

20/11/88



Universidad Nacional Autónoma de México

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

**El Delito de Fraude y el Artículo 146
Fracción II de la Ley General de
Institución de Seguros**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

Roberto Rosales Salazar

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, 1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION.....	I
CAPITULO PRIMERO	
CONCURSO DE DISPOSICIONES PENALES	
A).- EL CONCURSO FORMAL O IDEAL.....	4
1.- Concepto.....	4
2.- Caracterfsticas.....	8
3.- Formas del Concurso Ideal.....	10
4.- Regulación Legal y Jurisprudencial.....	12
B).- EL CONCURSO REAL O MATERIAL.....	16
1.- Concepto.....	16
2.- Caracterfsticas.....	19
3.- Formas del Concurso Real.....	20
4.- Regulación Legal y Jurisprudencial.....	21
C).- EL CONCURSO APARENTE DE DISPOSICIONES PENALES	26
1.- Concepto.....	28
2.- Caracterfsticas.....	36
3.- Presupuesto del Concurso Aparente de Nor- mas.....	39

	Pág.
D).- PRINCIPIOS DETERMINANTES EN LA RESOLUCION- DEL CONFLICTO APARENTE DE DISPOSICIONES -- PENALES.....	41
1.- El principio de la especialidad.....	42
2.- El principio de consunción o absorción	55
3.- El principio de subsidiaridad.....	76
4.- El principio de alternatividad.....	82
E).- OPINION PERSONAL AL RESPECTO.....	87

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO DE FRAUDE

A).- DIVERSIDAD DE CONCEPTOS.....	95
B).- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.....	104
C).- LOS ELEMENTOS INTEGRADORES DEL TIPO.....	110
1.- El engaño o el aprovechamiento del ---- error.....	113
2.- Que el delincuente se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido	135
3.- La relación de causalidad.....	142
D).- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.....	145
E).- OPINION PERSONAL AL RESPECTO.....	154

CAPITULO TERCERO
DEL ARTICULO 146 FRACCION II DE LA
LEY GENERAL DE SEGUROS

A).- LOS DELITOS ESPECIALES EN LO GENERAL.....	160
B).- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.....	166
C).- LOS ELEMENTOS INTEGRADORES DEL TIPO.....	174
D).- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.....	187
E).- OPINION PERSONAL AL RESPECTO.....	190

CAPITULO CUARTO
ASPECTO COMPARATIVO DE LOS TIPOS
PENALES EN ESTUDIO

A).- PRINCIPIOS LEGALES Y DOCTRINALES.....	197
B).- DISTINCIONES ESTRUCTURALES.....	199
C).- CRITERIO DEL PODER JUDICIAL AL RESPECTO.....	204
D).- DIVERSIDAD DE CRITERIOS LEGALES.....	210
E).- OPINION PERSONAL AL RESPECTO.....	218
CONCLUSIONES.....	221
BIBLIOGRAFIA.....	227

INTRODUCCION

En la aplicación de la Ley Penal, surgen conflictos motivados por la aparente disputa de diversos preceptos penales incompatibles entre sí, por disciplinar o regir un hecho punible determinado. En estos casos, el jurista debe elegir entre las normas concurrentes, la aplicable al caso concreto, con exclusión de las demás, toda vez que no es procedente la aplicación coetánea de todas ellas, dada su naturaleza incompatible.

Cuando se presenta el fenómeno jurídico del concurso aparente de normas, se hace ostensible la importancia y trascendencia de los principios, aunque de manera controvertida, ha creado la doctrina y en algunos casos, son contemplados por la ley o la jurisprudencia, tales principios son el de la especialidad, consunción o absorción, subsidiaridad y alternatividad.

