del derecho, donde nos vamos a dar cuenta de la evolución de este

34 Escriche, Joaquín pág. 644

35 Cabanellas, Guillermo. “Diccionario enciclopédico de derecho usual” Tomo IV F-1 20a. Edición. Editoria Heliasta. S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1981. pág 108

36 Cabanellas, Guillermo. Ob cit. pág. 108.

concepto, conoceremos los nombres o denominación que antes le se daba al fraude, y la aportación que han hecho importantes juristas, sus criterios para llegar al concepto que hoy conocemos en nuestra legislación vigente.

El concepto más antiguo aportado a la ciencia jurídica, respecto al delito de fraude, es el utilizado por los romanos que dice así “el fraude era el dolo malo, ... como toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros” ⁽³⁷⁾.

Como ya hemos venido analizando, en la época de los romanos, el *furtum*, así llamado era considerado como una apropiación indebida, esta se lograba mediante engaños.

Esta palabra después paso a ser la palabra *falsum*, que comprende al engaño, esto fue dando origen a las diversas manifestaciones de los delitos que causan un menoscabo en el patrimonio.

El tercer concepto utilizado por los romanos es el llamado “*stellionatus*, como crimen extraordinario, mediante el cual se sancionaban multitud de hechos cometidos en daño de la propiedad”. ⁽³⁸⁾ Los delitos señalados por esta figura comprendían al hurto y la falsedad.

37 Zamora Pierce, Jesús. “El Fraude”. 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993 pág. 3.

38 Zamora Pierce. Ob cit. págs. 3 y 4.

Chauveau y Hélie sostiene que en el fraude penal "el agente se propone, principal o exclusivamente, la lesión del patrimonio ajeno". (39) .

Por otra parte el autor Carmignani tomó el concepto romano de la magna o parva calliditas, que se refiere al dolo bueno y malo, de aquí sostiene su concepto del fraude diciendo: "la diferencia de intensidad: una grande y evidente impostura capaz de vencer la perspicacia de una persona prudente, debe ser considerada como un fraude penal". (40) .

Mitermayer dice "fraude punible existe siempre que se ejerce presión o coacción psíquica sobre las facultades discriminatorias de la víctima, y esa coacción se produce en dos casos: 1) cuando se emplean artificios capaces de engañar a un hombre prudente; 2) cuando se emplean falacias susceptibles de mistificar a un hombre también prudente . "41) .

Para González de la Vega el fraude es "un error intencionalmente causado con el objeto de apropiarse el bien de otro, todos los artificios, todas las maniobras, todos los procedimientos de cualquier naturaleza que sean propios

39 Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. FAMI-GARA Editorial Dris Kill, S.A., Buenos Aires, 1987, pág. 692.

40 Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob cit. pág. 692.

41 ib idem pág. 692.

para llevar a ese resultado entran en la noción general del fraude”. (42) .

El autor Palomar dice respecto al fraude que “es un delito cometido por el encargado de vigilar la ejecución de los contratos públicos y aún de algunos privados, confabulándose con la representación de los intereses opuestos”. (43)

Un concepto mas técnico, jurídico es el utilizado por González de la Vega al anunciar que el fraude es el “ilícito penal que se realiza con todas las agravantes, es decir, que no se conforma con la simple mentira causante del error en la víctima, si no que utiliza maquinaciones o artificios” (44) .

Ramírez Gronda sostiene en su concepto jurídico que el fraude consiste en “sustentarse maliciosamente a las normas de la ley o del contrato en perjuicio de alguien .Es la causa de nulidad de los actos jurídicos” (45) .

La opinión de Gil Meller, toma los elementos más importantes que han señalado diversos autores y expresa que el fraude es: “sinónimo de engaño, simulación,

42 González de la Vega, Francisco “Derecho Penal Mexicano” 20a Edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1973, pág. 243.

43 Palomar de Miguel, Juan “Diccionario para Juristas” Ediciones Mayo, S. de R.L., México, 1981 pág. 612.-

44 González de la Vega, Francisco. ob. cit. pág. 612.

45 Ramírez Gronda, Juan D. “Diccionario jurídico” 10a Edición. Editorial Claridad Argentina 1988. pág. 158.

superchería o mentira, que se emplea, sin fuerza ni violencia, en la comisión de ciertos delitos, especialmente contra la propiedad, para sorprender la buena fé, la confianza o la ignorancia de la víctima, haciendo creer lo que no es, al inducirla en error para derivar provecho de esta situación” (46)

Otro concepto jurídico del fraude es el señalado por Rafael de Pina y del que dice: fraude es el “acto mediante el cual una persona engaña a otra o aprovechándose del error en que se halla, obtiene ilícitamente alguna cosa o un lucro indebido.” (47)

Una vez que hemos señalado los conceptos jurídicos enunciados por ilustres juristas, tenemos que todos coinciden con el engaño, las maquinaciones, los artificios utilizados por el delincuente para provocar en su víctima el error y de esta manera lograr el fin último, consistente en perseguir el lucro, lesionar el patrimonio o bien aprovechándose de la ignorancia de las personas. Esto es muy importante señalarlo, ya que son los elementos esenciales del delito de fraude, debemos recordar que el fraude es sinónimo de engaño, este engaño reviste diversos aspectos que en el transcurso de esta obra iremos mencionando.

-
- 46 Gil Miller Puyo Jaramillo “Diccionario jurídico penal”. Ediciones librería del profesional. Bogotá Colombia, 1980 pág. 185.
- 47 De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael “Diccionario de Derecho” 17a Edición . Editorial Porrúa , S.A.: México pág. 292.

Es importante señalar, que en los conceptos antes citados se desprenden dos elementos esenciales, uno consistente en que el fraude comprende una simulación, y otro cuando se sustrae de la ley o de un contrato, esto es primordial y si unimos las palabras simular y contrato, llegamos al punto que es importante para el tema de nuestra tesis, y podemos decir del fraude, que es un engaño por medio del cual se simulan contratos, afectando el patrimonio y persiguiendo así un lucro indebido.

No debemos olvidar, que en nuestra vida diaria existen una variedad de contratos que se simulan para cometer el delito de fraude, estas formas son los medios para perseguir y conseguir el fin que se pretende, alcanzar un lucro indebido, afectando el patrimonio de un tercero.

Creus dice que la expresión defraudación: "se designa a toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca aquélla o se aprovecha de éstos". ⁽⁴⁸⁾

Para Creus, el fraude: "está integrado por las acciones tendientes a simular hechos falsos, disimular los verdaderos, o falsear de cualquier modo la verdad, dirigidas al sujeto a

48 Creus, Carlos. "Derecho Penal". Parte Especial. Tomo I. 3a Edición. Editorial ASTREA. Buenos Aires 1990. pág.. 488.

quien se pretende engañar con ellas". (49)

Mera Figueroa se refiere al fraude al respecto dice: "como el medio engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para lograr un resultado antijurídico, resultado que, tratándose de una defraudación, consiste en un perjuicio pecuniario". (50)

Como nos podemos dar cuenta estos tres conceptos nos señalan elementos importantes, el primero se refiere a una lesión patrimonial, se causa por el desplazamiento del bien, esto obedece exteriormente a su voluntad, o bien el mismo sujeto pasivo lleva a cabo esa actividad de dar el bien cuando es provocado por otro sujeto, que se aprovecha de las circunstancias para hacerse ilícitamente de un bien de otro.

El segundo concepto nos señala las acciones ejecutadas por el sujeto activo entre ellos están el simular conductas falsas o bien disimular verdaderas, esto es actuar ocultando la verdad de un hecho, consiste además en ocultarle la verdad al sujeto que se pretende engañar, significa convencerlo de una realidad inexistente que provocaría consistir el hecho, para que él mismo se desprenda de su patrimonio.

49 Creus, Carlos. "Derecho Penal". Ob. cit. pág. 491.

50 Mera Figueroa, Jorge. Revista de Ciencias Penales "Fraudes", No. 3, Septiembre-Diciembre 1969, 3a. época, Tomo XXVII. pág. 186.

El tercer concepto del fraude se refiere al engaño, al abuso de confianza, esto es, pretender hacerle creer a la persona la verdad de un hecho, el resultado que se produce, necesariamente afecta la esfera económica del pasivo, es un delito patrimonial con afectación en el dinero.

Para Antonio P. Moreno: "el engaño es la esencia del delito de fraude. La falsa apreciación de los hechos y de sus circunstancias específicamente importantes en que se hace incidir a la víctima del delito, para colmar el fin delictuoso, perjuicio patrimonial, injusta disminución de los elementos activos de su patrimonio y enriquecimiento ilegítimo del delincuente, es indiferente que sea logrado por medio del engaño, de palabra o de obra, en lo que se relaciona con la naturaleza jurídica del delito".⁽⁵¹⁾

Queralt nos indica que "las defraudaciones tienen en común en que, de una u otra forma, no se efectúa el apoderamiento material... sino que, mediante prácticas más o menos tortíceras, el sujeto activo pretende obtener un provecho económico mediante la causación de un correlativo perjuicio en el sujeto pasivo"⁽⁵²⁾

Fontán Balestra nos habla de la estafa como: "una prestación patrimonial realizada por la víctima con voluntad

51 Moreno, Antonio de P., "Curso de Derecho Penal Mexicano". De los delitos en particular. Tomo II. Editorial Porrúa, S. A. México 1968, pág. 185.

52 Queralt Jiménez, Juan J., "Derecho Penal. Español". Parte especial. Vol. I. Librería Bosch. Barcelona 1986. pág. 307.

viciada por el modus operandi del autor”.⁽⁵³⁾

Observamos que el fraude a adquirido esta denominación desde que se fué distinguiendo de el robo, el abuso de confianza, hay que destacar que desde las primeras codificaciones en relación a los delitos contra el patrimonio, se comenzó a utilizar la palabra hurto, estafa, los engaños, estas denominaciones no eran otra cosa más que sinónimos, por tal motivo hay países donde su legislación así lo sigue considerando.

De la Vega nos dice que la noción doctrinal penal: “el fraude es un delito patrimonial que consiste, en términos generales, en obtener mediante falacias o engaños, o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la usurpación de cosas o derechos ajenos”.⁽⁵⁴⁾

Como ya hemos señalado, el fraude ha sido considerado de distintos puntos de vista, hay quienes lo equiparan al abuso de confianza, al hurto, pero lo importante es apuntar, que aquellos delitos que afectan o persigan el apoderamiento del patrimonio son los medios defraudatarios.

53 Fontán Balestra, Carlos. “Tratado de Derecho Penal”. Tomo VI. Ob. cit. pág. 26.

54 González de la Vega, Francisco. “Derecho Penal Mexicano”. 26a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1993. pág. 242.

Es importante destacar que hay una conducta visible que se aprecia en el exterior cuando se pretende lesionar el patrimonio de otro.

Muñoz Conde al respecto indica: "los delitos contra el patrimonio realizados también con idénticos propósitos de apoderamiento de bienes ajenos, pero en los que la modalidad de la acción del sujeto activo es más bien de tipo ideal, caracterizada por el empleo del fraude, del engaño". (55)

Este concepto nos lleva a la siguiente reflexión: el apoderamiento encaminado al patrimonio puede ser de distintas maneras, el modo importante por el cual se realiza es la conducta ideal del sujeto activo, o bien el defraudador ya que emplea todos aquellos medios que estén a su alcance para provocar en su víctima, el sujeto pasivo, el error y por ese medio alcance el objetivo deseado, el apoderarse del patrimonio, su conducta es el engaño o bien el fraude.

Para P. Moreno "El fraude es un error intencionalmente causado con el objeto de apropiarse el bien de otro, todos los artificios, todas las maniobras, todos los procedimientos de cualquier naturaleza que sean propios para llevar a ese resultado, entran en la noción general del fraude". (56)

55 Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal". Parte Especial. 3a. Edición. Publicaciones Universidad de Sevilla 1979. pág. 219.

56 Moreno, Antonio de P. "Curso de Derecho Penal Mexicano". De los delitos en particular. Tomo II. Editorial Porrúa, S. A. México 1968. pág. 188.

“El fraude es un delito contra las personas en su patrimonio, en que el agente no se apodera de la cosa, como en el robo, sino que se hace ilícitamente de la cosa o alcanza un lucro indebido, a través del engaño “a uno” o aprovechándose del error en que éste se halla”. (57)

4. SIMULACIÓN

Simulación : del latín “simul y actio, palabras que indican alteración de la verdad; ya que su objeto consiste en engañar acerca de la auténtica realidad de un acto. Ficción . Imitación. Hipocresía. Disimulación” (58).

Otra teoría dice respecto de la simulación que “es frecuente en los negocios jurídicos. Se usa para ocultar bienes o ciertas actividades, para escapar a prohibiciones u obligaciones legales, para burlar a los acreedores, para evadir impuestos, etcétera “ (59).

Respecto a la simulación, podemos decir que existe desde el momento en que hay la intención de celebrar un contrato, convenio, acuerdo y aparentan la creación de un negocio jurídico, en el cual se derivan obligaciones, derechos, prestaciones, créditos, o lo que de él se origine. Es

57 Bunster, Alvaro. Revista Mexicana de Justicia. “En el delito de fraude solo las personas físicas pueden ser sujetos pasivos de engaño, no las personas morales”. No. 3. julio-septiembre, México, 1989. Vol. VII. pág. 61.

58 Cabanellas, Guillermo “Diccionario de Derecho Usual” Tomo VII R-S. 4a. Edición Bibliográfica Omeba Editores. Buenos Aires 1962. pág. 429

59 Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXV RETA-TASA. Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, pág. 504.

indispensable la participación de ambos contratantes, ya que lo importante no son sus declaraciones, pero si el contrato donde va oculta su intención.

“El fraude por simulación a que se refiere el artículo 387, fracción diez del Código Penal, requiere como elemento necesario e indispensable, el acuerdo de voluntades que concurren al otorgante del convenio, por que aparentan convenir una cosa distinta de la que quieren pactar” ⁽⁶⁰⁾

En estas primeras concepciones gramaticales nos damos cuenta que la simulación es un engaño respecto de la realidad de un acto, o bien es una manera para ocultar algo, además se utiliza para que el acto o hecho que se simula no lo prevea la ley, esto significa que no encaje en la prohibición. La simulación primordialmente persigue un fin, que consiste en un engaño, dicho de otra manera es el medio, sea cualquiera que se utilice para dar una apariencia, fingir con el objeto de obtener un beneficio.

Ahora veamos cual es la importancia en el Derecho Penal, al hablar de una simulación, primeramente nos referimos al artículo trescientos ochenta y siete que señala: “Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se

60 Zamora Pierce, Jesús. “El Fraude”. ob Cit. pág. 305.

impondrán: fracción décima; "Al que simulare un contrato, un acto, o escrito judicial, con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido". (61)

Esta fracción nos indica dos tipos penales que son importantes a señalar, primero nos habla de la simulación de un contrato, como segundo tipo se refiere igualmente a una simulación de un acto o escrito judicial. El interés para nosotros es la simulación de un contrato, y veamos lo que dicen algunos penalistas al respecto.

Para González de la Vega: "la simulación contractual implica necesariamente la participación consciente mentirosa de los diversos contratantes, porque lo que se finge no son las declaraciones de uno de ellos sino el contrato mismo; es pues, una operación ficta, mutuamente consentida por los participantes". (62)

Por su parte Cardona Arizmendi señala que por simulación se entiende "el fingimiento o apariencia de lo verdadero". (63)

En su opinión Creus dice que: "el contrato simulado o el falso recibo constituyen, en sí, ardidés perjudicantes o

61 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal. Greca Editores, S. A. de C. V. 3a. Edición. México 1997. págs. 151 y 152.

62 González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". 26a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1993. pág. 269.

63 Cardona Arizmendi, Enrique. "Apuntamientos de Derecho Penal". 2a. Edición, Cárdenas Editor. México 1976. pág. 284.

pueden emplearse como medios de maniobras engañosas que induzcan en error a la víctima para hacerle disponer de su propiedad de modo no compensatorio”. (64)

Antonio Moreno dice: “Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”. (65)

Para Zamora Pierce: “La simulación contractual se consuma tan pronto como los simuladores aparentan celebrar el mentido contrato, de cuya falaz apariencia esperan obtener determinadas ventajas patrimoniales. (66)

La simulación es la apariencia, el medio por el cual se pretende apropiarse del patrimonio de un tercero, donde la víctima con el error en que se halla, se desprende de un patrimonio, ya que fué embabucado por el ardid, el engaño utilizado. La simulación tiene estos elementos que caracterizan al fraude, en primer lugar el engaño, el ardid de demostrar una cosa que en la realidad no existe, que es falso.

Para entender de una manera más clara el concepto de la simulación contractual, González de la Vega al respecto nos dice: “No puede confundirse la simulación del contrato, acto

64 Creus, Carlos. “Derecho Penal”. Tomo I. 3a. Edición. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1990. pág. 514.

65 Moreno, Antonio de P.. “Curso de Derecho Penal Mexicano”. De los delitos en particular Tomo II. Editorial Porrúa, S. A. México 1968 pág. 202.

66 Zamora Pierce, Jesús. “El Fraude”. Ob. cit. pág. 306.

polilateral, con la simple actitud dolosa asumida por una de las partes en que ésta oculta un pensamiento secreto bajo una apariencia equívoca, o engaña a los otros intervinientes acerca de las cosas o de los hechos, o maliciosamente se aprovecha de su ignorancia o de sus creencias erróneas para defraudarlos; estos hechos unilaterales serán manifestaciones, sea de dolo civil, quizá suficiente para invalidar el contrato, o sea un delito de fraude de la fracción I del artículo 386, cuando el engaño o el aprovechamiento del error den por resultado la apropiación de cosas o derechos ajenos". (67)

Esta explicación de la simulación de un contrato nos demuestra primeramente, que un contrato es un acto en el que intervienen dos o más personas, hay una actitud dolosa, para que se consienta el mismo; por otra parte al Derecho Penal le interesa la actitud de un pensamiento secreto, interno, para provocar el engaño, añadiendo que por simular el contrato tiende aprovecharse de la ignorancia con el fin de defraudar, ya que el motivo del engaño o el aprovechamiento del error arrojen como consecuencia la apropiación de cosas o derechos de terceros.

Para estar en la presencia del delito de fraude por simulación contractual, no es necesario simular el contrato,

67 González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". 26a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1993. pág. 269.

sino que las obligaciones y transferencias de derechos celebrados por los contratantes, ocasionen una lesión a terceros ajenos al acto celebrado.

5. CONTRATO

El concepto de contrato es el que nos da el Código Civil en sus artículos mil setecientos noventa y dos, y mil setecientos noventa y tres. El primero dice "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones " ⁽⁶⁸⁾ el segundo reza así:" los convenios que produce o transfiere las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos " ⁽⁶⁹⁾.

La voz contrato tiene una variedad de significados, el más apropiado para nuestro estudio es el que expresa lo siguiente: "es el negocio jurídico bilateral, y patrimonial **inter vivos**. Empero, con la palabra contrato se alude al **documento** que contiene el negocio". ⁽⁷⁰⁾

Por su parte Borja Soriano habla del contrato diciendo: "el contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras a dar, hacer o no hacer

68 Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y Para Toda la República en Materia Federal. Editorial Mc Graw Hill. México, D.F. pág. 345

69 Idem pág. 345

70 Muñoz, Luis. "Teoría general del Contrato". 1a. Edición. Editorial Cárdenas Editor y distribuidor. México, 1973. pág. 1.

alguna cosa". (71)

De las definiciones antes señaladas, rescatamos los siguientes elementos, primero el Código Civil nos habla de un convenio como el instrumento para crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos, en segundo lugar, se habla de un negocio jurídico que se realiza entre vivos, pero el contrato es el documento donde se manifiestan las voluntades, y tercero por ese contrato se estipulan las conductas pactadas ya sean de hacer y no hacer.

De las concepciones realizadas por varios autores, entendemos que todas se derivan del Código de Napoleón y por su parte Sánchez Medal atendiendo a la definición legal expresa: "que el contrato no sólo puede dar nacimiento a *obligaciones* y a sus correlativos derechos de crédito, sino que también puede crear o transmitir *derechos reales*... como ocurre en el contrato de hipoteca y en el de compraventa, respectivamente. Por ello, se indica que el contrato puede tener *efectos obligatorios y efectos reales*". (72)

Esta definición nos aporta más elementos, y consideramos que un contrato no sólo transmite derechos y obligaciones, sino que también derechos reales.

71 Borja Soriano, Manuel. "Teoría general de las Obligaciones". 13a. Edición Editorial Porrúa, S. A., México, 1994. pág. 112.
72 Sánchez Medal, Ramón. "De los Contratos Civiles". 11a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1991. págs. 4 y 5.

Se considera que el contrato se puede apreciar desde dos puntos de vista, uno como acto jurídico y otro como una norma jurídica, a través del tiempo en el campo de la doctrina civilista se han realizado conceptos del contrato como acto jurídico, y se le ha dado su importancia como una norma jurídica, al respecto Rojina Villegas dice: "La primera se preocupa de la formación del contrato y, por lo tanto, lo estudia como fuente de obligaciones: este es el punto de vista tradicional del derecho civil, ... se concreta a analizar sus elementos esenciales de validez, sin preocuparse de los demás problemas que existen tomando al contrato como norma jurídica. ⁽⁷³⁾

De acuerdo a esta definición de contrato, el Código Civil se refiere a ese acuerdo de voluntad que se origina por dos o más personas, con el fin de transmitirse, obligarse recíprocamente, y una vez que se producen los efectos de estas voluntades, toman el nombre de contrato.

Los contratos tienen diversas características, no en todos es necesario que se reúnan las formalidades exigidas por la ley, hay unos que son solemnes, mientras que otros requieren en su validez una formalidad para que surtan sus efectos a la vida jurídica, y al suscitarse una controversia,

73 Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo III. XX13a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1987. págs. 140 y 141.

pueda la autoridad conocer de los mismos, según la jurisdicción de éstos.

De acuerdo a las definiciones citadas anteriormente, el contrato es el acuerdo de voluntades, sea oral o escrito, lo importante es indicar, que aquellas voluntades deben quedar asentadas en un documento, para su cumplimiento posterior, así mismo los derechos u obligaciones que se convinieron entre las partes.

Una vez que nos hemos referido a la evolución histórica del delito de fraude, a los conceptos antes referidos, es importante señalar en el presente capítulo dos elementos que integran el delito de fraude, en la simulación contractual.

Para que sea punible un delito, hay conductas que están codificadas, debe adecuarse la conducta del hombre a un hecho considerado delito, así estaremos en presencia de un delito.

Debemos mencionar que hay ciertos requisitos que la ley señala para que se configure en delito, se deben reunir los elementos primordiales que la doctrina y el derecho nos señalan.

Ahora señalamos los criterios de distintos juristas en relación a los elementos del tipo penal en cuestión, primeramente Castellanos Tena se refiere al mismo diciendo: "El delito es ante todo una conducta humana" ⁽⁷⁴⁾, así

74 Castellanos Tena, Fernando "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" Trigésima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997. pág 147

analizamos este criterio, nos daremos cuenta que la conducta es una manera del comportamiento del hombre, esta puede ocurrir con o sin consecuencias para el derecho. Esto es lo que nos interesea para entender mejor que es la conducta y sus resultados en el derecho.

Por su parte Jiménez Huerta, nos indica el concepto de la conducta que dice " es siempre una manifestación de voluntad dirigida hacia un fin " (75).

Por su parte Ranieri, dice que conducta "es el modo de comportarse el hombre que, dándole expresión a su voluntad, construye una manifestación suya en el mundo exterior, mediante el movimiento o la inercia corporales" (76)

Al analizar este comportamiento nos damos cuenta que la conducta es la manera de comportamiento natural del hombre, con la cual se expresa ante sus semejantes, sea por medio de sus actos, de su silencio, esto puede constituir importancia para el derecho.

F. Antolisei expresa que conducta es "todo comportamiento humano, en cuanto tenga su principio o razón de ser en el sujeto. Según esta noción, también los

75 Jiménez Huerta, Mariano "La Antijuricidad" 1ª Edición Imprenta Universitaria. México. 1962. pág 11.

76 Ranieri, Silvio "Manual de Derecho Penal" Tomo V Editorial Temis, S.A.. Bogotá Colombia, 1975. pág 288.

actos que se desarrollan en el ámbito de la conciencia, sean pensamientos, deseos, propósitos o voliciones, constituyen "conducta" (77). Este concepto, si nos damos cuenta es más amplio ya que la conducta no solo es referente a la acción, sino también al querer, el desear lograr en fin es considerado conducta. Estimamos que dicho concepto da a la vida jurídica una aportación más cercana de la conducta como elemento del delito, ya que no basta solo con el actuar, sino también con el pensar, el proponerse el fin, un querer aunque no se realice, pero que ocasione un daño y como consecuencia un delito.

En otro concepto Pavón Vasconcelos nos señala " la conducta consiste en engañar a alguien o en aprovecharse del error en que se encuentra, con voluntad de realizar actos necesarios para llegar a colocar al paciente en el estado subjetivo de error, o bien en callar, silenciar o no denunciar tal error, aprovechándose de él en forma voluntaria, con lo que se integra el elemento físico como el psíquico de aquella" (78).

Esta aportación realizada por Vasconcelos nos da la idea que refuerza lo dicho por Antolisei en donde su

77 Antolisei, Francisco "Manual de Derecho Penal" Parte general Editorial UTEHA, Argentina, Buenos Aires, 1988 pág 153

78 Pavón Vasconcelos, Francisco ob cit. pág 157

concepto se estima más técnico o incursionado de una manera más cercana en la ciencia jurídica, esto es porque Antolisei señala como nace la conducta, cuales puede ser sus manifestaciones, mientras que Pavón Vasconcelos indica que aspectos puede tener la conductay como se manifieta en el derecho, en la comisión de los delitos.

Castellanos Tena, distingue " la conducta del hecho, éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo casual. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actitud " (79)

Pavón Vasconcelos señala que "la acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión, es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva o de ésta y una prohibitiva " (80).

Ranieri describe que la conducta es "un elemento constitutivo del delito, presenta caracteres particulares. Una

79 Castellanos Tena, . ob. Cit. pág 148
80 Pavón Vasconcelos, Francisco. ob Cit pág 187

característica fundamental de la conducta punible es la de ser típica, es decir, estar descrita explícitamente o implícitamente en una norma incriminatoria" (81).

Estos conceptos nos señala que la conducta es un comportamiento natural del hombre, es importante a la vida jurídica, ya que la conducta puede tener distintas manifestaciones, como es una acción, comportamiento humano, una abstención, pero que estas traen consigo un resultado, que se encuentra previsto en la ley, dicha conducta al estar señalada como punible, se encuentra en el tipo descrito, esto es lo importante para la ciencia jurídica.

De los conceptos antes señalados concluimos a nuestro criterio lo siguiente: La conducta es un elemento primordial en el derecho penal, ésta se realiza por un movimiento corporal o bien un pensamiento dirigido con el propósito de alcanzar un fin, que ambas manifestaciones de la conducta se adecuan al tipo descrito por la ley, si se cumple este requisito de que dicha conducta agrede un bien jurídico protegido, estamos en presencia de una conducta punible.

En particular, la conducta señala en relación al fraude consiste en engañar, actuar ocultando la verdad y puede ser

81 Ranieri, Silvio "Manual de Derecho Penal" ob. Cit. pág 306.

por un movimiento corporal o bien proponiéndose algo, además la conducta puede o no salir del interior del hombre, y el silencio o el pensamiento es una manifestación de la misma, y de esa manera se logra el engaño o propósito.

El estudio de la conducta nos lleva a pensar que en la simulación contractual, el acuerdo de voluntades, de los contratantes, es la conducta, elemento de tipo penal en este delito, ya que es un querer hacer para perjudicar con ese acto a un tercero.

CAPITULO III

DEL DELITO

- 1. DEFINICIÓN DEL DELITO**
- 2. ELEMENTOS DEL DELITO**
- 3. ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO**
- 4. SEGÚN NUESTRA OPINIÓN**
- 5. CLASIFICACIÓN DEL DELITO**

1. DEFINICIÓN DEL DELITO.

Durante muchos años se ha intentado dar un concepto de delito, los esfuerzos realizados no han prosperado, dado a los cambios sociales, las relaciones humanas son muy variables, esto obedece a las costumbres que van adquiriéndose en el transcurso del tiempo, las épocas que marcan modos de convivencia, las normas jurídicas para regular la conducta humana tienen que adecuarse a esos cambios, para brindar una seguridad jurídica.

Debemos tomar en cuenta que desde tiempos muy remotos, en el nacimiento de las relaciones sociales y la evolución humana se difundieron conceptos acerca del delito, donde hubo más interés por regular la conducta de los hombres, fué en Roma siendo la columna, el pilar jurídico que sirvió de base y de ejemplo a otras legislaciones.

Al respecto varios autores han expuesto su concepto acerca del delito, esperando que dicha concepción sea aceptada universalmente, lo importante para nuestro estudio, es conocer las distintas acepciones y analizar los elementos que se refieren al delito, ya que no todos coinciden con los mismos, ahora citaremos los siguientes conceptos:

Castellanos Tena nos indica que: "la palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar,

apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley” (82)

Para Jiménez de Asúa: “Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. (83)

Cuello Calón se refiere al delito diciendo: es la “acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.” (84).

Raúl Carrancá y Trujillo define al delito diciendo: “Es una acción antijurídica, culpable, típica. Por ello es punible.” (85).

Pavón Vasconcelos define al delito de la siguiente manera: “es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible” (86)

Castellanos Tena señala: “la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo”. (87). El mismo Castellanos Tena define al delito de la siguiente manera, como: “la

82 Castellanos Tena, Fernando. “Lineamientos Elementales del Derecho Penal”. 37ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1997. pág. 125.

83 Jiménez de Asúa, Luis. “Principios de Derecho Penal”. La ley y el Delito 5ª Edición. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990. Tomo I. Vol. I. pág. 207.

84 Cuello Calón, Eugenio.. Parte General, Tomo I. Vol. I. 16a. Edición. p. 286.

85 Carrancá y Trujillo, Raúl. “Derecho Penal Mexicano” Parte General, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991. pág. 223.

86 Pavón Vasconcelos, Francisco. “Manual de Derecho Penal Mexicano”. Parte General 10ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1991. pág. 165.

87 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit . pág. 131.

conducta humana... típica, antijurídica y culpable".⁽⁸⁸⁾, y agrega " Nos adherimos, sin reserva, a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad... conviene advertir que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo" ⁽⁸⁹⁾.

"Delito es toda acción ilícita e imputable a la cual el ordenamiento jurídico hace seguir una sanción especial, que se llama pena".⁽⁹⁰⁾

Por su parte Edmundo Mezger se refiere al delito diciendo "es la acción típicamente antijurídica y culpable" ⁽⁹¹⁾

Observamos que el maestro Castellanos Tena, coincide con Edmundo Mezger, al señalar que son cuatro los elementos esenciales del delito, y no considera a la imputabilidad, la punibilidad, y las condiciones objetivas de punibilidad como elementos esenciales del delito. ante esta situación coincidimos con él, y nos adherimos a su definición y razonamiento, por lo tanto el maestro Castellanos considera que los elementos del delito para su estudio son:

- 1.- Conducta.
- 2.- Tipicidad.

88 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit , pág. 177

89 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit, pág. 130

90 Maggiore Giuseppe. "Derecho Penal". Vol. I. Editorial TEMIS, Bogotá 1971. p. 262.

91 Mezger, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal" Tomo I, Madrid, 1980. pág.156

- 3.- Antijuricidad.
- 4.- Imputabilidad.
- 5.- Culpabilidad.
- 6.- Condiciones Objetivas de Punibilidad.
- 7.- Punibilidad.

De lo anterior nosotros nos adherimos a la definición del maestro Castellanos Tena.

2. LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Las definiciones anteriores respecto al delito, contienen elementos como la conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de punibilidad. Todos estos elementos son muy importantes para nuestro estudio, y consideramos como primer elemento, a la conducta, recordemos que es el acto humano contrario a derecho, en la doctrina se habla de su aspecto positivo y negativo, enseguida analizaremos esos aspectos.

A.- Conducta

Castellanos Tena se refiere a ella diciendo: " Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción, hecho. Luis Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción,

comprensiva del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión"... nosotros preferimos el término conducta; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo".⁽⁹²⁾

Así mismo expresa que: "La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".⁽⁹³⁾

De la anterior definición sostenemos, que, una conducta humana, se traduce en un comportamiento voluntario, que se manifiesta con una acción o bien como una omisión, y produce siempre un resultado. Además es un elemento objetivo del delito, cuando lo señala el tipo legal.

Recordemos que la omisión es una manifestación de la voluntad que consiste en un no actuar, en un no realizar una conducta o bien no ejecutar un movimiento corporal, que se debiera de realizar. La omisión como tal, tiene dos elementos más importantes a señalar, uno la voluntad de no llevar a cabo un movimiento y dos la inactividad, al igual que la conducta la abstención produce un resultado material, debe existir una relación causal entre la abstención y el resultado.

El aspecto negativo de la conducta es la omisión, la

92 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit, pág. 147

93 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit, pág. 149

abstención a realizar un hecho que la ley ordena llevar a cabo, esa inactividad origina un resultado material, además de haber un nexo causal.

B.- La tipicidad

La definición de tipicidad la podemos enunciar de la siguiente manera: "tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador".⁽⁹⁴⁾

Con esta definición observamos lo importante que es la conducta prevista en la ley, para que se dé la tipicidad, pero con frecuencia hay confusiones con los términos tipicidad y tipo. El primero ya lo señalamos anteriormente, ahora el tipo era señalado en la doctrina jurídica Alemana como la descripción.

El sustento legal respecto a la tipicidad es el que señala nuestra Constitución Política en el Artículo 14 que dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".⁽⁹⁵⁾ Esta definición que nos brinda la

94 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág. 168.

95 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos . Editorial Porrúa, S.A: México 1997. pág 13.

Constitución apunta a la inexistencia del delito cuando no hay tipicidad, como lo expresa el principio que reza así:

“Nullum crimen sine lege, equivalente a Nullum crimen sine tipo. “ (96)

Lo importante es distinguir el significado de tipo y de tipicidad para no confundirlos, por lo que es considerable recalcar al tipo como el origen legislativo, cuando el Estado describe una conducta en los preceptos penales, mientras la tipicidad, es el adecuamiento de la conducta a la descripción realizada por el legislador. El comportamiento humano coincide con el pronunciamiento legal, la tipicidad se concreta con la conducta y su adecuación al tipo penal.

C.- La Antijuridicidad

Existen una variedad de teorías relacionadas con la antijuridicidad, también se han enunciado conceptos en relación a la misma, lo que nos debe quedar claro es que la antijuridicidad es un concepto negativo, que dicho de otra manera es lo contrario de Derecho.

Esta figura de la antijuridicidad , es un elemento esencial para la integración del delito, cuando se realiza una conducta que contraviene a las normas dispuestas por el Estado.

96 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág. 170.

Al respecto señalaremos los conceptos de la antijuridicidad. “La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado”.⁽⁹⁷⁾

De la anterior definición, es importante señalar que la antijuridicidad es esa conducta, resultado material la violación de un valor protegido por las normas penales, puede esa conducta, causar una lesión o peligro a un bien jurídico, que debe estar tipificado y no deben asistir causas de justificación. Además la antijuridicidad es la oposición al derecho.

D.- Imputabilidad

La imputabilidad no es considerada un elemento del delito, se tiene como un presupuesto que antecede a la culpabilidad de un sujeto.

A la imputabilidad la podemos definir de la siguiente manera:

“la capacidad de entender y de querer en el campo

del Derecho Penal”.⁽⁹⁸⁾

97 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág. 178.
98 Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit. pág. 218.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Un sujeto al actuar debe reunir ciertas características en relación a su salud mental, su desarrollo físico y psíquico, esto significa saber lo que quiere con esa conducta y conocer los resultados que se derivan de ella, o bien el alcance y asumir las consecuencias.

Un sujeto al respecto de su acto, se encuentra en un estado imputable, esto significa que no está impedido para saber y entender su conducta.

En resumen, de lo antes expuesto podemos decir que la imputabilidad, significa que un sujeto en el momento de llevar a cabo su conducta debe reunir ciertos requisitos, que son tener en el momento un entendimiento jurídico penal, que responde a su desarrollo físico y psíquico, para asumir las consecuencias de su hecho.

Son dos las circunstancias con que debe contar la imputabilidad, y son las siguientes:

1.- Una salud mental, que comprenda esa capacidad de reconocer el hecho, asumir las consecuencias del mismo.

2.- Una edad biológica, relacionada a la edad del sujeto, que en consecuencia es tener esa capacidad de responder por sus actos, en nuestro derecho, es la capacidad de responder por sus actos, en nuestro derecho, es lo que llamamos capacidad jurídica.

E.- Culpabilidad

Castellanos Tena define la culpabilidad de la siguiente manera: “como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”. ⁽⁹⁹⁾

Esta definición nos demuestra que la culpabilidad es esa unión que existe entre el entendimiento del sujeto y esos impulsos, que lo conducen a actuar, provocando con ello consecuencias jurídicas.

Mucho se ha dicho respecto a la culpabilidad, y la definición del maestro Castellanos Tena, nos es suficiente, ya que toca los puntos esenciales de la culpabilidad, por lo que nos adherimos a su razonamiento.

La culpabilidad, podríamos enunciarla como el querer realizar una conducta y provocar un resultado, además que el sujeto conoce y sabe que esta transgrediendo una norma jurídica penal, y el derecho no acepta dicha actitud, es un reproche al sujeto.

En consideración a lo antes señalado, la culpabilidad es un elemento esencial del delito, que es el nexo intelectual y emocional que relaciona al sujeto con su acto. La

99 Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit. pág. 234.

culpabilidad puede presentarse de dos formas para la realización de un delito, una es el dolo, donde el sujeto lleva consigo la voluntad de llevar a cabo un hecho y que la ley lo señala como delito, afirmamos que es la intención del sujeto a realizar una conducta delictiva. La otra forma de la culpabilidad es la culpa, donde el sujeto actúa sin la intención o el debido cuidado, provocando un resultado, un daño en un bien jurídico previsible y sancionado por una norma penal.

1.- El dolo: El sujeto realiza mediante su conducta un propósito además que conoce y sabe lo que va a provocar, quiere el resultado.

2.- La culpa: Se refiere cuando el sujeto no tiene la intención de provocar un resultado, su imprudencia, falta de atención, negligencia o falta de cuidado, provocan un resultado típico, previsto en la ley, que a diferencia del dolo no tiene la intención de provocar un resultado material.

F Condiciones Objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos esenciales del delito, por ser solo requisitos accesorios.

Jiménez de Asúa al respecto dice: "Las condiciones objetivas y extrínsecas de punibilidad que mencionan los

autores, no son propiamente tales sino elementos valorativos y, más comúnmente, modalidades del tipo” (100).

Castellanos Tena las define de la siguiente manera: “Como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación”: (101).

En consecuencia, estas dependen de la descripción del tipo legal, si las menciona se considerarán como partes integrantes del delito, para que se aplique la pena señalada. En su mayoría, los delitos existen aún faltando las condiciones objetivas de penalidad.

G.- Punibilidad

Castellanos Tena define a la punibilidad de la siguiente manera: “La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.” (102)

Jiménez de Asúa dice: “La punibilidad es el carácter específico del crimen... Sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena” (103)

100 Jiménez de Asúa, Luis. “Principios de Derecho Penal”. La ley y el delito. Ob. Cit. pág. 425.

101 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág. 278.

102 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág. 275.

103 Jiménez de Asúa, Luis. “Principios de Derecho Penal”. Ob. Cit. pág. 426.

Pavón Vasconcelos se refiere a la punibilidad diciendo: "es la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social." ⁽¹⁰⁴⁾

De ésta definición destacamos que la punibilidad, es el castigo que se le da a un sujeto, cuando reúne los requisitos señalados por la ley, y viole un precepto legal, como consecuencia produzca un resultado material.

Para muchos autores, la punibilidad la consideran como un elemento esencial del delito, mientras otros opinan que no es así, lo que si debemos dejar claro, es que la punibilidad es el resultado de esa conducta típica, antijurídica y culpable, por lo tanto, le es aplicable una pena, y no es elemento del delito, sino una consecuencia.

3.-ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

A.- La ausencia de conducta

Ahora nos ocuparemos de analizar la ausencia de conducta, siendo ésta la inexistencia de voluntad de llevar a cabo una acción. El delito requiere de ciertos elementos, el más importante es la conducta, si no la hay, como consecuencia no hay delito.

104 Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Ob. Cit. pág. 453.

Hay ausencia de conducta cuando el sujeto la realiza sin la voluntad, entre los casos de ausencia de conducta encontramos la vis absoluta, la vis maior, los movimientos reflejos, el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo.

a) La vis absoluta: consiste en la fuerza física exterior e irresistible que deriva de otro sujeto distinto que forza al activo, siendo éste último el instrumento material, y como tal no actúa por sí, por lo tanto es inocente. La vis absoluta no es excluyente de responsabilidad, pero sí elimina un elemento esencial del delito, que es la conducta humana, como tal proviene del hombre.

b) La vis maior: A diferencia de la absoluta, ésta proviene de la naturaleza, como consecuencia obliga al ser humano a llevar a cabo una conducta contra su voluntad.

Entre los aspectos de la ausencia de conducta, que contempla la vis maior se encuentran: :

c) Los movimientos reflejos: Que son actos involuntarios del individuo y obedecen a su inconciencia, su estado psíquico sin la intervención de la voluntad del hombre, pero que generan un resultado material, dicho de otro modo, se produce el delito.

d) El sueño: Es un estado natural y de la inconciencia del hombre, donde no existe la voluntad de

realizar una conducta, al llevarla a cabo lo hace por esa fuerza extraña, produciendo un acto delictivo.

e) El hipnotismo: Es el estado psíquico del hombre, donde sus actos están sujetos o automatizados a la voluntad de otro individuo, se lleva a cabo por técnicas mentales, los actos son gobernados por otro sujeto, que esos mismos pueden constituir una conducta delictiva.

f) El sonambulismo: El sujeto actúa por imágenes que se generan en su subconsciencia, son originados por sensaciones externas, internas, o bien por estímulos psíquicos, las imágenes producen una especie de conciencia.

B.- La Atipicidad

Consideramos que al no integrarse los elementos del tipo penal, nos encontramos ante el aspecto negativo del delito denominado atipicidad.

Castellanos Tena al respecto dice: "La Atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa." ⁽¹⁰⁵⁾

En relación al tema de la Atipicidad habrán que definirse lo que es la ausencia del tipo y de atipicidad.

105 Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. pág. 174.

La ausencia del tipo suele referirse intencionalmente, a la previsión del legislador de no incluir una conducta, que para la sociedad deba ser considerada y descrita en el catálogo de delitos. Es la falta de provisión de una conducta, sin embargo la ausencia de tipicidad se refiere a que el tipo existe, pero la conducta del agente no se adecúa a la señalada en la norma penal.

Las causas de atipicidad señaladas en la doctrina penal, son las siguientes:

a) Por falta de calidad o número ordenado por la ley por lo que se refiere a los sujetos activo y pasivo. Es común en los delitos propios, donde se elimina la posibilidad de ejecutarlos por una persona distinta al autor.

b) Si se carece del objeto material o jurídico.

c) Cuando no se cumplen las referencias temporales o espaciales exigidas en el tipo.

d) Al no ejecutar el hecho por los medios comisivos especialmente señalados por la ley.

e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.

f) Por no darse en su caso, la antijuricidad especial.

Lo anterior podemos definirlo en que la atipicidad, se da en el momento en que la conducta no reúne los elementos

del tipo penal, como consecuencia no hay una adecuación de la conducta al tipo, es entonces la presencia de la atipicidad.

C.- Causas de Justificación

Las causas de justificación son el aspecto negativo de la antijuricidad, son situaciones que tienen como característica lograr eliminar la antijuridicidad de una conducta típica, que como consecuencia de ello no se puede hablar de un delito, cuando dicha conducta es realizada para salvaguardar un interés de mayor valor, dicho de otro modo, no pueden protegerse dos intereses, uno se tiene que sacrificar, el de menor valor.

Nos damos cuenta que las causas de justificación se refieren a la acción ejecutada, son objetivas, y no atienden el aspecto subjetivo.

Las causas de justificación aceptadas tanto en la doctrina como en la ley son las siguientes: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, y el ejercicio de un derecho.

a) Legítima defensa.

Para Jiménez de Asúa “La legítima defensa es repulsa de la agresión legítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad

de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”.⁽¹⁰⁶⁾

Franz Von Liszt al respecto señala “se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante.”⁽¹⁰⁷⁾

Nos damos cuenta que la legítima defensa es el rechazo a una agresión, que debe tener ciertas características real, actual o inminente y sin derecho. Hay una lucha de intereses, uno lícito y otro ilícito.