Con motivo de la creación del delito especial, - previsto por el artículo 146 fracción II de la Ley General de Instituciones de Seguros, por virtud de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de --- 1985, se plantea un concurso aparente de normas penales, entre el dispositivo señalado y el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, que prevé y sanciona al delito de fraude, - en atención a que ambos preceptos tutelan y reprimen toda lesión que se infiera al activo patrimonial de la víctima, aunque desde luego el delito especial establece limitantes específicas

en cuanto a la calidad de los sujetos pasivo y activo del delito, ya que sólo puede recaer en las Instituciones o Sociedades Mutualistas de Seguros y en los empleados o funcionarios de -- las mismas, respectivamente.

Con el propósito de resolver esta controversia aparente, procedimos en este trabajo a realizar un estudio y -- análisis detallado tanto del concurso efectivo como del aparente de normas, destacando sus principales características.

En lo referente al fenómeno jurídico del concurso impropio de normas, estudiamos en particular los principios resolutores de este fenómeno y que ya hemos mencionado; asimismo analizamos las diversas opiniones que a favor o en contra -- ha vertido la doctrina sobre el particular, lo anterior nos -- permitió distinguir los puntos fundamentales de cada uno de -- los principios tratados.

También se analizó minuciosamente el delito de fraude, sus elementos integradores y los requisitos de procedibilidad exigidos por la ley para que proceda la acción penal -- en dicho ilícito. Lo propio se realizó respecto del delito -- previsto en el artículo 146 fracción II de la Ley General de -- Instituciones de Seguros. Lo anterior nos permitió realizar -- un estudio comparativo de los tipos en aparente colisión, de -- tal manera que identificamos los rasgos comunes de ambos, así -- como sus distinciones conceptuales y estructurales.

La elaboración de este trabajo, nos dió la posibilidad de aplicar conocimientos teóricos a un problema práctico de actualidad, que surge con las reformas a la Ley General de Instituciones de Seguros mencionada. Este conflicto obliga indudablemente al jurista a elegir de las normas señaladas la aplicable al caso concreto, inclusive previamente a la presen-

tación de la denuncia o en su caso de la querrela respectiva, -
dependiendo del delito, cuya aplicación haya sido determinada.

En esas condiciones, resulta fundamental la adecuada elección de la norma aplicable, ya que en caso de incurrir en equivocación, permitirá al infractor acogerse al principio-consagrado en el artículo 23 Constitucional, que postula que na
die podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho punitivo.

CAPITULO PRIMERO

CONCURSO DE DISPOSICIONES PENALES

Existe concurso de disposiciones penales o leyes -- como comunmente se le conoce, cuando un hecho delictuoso se encuentra comprendido por varias disposiciones legales, las -- cuales concurren de manera conjunta y simultánea a regir o dis -- ciplinar el hecho delictuoso.

Es indispensable, para que pueda operar el concu -- so real y efectivo de normas penales, que tales normas al con -- currir no se desplacen ni excluyan recíprocamente, por el con -- trario, es menester que ellas puedan coexistir simultáneamente en el mismo lugar y tiempo.

Si por el contrario, la aplicación de una norma -- implica necesariamente la exclusión legal de las demás, no es -- taremos ante la presencia de una concurrencia efectiva de nor -- mas, sino de un concurso aparente o ficticio de normas pena -- les, dada la incompatibilidad de las mismas entre sí.

En el concurso aparente o impropio de normas pena -- les, como también se le conoce, la aplicación de una de ellas -- desplaza e impide la aplicación de las demás normas.

Las expresiones "concurso de leyes o concurrencia de normas penales", han sido utilizadas de manera impropia por la doctrina tradicional, al denominar de esta manera el con -- flicto que deriva de la concurrencia de normas incompatibles --

que indudablemente genera un aparente concurso de leyes, el -- cual no es real, puesto que mediante la aplicación de princi-- pios o reglas legales, doctrinales y jurisprudenciales, se de-- termina la norma jurídica aplicable al caso concreto, con ex-- clusión de las demás que aparentemente entran en disputa.

En este sentido opinan los autores modernos, al -- estimar que si la naturaleza de las normas en colisión o en -- concurrencia no da origen a la aplicación simultánea de todas-- ellas, no puede hablarse con propiedad de la existencia de un-- auténtico concurso. (1)

En concordancia con este criterio doctrinal, el-- maestro Francisco Pavón Vasconcelos, señala: "...Si efectiva-- mente se trata de una apariencia de concurso que excluye la -- existencia del concurso mismo, las denominaciones aludidas no-- constituyen una terminología adecuada". (2)

Por otra parte, habrá ausencia de un concurso --- efectivo de normas penales, cuando el hecho delictuoso lesione exclusivamente un bien jurídico tutelado por una norma jurídi-- ca, no obstante que esta lesión unitaria sea producto de una - multiplicidad de acciones, como es el caso del delito continua-- do que se caracteriza por la existencia de una pluralidad de - conductas, por la unidad del propósito y por la identidad de - la lesión jurídica. La anterior consideración encuentra funda-- mento en lo dispuesto por el artículo 19 del Código Penal para el Distrito Federal, al disponer que: "No hay concurso cuando-- las conductas constituyen un delito continuado".

Es importante destacar la consideración que reali

(1) Pavón Vasconcelos Francisco. Concurso Aparente de Normas. - Puebla, Pue. México, Editorial Cajica, S.A. 1975, p. 32

(2) Ibidem.

za el maestro Pavón Vasconcelos, mediante la cual con gran precisión identifica el problema derivado del concurso de normas penales y con meritoria llaneza clasifica los supuestos que genera tal conflicto y determina las consecuencias jurídicas que ocasiona, al afirmar que la concurrencia de normas jurídicas -- comprende dos hipótesis distintas:

- a).- La concurrencia de normas compatibles en las cuales se presenta el concurso de delitos que originan la acumulación; y
- b).- La concurrencia de normas incompatibles, en la que el Juez mediante la aplicación del --- principio de elección, resuelve el conflicto en favor de una de ellas, con exclusión de to das las demás". (3)

Es presupuesto de existencia, tanto para la concurrencia de normas compatibles, como para la concurrencia de nor mas incompatibles, que reunan los siguientes requisitos:

- a).- Las normas en concurso real o aparente, deben ser obligatorias en idéntico ámbito temporal de aplicación, es decir, deben tener vigencia y obligatoriedad en el mismo tiempo o momento en que se apliquen.
- b).- Además, tales normas concurrentes en forma -- efectiva o ficticia; deben ser obligatorias - en un idéntico ámbito espacial de aplicación, esto es, deben tener vigencia y obligatorie - dad en el mismo territorio en que se apliquen.

(3) Idem, p. 25

Si no se reunen cualesquiera de los presupuestos mencionados, es imposible concebir la operancia de estos fenómenos jurídicos.

A continuación nos referiremos en detalle a las hipótesis que plantea el maestro Pavón Vasconcelos. Trataremos el denominado concurso formal o ideal y el concurso real o material de delitos que constituyen un verdadero concurso de leyes, basado en la compatibilidad de las normas concurrentes. También abordaremos el tema referente al concurso aparente de disposiciones penales y a los principios que permiten elegir la norma aplicable preferentemente a las demás.

A).- EL CONCURSO IDEAL.

Esta figura jurídica constituye el auténtico caso de concurso de leyes o normas penales, que concurren simultáneamente a regir un hecho delictuoso, coexistiendo válidamente todas ellas.

1.- Concepto.- Habrá concurso ideal o formal de delitos, cuando el sujeto activo del delito, con la realización de una acción u omisión ocasione la violación de dos o más disposiciones penales, que al abarcar dos o más tipos, producen diversas lesiones jurídicas.

En este caso, la conducta o abstención observada encuadra dentro de diversos supuestos normativos, contenidos en diferentes preceptos legales, los cuales pueden coexistir válidamente al ser aplicados.