1. Agresión real: significa que debe concretarse a ser “real, verdadera, concretamente existente y no imaginaria”.⁽¹⁰⁸⁾

2. Agresión actual o inminente: La agresión debe ser en el momento y la defensa debe concurrir en ese instante, o bien debe ser próxima o remota, o a punto de acontecer.

3. Agresión sin derecho: La agresión es un ataque dirigido hacia una persona o sus bienes y contraria al orden jurídico.

b) Estado de Necesidad.

106 Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. pág. 289.

107 Von Liszt, Franz. “Tratado de Derecho Penal”, Editorial Reus, Madrid. Ob. Cit. pág. 216.

108 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág. 199.

Señala Cuello Calón al estado de necesidad que es “ el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona” ⁽¹⁰⁹⁾

El estado de necesidad como podemos observar, es el sacrificio de un bien propio o ajeno, sea de igual o menor valor, para salvar otro de mayor valor, de hecho hay un momento de peligro para un bien, el cual debe ser salvado, sacrificando otro, sea de mayor o menor valor hay que tomar una decisión.

El estado de necesidad tiene que reunir ciertas características que señalaremos a continuación:

La situación de peligro debe ser real, que ocurra en el momento o esté por producirse.

El peligro no debe causarse con la intención del sujeto.

La amenaza debe versar en cualquier bien jurídico protegido por la ley, sea propio o ajeno.

Una agresión a efecto de quien se halla en estado inevitable.

No debe haber otro medio factible y menos dañoso al alcance del agente.

109 Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Vol. I. 16a. Edición. Boch, Casa Editorial Barcelona. 1972. pág. 387.

c) Cumplimiento de un deber

El cumplimiento de un deber es otra causa de justificación, por lo tanto impide que se integre el delito.

Destacamos que el cumplimiento de un deber, consiste en una conducta positiva o negativa que se realiza para cumplir un deber, o una actividad que ejerza y se lo exija, sin el propósito de provocar un daño a un tercero, al causarlo lo hace por un mandato.

La justificación consiste en que el sujeto activo no actúa por sí mismo, sino por mandato, su conducta esta contemplada en la ley, con esto elimina un requisito del delito.

d) Ejercicio de un derecho.

El ejercicio de un derecho también se contempla en el artículo quince fracción sexta, se refiere a la conducta o a la omisión que se lleva a cabo conforme a las normas dispuestas por el derecho.

Dicha conducta se realiza con apego a la ley, cuando la ley reconoce que esa conducta se ejerció de acuerdo a los ordenamientos legales, mientras que en otras la autoridad acepta o consiente una conducta.

D.- Inimputabilidad

La inimputabilidad, es el aspecto negativo de la imputabilidad, en otros términos decimos que el sujeto no tiene la capacidad física o mental, o el conocimiento suficiente para entender y asumir las consecuencias de su conducta. En el momento de realizar dicho acto, se encuentre impedido para entender en el campo del Derecho Penal.

A la inimputabilidad la ley y la doctrina la han denominado como causa excluyente de responsabilidad, y las últimas reformas de mil novecientos noventa y tres, señalan las siguientes causas:

1.- La falta de edad: un sujeto que no reúna la edad requerida, no es imputable, y la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, para responder por sus actos ante la sociedad y el derecho.

Esa falta de capacidad de querer y entender las consecuencias de sus actos, es debido a que no se reúne la edad señalada exigida por la ley.

2.- El otro factor de inimputabilidad es el trastorno mental que padece un sujeto, al momento de realizar su conducta, el trastorno mental puede ser transitorio o permanente, en ese instante el sujeto no se encuentra con

un desarrollo mental que le permita entender y querer los resultados de su conducta.

E.- Inculpabilidad

En la inculpabilidad, el sujeto carece de voluntad y conocimiento de su conducta, por lo tanto no hay culpa en su conducta, es un caso excluyente del delito.

Hay ciertas circunstancias, que exoneran a un sujeto de una conducta reprobable para la sociedad y el derecho, cuando no hay voluntad ni conocimiento de los actos, no se le puede atribuir a un sujeto, la responsabilidad de un ilícito que comete.

Existen ciertas causas que eliminan la culpabilidad, y como lo señala la ley, el error es un falso conocimiento de la realidad, mismo que se divide en dos aspectos, un error de hecho y otro de derecho.

- El error de derecho.- Lo denominan de esta manera, cuando un sujeto al realizar una conducta sea de acción o de omisión, alega que desconocía lo dispuesto por la ley. A su vez en este tipo de error hay dos categorías, una penal y otra extrapenal, es el error esencial y otro el accidental.

- El error esencial, consiste cuando el sujeto ejecuta una conducta que viole un precepto legal, creyendo que es apegada a derecho, y además debe ser invencible.

- El error accidental, cuando no recae en circunstancias esenciales del hecho, sino al contrario en secundarias.

F.- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

Castellanos Tena señala: "Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos." (110).

A estas condiciones objetivas de penalidad son definidas como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación" (111)

Se puede presentar una conducta concreta, pero si carece de una condición objetiva de punibilidad, en consecuencia no se puede castigar ese acto, por tal motivo, puede haber una conducta, y al no señalarse una pena no hay condiciones objetivas de penalidad, no hay delito, ya que la conducta no se adecúa al tipo descrito por la ley. Si no hay condiciones objetivas de punibilidad, tendrán una característica de ser figuras atípicas y por lo tanto, destruyen la tipicidad.

110 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág. 278.

111 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág. 278.

Castellanos Tena nos brinda un ejemplo de los mismos diciendo: "suele señalarse la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta: nótese como este requisito en nada afecta la naturaleza misma del delito." ⁽¹¹²⁾

G.- Ausencia de Punibilidad

El aspecto negativo de la punibilidad, es la ausencia de la misma, como lo expresa Castellanos Tena: "son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena" ⁽¹¹³⁾.

Esto se debe cuando el Estado no sanciona ciertas conductas debido a un argumento de justicia o de equidad.

Existen algunas excusas absolutorias de punibilidad entre ellas se encuentran:

1.- Excusa en razón de mínima temibilidad.

El motivo de esta excusa, consiste en que el sujeto de su propia voluntad devuelve el bien u objeto, se considera como muestra de arrepentimiento, además de demostrar un grado mínimo de temibilidad.

112 Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit. pág. 278.

113 Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit. págs. 278 y 279.

2.- Excusa en razón de la maternidad consciente.

Una excusa absoluta de punibilidad, es la que se refiere al aborto, que puede ser causado por dos situaciones previstas en el Código Penal, una de ellas obedece cuando al aborto se realiza al haber un embarazo por una violación, o bien, la segunda se refiere a la imprudencia de la mujer.

Podemos concluir que la ausencia de Punibilidad, consiste en que al efectuarse una conducta típica antijurídica y culpable, para ella no hay una pena, la ley no establece el merecimiento de la misma, el legislador no previó la pena, en resumen la punibilidad estriba en esa falta de pena o sanción a una conducta no descrita por el legislador.

4.- Según nuestra opinión

Respecto al estudio de los elementos del delito, nos dimos cuenta que la mayoría de penalistas, estudian el delito según la teoría analítica o atomizadora, esto es analizando cada uno de los elementos que lo integran, tanto los esenciales como los secundarios, incluyendo el aspecto positivo y negativo de los mismos, recordemos que cada uno de estos conforman un todo, denominado delito. Por nuestra parte, nos adherimos a la teoría analítica o atomizadora. Nosotros consideramos que son cuatro los elementos esenciales, recordando a la conducta, la tipicidad,

la antijuricidad y la culpabilidad; no reconociendo como tal a la punibilidad que es un producto del delito, la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad, que como ya nos referimos a ellas casualmente acontecen en el delito, al formar la excepción de la regla. En conclusión, la definición más clara respecto al delito, es la de los penalistas Mezger y Castellanos Tena, que lo estiman como la conducta típica, antijurídica y culpable.

Nosotros analizaremos nuestro delito, conforme a los elementos positivos y negativos del mismo, y que a continuación mencionaremos.

La conducta es el primer elemento, la cual debe ser una acción o una omisión, si ambas o una de ellas se presentan, en consecuencia hay delito. Habrá ausencia de conducta, cuando no se lleve a cabo una acción, y por lo tanto no produce efecto o resultado alguno.

El delito de fraude por simulación contractual no se castiga cuando hay alguno de los aspectos negativos de la conducta; como es el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, si concurre alguno de ellos, no hay conducta, por lo tanto no hay delito.

- La tipicidad es otro de los elementos esenciales del delito como ya hemos dicho, se requiere que la conducta fraudulenta se encuentre descrita en la ley penal, es decir,

que la conducta se adecue al tipo penal, si no encuadra, por lo tanto no hay delito, y se da el aspecto negativo de la tipicidad.

La antijuridicidad, recordemos que es toda conducta contraria a derecho, que en suma es la violación ya sea del valor o del bien protegido por la norma penal, en nuestro caso, el patrimonio es el bien que se tutela. Consideramos que es una antijuricidad material, cuando la conducta atenta contra intereses colectivos.

- La ausencia de antijuridicidad se puede presentar en nuestro delito a estudio, se presenta una conducta típica, contraria a derecho, pero ésta pudo haberse realizado por una causa de justificación, que presentan el aspecto negativo del delito.

- La legítima defensa es una de las causas de justificación, que en nuestro delito no opera.

- El Estado de necesidad, tampoco ocurre.

- El cumplimiento de un deber, si se puede presentar en la comisión del delito.

- El ejercicio de un derecho.

Una vez que estudiamos la punibilidad, señalamos que es la amenaza que se hace a quien viola un derecho protegido

por las normas penales, para imponerle como castigo una pena.

De entre las causas de justificación, mencionamos:

- El cumplimiento de un deber, no puede ser causa excluyente del delito de fraude por simulación contractual, ya que el fin perseguido es perjudicar a un tercero, por tal razón, no hay una necesidad racional.

- El ejercicio de un derecho e impedimento legítimo no opera en nuestro delito.

La imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad, ya estudiamos que la imputabilidad es "la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal" ⁽¹¹⁴⁾ se relaciona con la voluntad y el conocimiento del sujeto. En el delito a estudio, consideramos que las causas de inimputabilidad son el trastorno mental, que el sujeto se encuentra impedido de sus facultades mentales, si un sujeto activo con estas características celebra un contrato con otro y afecta a terceros, no hay delito.

Lo mismo sucede al tratarse de menores de edad, que celebran un contrato, pero que trasciende a terceros, no hay delito, entendido que ellos, por su minoría de edad se encuentran impedidos para celebrar actos jurídicos.

114 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág: 218.

La culpabilidad - como ya lo citamos en el capítulo referido a la misma, sostuvimos que es un acto que ha sido típico, antijurídico y además culpable, debe ser penado. La culpabilidad es el nexa intelectual que relaciona al acto con el resultado. La culpabilidad tiene dos formas de cometerse, el dolo y la culpa.

- El dolo, ya mencionamos que es el conocimiento de su conducta y sabe el resultado que va a provocar, aún así decide llevar a cabo, el dolo si opera en nuestro delito a estudio.

- La culpa - en ella el sujeto realiza una conducta, con la confianza de que su acto no producirá resultado alguno. No hay intención. El delito de fraude es cometido por dolo. No puede hablarse de una culpa, ya que el resultado es la disminución del patrimonio. El dolo puede ser directo si coincide el propósito del sujeto con el resultado. O bien puede ser dolo eventual, al surgir otros delitos no previstos, como la falsificación, entre otros.

Inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad entre las causas figuran:

1.- Error e Ignorancia - el error es el falso conocimiento de la realidad; mientras en la ignorancia hay ausencia del conocimiento.

3.- La Obediencia jerárquica: opera en el delito de fraude, ya que el sujeto se encuentra obligado a obedecer y opera la causa de justificación.

4.- Inculpabilidad.- Es el aspecto negativo de la culpabilidad, esta se da por el error, entre las causas figuran las siguientes:

Eximentes Putativas.- Defensa Putativa y estado de necesidad. Ocurre en razón de que el agente activo, por error esencial de hecho insuperable, lleva a cabo una conducta típica creyendo estar protegido por una causa de justificación o bien estima que su conducta atípica considera que es permitida.

En el delito estudio, es posible que intervengan las eximentes putativas, si el sujeto celebra un contrato simulado, y sabe que afectará a terceros lo lleva a cabo, pensando que actúa bajo la protección de una causa de justificación.

La no exigibilidad de otra conducta, es un caso de inculpabilidad. En el delito en cuestión el tipo penal no habla de otra conducta al momento de realizar el acto, por lo tanto estamos en presencia de la inculpabilidad y en consecuencia no se integra el delito.

Punibilidad. - Es el merecimiento de una pena, como consecuencia de la realización de un acto.

- El aspecto negativo de la punibilidad, son las excusas absolutorias que tienen la finalidad de oponerse a la aplicación de una pena. Entre ellas encontramos:

a) La razón de mínima temibilidad - En nuestro delito, puede ocurrir esta excusa, cuando el sujeto activo restituya al ofendido el valor de lo defraudado, lo hace como muestra de arrepentimiento.

b) La maternidad consciente - Esta excusa no se da en el delito de fraude.

c) Excusas por inexigibilidad - No se integra esta excusa en el delito a estudio.

d) Excusa por graves consecuencias sufridas. No se da en nuestro delito.

5.- Clasificación del Delito

Lo importante en el Derecho Penal es tener una clasificación que nos permita conocer los aspectos del delito, la conducta y consecuencias de ella, así como las distintas manifestaciones.

Sin duda, hay una clasificación aceptada doctrinalmente y que ha sido acogida por el Derecho Penal, la cual cumple con las exigencias que se han cuestionado, y hablamos de la realizada por Castellanos a la cual nos adherimos ⁽¹¹⁵⁾ y que clasifica al delito de la siguiente manera:

115 Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. pág. 135.

I. En función de su gravedad.

Se refiere al sistema anglosajón del siglo diecisiete donde surgieron dos divisiones, la bipartita y la tripartita. La primera distingue los delitos de las faltas, la segunda considera a los crímenes, delitos y contravenciones, lo importante en esta división es que los crímenes atentan contra la vida y los derechos de los hombres; los delitos son las conductas que contravienen derechos originados del contrato social y las infracciones atienden a las faltas o disposiciones del reglamento de policía y buen gobierno.

En nuestro Derecho, estas divisiones son imperantes, ya que el Código Penal no lleva a cabo esa distinción y se refiere a los delitos de manera general, y aquellas faltas se estipulan en leyes administrativas, ejecutivas y son sancionadas por autoridades competentes en la materia.

II. Según la forma de la conducta del agente.

Esta clasificación se refiere a la conducta del sujeto, atendiendo a la manifestación de la voluntad, entre ellos se presentan los delitos de acción; producidos por un comportamiento positivo y hay una violación a una ley prohibitiva.

Los delitos de omisión consisten en ese no hacer, cuando la ley exige lo contrario, lo que se castiga es la abstención

del sujeto al no realizar un hecho que la ley exige llevar a cabo.

La diferencia entre estos delitos de acción y omisión, consiste en que los primeros violan una ley prohibitiva y los segundos transgreden una ley dispositiva.

A su vez los delitos de omisión se subdividen en simple omisión y comisión por omisión. Los de simple omisión son aquellos que contravienen una disposición jurídica, donde es independiente si se produce un resultado material o no.

Son delitos de comisión por omisión, aquellos en que el sujeto viola una norma jurídica por abstenerse a actuar y provocar un resultado material, violando una norma prohibitiva y una dispositiva.

III. Por el resultado.

De acuerdo al resultado que ocasionan, los delitos se clasifican en formales y materiales.

Reciben el nombre de delitos formales, aquellos en donde se agota el tipo penal con la conducta o la abstención del sujeto, atendiendo solo a la conducta, sin la necesidad de ocasionar un resultado externo.

En los Delitos materiales, se requiere de un resultado material externo para su integración, dicho de otra manera se lesione un bien jurídico tutelado en la norma.

IV. Por el daño que causan.

Atendiendo al daño que causan, los delitos se dividen en delitos de lesión y peligro. Se consideran delitos de lesión, aquellos que al realizarse ocasionan un daño de manera directa causando una disminución del bien o intereses jurídicamente tutelados por una norma que ha sido violada.

Por otra parte los delitos de peligro no causan un daño directamente a los bienes o intereses tutelados en una norma, pero sí los ponen en un estado de peligro, con el riesgo de provocar en ellos un daño.

V. Por su duración.

Anteriormente se consideraban delitos instantáneos; instantáneos con efectos permanentes y continuados permanentes, con las reformas del trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, se conocen tres especies de delitos, con respecto a su duración, y la ley se refiere a los instantáneos, permanentes y continuados.

Un delito es instantáneo, si la acción realizada se perfecciona en ese mismo instante, además se produce una acción y una lesión jurídica.

Serán permanentes: si la conducta del sujeto destruye o disminuye un bien jurídico tutelado, ya sea instantáneamente, en el momento en que se lleva a cabo, pero sus efectos permanecen a través del tiempo, y su efecto negativo se prolonga a través del tiempo.

Un delito permanente consiste en la acción delictiva misma que permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria al Derecho en cada uno de sus momentos. En otras palabras el delito es permanente, si su consecuencia negativa se prolonga a través del tiempo

Continuados: Se considera continuado un delito, al concurrir varios actos , ocasionando una lesión jurídica, dicho de otro modo las diversas acciones nocivas ocasionen una lesión jurídica, hablamos de múltiples actos y de una lesión provocada.

VI. Por el elemento interno o culpabilidad.

La mayor parte de juristas coinciden en señalar los delitos dolosos y culposos, apoyándose en el elemento básico de la

culpabilidad, pero hay quienes agregan otra modalidad, que son los delitos preterintencionales.

Un delito doloso, consiste en la voluntad del sujeto, de su intención de llevar a cabo un hecho típico y antijurídico.

Por otra parte, un delito es culposo por actuar sin la debida precaución exigida por el Estado, esa inobservancia provoca un resultado que no se quiso realizar.

El delito preterintencional, consiste en que el resultado ocasionado, es superior a su voluntad, el resultado es mayor a la intención, teniendo en cuenta que no se quiso provocar dicha lesión. Esta clasificación ha sido descartada del Código Penal, debido a la reforma del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro

VII. Delitos simples y complejos.

Esta clasificación del delito, se refiere a la lesión provocada en los bienes jurídicamente tutelados, reciben el nombre de delitos simples cuando la lesión es única, obedecen a la acción del sujeto.

Los delitos complejos comprenden la unificación de dos infracciones que dan origen a una nueva figura delictiva, se

consideran delitos complejos al causar dos o más lesiones jurídicas.

VIII.- Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes. Por el número de Actos.

Unisubsistentes, son aquellos que estiman, necesariamente la presencia de un sólo acto, o bien una omisión, para integrarse el tipo penal.

Delitos plurisubsistentes, son aquellos delitos que requieren la concurrencia y fusión de varios actos para configurarse el tipo penal.

IX.- Por el número de sujetos.

Esta clasificación de los delitos se refiere al número de sujetos que intervienen en la realización de un hecho tipificado por la ley.

Son unisubjetivos, cuando se requiere para satisfacer los requisitos del tipo penal, que el acto sea realizado por un solo sujeto y con su conducta satisfaga la descripción de la ley.

Delitos plurisubjetivos, son aquellos que para integrar el tipo descrito en la ley, se requiere de la conducta de dos o más sujetos.

X.-Por la forma de su persecución.

Esta clasificación deriva de los tiempos antiguos, la más importante a señalar, es la época de la venganza privada, donde se perseguían los delitos privados a petición del ofendido o bien de aquellos llamados de querrela necesaria.

En nuestra legislación existen dos maneras de perseguir un delito, una llamada de oficio y otra de querrela. Los delitos que se persiguen de oficio la autoridad está obligada a actuar previa denuncia, por ley a perseguir al o los responsables de un delito, aun independientemente de la voluntad del ofendido. En los delitos de oficio no es necesaria la denuncia del afectado, puede denunciar el hecho cualquier persona ante el Ministerio Público para su investigación. En estos no procede el perdón del ofendido.

Se persigue por querrela un delito, sólo a petición de la parte agraviada, ésto si el afectado desea ejercer una acción en contra de su agresor, ésto se da en un número reducido de delitos como el adulterio, el rapto, abuso de confianza, entre otros.

XI.- Atendiendo a la materia.

Los delitos comunes, se encuentran previstos en una ley local, son generales y abstractos para su observancia.

Un delito federal, es aquel previsto en leyes expedidas por el Congreso de la Unión, son obligatorios para toda la república y de los cuales conocerán únicamente los jueces federales.

Delitos oficiales , son los hechos realizados por un sujeto en el ejercicio de su función pública, se refiere en especial a empleados del gobierno que aprovechando de su puesto, abusan de sus funciones contraviniendo las normas de la ley que los rige.

Delitos militares, son los hechos previstos en una ley especial, se refiere a la jurisdicción militar que protegen la disciplina de las Instituciones armadas, su esfera de aplicación, no la pueden extender a personas civiles.

Por último, son llamados delitos políticos, aquellos actos que lesionan la organización del Estado, así como a sus representantes. Su función es proteger los derechos políticos, la seguridad del Estado, y estos se sustentan en la Constitución.

XII.- Clasificación legal.

Nuestro Código Penal de mil novecientos treinta y uno, hace una división de los delitos conformando veinticuatro títulos, donde se describen aquellas conductas sancionadas, respecto al bien o interés jurídico que se protege.

CAPITULO IV

ESTUDIO DEL DELITO DE SIMULACIÓN CONTRACTUAL Y SU DIFERENCIA CON EL DERECHO CIVIL

- 1. ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO A ESTUDIO**
- 2. NOCIONES DE LA SIMULACIÓN CONTRACTUAL**
- 3. UBICACIÓN DEL TEMA**
- 4. LA VOLUNTAD Y LA DECLARACIÓN**
- 5. ORÍGENES Y CONCEPTOS DE LA SIMULACIÓN CONTRACTUAL O ACTOS JURÍDICOS**
- 6. LA SIMULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL**
- 7. LA DIFERENCIA ENTRE SIMULACIÓN Y DOLO**
- 8. LA SIMULACIÓN Y LAS CAUSAS DE NULIDAD DE LOS ACTOS**
- 9. LA SIMULACIÓN EN EL DERECHO PENAL**
- 10. DIFERENCIA ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO CIVIL**
- 11. CASOS DE SIMULACIONES, O DELITOS PENALES**
- 12. PARTICIPACIÓN EN EL DELITO A ESTUDIO**
- 13. EL ITER CRIMINIS EN EL DELITO QUE NOS OCUPA**
- 14. CONCURSO DE DELITOS**

1.- Análisis jurídico del delito a estudio

Una vez que hemos mencionado la clasificación del delito aceptada en nuestra legislación, la aplicaremos en nuestro delito a estudio, para determinar y distinguirlo de otros semejantes.