Sobre la definición del concurso ideal de delitos, destacados autores han opinado lo siguiente:

Edmundo Mezger señala que: "Existe el denominado concurso ideal cuando una acción cae bajo distintas -- leyes (preceptos) penales que no se excluyen entre sí" y señala que por regla general coinciden "idealmente distintos tipos jurídico-penales en una y la misma situación de hecho, y hacen -- así posible una valoración plural de la acción unitaria". (4)

Este distinguido autor incorpora al concepto del concurso ideal, la característica esencial del mismo, que consiste en la compatibilidad legal de todas las normas en concurso.

En efecto, para que pueda existir el concurso ideal de delito, es menester que los preceptos jurídicos que intervienen para normar el hecho delictuoso, no se repelen ni se desplacen recíprocamente, es indispensable que todas las normas concurrentes coexistan legalmente. Esta es la principal diferencia de dicha figura jurídica, con el concurso aparente -- de normas penales.

Este autor destaca también como características indispensables del concurso ideal de delitos, la existencia de una acción unitaria, la cual es objeto de una valoración jurídica plural.

Por su parte, el autor alemán Hans Welzel afirma que: "Varios tipos de delito pueden ser aplicables a una misma acción ... El concurso ideal está, pues, caracterizado --

(4) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, (trad. de la 2a. Edición alemana, 1933) Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, Tomo III, p. 322.

porque en la valoración penal de un hecho, concurren varios -- tipos que en su totalidad agotan el contenido de injusto del -- hecho... Existe concurso ideal si al menos una acción real que llena el tipo objetivo de varios delitos, es idéntica. Lo decisivo es la identidad, total o parcial del tipo objetivo, pudiéndose cubrir o superponer total o parcialmente. En cambio, no basta que haya sido tomada simultáneamente la decisión para varios delitos o que se cometan los diversos hechos al mismo -- tiempo y en el mismo lugar." (5)

En la definición anterior, Hans Welzel -- destaca la necesidad de que exista unidad en la acción, misma -- que deberá ser objeto de una valoración plural por la concu -- rrencia de varios tipos. Esta es la principal diferencia es -- tructural existente entre el concurso ideal y el concurso real de delitos, ya que la segunda figura jurídica, requiere para -- su existencia y operancia, la concurrencia de dos o más conduc -- tas o acciones u omisiones independientes entre sí, careciendo de trascendencia como apunta este autor, que su comisión se -- realice de manera conjunta en el mismo tiempo y lugar.

Sobre el particular, José María Rodrí -- guez Devesa, expresa que: "El concurso ideal consiste en la co -- misión de varios delitos mediante un solo acto: hay una sola -- acción y varios delitos". (6)

Para el autor español Federico Puig Pe -- ña, el concurso de delitos "es ideal cuando un solo pensamiento criminoso y una sola acción se ocasionan diversas violaciones -- jurídicas". (7)

-
- (5) Welzel, Hans. Derecho Penal. (trad. Carlos Fontan Balestra -- y Eduardo Friker), Editorial De Palma, Buenos Aires, 1956, -- p. 225.
- (6) Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español. 6a. ed. Madrid, Gráficas Corasa, 1977, p. 720.
- (7) Puig Peña, Federico. Derecho Penal (Parte General). 6a. ed. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, Tomo II, p. 357.

Sebastián Soler considera que: "habrá casos en los cuales no exista más que una actuación externa, un movimiento corporal y hasta acaso un solo resultado físico, y no obstante ello, habrá pluralidad de hechos y, en consecuencia, pluralidad de delitos", estos casos, agrega el autor "son los que generan propiamente los problemas de la Teoría del Concurso Ideal." (8)

En opinión del conspicuo doctrinario, Fernando Castellanos Tena, el concurso ideal o formal está constituido por la "unidad de acción y pluralidad de resultados" y existe "si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose consecuentemente, varios intereses tutelados por el derecho." (9)

Maurach, afirma que el concurso ideal se presenta como "unidad de acciones con necesaria pluralidad de tipos." (10)

Ahora bien, el destacado jurista, Francisco Pavón Vasconcelos, señala que: "El concurso ideal se caracteriza por la violación de varias normas penales que constituyen una pluralidad de delitos." (11)

Para Ignacio Villalobos, "habrá concurso ideal, cuando solo por su aspecto ideal, de antijuricidad o de valoración, se puede decir que hay una doble o múltiple infrac-

(8) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 3a. Reimpresión, Buenos Aires, tipográfica Editorial Argentina, 1973, Tomo II, p. 295

(9) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, (Parte general) 6a. ed. México, Editorial Porrúa S.A., 1971, pp. 271 y 272.