Comencemos por el primer evento atendiendo a la gravedad.

a) En función de la gravedad.

Recordemos que en nuestro Derecho, no se lleva a cabo una distinción de delitos, crímenes y faltas, nuestro Código Penal vigente menciona una serie de delitos atendiendo al bien jurídico que protegen.

En nuestro caso es un delito contra el patrimonio, donde el bien jurídico que protege el Código Penal, son los bienes que conforman nuestro patrimonio entre ellos podemos mencionar bienes materiales como nos lo señala F. Cárdenas, al sostener que "los delitos patrimoniales, contra opinión de algunos eminentes tratadistas, son casi todos delitos materiales, en los que la acción delictuosa produce una modificación en el mundo exterior; traslado de una cosa, su entrega fraudulenta, ocupación de un inmueble, destrucción, deterioro, etc., modificación del mundo exterior; que trae aparejada la existencia de un daño o perjuicio, aunque sea momentáneo, no la simple posibilidad de

causarlo, pues si no se obtiene o bien se está en presencia de una tentativa o de un hecho indiferente para el Derecho Penal".⁽¹¹⁶⁾ .Es un delito que viola una norma jurídica, y es sancionada por la autoridad judicial.

Esta definición de F. Cárdenas apoya nuestro criterio, ya que en el Código Penal mexicano existen veinticuatro títulos respecto a los delitos, y para nosotros es importante señalar que el delito de fraude es una conducta que viola las normas que protegen el patrimonio, esto a diferencia otros delitos patrimoniales, como son el robo, el abuso de confianza, entre otros.

Para nosotros es indispensable señalar que el fraude es un delito contra el patrimonio, la gravedad consiste en el daño o perjuicio que se causa a la esfera jurídica de un sujeto, sea persona física o moral, además que la acción del sujeto activo trae como consecuencia un daño y un cambio en el mundo exterior, traduciendo esto, como el detrimento o la disminución causada al patrimonio.

b) La forma de conducta del agente.

Una vez señalada la manifestación de la voluntad que da como resultado a una conducta, debemos tomar en cuenta que dicha manifestación del sujeto se puede llevar a cabo por una acción, al violar una ley prohibitiva o bien una abstención consistente en no observar una norma

116 Cárdenas, Raúl F. "Derecho Penal Mexicano del Robo". 2ª Edición Editorial Porrúa, S.A. México 1982. pág . 56.

dispositiva.

Como ya lo hemos mencionado, el delito de fraude requiere de una acción, considerando a la manifestación del sujeto en provocar una lesión al patrimonio, entendido esto como la violación a una norma prohibitiva.

Para aclarar, lo que se refiere a la conducta, Amuchategui Requena señala "La conducta típica presenta dos modalidades engañar a alguien o para aprovecharse del error de alguien".⁽¹¹⁷⁾

Esta definición nos señala, que el delito de fraude consiste en esa voluntad, intención del hombre, en engañar o aprovecharse del error de alguien para lesionar el patrimonio, la conducta es meramente de acción, al violar una norma prohibitiva. Considerando al engaño como una apariencia verdadera de algo falso, la conducta engañosa es la acción, el instrumento psicológico de que se vale el sujeto activo para engañar a su víctima. El engaño es el ingenio o la habilidad ejercida para provocar en el sujeto pasivo una apariencia verdadera, de la falsa realidad, ocasionando la disminución del patrimonio.

Otra manifestación de la acción en el delito de fraude es el aprovechamiento del error, conducta típica, señalada cuando el pasivo se encuentra en un error y el activo aprovecha esa situación para hacerse de algo indebidamente.

117 Amuchategui Requena, Irma Griselda. "Derecho Penal". Editorial Harla, S.A. de C.V. México 1993. pág. 394.

Atendiendo a estas dos formas de manifestación de la voluntad, la acción consiste en el engaño, en el aprovechamiento del error, la ley señala que cualquier medio utilizado para cometer el fraude es aceptado, al utilizar una maquinación o artificio, la ley no señala en específico el medio comisivo, deja abierta esta posibilidad, ya que los cambios sociales y las habilidades de los defraudadores revisten cualidades determinadas, pero que siempre van encaminadas a violar una norma penal.

Ahora bien, nos damos cuenta que hay artificios, maquinaciones para provocar el engaño o el aprovechamiento del error, el engaño llega a ser verbal o escrito y aquí es donde abundaremos a señalar lo dispuesto por el artículo trescientos ochenta y siete, fracción décima que indica, Al que simulare un contrato, o acto; esto significa que el artificio consiste en la conducta de simular un contrato para defraudar al sujeto pasivo, el contrato es el medio utilizado para engañar o provocar una lesión. Reiterando, el concepto de simulación, se refiere a la actitud mentirosa de ambos contratantes, con la finalidad de crear un acto en materia civil, esto es el dolo, que puede llegar a provocar la nulidad del contrato. Lo importante de la simulación en el Derecho Penal es lo que apunta Antonio Moreno, y que al respecto señala: “ Es indispensable que la simulación produzca un lucro indebido, perjudicial para los intereses

patrimoniales de otro, que siempre lo será un tercero, ajeno a la contratación simulada” (118)

En este concepto, la conducta simulada persigue el lucro, la cual siempre afectará a un tercero ajeno al contrato. En consecuencia la conducta típica es el engaño o aprovechamiento del error con el fin de obtener el lucro indebido.

Atendiendo a la clasificación de los delitos, la manifestación de la conducta, en el delito de fraude por simulación contractual, es un delito de acción, la conducta consiste en violar una norma prohibida, que tiene como finalidad el propósito de lograr un lucro mediante engaños, hacer que el sujeto pasivo disponga, entregue su patrimonio.

c) Por su resultado

Una vez que se habló de la clasificación de los delitos, la ley reconoce dos maneras, una cuando es un delito formal y otra al tratarse de un delito material.

Nuestro delito lo clasificamos y consideramos que por su resultado es de carácter material. Es de resultado material porque el sujeto activo tiene la finalidad de apropiarse de un bien que se encuentra en la esfera jurídica del sujeto pasivo. Por lo tanto, existe una merma, o la disminución del patrimonio, la materialidad, a eso se refiere, que la conducta del sujeto activo es apoderarse de un bien, del patrimonio de

118 Moreno Antonio, de P.. "Curso de Derecho Penal Mexicano" Parte Especial de los delitos en particular. Tomo II, Editorial Porrúa, S.A. México, 1968. pág. 202.

otro, no importando cual sea el medio que utilice, al lograrlo estamos en presencia de un resultado material. No podemos hablar de la sola intención, porque si no, estaríamos frente a un delito formal, esto es en un querer o una tentativa que no provoca resultado alguno, en cambio, es de resultado material al proponerse la apropiación de bienes de un patrimonio ajeno y lograr el objetivo.

Es de resultado material, ya que se cumple las hipótesis señaladas en el Código Penal, al hacerse ilícitamente de una cosa y lograr un lucro indebido.

d) Por el daño que causan.

La clasificación de los delitos nos indica dos modalidades que pueden llegar a presentar estos, que son de lesión y de peligro.

Nuestro delito a estudio, según la clasificación legal, es de lesión y peligro, por ocasionar un daño directamente en el patrimonio del sujeto pasivo, además porque en el Código Penal se señalan en un título dedicado a la protección del patrimonio, entre los delitos que se refieren al patrimonio son el robo, el fraude, el abuso de confianza, y sostenemos que el fraude es un delito que provoca una lesión directamente en el patrimonio, que puede consistir en una disminución de cosas o créditos, y que a diferencia del derecho Civil, el

Derecho Penal desde su punto de vista considera como patrimonio, no solo relaciones jurídicas estimables en dinero, comprende aquellos casos de un valor afectivo que no puede valuarse en una cantidad de dinero.

e) Por lo que hace a su duración.

Nuestro delito lo clasificamos, como: instantáneo.

Decimos que es instantáneo al consumarse en un solo momento, cuando el sujeto se hace ilícitamente de una cosa y alcanza un lucro indebido.

Consideramos que el fraude es instantáneo, se consuma en el momento de provocar el engaño y en ese instante el sujeto pasivo entrega su patrimonio ante una falsa realidad.

f) Por lo que respecta a su elemento interno o culpabilidad.

El delito de fraude es doloso, la voluntad del sujeto activo esta encaminada a provocar una lesión patrimonial, su finalidad es material, al hacerse ilícitamente de alguna cosa. Dicha voluntad se dirige a violar una norma jurídica, consciente de realizar un hecho típico, antijurídico, y culpable entendiendo por estos, que tal conducta es típica si se encuentra prevista en la ley, y encuadra en la norma que protege al patrimonio.

La simulación contractual también es dolosa, porque la conducta del agente va dirigida a cometer un hecho, utiliza el contrato como el medio para provocar en su víctima una creencia falsa de algo y hacerse ilícitamente de alguna cosa.

g) Delitos simples o complejos.

El delito de fraude, es simple, ya que ocasiona una lesión en el patrimonio, que consiste en hacerse de una cosa indebidamente o alcanzar un lucro indebido. Tutela el patrimonio, lo denominamos simple, por que la norma protege el patrimonio de las personas.

h) El delito en relación al número de actos.

El delito de fraude puede ser unisubsistente, cuando es un solo acto el que se utiliza para la obtención del fin, significa que se puede realizar en un momento la disposición de la cosa, para alcanzar el lucro que se propuso desde un principio, en este caso, en nuestro delito a estudio consideramos que se considera unisubsistente si el contrato es el acto utilizado para lesionar el patrimonio y obtener un lucro indebido.

i) Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.

El delito a estudio, lo podemos clasificar tanto unisubjetivo como plurisubjetivo, es unisubjetivo si un sujeto es el que interviene para engañar al otro y hacerse de una cosa, con sus falsedades o maquinaciones, con el fin de

embabucar a su víctima y provocar en ella que se desprenda de su patrimonio. También consideramos que es un delito plurisubjetivo, por el número de sujetos que intervienen para provocar el fraude, esto es, que son varios los sujetos que preparan los medios engañosos, o interviene en la simulación de un acto o contrato para lesionar el patrimonio de un tercero. Los sujetos intervienen simulando un acto o contrato para darle apariencia real, y crear en su víctima esa falsa creencia, utilizan las maquinaciones o artificios, con la finalidad de hacerse indebidamente de una cosa y con ello obtener un lucro indebido. Los sujetos actúan, con el conocimiento que su conducta se encuentra descrita en la ley, con esto están en presencia de una conducta típica y antijurídica, por violar una norma y conocer el resultado que pueden ocasionar.

j.) Por lo que se refiere a la forma de su persecución.

La autoridad judicial conoce del delito de fraude, ya sea de oficio o por querrela. El delito de fraude se persigue a petición de la parte ofendida cuando el monto de lo defraudado no sea mayor del equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente, en el lugar y el momento en que se cometió el delito, añadiendo que el agraviado sea una sola persona.

Se perseguirá de oficio el delito de fraude, cuando hayan más de dos personas ofendidas, en este caso el juez puede prescindir de la pena que le haya impuesto al defraudador, cuando éste repare el daño causado o el perjuicio y no haya oposición de cualquiera de los ofendidos.

De tal manera, consideramos que nuestro delito es perseguible por las dos formas que nos señala la ley penal, ya sea de oficio o bien de querrela, atendiendo a los intereses de la persona ofendida.

k) Respecto a la materia.

El delito en estudio, se considera del orden común, ya que la ley penal lo establece en su apartado de delitos contra el patrimonio y es de observancia general, es común a todos los hombres de la sociedad. La ley no otorga ni habla de privilegios, para que a unos les sea aplicada la norma, y a otros no, por tal motivo el delito es de orden común. Es común ya que se encuentra previsto en una ley local, como lo es en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federeal. El delito de fraude, también es Federal, por estar regulado en el Código Penal Federal, es aplicable a toda la República.

l) Clasificación legal.

En nuestro Código Penal se encuentra en el Título Vigésimo Segundo, en el capítulo tercero que se refiere a los

“Delitos contra las personas en su patrimonio”, y se encuentra sancionado por el artículo trescientos ochenta y seis, que habla del fraude genérico y la fracción décima del artículo trescientos ochenta y siete, que señala la simulación de un contrato.

2.- Nociones de la Simulación Contractual

Al hablar de la simulación contractual, como delito y descrito en la ley Penal, se puede llegar a confundir con la simulación en los contratos o actos jurídicos en materia Civil; este tema es muy controvertido y pocos son los estudios que se han realizado para hacer un análisis jurídico al respecto.

Para nosotros es importante saber que es la simulación contractual, conocer su origen, concepto, elementos, no debemos olvidar que el Código Civil habla de ella, en el estudio de los actos jurídicos, del contrato. Si bien es cierto, esta figura nace en el Derecho Civil.

Como hemos señalado, con frecuencia existe un problema, al determinar cuando la simulación es civil y en qué casos es considerada como delito, además puntualicemos, que es una figura delicada por encuadrar en dos ordenamientos legales, uno Civil, que se preocupa por la manifestación de la voluntad y los requisitos de validez de los actos jurídicos, mientras que en materia Penal, se protege todo atentado contra el patrimonio.

Esa dificultad de precisar una simulación civil de una penal, es a consecuencia de la falta de interés e investigación jurídica, se ha dejado al olvido, esto ha provocado, el uso desenfrenado de simulación de contratos, con fines delictivos, aprovechando esa falta de precisión y evadiendo las sanciones penales, al confundir la simulación de contratos, con los incumplimientos de contrato e invalidez de los mismos.

3.- Ubicación del Tema

Para entender con mayor claridad la simulación contractual, recordemos que los civilistas se refieren a ella en la teoría general del acto jurídico, donde convergen las relaciones humanas, los negocios y existe una manifestación de la voluntad de las personas, para expresarse y obtener el fin que buscan. Dicha manifestación de la voluntad es muy importante para el derecho, por las consecuencias que producen esos actos, negocios, que para tener un reconocimiento de seguridad están amparados por el derecho, lo cual se traduce en hechos o actos jurídicos.

Es necesario mencionar la existencia de hechos y actos, los primeros son naturales no hay una manifestación de voluntad del hombre, pero como tales pueden llegar a producir consecuencias jurídicas, importantes para el derecho, entre estos señalamos el nacimiento de un ser

humano, en el momento que es concebido, ya está protegida su vida en el derecho, lo mismo sucede con la muerte, cuando ésta se produce, genera ciertas consecuencias, previstas en la ley. Así mismo, el tiempo, es un hecho, donde no hay una voluntad humana, pero que es importante por los efectos que este produce en las relaciones humanas. Los segundos denominados actos, son voluntarios, existe esa voluntad del hombre, hay la intención de algo, con el propósito de producir efectos jurídicos, y estos actos jurídicos importantes para el derecho, son los contratos, el testamento, el cumplimiento, el reconocimiento de un hijo, entre otros.

El acto jurídico se define como: "la manifestación de la voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho" .⁽¹¹⁹⁾

Un acto jurídico, no sólo requiere de una manifestación de la voluntad interna, exige que se exteriorice de manera clara, sea libre, produzca los efectos necesarios en el ámbito jurídico, en materia civil la voluntad constituye el elemento esencial de validez en los contratos o actos jurídicos.

4.- La voluntad y la declaración

Desde la época del Derecho Romano, se practicaban negocios jurídicos, estos requerían de una solemnidad

119 Coronel Jones, César. "La simulación de los actos jurídicos". Editorial Nomos Ltda. Bogotá Colombia, 1989. pág. 9.

exigida en ese tiempo, se llevaba a cabo con el uso de rituales, palabras sacramentales, para los romanos una voluntad interna no manifestada al exterior carecía de valor jurídicamente.

Entre la voluntad y el querer debe haber una relación, una armonía, no se puede crear algo y declarar lo contrario.

5.- Orígenes y conceptos de la simulación contractual o actos jurídicos.

Etimológicamente la simulación tiene una raíz latina, "simulare" quiere decir: "Hacer similar, dar aspecto y semejanza a lo no verdadero" ⁽¹²⁰⁾

El carácter de la simulación obedece a crear una operación falsa, para engañar a la gente, provocando en ellas un concepto equívoco a la realidad o a la verdad. La simulación es un engaño, sea cual sea su forma, lleva en esencia el engaño.

"Un Acto jurídico simulado es el que tiene apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como parece. Está destinado a producir una ilusión en el público, o porque induce a creer en su existencia, cuando en verdad no se realizó o porque produce una imagen distinta de su verdadera naturaleza" ⁽¹²¹⁾

Para Cardona Arizmendi "la simulación del contrato será la falsedad ideológica del mismo o del acto falsificado por

120 Coronel Jones, César. "La simulación de los actos jurídicos" Ob. Cit. pág. 21.

121 Coronel Jones, César. "La simulación de los Actos Jurídicos". Ob. cit. pág. 22.

imitación y aunque la doctrina nos circunscribe sólo a la falsedad ideológica, en nuestra ley cabe también la falsificación aludida" (122)

Para Creus Carlos "el contrato simulado o el falso recibo constituye, en sí, ardidés perjudicantes o pueden emplearse como medios de maniobras engañosas que induzcan en error a la víctima para hacerle disponer de su propiedad de modo no compensatorio. En la primera hipótesis la simulación es un engaño; en la segunda, integra el engaño." (123)

Estas definiciones nos señalan, que la simulación es el engaño con que el agente activo produce en su víctima, una creencia falsa de la realidad, la lleva a cabo de manera eficaz, donde se logra la credibilidad del contrato, para que el sujeto pasivo, sin duda alguna confie plenamente en ese contrato, se desprenda de su patrimonio, con la ilusión de recibir alguna cosa o ganancia que obtendría a la celebración del mismo.

Es importante señalar que en el contrato simulado, las partes contratantes no coinciden con la voluntad y su declaración, hay un desequilibrio, porque la voluntad de uno no se relaciona con la voluntad del otro, y por lo tanto la declaración no versa en el mismo sentido, debemos de

122 Cardona Arizmendi, Enrique. "Apuntamientos de Derecho Penal". 2ª Edición. Cárdenas Editor y distribuidor, México, pág. 285.

123 Creus Carlos. "Derecho Penal" Porte especial. Tomo I. 3ª Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990. pág. 514.

entender que las partes no desean llevar a cabo el negocio, lo que buscan es aparentarlo frente a terceros, la voluntad de uno y la declaración del otro, van a provocar una creencia falsa, con la finalidad de obtener un beneficio, lesionando un bien jurídicamente tutelado de otro.

La simulación comprende un propósito, una declaración falsa, ajena a la que se declara, con la intención de engañar a un tercero.

El fin de la simulación consiste en provocar un engaño frente a los demás, aparentando un negocio que no existe. Su origen deriva del siguiente razonamiento, hay gente que asume deudas y paga aquello que debe, sea en dinero, en bienes, en prestación de servicios, o cualquiera que haya sido el acuerdo frente a sus acreedores, decimos que es una persona que se obligó frente a otra, por tal motivo responde en los términos en que se convino, en el acuerdo de voluntades. Pero hay deudores que asumen deudas, ante la imposibilidad de cumplir y extinguir la obligación, utilizan medios hábiles, capaces de provocar un convencimiento, es el caso de aquellos, que de acuerdo con otra persona, se proponen a aparentar algo, con el fin de eludir esas obligaciones contraídas con anterioridad.

En materia civil, hablamos de esa ficción, que se actúa haciendo algo, que ante los demás es verdadero, pero es un

Domínguez Martínez respecto a la simulación absoluta señala: "hay quienes procuran aparentar un estado de insolvencia para eludir todo aseguramiento de bienes, pero obviamente, sin omitir protegerse elaborando entre ellos y quien los ayuda a sus actividades ilícitas un contradocumento secreto cuyo contenido relata y regula la realidad." (124)

Domínguez Martínez, acertadamente nos ha señalado la esencia de la simulación, consistente en aquella conducta del hombre ágil, para hacer aparentar algo frente a terceros y de alguna manera evitar cumplir con sus obligaciones, ya que por medio del título hace aparentar deudas, desincorporarse de sus bienes por alguna venta, simulando una disminución de su patrimonio. Todo esto el deudor lo hace con el fin de defraudar a su acreedor.

A todo esto, Domínguez Martínez utiliza el término de simulación absoluta, refiriéndose a esas maniobras falsas utilizadas para evitar el cobro de las deudas y la posibilidad de una ejecución ante una insolvencia

Debemos analizar que la corriente civilista señala que al celebrarse cualquier acto falso, no se le reconoce como elemento esencial el consentimiento que dio origen al negocio, contrato u acto de que se trate, sostenemos esto

124 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. "Derecho Civil" parte general personas, cosas negocio jurídico e invalidez. 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1992. pág. 642.

porque la teoría del acto jurídico, señala aquellos elementos esenciales y de validez para que se de lugar a un acto jurídico; cuando estemos en presencia de un acto fingido, falso, no podemos hablar de un consentimiento, dado que es falso, como el acto y el objeto mismo, no se ubica en la realidad jurídica, ante estos estaremos en presencia de una inexistencia de ese contrato o acto jurídico. Podrá existir un acuerdo oculto, un fin, obscuro entre las partes, pero no puede trascender a la vida jurídica.

Domínguez Martínez sostiene respecto a la simulación: "la razón es obvia, pues al ser completamente irreales las opiniones volitivas de quienes intervienen en un negocio simulado, los derechos y las obligaciones que aparecerían por su celebración no pueden tener lugar desde un punto de vista jurídico". ⁽¹²⁵⁾

6 La simulación en el Derecho Civil.

Como ya hemos venido mencionando, en nuestro Derecho Mexicano encontramos que todo acto jurídico debe reunir elementos esenciales y de validez, cuando falte alguno de estos, nos encontramos con la inexistencia del acto.

La simulación, entendida como la apariencia de algo, de un contrato, del objeto de que se trate, es hacerle creer a los demás de que es real.

125 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. "Derecho Civil" Ob.cit. pág. 648.

En relación al tema de la simulación, pocos son los que han abordado el tema, y en otros países se ha intentado deslindar la simulación civil de la penal, para entender de una mejor manera este término, analizaremos corrientes ajenas a nuestro derecho para que una vez entendida, veamos la importancia de la simulación en materia penal como delito.

Para el Derecho Civil Colombiano, la simulación se presenta de diversas maneras, al simular la existencia de un negocio, la naturaleza del mismo o bien la persona de quienes llevan a cabo el contrato.

Al hablar de simulación, rechazamos la existencia de un negocio, ya que los contratantes tienen el propósito y la voluntad de aparentar un acto, del que no desean obligarse y atribuirse derechos, ante esta situación se tiene que es un acto inexistente, porque no trasciende jurídicamente, se habla de una simulación absoluta, como ya lo ha señalado Domínguez Martínez en el Derecho Civil Mexicano.

Si se simula la naturaleza del negocio, se entiende que llevan a cabo un contrato o negocio real pero diferente al que presentan, el contrato celebrado, se presenta por otro similar, donde se oculta la verdadera naturaleza, derechos y obligaciones del mismo; y el derecho Colombiano lo señala como una simulación relativa, y en nuestra legislación civil, la

nulidad relativa de un acto jurídico se dirige a la protección de intereses particulares, donde existen desventajas al celebrar el acto, el caso más representativo es la de un incapaz que celebra un contrato, negocio o acto con una persona capaz para ello, o bien al no cumplir con la formalidad que exige la ley en los actos. Esta nulidad relativa tiende a perfeccionar el acto que se celebró, cuando primeramente estuvo viciado, tiene la posibilidad de trascender jurídicamente, como si no hubiese estado afectado de esa nulidad relativa, esta es la característica.

La simulación la debemos diferenciar de aquellos elementos de validez o de los vicios del consentimiento, es muy importante distinguirlos para no confundirlos y entender mejor la simulación en materia penal.

Primeramente, la simulación no es un vicio del consentimiento, porque como tal, existe esa voluntad de las partes en crear algo falso, hay una declaración de la voluntad por llevar a cabo un contrato, un acto falso, como consecuencia voluntad es fingida, oculta, por eso la simulación no debe confundirse como vicio del consentimiento, ya que los contratantes tienen esa voluntad de crear un acto, sea en su forma, su voluntad consiente al mismo, no se puede alegar el vicio del consentimiento,

porque los dos le dan vida a ese contrato falso, ocultan la verdad del mismo.

7 La diferencia entre simulación y dolo.

El dolo va dirigido a engañar, al igual que las maquinaciones en el otro contratante, existe que uno tiene la intención de celebrar con otro un contrato, hay en su interior ese propósito de engañar, la voluntad de uno, difiere en la voluntad del otro, mientras que para que haya simulación, se requiere la existencia de un convenio entre ambos contratantes de ocultar y celebrar un acto para engañar a terceros.

Es necesario establecer que la simulación lleva en sí esa voluntad de ambos, esa convención, acuerdo, de celebrar un contrato o acto falso, no hay un perjuicio en alguno de los dos, se transmiten derechos y obligaciones falsas. No se requiere de un perjuicio, porque como tal no se da por el acuerdo existente entre las dos partes. Si uno de los dos pide la nulidad del acto, o alega el dolo, es improcedente su petición, porque ambos por su voluntad quisieron celebrar un acto falso, oculto y no cabe el perjuicio o daño entre ellos. No puede haber aprovechamiento de su propio dolo.

En la simulación se conoce el engaño y los efectos que va a causar, además se considera que el acto, por esa simulación no se configura el dolo, esta es la característica

importante, por lo que no debe confundirse la simulación con el dolo, en la simulación se consiente, se conviene, se conoce, hay un acuerdo entre quienes contratan o celebran un acto. Y en el dolo uno resiente el engaño, desconoce el engaño, actúa sin saber el daño que le va a causar, no hay acuerdo entre las partes.

8 La simulación y las causas de nulidad de los actos.

La nulidad consiste en que los actos no reúnen las solemnidades y causas lícitas que la ley exige.

En el Derecho Civil se habla de una nulidad absoluta y una relativa. La primera es aquella con la que nace un acto, viene desde el principio afectando el acuerdo, el contrato que se haya celebrado, así mismo a las partes y terceros.

Cuando falta un elemento de validez el negocio trae ya una nulidad, y siendo esto que el objeto o la condición del acto es ilícito, entendiéndose por esto, que ese acto afecta el orden público, las buenas costumbres y algo muy importante viola una norma jurídica. El acuerdo o contrato nace, produce sus efectos, pero solo el interesado o afectado puede recurrir ante el juez, y esto solo por una sentencia anulará dicho contrato.

La nulidad relativa señalada en el Derecho Civil, se refiere a esa desventaja en que se encuentran los particulares al

celebrar un acto, contrato, y no se observan las formalidades exigidas por la ley, y esta nulidad puede desaparecer cuando se reúnen los elementos que señala la norma jurídica, de esta manera pueden producir sus efectos sin limitación alguna. Si el acto está viciado, puede llegar a desaparecer ese vicio. Una de las características de esta nulidad consiste en que el acto que produce ese efecto es sanado por el responsable o causante de esa afectación, como puede ser por "utilizar el error, la violencia, el dolo, el fraude, la simulación, o la transgresión de la forma instrumental en actos cuya validez depende su observancia". ⁽¹²⁶⁾

La simulación no es aceptada con una causa de nulidad, ya vimos anteriormente las nulidades absolutas y relativas, una consiste en que el acto ya no se puede remediar y en la otra sí, en esta habla de simulación y como todo acto o contrato que se celebra tiene un fin, un objeto lícito, ante esto las partes se obligan y consienten el acto, por tal motivo no pueden ellos alegar una simulación, porque ambos consintieron el acto, no se pueden engañar, defraudar entre ellos, esto no tendría sentido jurídicamente.

126 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. cit. pág. 658

9 La Simulación en el Derecho Penal.

Una vez que hemos realizado un breve estudio de la simulación, entendemos que dicha figura nace para ocultar la verdad de algo, se esconde la esencia del acto, de las obligaciones y derechos que de ella se derivan , ejemplo de ello un acto jurídico celebrado entre dos o más personas, que no afectan a terceros, y es utilizado para eludir obligaciones que se pueden extinguir con el pago, ya sea en dinero, moneda corriente, bienes materiales e inmuebles, esa figura sirve para aparentar un negocio celebrado, que ante los acreedores, no tienen estos la manera de hacer efectivo ese crédito de los bienes del patrimonio del deudor.

Ahora veamos la importancia de esta figura para el Derecho Penal.

En nuestro Código Penal, existe un capítulo dedicado a la protección del patrimonio, siendo éste el título vigésimo segundo, y agrupa figuras como el robo, el abuso de confianza, el fraude, extorsión, delitos por comerciantes sujetos a concurso, despojo de cosas inmuebles, y el daño en propiedad ajena. Recordemos que el delito es una acción del hombre que como tal atenta atenta contra el derecho y es una conducta típica, antijurídica, culpable y púnible, y el delito que nos ocupa es el fraude, que atendiendo a la literalidad del artículo que lo describe, el trescientos ochenta

y seis, señala: "Comete el delito de fraude el que engaña a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

- I. Con prisión de 3 días a 6 meses o de treinta a 180 días de multa, cuando el valor de lo defraudado no excediera de diez veces el salario;
- II. Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de 500 veces el salario, y.
- III. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuera mayor de los quinientas veces el salario".⁽¹²⁷⁾

Observamos que el Código Penal, describe el delito de fraude, entre sus características importantes encontramos un engaño, el aprovechamiento del error, que con ello se obtiene una cosa o un lucro indebido; y la simulación consiste en engañar, aparentar frente a otros algo falso y sostienen que es verdadero. La simulación es una conducta humana, hay una intención interior, después se exterioriza, con el fin de obtener una ventaja.

127 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. 3ª Edición. Greca. Editores, S.A. de C.V., México, D.F. 1997. pág. 151.

Es importante señalar que, para el Derecho Penal la palabra simulación y fraude antiguamente se les reconocía que era una misma, se referían en aquel tiempo a la acción pauliana por simulación. Más tarde se fueron separando estos dos conceptos.

Del fraude creditorum o fraude pauliano César Coronel nos señala: se consideran actos efectos a tal vicio "aquellos que se realizan con el fin de lesionar los derechos de un tercero, es decir actos reales con objetivos perjudiciales o ilícitos respecto a los extraños".⁽¹²⁸⁾ Esta aportación es muy importante, nos señala que el fraude pauliano las partes señalan un acto real, verdadero y no uno falso, irreal, mientras que la simulación como lo hemos señalado es una ficción, es un acto falso, o bien se oculta uno verdadero.

Una característica especial para el Derecho Penal, consiste en que según la intención de los actos es la que le va a dar a la simulación su carácter civil o penal.

La simulación lleva en si misma la peculiaridad de provocar un daño, una lesión en los derechos o bienes patrimoniales de terceros, además también a la ley. Esto tiene una razón de ser, como lo señala el Derecho Civil, se hace para eludir la ley y las obligaciones o de quienes tienen

128 Coronel Jones, César. "La simulación de los actos jurídicos". Editorial Nomos Ltda. Bogotá Colombia, 1989. pág. 50.

ese derecho de preferencia, se disfraza un acto o contrato.

Hay que resaltar primeramente que la simulación contractual es uno de los medios para cometer el delito de fraude, el Derecho Penal tiene como función, proteger los bienes jurídicos, y entre ellos se encuentra el patrimonio; este es considerado en el artículo trescientos ochenta y siete, del mismo ordenamiento en su fracción décima, señala la simulación contractual, como instrumento para cometer el delito en cuestión, es el engaño que se requiere para la integración del tipo penal. No debemos olvidar que la simulación de un contrato tiende a fingir, engañar, aparentar que algo es verdadero. La intención consiste en mantener al sujeto pasivo en el error.

Un segundo elemento para la integración del tipo penal a estudio, es aprovecharse del error, esto significa que el engaño debe ser tal, que convenza a su víctima, la mantenga en el error de esa creencia falsa que se le ha inducido, para que el mismo sujeto pasivo consienta el acto, al creer que es real, verdadero.

El tercer elemento del tipo penal, aplicado en nuestro delito, consiste en hacerse ilícitamente de alguna cosa, por esto debemos entender que el sujeto activo, busca desde el principio hacerse de un bien del sujeto pasivo, para esto utiliza el engaño, se aprovecha de ese error y el mismo

pasivo da al activo sus bienes o su patrimonio, producto de esos engaños, se desprende de sus cosas para entregárselos a su defraudador, pero no lo hace por su propia voluntad, sino por ese engaño , y ese error en que se encuentra.

Como cuarto elemento para la configuración del delito, es el lucro indebido que se persigue desde un principio. Ante esto es necesario establecer ciertas diferencias que existen entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, para no provocar una confusión del tema.

10 Diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Civil.

Con relación al fraude por simulación el Derecho Penal, prevee la obtención de un lucro indebido, al hacerse de manera ilícita de un bien o del patrimonio de un tercero ocasionando un daño o un perjuicio, mientras que en la Legislación Civil, esta no se considera.

Por otra parte, como hemos venido señalando, el Código Penal protege el patrimonio, el fraude es la figura descrita en la ley, además de sus distintas modalidades con que se protege el mismo, a diferencia del Código Civil que busca asegurar la manifestación de la voluntad de los contratantes, y señalando al dolo, al error, como vicios del consentimiento.

Otra distinción entre ambas legislaciones consiste en que el Derecho Civil considera que un contrato fraudulento, es

nulo, al existir un motivo o fin ilícito, y la falta de ese el perjuicio en el patrimonio, contemplado en el fraude por la simulación de un contrato, es el que marca la importancia y diferencia entre el Derecho Penal del Civil.

Ante esto, es necesario establecer que para que se configure el delito de fraude por simulación contractual, se requiere que se reúnan todos los elementos del tipo, entendiendo así, la relación del engaño, debe ir ligada a la obtención del consentimiento y el perjuicio o lucro en el patrimonio de un tercero, esto es que debe haber un nexo desde el engaño, hasta la obtención del fin.

La conducta del defraudador debe ir acorde a sus intenciones, engañar, obtener el consentimiento por error, obtener la cosa o el bien ilícitamente y la obtención de una ganancia, un lucro, provocando el daño en el patrimonio.

No debemos apartarnos de los elementos característicos de la simulación contractual en nuestro Derecho Penal, ya que quienes contratan, fingen la creación de un contrato con sus respectivos derechos y obligaciones, es indispensable en la descripción del tipo penal referido, ese acuerdo de voluntades necesarias para el otorgamiento del convenio, sin olvidar, que convienen una cosa frente a terceros como real, y en entre ellos pactan una distinta, contraria y lesiva, que afecte a terceros, ajenos al contrato.

11 Casos de simulaciones, o delitos penales.

Una vez, hecha la distinción entre lo que persigue el Derecho Civil, y el Derecho Penal, es importante señalar los casos de simulaciones ilícitas, que afectan al patrimonio de terceros.

El delito de fraude, previsto en nuestra legislación penal, se refiere a la norma protectora del patrimonio, además enumera una serie de casos utilizados para cometer el delito en cuestión, entre esos medios encontramos la simulación de un contrato, instrumento idóneo para provocar un perjuicio en el patrimonio.

Entendida la simulación como el engaño para obtener el consentimiento, la cosa y el lucro, la doctrina nos señala los casos más usuales con que se comete el delito, entre ellos, encontramos el más significativo, que consiste en que un deudor de común acuerdo con otras personas, convienen en simular una venta para desincorporarse de su patrimonio, dicha conducta es falsa, se aparentan esos contratos, pero el patrimonio sigue siendo de él, y el fin que persigue, consiste en que sus acreedores no ejerzan esa facultad de cobrar sus créditos, ocasionando una disminución de su patrimonio.

La simulación tiene un fin concreto, evadir las prohibiciones legales, afectar el patrimonio y derechos de terceros, se esconde la naturaleza del contrato con la participación delictuosa de otras personas, que ayudan a perfeccionar el fin.

Entre los casos de simulación más comunes que se comenten son, una donación, simulando una venta, esto ocasiona un perjuicio penal al evadir los impuestos correspondientes de la compra - venta, en este caso al ahorrar los impuestos correspondientes del acto.

Otro caso de simulación contractual, consiste en que una persona vende a sus presuntos herederos, celebran una venta falsa, con la finalidad de evadir los impuestos que generan la transmisión de la masa hereditaria.

AL fingir un crédito hipotecario o prendario, celebrado con personas de confianza del defraudador, estas lo llevan acabo con la finalidad de evadir el ejercicio de pago de los acreedores ordinarios o de preferencia. No debemos olvidar que el objeto de la simulación, con frecuencia es utilizado para ocultar los bienes o desincorporarlos aparentemente del patrimonio, ocasionando evadir las obligaciones contraídas, al mismo tiempo, crear un estado de insolvencia frente a los acreedores, ocasionando con esto el perjuicio en el patrimonio de los mismos.

La doctrina penal reconoce, que para hacer punible la simulación de un contrato, es primordial que se lleve a cabo con perjuicio de un tercero, y la intención inicial haya sido obtener un lucro indebido.

12 Participación en el delito a estudio

Para que una conducta ilícita se lleve a cabo, es necesaria la participación del hombre, como medio para cometer un delito.

De acuerdo a la clasificación doctrinal del delito, este puede ser cometido por varias personas, pero basta que sea uno para la configuración del tipo. Debemos señalar que muchas veces un solo sujeto comete el delito, pero hay casos en que la ley señala a más de una persona para la adecuación del mismo.

Si la ley no nos señala, el número de sujetos que deben intervenir al momento de cometer un ilícito, se tendrá como monosubjetivo, esto significa que no importa el número de sujetos que intervengan en la comisión del mismo. Hay tipos penales que sí establecen el número de sujetos para integración del precepto penal, hay otros, que no señalan como requisito un número de sujetos, ya que pueden intervenir varios, pero no directamente.

Al respecto, en la doctrina se conocen tres teorías en relación a la participación, brevemente las señalaremos; la primera se le llama de *causalidad*, basándose en el elemento del delito, que se refiere a los sujetos que contribuyen con su conducta a causar un hecho delictivo.

La segunda teoría, denominada de la *accesoriedad*, que consiste en señalar solo a quien comete el acto, quienes colaboran para producir dichos efectos, son accesorios, ya que sus conductas obedecen a la del autor principal. Aquí nos referiremos al principio, que dice así: lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Una tercera teoría es conocida con el nombre de la *autonomía*, y esta se diferencia de las dos anteriores, al considerar a quienes provocan o producen un hecho delictivo, estos realizan conductas autónomas, como resultado de ello, delitos distintos a los demás, con características propias. Se admite una pluralidad de delitos.

La doctrina penal, se refiere a la participación en las conductas delictivas, sostiene que hay preceptos donde se señala como requisito para el tipo penal, la actividad de uno o varios sujetos, pero la actitud como tal no es más importante, sino el grado con que actúan quienes intervienen al realizar un hecho delictivo.

Hay que distinguir cuando es un sujeto principal y en que casos es accesorio, el primero es quien ejecuta y lleva a cabo el acto, sea material o psicológico, o bien puede ser accesorio, aquel que ayuda al principal a realizar el acto, para su consumación, contribuye en la ejecución de la conducta delictiva.

De aquí se desprende una clasificación importante en el tema de la participación, y se le llama autor a aquel que ejecuta por si solo el hecho; si son varios los que realizan el acto, reciben el nombre de coautores.

Quienes ayudan al autor, o coautor para cometer el delito y lo hacen de manera indirecta, son colaboradores y se les ha denominado cómplices, estos intervienen para provocar en la víctima una creencia, con la finalidad que el autor obtenga su propósito.

La participación en la doctrina penal, la podemos considerar desde distintas formas, como se puede presentar, en el tiempo, en la calidad empleada, el grado para cometerlo; entre estas distinciones señalamos que hay participación principal cuando se consuma el delito, la accesoria se refiere a la preparación, el modo como se va a cometer.

Respecto a la calidad, puede ser moral o física, en la moral encontramos la provocación, inducir a cometer el

delito, esta la encontramos en un grado jerárquico como es una orden, coacción, asociación, el sujeto activo actúa bajo esas condiciones utilizando la moral o su fuerza física.

La participación del delito en el tiempo, es muy importante, por descubrir si se hizo antes de cometer el ilícito, como el acuerdo para ejecutarlo, es concomitante cuando el acto se lleva a cabo sin preparación alguna, se realiza en el momento en que se piensa. Será posterior por los resultados que provoque ese acuerdo anterior a la ejecución.

Una modalidad importante respecto a la participación, es la asociación delictuosa, que consiste en un "acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio a todos los asociados ". (129)

Respecto a las modalidades de la participación, en el delito de fraude por simulación contractual, estas se cometen bajo una delincuencia organizada, son más de dos sujetos, quienes intervienen en la realización del hecho delictivo, recordamos que nuestro delito a estudio para su integración, se requiere de la participación de dos o más sujetos, con la finalidad de provocar una creencia falsa en sus víctimas, de aquí, afirmamos que hay autor, quien piensa en la manera

129 Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" parte general. 37a. Edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1997, pág. 283.

como realizar el delito, ante la imposibilidad de realizarlo solo, requiere de la ayuda de dos o más personas, que serán sus cómplices, lo ayudaran a cometer el mismo.

También en nuestro delito, encontramos a coautores, ya que varios originan el hecho delictivo, esto sin la ayuda de los otros, todos persiguen la misma finalidad, son ellos quienes ejecutan el acto.

A los cómplices denominamos a aquellos sujetos que ejecutan el acto, de manera secundaria, su participación es útil, eficaz, son ayudantes del autor o coautores.

En el delito a estudio, la calidad de la participación es importante señalarla, ya que se valen de una participación moral para obtener el propósito deseado. Esta, a su vez se puede presentar de distintas formas, entre las más importantes señalamos al mandato, la orden, la imposición y la asociación, esta última es la más importante, ya que hay quienes se asocian para delinquir, en este caso para defraudar, buscan aparentar, simular actos y beneficiarse de su acción delictiva.

Recordemos que nuestro delito es plurisubjetivo, esto significa, la participación de varios sujetos, entre ellos habrá autor, coautores, y cómplices.

Es necesario establecer, que para la integración de nuestro delito, se requiere de una organización para cometer el ilícito penal, ya que no se puede cometer sin una plena preparación.

13 El Iter Criminis en el delito que nos ocupa.

Primeramente, citemos algunos conceptos acerca del iter criminis, para conocer, su esencia y su trascendencia de esta figura en el derecho penal.

Castellanos Tena se refiere al iter criminis diciendo: " El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o su ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama *iter criminis*, es decir, camino del crimen". ⁽¹³⁰⁾

Por su parte Rivera Soto define el iter crimis de la siguiente manera: "El delito como cualquier fenómeno se desplaza en el tiempo desde que nace como idea en la mente del sujeto hasta que se consuma con plenitud. A este tránsito se le ha denominado iter criminis cuya traducción literal es camino del delito". ⁽¹³¹⁾

130 Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" parte general. 37ª Edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1997, pág. 283

131 Rivera Soto, Luis Alfonso. "Compendio de Derecho Penal", parte general. Ediciones del Gobierno del Estado de Chihuahua. 1982. pág. 197.

Zamora Pierce señala que : “Desde el momento en 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 del delito. Vamos a estudiar en relación al fraude dos momentos del iter criminis: la tentativa y la consumación “. (132)

Estos autores coinciden que el delito se desplaza a lo largo del tiempo, iniciando en el pensamiento, donde nace la idea del delinquir, el hombre tiene esa capacidad de querer iniciar algo, cometer un delito, lo crea, y prepara, esto es lo que han denominado como iter criminis, entendiendo así el crimen en el interior del hombre, un individuo crea en su interior un propósito, lo planea, lleva el propósito de iniciar una conducta delictiva, que afecta los derechos de otras personas.

El delito tiene un primer momento, que es la idea, esta permanece en el interior del pensamiento del hombre, hasta que decide exteriorizarlo, al realizar una conducta, antes de que lleve a cabo su propósito, se dice que es la fase interna en el delito, o bien mejor conocida como preparación.

Nos damos cuenta, que el delito tiene dos faces, una interna, que es la manifestación de su conducta, cuando decide llevarlo a cabo.

132 Zamora Pierce, Jesús, "El fraude" Editorial Porrúa, S.A.: México. 1992 . pág. 197.

A) Face interna.

Por lo que respecta a la face interna en los delitos, hay tres momentos muy importantes a señalar, que son, la idea criminosa, la deliberación y la resolución.

a) La idea criminal.

Se presenta en el pensamiento, hay esa tentación por cometer un ilícito, el sujeto activo tiene esa intención de cometer un delito, y puede desistirse de su pensamiento o bien de llevarlo a cabo. En el Derecho Penal, los pensamientos internos, no son importantes, no se puede castigar por pensar.

En nuestro delito, el sujeto activo tiene en su pensamiento el propósito de hacerse de un bien ilícitamente, y analizar la posibilidad de llevarlo a cabo, piensa en simular un contrato, para provocar la credibilidad en el sujeto pasivo y obtener el bien que se propuso y el lucro o ganancia que obtendrá del mismo. Además, idea participar con otros sujetos que le ayudan a delinquir. El sujeto activo idea como realizar o cometer el ilícito.

b) Deliberación:

La deliberación consiste en la decisión y consecuencias que puede causar esa conducta al llevarla a cabo, existe en

el individuo la meditación de su idea criminal y lucha entre las repercusiones en la norma, la religión y la sociedad misma.

c) Resolución:

Esta consiste en que el individuo, ha meditado, analizado las repercusiones que acusará su conducta, se encuentra firme y decidido a ejecutarlo, aún sabiendo las consecuencias que ésta producirá en el derecho y en la esfera jurídica de quienes han de provocar el daño. En nuestro delito de fraude por simulación contractual, el sujeto esta firme en su propósito, pero aun no actúa.

B) Face externa

Esta face señalada en la doctrina, tiene también tres momentos importantes, pero que hay que recordar que en la face interna no hay una manifestación del propósito de delinquir, solo existe la preparación, y en la face externa ya sale del individuo y manifiesta su intención de provocar un ilícito, sancionado por la ley penal.

En esta face es importante señalar a la manifestación, la preparación y consumación.

a) La manifestación.

Consiste en exteriorizar el pensamiento, dar a conocer o comunicar a los demás, ese propósito de cometer un ilícito, su idea sigue firme, pero ahora ya es conocida y da a saber

En sus intenciones. Es importante señalar que expresar nuestras ideas, no es un delito, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos da esa garantía individual consagrada en el artículo sexto, y que a la letra dice así: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición jurídica o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado “ (133)

Este ordenamiento nos señala que nuestras ideas expresadas, no pueden ser sancionadas, salvo los casos señalados por el precepto anterior, y aplicado este ordenamiento a nuestro delito, esa intención de defraudar, simulando un contrato, si debe ser penado, ya que lleva el propósito de lesionar derechos de un tercero, además de cometer el ilícito que protege el patrimonio.

b) La preparación

Esta es realizada una vez que el sujeto manifestó su propósito, ahora se dedica a buscar aquellos medios materiales, intelectuales o ideas para llevar a cabo su conducta. El sujeto se allega de esos instrumentos que utilizan, le ayudan a la realización del fin que persigue.

133 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 115ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1997. pág. 11.

nuestro delito a estudio, esos medios preparatorios consisten en utilizar y contar con la participación de otros sujetos para elaborar, celebrar contratos simulados, los medios para convencer, y provocar la entrega de bienes o del patrimonio de un tercero, y con ello obtener el lucro de ese patrimonio que obtuvieron ilícitamente. Los instrumentos preparatorios pueden consistir en personas que simulen ser partes en un contrato, el beneficio, el lugar, documentos, y palabras que convencen al sujeto pasivo. Los medios preparatorios, inocentes o llevan consigo el afán de delinquir, no son castigados por el derecho, salvo aquellos que constituyan un daño, perjuicio en los derechos de terceros o infrinjan un ordenamiento jurídico penal.

c) ejecución

Debe entenderse por la ejecución cuando se reúnen todos los elementos, el sujeto activo, una vez ideado, preparado, manifestado su intención, la lleva a cabo con la conducta o conductas que provocan el hecho ilícito, logra el propósito que se propuso a obtener una cosa ilícitamente además de conseguir el lucro, por medio de esa simulación contractual, capaz de convencer.

Dentro de la ejecución, hay dos situaciones importantes, una la tentativa y otra la consumación del delito.

d) tentativa

En nuestro delito a estudio es importante mencionar lo que expresa Zamora Pierce respecto a la tentativa. y dice:

“Tentativa es la ejecución incompleta de un delito. Es un momento de la vida del 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.” ⁽¹³⁴⁾

Al ejecutar la intención de cometer un ilícito, comienza con la tentativa, en el delito de fraude consiste en esos medios engañosos para alcanzar su propósito, en este caso simular un contrato, para convencer al pasivo, una vez provocado el error, se aprovecha el sujeto activo, para obtener la entrega ilícita de la cosa.

El artículo doce del Código Penal vigente para el Distrito Federal; se habla de la tentativa, la cual es punible, cuando el sujeto activo exterioriza su resolución de cometer el delito, y lo hace en parte o totalmente con los medios ejecutivos que produzca el resultado. Hay que puntualizar, que hay tentativa, si no se ejecutan esos medios para cometer el delito, hay un empeño, un aprovechamiento del error, se obtiene la cosa, de manera indebida, pero no se llega a la obtención del lucro, esto por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

134 Zamora Pierce, Jesús. “El fraude”.ob. cit. pág. 197.

En la tentativa, hay dos cosas que es necesario señalar, la doctrina señala a la tentativa acabada e inacabada.

- Tentativa acabada:

Esta consiste, en que el sujeto lleva a cabo todos los medios para producir el perjuicio patrimonial, el resultado no se produce, no llega a la obtención del lucro, esto por causas ajenas a su voluntad.

- Tentativa inacabada

Se refiere a esa inactividad de no llevar a cabo actos, uno o todos, y el resultado no se produce. En el caso de nuestro delito, el sujeto no convence a su pasivo y desiste de realizar los demás actos.

- La consumación.

La consumación, consiste en la realización de aquellos actos que el sujeto ha llevado a cabo, sin faltar alguno de ellos, y las características del delito, en este caso, la conducta por medio de engaños, el aprovechamiento del error, la obtención indebida de una cosa y la ganancia o lucro indebido. La consumación es ese agotamiento, desde la idea, la intención, la decisión y el llevar a cabo esos actos característicos del delito, hasta la obtención del lucro.

La consumación en nuestro delito, refiriéndonos al fraude por simulación contractual, se da desde que nace en el

pensamiento del sujeto, lo planea, busca los medios y las personas que contribuyan a cometer el delito, el contrato simulado es ese medio que utiliza el sujeto, para hacerse de una cosa indebidamente y obtener ese lucro, que fue la idea principal de perjudicar el patrimonio de un tercero.

Giuseppe Bettioli señala que: "El concepto de consumación debe entrar también el requisito de la lesión del bien jurídico, por lo que se puede llamar consumado el delito cuando en concreto se han realizado todos los elementos constitutivos y se ha verificado la lesión, efectiva o potencial, del interés protegido." ⁽¹³⁵⁾

14 Concurso de Delitos

En la actitud de un sujeto, puede con su conducta transgredir una o distintas normas jurídicas esto es lo que se le ha denominado concurso de delitos, para esto Castellanos Tena nos ilustra más claramente en su concepto al indicarnos que: "En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de *concurso*, sin duda porque en la misma persona *concurrer varias* autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser ideal y *material*". ⁽¹³⁶⁾

135 Bettioli Giuseppe. "Derecho Penal" Parte General. Editorial Temis - Bogotá, 1965. pág. 468.

136 Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos elementales de Derecho Penal" Ob. Cit. pág. 307.

Esta definición nos indica que un sujeto puede llegar a cometer dos o más infracciones penales, en ocasiones una conducta puede ocasionar distintos delitos, o en ocasiones una conducta corresponde a un delito, también hay distintas lesiones jurídicas con la realización de una o varias conductas.

No podemos hablar de un concurso de delitos, cuando con una sola conducta, se produce un delito, existe solamente una unidad que corresponde al objeto que se propuso.

a) Concurso Ideal

En este caso, se lleva cabo una sola acción que provoca dos o más resultados, delitos o violaciones distintos ordenamientos legales. El concurso ideal, se presenta sea por la conducta o bien por una omisión, y provoquen una lesión jurídica en los bienes tutelados por el derecho.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo dieciocho expresa: "Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos..." ⁽¹³⁷⁾

Nuestro delito, es considerado como ideal, ya que con una conducta se cometen uno o varios delitos, para lograr su propósito de lesionar el bien tutelado que desde un principio

137 Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. 3ª Edición, Greca Editores., S.A. de C.V., México, D.F. 1997. pág. 14.

persiguió. Primeramente al celebrar un contrato simulado con otra persona, colaboradora del mismo, lesiona el patrimonio de un tercero, y comete otros delitos como la falsificación de un documento, el fraude, la obtención ilícita de una cosa, el lucro indebido.

Otra situación que se presenta en el estudio de el concurso de delitos, hay pluralidad de acciones y unidad de resultado, esto significa, que los sujetos activos llevan a cabo una serie de conductas encaminadas a lesionar un bien tutelado por la norma jurídico penal, se requiere que dos o más realicen varias acciones para obtener su fin ilícito.

La doctrina y la ley consideran, que una conducta que es frecuente e insistente para cometer el delito, o violar una norma penal , aseguran que se trata de un delito continuado.

Precisemos que es continuado en la conciencia del sujeto activo, en su pensamiento vive ese propósito por violar y afectar un bien tutelado en la ley penal, y tarda en ejecutarse.

En este apartado hay dos formas que la ley considera muy importantes, para antes de consumarse el delito y se refiere a ello diciendo, que el delito por el tiempo en que tarda en consumarse puede ser permanente o continuo.

Será permanente un delito, cuando la conducta se prolonga en el transcurso del tiempo para consumarse, y

cada manifestación de la conducta sea violatoria, contraria al Derecho.

Giuseppe Bettiol respecto al delito permanente señala que: "es permanente el delito cuya consumación por la naturaleza del bien jurídico ofendido puede prolongarse en el tiempo, siempre que la gente esté en condiciones de eliminar el estado antijurídico por él creado". (138)

Al hablar de un delito continuado se ejercen distintas conductas encaminadas a un fin, en nuestro caso el hacerse ilícitamente de una cosa, y obtener un lucro indebido.

b) Concurso Real

Atendiendo a la ley y la doctrina, el concurso real consiste en la realización de varias acciones y como resultado se comentan distintos delitos. Hay una concurrencia de conductas y delitos .

Para entender claramente lo que es el concurso real o también llamado material, primeramente se requiere de la ejecución de dos o más conductas realizadas por el sujeto activo, independientes serán los resultados que estas provoquen, al cometer varios delitos.

138 Bettiol Giuseppe "Derecho Penal". parte general. Editorial Temis - Bogotá. 1965 pág. 473

Rivera Soto nos indica que: " Para que el concurso real o material de delitos se integre es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a).- Que exista identidad en el sujeto activo.
- b).- Que exista pluralidad de concursos.
- c).- Que exista pluralidad de delitos o resultados delictivosos.
- d).- Que no exista sentencia irrevocable respecto a los delitos en concurso.
- e).- Que la acción persecutoria o acción penal no se encuentre prescrita". (139)

Este concurso real, se integra por varios hechos autónomos que pueden encuadrar en un mismo tipo penal o bien en distintos ordenamientos penales

Algunos autores han considerado que en el concurso real material, se presentan distintos modos de frenar esas conductas delictivas, entre esos modos se mencionan la acumulación material, que comprende la suma de la pena con que es castigado cada delito.

Esto significa, que un sujeto al cometer varios delitos, cada uno de ellos tiene una pena señalada, y la suma será el castigo y la sanción adecuada a sus conductas delictivas.

139 Rivera Soto, Luis Alfonso "Compendio de Derecho Penal". parte general. Ediciones del Gobierno del Estado de Chihuahua, 1982. pág. 222.

Otra manera es la absorción.

Consiste en la pena aplicada al sujeto, de los delitos cometidos, el que señale una pena más alta, será el castigo aplicable, el de mayor punibilidad absorbe a la de los menores

Otro aspecto que lleva el concurso real, es el llamado de la acumulación , este toma en cuenta a el delito de mayor importancia, se apoya en la pena del delito más grave, con la posibilidad de aumentar la pena en relación a otros delitos que se hayan cometido, incluyendo y considerando la personalidad del sujeto activo del delito.

Nuestro delito a estudio, consideramos que puede ser ideal, cuando con una sola conducta, el engaño para celebrar un contrato, simula al mismo, oculta la falsedad, con la intención de lesionar un bien jurídico tutelado, no solo se da el fraude por simulación, sino que esa conducta puede constituir a otros delitos.

Recordamos que para configurar el delito de fraude por simulación contractual, se requiere de una conducta, encaminada a engañar, a provocar una idea falsa a la realidad, el fin que se persigue con el contrato simulado, es la obtención ilícita del patrimonio y el producto de un lucro indebido. Pero no olvidemos que el contrato, al ser simulado,

es falso, aquí se presenta otro delito, en el camino del delito, pueden concurrir otros delitos, productos de esa conducta.

También, el delito de fraude por simulación contractual, lo podemos considerar como un concurso ideal, ya que se utilizan varias conductas para llegar a provocar un perjuicio en el patrimonio ajeno, y los medios o conductas que se utilizan para ese propósito, generan otros delitos, hay una pluralidad de actos, de resultados, y como consecuencia distintos delitos.

CAPITULO V

ELEMENTOS DEL TIPO EN EL DELITO DE FRAUDE

1. CONDUCTA ENGAÑOSA
2. RESULTADO - APROVECHAMIENTO DEL ERROR
3. NEXO DE CAUSALIDAD
4. ANIMO DE LUCRO
5. JURISPRUDENCIA
CONCLUSIONES

1. CONDUCTA ENGAÑOSA

Una vez que nos hemos referido a la evolución histórica del delito de fraude, a los conceptos antes referidos, es importante señalar en el presente capítulo los elementos que, integran el delito de fraude, en la simulación contractual.

Para que sea punible un acto, es necesario que este acto, esté contemplado como delito en una ley vigente además, debe adecuarse la conducta del hombre al tipo contenido en la norma, así estaremos en presencia de un delito.

Debemos mencionar que hay ciertos requisitos que la ley señala para que se configure un delito, se deben reunir los elementos primordiales del tipo que la ley penal describió y que el derecho nos señala.

Ahora mencionamos los criterios de distintos juristas en relación a los elementos del tipo penal en cuestión, primeramente Castellanos Tena se refiere al mismo diciendo: "El delito es ante todo una conducta humana" ⁽¹⁴⁰⁾, así analizando este criterio, nos daremos cuenta que la conducta es el comportamiento del hombre, esta puede

140 Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" 37a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997 pág. 147.

ocurrir con o sin consecuencias para el derecho, esto es lo que nos interesa para entender mejor que es la conducta y sus resultados en relación al derecho.

Por su parte Pavón Vasconcelos toma el concepto de Jiménez Huerta en relación a la conducta que dice " es siempre una manifestación de voluntad dirigida hacia un fin " (141)

Por su parte Ranieri, dice que conducta "es el modo de comportarse el hombre que, dándole expresión a su voluntad, constituye una manifestación suya en el mundo exterior, mediante el movimiento o la inercia corporales" (142)

Al analizar este comportamiento nos damos cuenta que la conducta es la manera de comportamiento natural del hombre, con la cual se expresa ante sus semejantes, sea por medio de sus actos, de su silencio, esto puede constituir importancia para el derecho.

F. Antolisei expresa que conducta es "todo comportamiento humano, en cuanto tenga su principio o razón de ser en el sujeto. Según esta noción, también los actos que se desarrollan en el ámbito de la conciencia, sean

141 Pavón Vasconcelos, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal" 1989 Ob.cit. pág. 185.

142 Ranieri, Silvio "Manual de Derecho Penal" Tomo I. Editorial Temis, S.A., Bogotá Colombia, 1975. pág. 288.

pensamientos, deseos, propósitos o violaciones, constituyen conducta” (143). Este concepto, si nos damos cuenta es más amplio ya que la conducta no solo es referente a la acción, sino también al querer, el desear lograr un fin es considerado conducta. Estimamos que dicho concepto da a la vida jurídica, una aportación más cercana de la conducta como elemento del delito, ya que no basta solo con el actuar, sino también con el pensar, el proponerse el fin, un querer aunque no se realice, pero que ocasione un daño y como consecuencia un delito.

En otro concepto Pavón Vasconcelos nos señala “ la conducta consiste en *engañar* a alguien o en *aprovecharse del error* en que se encuentra, con voluntad de realizar los actos necesarios para llegar a colocar al paciente en el estado subjetivo de error, o bien en callar, silenciar o no denunciar tal error , aprovechándose de él en forma voluntaria, con lo que se integran tanto el elemento físico como el psíquico de aquélla” (144).

Esta aportación realizada por Pavón Vasconcelos nos da la idea que refuerza, a lo dicho por Antolisei, en donde su concepto se estima más técnico o incursionado de una

143 Antolisei, Francesco "Manual de Derecho Penal" Parte general Editorial UTEHA. Argentina, Buenos Aires, 1980 pág. 153.

144 Pavón Vasconcelos, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal" ob.Cit. pág. 157.

manera más cercana en la ciencia jurídica, esto es porque Antolisei señala como nace la conducta, cuales pueden ser sus manifestaciones, mientras que Pavón Vasconcelos indica que aspectos puede tener la conducta y como se manifiesta en el derecho, en la comisión de los delitos.

Porte Petit distingue la conducta del hecho, señalado que "por hecho entendemos a la conducta, el resultado y el nexo de causalidad " ⁽¹⁴⁵⁾; Mientras la conducta ... "es el elemento o bien un hecho, objetivo del delito, cuando el tipo describa una mera conducta cuando el tipo comprenda en su descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo integran una conducta o un hecho humano". ⁽¹⁴⁶⁾

Pavón Vasconcelos señala que "la acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión, es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva... o de ésta y una prohibitiva " ⁽¹⁴⁷⁾.

Ranieri describe que la conducta es "un elemento constitutivo del delito, presenta *caracteres* particulares...

145 Porte Petit, Celestino. "Apuntamientos de la parte General del Derecho Penal I", Tomo I. 15ª Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1993. pág. 286.

146 Porte Petit, Celestino. Ob cit. pág. 287.

147 Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, S.A., México, 1991 pág. 187.

una característica fundamental de la conducta punible es la de ser *típica*, es decir, estar descrita explícitamente o implícitamente en una norma incriminadora". (148).

Estos conceptos nos señalan que la conducta es un comportamiento natural del hombre, es importante a la vida jurídica, ya que la conducta puede tener distintas manifestaciones, como es una acción, comportamiento humano, una abstención, pero que estas traen consigo un resultado, que se encuentra previsto en la ley, dicha conducta al estar señalada como punible, se encuentra en el tipo descrito, esto es lo importante para la ciencia jurídica.

De los conceptos antes señalados concluimos a nuestro criterio lo siguiente: La conducta es un elemento primordial en el derecho penal, ésta se realiza por un movimiento corporal o bien un pensamiento dirigido con el propósito de alcanzar un fin, que ambas manifestaciones de la conducta se adecuan al tipo descrito por la ley, si se cumple este requisito dónde dicha conducta agrede un bien jurídico protegido, estamos en presencia de una conducta punible.

En particular, la conducta señalada en relación al fraude consiste en engañar, actuar ocultando la verdad y puede ser por un movimiento corporal o bien proponiéndose algo,

148 Ranieri, Silvio. "Manual de Derecho Penal". Tomo I, Parte general, ob. Cit. pág. 306.

además la conducta puede o no salir del interior del hombre, y el silencio o el pensamiento es una manifestación de la misma, y de esa manera se logra el engaño o propósito.

El estudio de la conducta nos lleva a pensar que en la simulación contractual, el acuerdo de voluntades, de los contratantes, es la conducta, elemento de tipo penal en este delito, ya que es un querer hacer para perjudicar con ese acto a un tercero.

Muñoz Conde señala a la conducta engañosa diciendo: Esta consiste en "una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas".⁽¹⁴⁹⁾

Como ya nos hemos dado cuenta, la conducta es una manifestación de la voluntad del hombre, dicha voluntad puede ser una acción, un movimiento corporal o bien un pensamiento que no se exteriorice, la conducta puede presentarse de diversas maneras. Lo importante para el Derecho Penal, consiste en que esos actos se adecuen a un tipo penal y produzcan un resultado de lesión al bien protegido por la ley.

En el delito de fraude, la ley señala como conducta el engaño, el aprovechamiento del error y que por estas manifestaciones alcancen un lucro indebido, observemos que

149 Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal" 1a. Edición, Editorial Trillas, México, 1986. pág. 222.

la conducta en este delito consiste en el engaño, el aparentar algo que no existe, es una falsa apariencia de la realidad, y con dicha conducta se lesiona un bien jurídico protegido, en este caso, el patrimonio.

Otra manifestación de la conducta es el aprovecharse del error, que consiste en abusar de las circunstancias, aquí hay una manifestación de la conducta, que es el guardar silencio, para lograr el fin que se propuso.

Con estas dos manifestaciones de la conducta el sujeto activo tiene la intención de disponer del patrimonio del sujeto pasivo, al hacer uso de maquinaciones o engaños.

Enseguida, el efecto de la conducta consiste en el daño, la lesión al patrimonio y el lucro que se persigue, así nos lo señala Arizmendi; que respecto a la conducta dice: "puede denominarse "falaz"... Este elemento está alternativamente señalado: engañar o aprovecharse del error".⁽¹⁵⁰⁾

Debemos recordar que los engaños, las maquinaciones utilizadas son indispensables para obtener la entrega del patrimonio del sujeto pasivo, estas manifestaciones de la conducta las aplicamos en la simulación contractual, que es un documento falso a la realidad, con el que se le da una apariencia real y en el fondo es ficticio, se utiliza como mecanismo para la obtención de la cosa, así, la conducta to-

150 Cardona Arizmendi, Enrique. "Apuntamientos del Derecho Penal". 2a. Edición. Cárdenas Editor. México 1976. pág. 274.

ma una importancia para el derecho penal, ya que se ejecuta una acción que consiste en celebrar un contrato falso, que es el engaño, si la persona pasiva no se da cuenta del engaño, entra en ese momento el aprovechamiento del error con el que da su patrimonio o la cosa, cuando ha sido convencido por los engaños del sujeto activo.

Ya nos hemos referido a la conducta como una actividad del ser humano, la cual está encaminada a un fin, en el delito a estudio, nos encontramos en presencia de ese actuar que es el engaño, este es utilizado por el sujeto activo, a fin de provocar e inducir al error al sujeto pasivo, y es un elemento primordial en el delito de fraude para alcanzar su objetivo; este engaño debe ser capaz de convencer y aprovecharse del error, ya que es lo que busca para alcanzar su propósito.

Debemos tomar en cuenta que el artículo trescientos ochenta y seis del Código Penal Vigente para el Distrito Federal nos señala: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido". ⁽¹⁵¹⁾ En esta definición la ley es muy clara al señalar los elementos del tipo penal del delito de fraude, destacamos como primer elemento el engaño, que obedece a una conducta del hombre para alcanzar su propósito.

151 Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal. 3a Edición, Greca Editores, S.A. de C.V., México., 1997. pág. 151.

Ya hemos señalado a la conducta como la manifestación humana, exterior, su comportamiento constituye una falsa apariencia de la realidad, ésta con la finalidad de provocar en su víctima la creencia de algo falso, y que es necesario para obtener el beneficio que se persigue. Esta conducta representada por el engaño debe tener una característica primordial, consistente en provocar una falsa representación de la verdad, y ésta debe ser tan astuta de vencer la creencia en personas que tienen una capacidad menor, esto es de un tipo intelectual medio.

Esa conducta debe ser el elemento primordial para embabucar, con el fin de obtener de su víctima la prestación del patrimonio, o bien el disponer ilícitamente del mismo. La manifestación de la conducta puede tener distintas maneras, así lo señala Carrancá y Trujillo que dice: "el engaño puede ser verbal o escrito, consistir en hechos o versar sobre la causa, el presupuesto, las condiciones, etc. de la prestación o ser simple o calificado." (152)

Esto nos lleva a considerar que los engaños pueden ser de palabra, el sujeto activo utiliza el lenguaje oral como medio para provocar que su víctima crea, y de esa manera obtenga o alcance su fin, o bien utilizar documentos para pro-

152 Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. "Código Penal Anotado". México, 1993. pág. 939.

vocar el engaño y que la víctima al estar en presencia de esos documentos, caiga más en el error, y de esa manera se obtenga la disposición ilícita del patrimonio.

Este primer elemento de la conducta, representada por el engaño, la aplicamos a la simulación contractual, en la cual el engaño se produce cuando el sujeto activo oculta la falsedad de un contrato, con el fin de aparentar que es legal, verdadero y que su víctima, ceda a los requerimientos que éste le haga, y proceda a entregar o le dé al activo la facultad de disponer de su patrimonio, esto mediante la entrega por la voluntad viciada y hay que considerar que la conducta es el engaño el elemento contemplado en la ley.

Para apoyar nuestro criterio, es esencial señalar un criterio sostenido por Creus que a la letra dice: "El medio para lograr la disposición patrimonial perjudicial es el *fraude*, que está integrado por las acciones tendientes a simular hechos falsos, disimular los verdaderos, o falsear de cualquier modo la verdad, dirigidas al sujeto a quien se pretende engañar con ellas".⁽¹⁵³⁾

El simular un contrato constituye un hecho falso, por consiguiente un engaño, ya que ese le da una apariencia de real, legal y no hay la menor duda del mismo, pero como hemos venido señalando, un contrato simulado va encamina-

153 Creus, Carlos. "Derecho Penal". Tomo I. 3a. Edición. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1990. pág. 491.

do a el engaño, que el sujeto pasivo crea en el mismo y por consiguiente se arranque el patrimonio con su consentimiento viciado, además podemos calificar al contrato simulado como la maquinación o el ardid utilizado para engañar y aprovecharse del engaño para llegar al fraude.

2. RESULTADO APROVECHAMIENTO DEL ERROR

En la ley, la conducta es señalada como el principal elemento del delito, que a su vez debe estar ligada a ese acto con un resultado producto de ese propósito.

La importancia del estudio del resultado, consiste en señalar que entre una conducta y en resultado debe haber una conexión causal, esto es, para que haya un resultado debe preceder de una conducta o hecho del hombre.

Porte Petit afirma: "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 del hecho". (154)

El resultado "consiste en la ofensa (lesión o exposición peligro) del interés protegido por el derecho". (155).

154 Porte Petit, Celestino. "Apuntamientos de la parte General de Derecho penal". Tomo I. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1993. pág. 267-268.

155 Antolisei, Francesco. "Manual de Derecho Penal". Ob. cit. pág. 160.

Para Ranieri resultado es "la modificación del mundo exterior, producida o no impedida por la conducta, y que tiene importancia, por las consecuencias jurídicas que de él dimanar, en la figura legal de la que dicha conducta es el elemento constitutivo". (156)

Nos damos cuenta en estas teorías referidas a la conducta, donde dejan a un lado los movimientos naturales del hombre, y toman en consideración la conducta, sea positiva de acción o negativa de omisión, el resultado que produzca y su importancia es lo sobresaliente para la ciencia jurídica. Así mismo, la conducta es un hecho que genera consecuencias, dicho de otro modo produce cambios en el mundo exterior, que son contemplados en la ley, esto es producto de una conducta que lleva consigo mismo un resultado típico, que es la adecuación de esa acción a un tipo descrito por la ley penal.

Podemos considerar que el resultado es una afectación a un derecho subjetivo, a un bien amparado por la ley, y que puede causar un perjuicio a un interés. Por tal motivo la conducta es un elemento importante para el derecho penal.

Migliore afirma que el resultado "es el efecto del acto voluntario en el mundo exterior, o más precisamente, la modificación del mundo exterior como efecto de la actitud

156 Ranieri, Silvio. "Manual de Derecho Penal" Tomo I, parte general. Ob Cit. pág. 311.

delictuosa" (157).

Los conceptos ya referidos al resultado nos llevan a considerar, que una conducta del hombre puede ocasionar una lesión, afectación, estos son los resultados, pues una conducta va aparejada a un resultado, debe haber un nexo casual, esto es que a toda conducta obedece a un efecto, y en este caso, el efecto es el resultado de dicha conducta. No debemos olvidar, que no toda conducta humana, hecho, acción, es importante para el derecho, debemos precisar que una conducta que produce un resultado, debe estar previsto en la ley, si esta se configura estamos en presencia de una conducta delictiva, que por ende ocasiona una lesión también prevista a la ley penal.

El resultado es el producto de la conducta, se puede interpretar de la siguiente manera; el resultado es el efecto de una conducta, sea de acción o de omisión, lo importante en este caso es que el resultado derive de ese hecho que se quizo, se expresó y produce consecuencias previstas por el derecho, además de generar cambios en el mundo, este resultado es el querer del hombre en el mundo exterior, ya que su conducta ha producido efectos previstos en la ley.

157 Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal." Volumen. I. Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989. pág. 357.

Podemos considerar al resultado un valor, que sentimos ha sido afectado, o bien es la lesión jurídica, que la ley contempla.

En el delito de fraude, el resultado es el aprovechamiento del error, esto es que el hombre realiza una conducta para mantener al sujeto pasivo en el error y por medio de esa conducta busca lesionar el bien jurídico que desea, esto es, actúa aparentando una realidad, pero en sí, su conducta va encaminada para que logre obtener el patrimonio del sujeto pasivo, para esto utiliza el engaño, que como debemos recordar es dar una apariencia de real, a algo totalmente falso, de esa manera lograr disponer del patrimonio ajeno.

Es importante señalar lo que decía el derecho francés y a lo que afirma Carrara, al considerar que el fraude: solo podría ser un ilícito penal cuando existiera: "la mise en scene no es una fórmula empírica ni se refiere a accidentes materiales desprovistos de sentido jurídico; todo lo contrario, completa el elemento subjetivo y el elemento objetivo del delito: el subjetivo, porque muestra mayor astucia, mayor persistencia del deseo de hacer daño, un individuo más temible para la sociedad; y el objetivo, porque las apariencias externas prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa, hacen más excusable la credulidad de la víctima y le agregan al hecho

un daño mediato que no ocurre cuando se cree en las meras palabras del primero que se presente.” (158)

Este concepto nos da la pauta en nuestro delito a estudio y consideramos que se comete el fraude por una simulación contractual, esto es aparentar un contrato, encausando a la víctima y convenciéndolo de que es real, legal, una vez obteniendo la credibilidad del acto, se aprovecha del error en que se halla hasta lograr disponer, afectar o lesionar ese bien.

Hay un concepto mas claro en relación a nuestro tema en estudio y que Ranieri dice: “El *resultado* en el delito de estafa, desde el punto de vista inmediato, es el *error* en que el culpable induce o mantiene al sujeto pasivo, por la *alteración* de su esfera conocitiva o sentimental, originada en la conducta criminosa, que crea una representación con *juicio falso o con desviación de la verdad*. Y desde un punto de vista mediato, el resultado es el *provecho ilícito, con daño ajeno*, que consuma el delito y que le sigue al *error* del sujeto pasivo que ha consentido con voluntad viciada”. (159)

En este concepto destaca primeramente al error como premisa mayor al considerar que el sujeto activo utiliza para que el pasivo consienta el acto, esto lo hace alterando

158 Carrara, Francesco. “Programa de Derecho Criminal”. Volúmen IV. Editorial Temis. Bogotá, 1980, pág. 428.

159 Ranieri Silvio. “Manual de Derecho Penal”. Tomo VI Editorial Temis, S.A.. Bogotá Colombia. 1975 pág. 122.

su conocimiento acerca de las cosas, del acto a realizar, haciéndole creer su legalidad, cuando es totalmente falso.

Otro elemento importante a señalar en este concepto, se refiere al resultado, ya que por medio de este se obtiene el fin pretendido desde la conducta, y consiste en afectar o provocar un daño en el patrimonio ajeno, o bien, resulta que de esos engaños el sujeto pasivo otorgue al sujeto activo, su patrimonio o el bien jurídico, pero debemos entender que lo consiente creyendo en la legalidad, realidad de ese acto.

El resultado primeramente ocasiona un daño en la esfera jurídica del sujeto pasivo, cuando éste por esos engaños, o bien por su error, el uso de artificios consintió su patrimonio, debemos de remarcar, que cuando esos artificios son capaces de inducir a error, se habla de la existencia de un delito, en esta ocasión, decimos que por medio de una simulación contractual se comete el delito de fraude, ya que se engaña a la víctima, se le convence de realizar dicho contrato, que falsamente se le hace creer en las ganancias enormes, en un servicio de primer nivel, en un sueldo que sería bastante para cubrir sus necesidades básicas, etc. hay que recordar que el contrato es el medio para alcanzar el fin que se ha propuesto, y este es falso, contrario a la verdad, lo único que se ha buscado con dicho contrato, es obtener ilícitamente un bien de la víctima, y el resultado se traduce en la disminución, la afectación del patrimonio por medio del

engaño, en este caso el medio utilizado para llegar a él es el contrato simulado para obtener la ventaja, y de esa manera apoderarse del patrimonio, además ese apoderamiento ilícito del patrimonio esta protegido por la ley.

En sí, el resultado en el delito de fraude por la simulación contractual encausa en la disposición del patrimonio, sin apartarnos de la existencia de una mentira, que ésta a su vez sea acompañada de un medio fraudulento, en este caso particular por medio de la simulación de un contrato y que por ende ocasione un error y la entrega o la disposición del patrimonio.

Por lo que respecta al resultado, este se efectúa dada la conducta del activo al utilizar el patrimonio de otro.

El resultado viene a ser el efecto del engaño ya que debemos recordar primeramente a la conducta como primer paso para convencer a la víctima de una falsa realidad, para provocar y disponer ilícitamente del patrimonio, el bien que se causó. Así, el resultado en esta manifestación de la afectación de la esfera jurídica del pasivo, esto es, hay una lesión, se produce un apoderamiento de la cosa, además de provocar una disminución del patrimonio, por lo cual se viola un derecho protegido por la ley.

Para el derecho penal, cuando una conducta se utiliza para afectar o provocar un daño, una alteración en el mundo exterior del sujeto, sea en sus bienes o sus derechos, se está en presencia de una conducta relevante para el Derecho Penal, y el resultado que ocasiona también lo señala en su catálogo, es en este momento cuando la conducta y el resultado son importantes y toman una característica muy especial, esto por llegar a producir un daño.

Al hablar del resultado nos referimos a aquella actitud humana encaminada a provocar un peligro, y por consiguiente a lesionar un ordenamiento legal que se estipula dicha conducta.

El resultado en nuestro delito se considera como instantáneo, material, de daño o lesión, se considera instantáneo cuando se produce la disminución del bien o del patrimonio, cuando se ha logrado el apoderamiento ilícito, o bien al tener el indebido.

El resultado es importante en materia penal, en lo que respecta primeramente a los engaños para hacer creer al engañado de una realidad falsa para obtener la cosa, esto nos lleva a que el resultado se provoca por los engaños utilizados, y que quien resiente el engaño haya creído aquello que lo condujo a entregar su patrimonio. El carácter de instantáneo reside cuando se perfecciona en el momento de su comisión.

El fraude es también un delito de orden material, ya que lo que se persigue desde un principio es hacerse ilícitamente de una cosa, bien, o el patrimonio y que lleva finalmente a obtener un lucro indebido.

También este delito de fraude es de daño o lesión, es considerado así por afectar una norma jurídica prevista en la ley, ya que el supuesto descrito por la ley es atentar con engaños a obtener un bien o un patrimonio y desincorporarlo de su legítimo dueño. Estas tres cualidades del fraude son esenciales y es importante señalarlas para entender porque se califica así, y diríamos que el fraude persigue la obtención de una cosa o disponer del patrimonio de otro ilícitamente mediante engaños, se consuma el delito a la entrega de la cosa, además es material ya que obedece a la entrega física del bien sea mueble o el patrimonio y por último que se ocasione la disminución de ese patrimonio que es el daño causado al tenedor o propietario del bien.

Respecto al resultado, es importante señalar el aprovechamiento del error y señala al respecto Pavón Vasconcelos diciendo: "En el aprovechamiento del error existe con anterioridad, por lo que el agente sólo se vale de esa situación para llegar al fin que de antemano se propuso; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente, conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la

falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa. Lo común al "engaño" y al aprovechamiento del error, es el estado psíquico en que se encuentra la víctima: una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude". ⁽¹⁶⁰⁾

De este concepto tenemos que considerar que el aprovechamiento del error no es el engaño, ya que tal se hizo desde un principio por medio de los engaños, para provocar en la víctima la falsa apariencia de la realidad, esto es, que el aprovechamiento del error consiste en ocultar la verdad, para evitar que el engañado se dé cuenta de la realidad, por eso el sujeto activo procede a mantenerlo en error al sujeto pasivo para obtener el fin que se persigue.

Importante es señalar la interpretación del aprovechamiento del error que hace Carrancá y Trujillo al decir: "El aprovechamiento del error en que se encuentra el pasivo presupone en el agente el conocimiento de la falsa representación de la verdad que aquél sufre. El dolo de fraude consiste, en el caso, en aprovecharse del error, para obtener la prestación que es objeto material del delito". ⁽¹⁶¹⁾

APROVECHAMIENTO DEL ERROR

Por resultado nos dice C. Cabral que: "No es todo

160 Pavón Vasconcelos, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal". Ob.Cit. pág .202.

161 Carrancá y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado" México, 1993. págs.939 y 940.

cambio exterior producido por la actuación voluntaria, sino solamente aquél que aparece especialmente seleccionado por el legislador de entre la miriada infinita de consecuencias que el obrar humano produce en el mundo exterior para integrar con él el tipo penal". (162)

Porte Petit habla del resultado que dice: "Cuando el tipo describe una mera conducta, se produce con tal comportamiento una mutación jurídica, independientemente de que además se realice una mutación en el mundo exterior. Ahora bien, cuando el tipo requiere un resultado material, y éste se produce, estamos frente a un resultado jurídico y material a la vez. Consiguientemente, debemos entender por resultado la mutación jurídica o jurídica material, producida por un hacer (acción) o un no hacer (omisión)". (163)

Ranieri considera que: "El resultado es el *provecho ilícito, con daño ajeno*, que consuma el delito y que le sigue al *error* del sujeto pasivo que ha consentido con voluntad viciada". (164)

El resultado primeramente deriva de la conducta, la cual produce un cambio exterior, con el actuar del agente,

162 C. Cabral, Luis "Compendio de Derecho Penal". Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1987 pág. 52.

163 Porte Petit, Celestino. "Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal". Tomo I. Editorial Porrúa. México, 1993. pág. 328.

164 Ranieri, Silvio. "Manual de Derecho Penal". Tomo VI. Editorial Temis, S.A. Bogotá Colombia 1975. pág. 122.

dicha conducta y resultado están previstos en la ley, lo que produce un cambio jurídico, el resultado es el fin perseguido que prevee la ley, cuando ha actuado y arrancado el bien viciando la voluntad del sujeto pasivo.

El aprovechamiento del error es otro elemento del tipo penal, al señalar que el error es un conocimiento viciado de la realidad, Bajo Fernández expresa: "El error... ha de ser consecuencia de un engaño bastante y, por otro lado, ha de ser el motivo por el cual el engañado realiza el acto de disposición patrimonial".⁽¹⁶⁵⁾

Pavón Vasconcelos se refiere al aprovechamiento del error y dice: "En el aprovechamiento tal error existe con *anterioridad*, por lo que el agente sólo se vale de esa situación para llegar al fin que de antemano se propuso; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa".⁽¹⁶⁶⁾

En otro concepto Carrancá y Trujillo nos habla del aprovechamiento del error señalando que: "El aprovechamiento del error en que se encuentra el pasivo presupone en el agente

165 Bajo Fernández, Miguel. "Manual de Derecho Penal". Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1989. pág. 171.

166 Pavón Vasconcelos, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal" Ob. Cit. págs. 161 y 162.

el conocimiento de la falsa representación de la verdad que aquél sufre”.⁽¹⁶⁷⁾

El aprovechamiento del error lo podemos considerar de la siguiente manera; primeramente es un falso conocimiento producto del engaño, esto es que no se provoca el aprovechamiento, sino que este se presenta desde el engaño, momento que se utiliza para crear en el pasivo un conocimiento falso, y el activo al saber la verdad no se la hace saber al pasivo esto es que consiente el error, es una abstención de decir la verdad de algo que conoce, pero que se abstiene para alcanzar su objetivo que es el aprovechamiento del patrimonio.

3. NEXO DE CAUSALIDAD

Ranieri nos da el concepto del nexo causal al cual califica diciendo “Nexo causal es la relación que media entre la conducta y el resultado, y que hace posible la atribución material de éste a aquella como a su causa”⁽¹⁶⁸⁾.

Eduardo López Bentacurt nos expresa en relación al nexo causal que: “debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y

167 Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá Irrivas, Raúl. “Código Penal Anotado”. México, 1993. págs. 939 y 940.

168 Ranieri, Silvio. “Manual de Derecho Penal” Tomo I, pág. 329.

el resultado material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta y no como dice algunos autores, elemento del delito". (169)

Analizando estos dos criterios, debemos entender que un comportamiento humano llamado conducta, produce un resultado y entre estos dos debe existir un nexo, esto es la unión entre uno y otro, esto es que el nexo es el producto de esa conducta y el resultado, ya que ambas por si solas no podrían generar una consecuencia jurídica. Esto significa que una conducta que genere una alteración en el mundo jurídico, debe obedecer a una causa, y eso es lo importante para el derecho, que la conducta se encamine a provocar un resultado, y estas deben estar unidas por el nexo causal, entendiéndose así que a toda causa obedece un efecto.

En la doctrina existen un sinnúmero de teorías relacionadas con el nexo de causalidad, entre las más importantes se encuentran la de la *conditio sine qua non*, la de la causalidad adecuada, la causalidad de los delitos omisivos. El problema consiste en el resultado que ocasiona una modificación el mundo exterior, dicho resultado se atribuya a un hombre, es necesario establecer que entre una acción, o mejor conocida como conducta del hombre se de un resultado y entre los dos haya una relación de causalidad.

169 López Betancourt, Eduardo, "Teoría del Delito" Editorial Porrúa, S.A. México, 1994. pág. 87.

La primera teoría sostenida por Van Buri señala que: "Para que se dé la relación de causalidad, por tanto, es suficiente que el hombre haya realizado una condición cualquiera del resultado: en otras palabras, basta que haya puesto un antecedente indispensable para la producción del resultado." ⁽¹⁷⁰⁾ Esta teoría también llamada de la equivalencia, donde no sólo importa el nexo causal, y estima la concurrencia del dolo y la culpa, ésta ha sido muy criticada ya que el derecho actual admite a la responsabilidad sin tomar en cuenta al dolo o la culpa.

Por otra parte la teoría de la equivalencia aporta elementos valiosos, ya que considera que si se elimina alguna de las condiciones, el resultado no llega a producirse, y el resultado se produce con la participación de todas las condiciones, esto significa que hay un nexo entre una conducta humana y el resultado, se requiere la presencia de las condiciones para que se produzca el resultado.

Esta teoría después de ser aceptada sufrió una caída cuando comparaba, o dicho de otra manera, trata al nexo causal con la culpabilidad, dicho así, el nexo califica si un individuo es responsable, esto es incorrecto, de esta manera cae en un absurdo, por tal motivo esta teoría fué muy criticada.

170 Antolisei, Francesco. "Manual de Derecho Penal". Parte General. Editorial UTHEA. Argentina, Buenos Aires, 1988. pág. 167.

La otra teoría, denominada de la causalidad adecuada también se originó en Alemania enunciada por Van Kries, esta teoría señala que: "En cuanto al derecho una relación de causalidad, es necesario que el hombre haya producido el resultado con una acción proporcionada, adecuada".⁽¹⁷¹⁾

Esta teoría, considera adecuada una acción que es la probabilidad, siendo así la condición principal para la existencia de una relación causal, entendida en el campo del derecho. A esta doctrina se le considera como el esfuerzo más cercano para establecer el nexo causal, pero que desafortunadamente no arrojó buenos resultados.

Porte Petit señala: "La relación de causalidad es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta:, resultado" ⁽¹⁷²⁾. De esta manera Porte Petit aclara el panorama de las teorías anteriores en relación al nexo causal añade lo siguiente: "para que un sujeto sea responsable, no basta el nexo naturalístico, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además, verificar existencia de una relación psicológica entre el sujeto y el resultado y la reprochabilidad". ⁽¹⁷³⁾

171 Antolisei, Francesco. "Manual de Derecho Penal". Ob cit. pág. 168.

172 Porte Petit, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Tomo I. 15ª Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1993. pag. 268.

173 Ibidem. pág. 269.

Estos conceptos mencionados por Porte Petit nos da una visión más clara al establecer que entre la conducta y el resultado hay esa relación, se debe considerar que la conducta del hombre, produce efectos jurídicos en el mundo exterior, entendiéndose así un resultado, esto es la consecuencia derivada de ese hecho humano.

Von Liszt considera que: "Existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquél, es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido". (174)

López Betancourt respecto al nexo causal sostiene que: "En la conducta debe establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es, debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta". (175)

El problema de la relación causal se presenta cuando se busca precisar que actividades humanas son consideradas como causa del resultado. Así es como se presentan diversas teorías tal es el caso de la llamada de la última

174 Von Liszt, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Tomo II. 3a Edición. Insitituto Editorial REUS-Madrid. pág. 304.

175 López Betancourt, Eduardo. "Teoría del Delito". Editorial Porrúa, S.A. México, 1994. pág. 87.

condición, considera como producto del resultado la última condición realizada; la teoría de la condición eficaz se refiere a aquélla condición que influyó en el resultado.

La teoría de la prevalencia, menciona al equilibrio de fuerzas y cuando se afecta ese equilibrio por la presencia de fuerzas que provocan una modificación ante quien pretende conservar. Otra es la llamada teoría de la causa eficiente o cualidad, se refiere a la causa como el medio de provocar o causar el resultado. La teoría de la adecuación, considera aquella conducta apropiada o cercana que produce el resultado y debe tomarse en cuenta.

Después de haber señalado las teorías anteriores, es importante señalar lo que dice López Betancourt al insistir que: “el comportamiento voluntario del sujeto y el resultado de ese comportamiento deben estar en relación de causalidad, para hacer posible la configuración de elemento del delito...si no se presentan dichos elementos del delito no existe”.⁽¹⁷⁶⁾

Lo importante para el Derecho Penal es que hay acción cuando esta es realizada por un hecho del hombre y ese hecho cause un resultado ya sea por su propio esfuerzo o bien cuando se apoye de fuerzas y que sea él mismo quien determine el movimiento y lo utilice para llevar a cabo el

¹⁷⁶ López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994. pág. 89.

hecho delictivo.

Para que se dé el nexo de causalidad, es necesario que se dé el engaño, como la conducta del hombre, el medio utilizado para lograr el fin, la obtención de la cosa, consiste en disponer del patrimonio, aquí es donde existe el nexo entre el engaño y la obtención de la cosa, el resultado es el apoderamiento o disposición del patrimonio.

4. ANIMO DE LUCRO

En el delito de fraude, en la descripción del artículo trescientos ochenta y seis se menciona la frase; "se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido", esto debemos entenderlo como elemento del delito, en el cual encontramos dos hipótesis, la primera se refiere al hacerse ilícitamente de una cosa, esto significa que la cosa se ha obtenido de manera indebida, se ha apoderado de una cosa del patrimonio del pasivo, la ha sacado y se dispone de ella.

Antonio Moreno mansiona al respecto: "La apropiación o ingreso ilícito de la cosa al patrimonio del delincuente se logrará por la aprehensión material de la cosa o por su entrega con el concurso del acto adecuado, en apariencia jurídico, pero delictuoso en realidad".⁽¹⁷⁷⁾ Este concepto nos

177 Moreno, Antonio de P. "Curso de Derecho Penal Mexicano". Ob. Cit.pág. 191.

menciona que la apropiación de la cosa o del patrimonio del defraudado lo entrega al defraudador con su voluntad viciada o bien por medio de un acto aparentemente legal.

Para González de la Vega: "Los lucros indebidos a que en segundo lugar se refiere la disyuntiva, son aquellos ilícitos beneficios, utilidades o ganancias económicas que se obtienen explotando el error de la víctima": ⁽¹⁷⁸⁾ Consiste en esencia en la usurpación fraudulenta de bienes incorpóreos (diferentes a las cosas), tales como la apropiación o adueñamiento de derechos patrimoniales ajenos.

Por lucro, en el Derecho Penal entendemos que es una ganancia que se obtiene del bien apropiado, es el provecho perseguido desde un principio.

Bajo Fernández nos dice: "El ladrón se lucra porque obtiene una ventaja patrimonial, es decir, porque incorpora a su patrimonio un valor económico jurídicamente protegido en el sentido de que nos puede privar de la cosa si no es por vías lícitas". ⁽¹⁷⁹⁾

Estos conceptos nos demuestran que el lucro es un provecho o ventaja que se obtiene del patrimonio ilícitamente, con este se persigue obtener una ganancia, para el Derecho Penal es importante que haya una lesión en el

178 González de la Vega Francisco "Derecho Penal Mexicano" Los Delitos. Editorial Porrúa, S.A., México 1993. pág. 251.

179 Bajo Fernández, Miguel. "Manual de Derecho Penal" Parte Especial. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989. pág 174.

patrimonio y esa disminución del patrimonio produzca un beneficio económico para el defraudador o bien para el sujeto activo.

Cardona Arizmendi nos amplía mejor el panorama respecto al lucro, diciéndonos que: “La ley exige la producción de un daño (en el pasivo) y el alcance de un lucro por parte del sujeto activo. En realidad el daño es la contra partida del lucro y viceversa, no se trata de efectos distintos, sino de uno solo, pero contemplado primero a la luz del sujeto pasivo y luego en relación con el activo”.⁽¹⁸⁰⁾

La definición antes mencionada nos indica que la ley exige como elemento primordial un daño que resienta el pasivo en su patrimonio, mientras que el sujeto activo con esos bienes obtenga ventajas económicas o dicho de otra manera el lucro, esto es que el daño requiere que se produzca el lucro y el lucro necesita el daño.

El daño a que se refiere la ley debe tener las siguientes cualidades, primero que sea una disminución del activo patrimonial en el pasivo; segundo un aumento patrimonial del defraudador o sujeto activo y tercero se considera la pérdida de un derecho.

Creus Carlos expone: “El proponerse un beneficio ilegítimo como resultado de la acción estafadora es un

180 Cardona Arizmendi, Enrique. “Apuntamientos de Derecho Penal”. Ob. Cit. pág. 281.

requisito subjetivo de ella, ya que se trata de una exigencia propia de la noción de defraudación". (181)

Con estos conceptos nos damos cuenta de la importancia que tiene el ánimo de lucro en el delito de fraude, al considerar la ley que desde el momento del engaño su conducta, su pensamiento, van encaminados a ese ánimo de lucro, de provecho injusto e ilícito.

P. Moreno destaca que: "Lucro es ganancia o provecho que se saca a una cosa. Indebido es ilícito, injusto y falto de equidad. Lucro indebido, por consiguiente, es la ganancia o provecho que se saca a una cosa en forma ilícita, injusta o inequitativamente, o en forma contraria a las buenas costumbres". (182)

181 Creus, Carlos. "Derecho Penal". Parte Especial. Tomo I. 3a Edición. Editorial ASTREA, 1990. pág. 495.

182 Moreno, Antonio de P.. "Curso de Derecho Penal Mexicano". Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. México, 1968 .pág. 191.

Jurisprudencia

Precedentes

Amparo directo 377/76. Andrés Caballero y Coagraviados. 8 de septiembre de 1978. Unanimidad de votos. ponente: Federico Taboada Andraca.

RUBRO: FRAUDE POR SIMULACIÓN LEGISLACIÓN DE MORELOS.

TEXTO: En relación con el delito de fraude por simulación existen dos hipótesis delictivas, la primera, de simulación contractual, que requiere: a) un contrato simulado, es decir, que los otorgantes, fijan o aparentan la creación o transferencia de derechos fingimiento que implica bilateralidad en la mentira, por lo que se inventan no solo las declaraciones unilaterales, sino el contrato mismo, y b) perjuicio o propósito de obtener beneficio indebido, ya que la tutela penal se establece en favor de los extraños a la simulación. La segunda hipótesis es la de simulación de actos o escritos judiciales. La simulatio litis es delito que cometen los particulares, pues los jueces fingidores cometen falsificación de documentos públicos o los diversos delitos en la disminución de justicia. La simulación judicial requiere en la mentira actitud bilateral de las partes con aparentes intereses opuestos, la que da por consecuencia que el juez

considere como validas sus acciones o excepciones fictas, también se requiere el perjuicio de tercero o el propósito de beneficio indebido.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 5A
Tomo: CXXIV
Página: 1060

Precedentes:

Tomo LXXV. Alba González Jesús. pág 8302. 31 de Marzo de 1943. Cinco Votos.

RUBRO: SIMULACIÓN DE CONTRATO, DELITO DE

TEXTO: Si el apoderado de una persona gira una letra de cambio y la acepta en su carácter de apoderado, afirma tener derecho a ello, en virtud de que su poderdante es deudor de la suma importe de la letra, es evidente que el contrato de cambio, origen de la letra fué simulada, puesto que no existió esa relación contractual entre el girado y el tenedor del documento, lo que vendria a constituir la justificación u objeto de la convención cambiaria y queda comprobado el elemento primordial del delito de simulación de contrato a que se refiere el artículo 1163 del Código Penal del Distrito Federal; sin que pueda alegarse que al

suscribirse el acusado, la letra de cambio, no la sacó perjuicio alguno a su poderdante, porque de todos modos hubiese tenido que hacer el reembolso de la suma que le adeudaba, puesto que, aun probado el acuerdo, no se le puede otorgar al propio acusado, el derecho de hacerlo efectivo por sí y ante sí, pues sólo los tribunales tienen facultad para hacer efectivas sus decisiones; de suerte que su propio arbitrio, desvinculada su acción del sancionamiento de las autoridades, el repetido acusado no puede legitimamente, ejecutar actos tendientes al cobro de su crédito, si se consideraba con derecho para persivir aquel, debe ocurrir ante los tribunales competentes y no valerse lo mismo de contratos simulados, para alcanzar el mismo fin, y si se hizo al girado objeto de una ejecución judicial indebida, discutiblemente que resintió el perjuicio que viene a perfeccionar el aspecto delictuoso que presenta la simulación del contrato, y el delito se perfeccionó por el hecho de haber aceptado, así aparecer indebidamente a su mandante, como personalmente obligado por el importe del documento.

instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 5A
Tomo: XLVI
página: 1872

Conclusiones

Primera: En la sociedad en que vivimos, se generan diariamente abusos contra el patrimonio, la astucia del sujeto activo del delito, ha llegado a poner en peligro los bienes, el patrimonio, los derechos, esto obedece a la variedad de mecanismos utilizados, y entre ellos destaca la simulación contractual, para cometer el delito de fraude.

Segunda: El delito de fraude por simulación contractual, es uno de los medios utilizados con mayor frecuencia, dado que el engaño es preparado y bastante certero para no provocar duda alguna en la víctima, y con ello obtener el propósito que se fijó desde un principio, hacerse ilícitamente de una cosa y lograr un lucro indebido.

Tercera: Debe quedar claro, que la simulación contractual es un engaño, conducta típica descrita en la ley penal, realizada por cualquier persona que actúa contrario a lo establecido por el derecho, con la intención de violar la norma, quiere decir sea antijurídica, hacer creer la realidad de un contrato, ya que atenta contra el patrimonio y como consecuencia es culpable. La conducta consiste, en lesionar la esfera jurídica de un tercero, ocasionando un deterioro patrimonial en el sujeto pasivo del delito y con aumento en el del sujeto activo.

Cuarta: En la práctica nos encontramos ante actos que se realizan de manera desmedida, aprovechando la situación económica que impera en el país, la falta de oportunidades de fuentes de trabajo, sumando a esto los resagos jurídicos, la falta de aplicación de las normas penales. Esto es provocado por los criterios que difieren respecto a la terminología del delito en cuestión, ocasionando la inobservancia y aplicación de la ley a los casos concretos. respecto al fraude por simulación contractual. Como los tiempos han cambiado, la ley debe adecuarse a las necesidades sociales, preveer aquellas conductas delictivas que quebranten el orden público, la seguridad, y en nuestro caso particular, aquellos actos que atenten contra el patrimonio, dado que la astucia del hombre ha rebasado los límites, para engañar, aprovecharse del error y hacerse ilícitamente de las cosas, con la finalidad de obtener una ganancia ilícita, y hacen de ello su actividad cotidiana, simulando contratos entre los defraudadores para afectar a terceros.

Quinta: En nuestra legislación, la simulación contractual es analizada desde dos puntos de vista, uno por el Derecho Civil y otro por el Derecho Penal, en el primero tiene la finalidad de proteger la voluntad de los vicios del consentimiento, mientras que el segundo protege el patrimonio contra aquel que atente afectarlo, lo ponga en

riesgo y cause un detrimento y la diferencia es tan clara que no debe confundirse, como suele suceder en la práctica, al considerar que hay un incumplimiento de contrato y no un fraude por la simulación, ya que en esta concurren los elementos del tipo, el engaño, el aprovechamiento del error, la obtención de la cosa y lo que distingue a la simulación civil de la penal, es el ánimo de lucro.

Sexta: Consideramos que el artículo trescientos ochenta y siete, fracción décima del Código Penal vigente para nuestra Ciudad, debe ser reformado, ya que dicho ordenamiento no cumple con las exigencias y circunstancias actuales, añadiendo a esto, que el mismo precepto incluye términos, como contrato, acto y escrito judicial. Respecto al término contrato por su delicada integración jurídico penal, debe quedar descrito en una fracción independiente, y no como una simple mención, apuntamos que debe ser más específico, para proteger de una mejor manera el patrimonio que sea afectado por contratos simulados.

Séptima: Por eso proponemos que la fracción décima del artículo en mención debe decir de la siguiente manera:

X.- Al que simulare un contrato, cualquiera que sea su naturaleza, utilizando cualquier maquinación, en perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido y por medio de estos, obtenga de manera ilícita una cosa ajena,

afecte el patrimonio, cause un detrimento del mismo y como consecuencia obtenga un lucro indebido.

Con esto pretendemos no dejar fuera del alcance de la ley los contratos que surjan de las maniobras de quienes pretendan y acuerden lesionar el patrimonio y los derechos de terceros, consideramos que la reforma contiene alcances generales para cualquier actitud que pretenda escudarse con la simulación, sin olvidar que los contratos que se finjan, deben tener como finalidad el lucro.

Octava: Es necesario establecer que la simulación contractual en materia penal, requiere la participación de dos o más sujetos, que intervengan para provocar el engaño, y su actitud puede llegar a cometer otras infracciones penales.

Novena: El delito de fraude es una conducta ilícita, sancionada en el título vigésimo-segundo del Código Penal, que lesiona el patrimonio.

Décima: Una de las formas del fraude, se comete simulando contratos, donde concurre la voluntad de dos o más personas para celebrar un contrato falso, dándole una apariencia real, pero la esencia del mismo, consiste en atentar contra el patrimonio de un tercero, hacerse ilícitamente de una cosa y obtener un lucro indebido.

El bien jurídico tutelado por la norma penal, no es la voluntad, ni las declaraciones, sino el contrato mismo y el patrimonio.

Décima Primera: De nuestro análisis jurídico del delito de fraude por simulación contractual atendiendo a la teoría causalista, debemos concluir que debe haber una conducta engañosa, típica descrita en la ley Penal, antijurídica contraria a derecho y culpable, de esta manera, se reúnen los elementos del tipo penal. Como hemos venido estudiando, nuestro delito reúne todos los elementos del tipo, la conducta, la maquinación presentada por el contrato; el resultado, la obtención de un lucro y la afectación del patrimonio de un tercero.

En consecuencia, se trata de un delito específico, al cual hay que dedicarle la debida atención por la forma y los medios utilizados para su realización. Teniendo en cuenta que el delito existe, hay la obtención de un lucro y como tal debe la descripción proteger el patrimonio.

Décimo Segunda: De nuestra investigación concluimos que el fraude por simulación contractual tiene una importancia en nuestros días.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Amuchategui Requena, Irma Griselda. "DERECHO PENAL". Editorial Horla, S.A. de C.V. México 1993.
- 2.- Antolisei, Francisco. "MANUAL DE DERECHO PENAL". Parte General. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia, 1965.
- 3.- Bajo Fernández, Miguel. "MANUAL DE DERECHO PENAL". Parte Especial. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1989.
- 4.- Bettiol, Giuseppe. "DERECHO PENAL". Editorial Temis. Bogotá, 1965.
- 5.- Borja Soriano, Manuel. "TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES". 3ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.
- 6.- Cabral C. Luis. "COMPENDIO DE DERECHO PENAL". Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991.
- 7.- Cárdenas, Raúl F. "DERECHO PENAL MEXICANO DEL ROBO" 2ª Edición. Editorial Porrúa, S.A.: México, 1982.

- 8.- Cardona Arizmendi, Enrique. "APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL". 2ª Edición. Cárdenas Editores y distribuidor, México 1976.
- 9.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. "CÓDIGO PENAL ANOTADO" México 1993.
- 10.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO" Parte General, Editorial Porrúa, S.A., México 1991.
- 11.- Carrara, Francesco. "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL", Parte especial. Volumen IV. 4ª Edición. Editorial Temis, S.A. Bogotá-Colombia 1987.
- 12.- Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". 37ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1997.
- 13.- Coronel Jones, César. "LA SIMULACIÓN DE LOS ACATOS JURIDICOS" Editorial Nomos, Ltda. Bogotá-Colombia, 1989.
- 14.- Creus, Carlos. "DERECHO PENAL". Parte especial. Tomo I. 3ª Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.
- 15.- Cuello Calón, Eugenio. "DERECHO PENAL". Tomo I, Parte especial, Volumen I, 16ª Edición. Bosch casa editorial, Barcelona. 1971.

16.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. "DERECHO CIVIL" Parte General. 3ª Edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1992

17.- Fontán Balastra, Carlos. "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo VI. Volumen I Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1980

18.- . García Domínguez, Miguel Ángel. "LOS DELITOS ESPECIALES FEDERALES". la reimpresión. Editorial Trillas, 1988.

19.- González de la Vega, Francisco. "DERECHO PENAL MEXICANO"-26ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.

20.- Jiménez de Asúa, Luis "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL" la Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. 5ª Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990.

21.- Jiménez Huerta, Mariano "DERECHO PENAL MEXICANO" 3ª Edición, Tomo IV. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.

22.- Jiménez Huerta, Mariano. "LA ANTIJURICIDAD" 1ª Edición. Imprenta Universitaria. México 1962.

23.- López Betancourt, Eduardo. "TEORÍA DEL DELITO". Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.

24.- Maggiore, Giuseppe. "DERECHO PENAL". Parte especial. Volumen V. Editorial Temis, S.A. Bogotá-Colombia, 1989.

25.- Maggiore, Giuseppe. "DERECHO PENAL". Volumen I. Editorial Temis, S. A. Bogotá-Colombia, 1971.

26.- Martínez López, José Antonio. "ESTATUTOS PENALES COLOMBIANOS". 1ª Edición, Tomo II, Ediciones librería del profesional, Bogotá-Colombia, 1986.

27.- Mezger, Edmundo. "TRADADO DE DERECHO PENAL" Parte general. Tomo I. Cárdenas editores y distribuidores. Madrid, 1980.

28.- Moreno, Antonio De P. "CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO", de los delitos en particular. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. México, 1968.

29.- Muñoz Conde, Francisco. "DERECHO PENAL". Parte especial. 3ª Edición. Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979.

30.- Muñoz, Luis. "TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO", 1ª Edición. Cárdenas Editores y distribuidor. México, 1973.

31.- Pavón Vasconcelos, Francisco. "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". 10ª Edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1991.

32.- Pavón Vasconcelos, Francisco. "COMENTARIOS DE DERECHO PENAL". 6ª Edición, Editorial Porrúa, S.A.. México, 1989.

33.- Porte Petit, Celestino. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL ". Tomo I. 15ª Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1993.

34.- Queralt Jiménez, Juan J. "DERECHO PENAL ESPAÑOL". Parte especial, Volumen I, Librería Bosch, Barcelona, 1986.

35.- Quirós Bernaldo, Constancio. "DERECHO PENAL". Parte General. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Puebla, 1949.

36.- Ranieri, Silvio. "MANUAL DE DERECHO PENAL". Tomos I y VI, Editorial Temis, S.A. Bogotá-Colombia, 1975.

37.- Rivera Silva, Manuel. "DERECHO PENAL FISCAL". 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A.. México, 1984.

38.- Rivera Soto, Luis Alfonso. "COMPENDIO DE DERECHO PENAL" Parte General. Ediciones del Gobierno del Estado de Chihuahua 1982

39.- Rojina Villegas, Rafael. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL". Tomo III. 13ª Edición, Editorial Porrúa, S.A.. México, 1987.

40.- Sánchez Medal, Ramón. "DE LOS CONTRATOS CIVILES". 11ª Edición. editorial Porrúa, S.A.. México, 1991.

41.- Sodi, Demetrio. "NUESRTA LEY PENAL". Tomo II. México, 1917.

42.- Soler, Sebastián. "DERECHO PENAL ARGENTINO". Volumen IV, Editoria Tipográfica. Argentia-Buenos Aires, 1973.

43.- Tocora, Fernando. "DERECHO PENAL ESPECIAL". 3ª Edición, Ediciones librería del profesional. Bogotá-Colombia, 1991.

44.- Von Liszt, Franz. "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomos II y III, 3ª Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid

45.- Zamora Pierce, Jesús. "EL FRAUDE". Editorial Porrúa, S.A.. México, 1993.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

1.- Cabanellas, Guillermo. "DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL". Tomo IV F-I, 20ª Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1981.

2.- Cabanellas, Guillermo. "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL". Tomo IV S-Z, 4ª Edición, Bibliográfica Omeba Editores. Buenos Aires, 1962.

3.- De Pina Rafael y De Pina Vara, Rafael. "DICCIONARIO DE DERECHO" 15ª Edición, Editorial Porrúa, S.A.. México, 1988.

4.- "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA". Tomo XII. FAMI-GARA, Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, 1986.

5.- "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA". Tomo XXV. RETE-TASA, Editorial Driskill, S.A.. Buenos Aires, 1986.

6.- Escriche, Joaquín. "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA". Tomo II. C-H, Editorial Temis, S.A. Bogotá Colombia, 1987.

7.- Escriche, Joaquín. "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA". Tomo III. JUI-VOZ. Librería Manuel Porrúa, S.A. 1979.

8.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. "DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO". Tomo VIII. REP-Z, U.N.A.M.. México, 1981.

9.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. "DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO" Tomo VIII. REP-Z, U.N.A.M., México, 1984

10.- Palomar de Miguel, Juan. "DICCIONARIO PARA JURISTAS". Ediciones Mayo. S de R.L.. México, 1981.

HEMEROGRAFIA

Bunster Alvaro. Revista mexicana de justicia "EN EL DELITO DE FRAUDE SOLO LAS PERSONAS FÍSICAS PUEDEN SER SUJETOS PASIVOS DE ENGAÑO, NO LAS PERSONAS MORALES". No.3. Vol VII, julio -septiembre, México 1989.

Mera Figueroa, Jorge. Revista de ciencias penales. "FRAUDES" No.3. 3ª época. Tomo XXVII. Septiembre-Diciembre, 1969. Santiago de Chile.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,
Editorial Porrúa, S.A. México, 1997.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y
para Toda la República en Materia Federal. Editorial Mc.
Graw. Interamericana de México, S.A: de C.V.. México, 1995.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero
Común y para toda la República en Materia de Fuero
Federal. Greca Editores, México, 1997.