(10) Maurach, citado por Pavón, op. cit. p. 86

(11) Ibidem.

ción. No debe haber sino una sola actuación del agente, con la cual resulten cumplidos varios tipos penales, realizadas varias lesiones jurídicas o afectados varios intereses protegidos." -- (12)

Jesús Angeles Contreras, por su parte opina que: "cuando con un solo hecho ejecutado en un solo acto o con una omisión se violen varias disposiciones penales, se presenta el llamado Concurso Formal de Delitos." (13)

Como se observa, existe un criterio uniforme en la doctrina, sobre la noción del concurso ideal, basada fundamentalmente en la unidad en la acción y en su valoración plural. - A continuación analizaremos las características de esta figura jurídica.

2.- Características.- Con base en las opiniones reproducidas de distinguidos juristas, podemos concluir que son requisitos indispensables para la existencia del concurso ideal o formal de delitos, los siguientes:

a).- La identidad del sujeto activo del delito.- La comisión de los diversos ilícitos penales en concurso ideal, deben ser atribuibles al mismo sujeto activo.

b).- La unidad de acción u omisión delictiva.- Es menester que los distintos delitos cometidos, tengan su origen en una acción u omisión.

c).- La ausencia de conexidad jurídica necesaria entre los delitos en concurso.- Excepto en los casos en la que la ley haga imperativa la punición de las acciones conexas de -

(12) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. (Parte General) 2a. ed, México, Editorial Porrúa, S.A., 1960, p. 485.

(13) Angeles Contreras, Jesús. Compendio de Derecho Penal, México, Textos Universitarios, S.A., 1969, p. 245

manera autónoma.

La conexidad jurídica necesaria de delitos, - se presenta cuando uno de ellos al producirse el hecho delictuoso, carece de autonomía por ser el medio comisivo del otro, de tal manera que el delito que como fin se propone el infractor, - absorbe al delito que constituye el medio comisivo de aquel; -- tal fenómeno plantea un aparente concurso de leyes, que queda - resuelto mediante aplicación del principio de absorción, que -- trataremos más adelante.

La excepción a esta regla, se presenta cuando la ley otorga al "delito medio" el carácter autónomo respecto - del "delito fin", en este caso por disposición expresa de la -- ley, coexisten válidamente ambos delitos, integrando por consecuencia el concurso ideal o formal de delitos.

Tal es el caso del delito de disparo de arma de fuego y el delito de daño en propiedad ajena o cualquier --- otro delito que concurra, de conformidad con lo dispuesto por - el artículo 306 del Código Penal para el Distrito Federal.

d).- Pluralidad de delitos.- Es indispensable que la acción u omisión unitaria produzca la comisión de varios delitos autónomos.

e).- Pluralidad de lesiones jurídicas.- Es menester que mediante la realización de una sola actuación delictiva, se vulneren dos o más bienes jurídicos tutelados por dos o más disposiciones penales.

f).- Unidad o Pluralidad de resultados Materiales. Con la realización de un solo acto delictivo, se puede producir

uno o varios resultados materiales; constituyen ejemplos de lo anterior, los siguientes casos:

- Cuando se produce un solo resultado material: ---
"El coito violento con hermana o descendiente, de un mismo acto y un mismo resultado la posesión -- violenta -se causan dos violaciones jurídicas-incesto y violación." (14)
- Cuando se producen varios resultados materiales, - mediante la realización de un solo acto criminoso:
"El disparo de arma de fuego dirigido en contra - de una persona que le ocasiona la muerte y además causa a su vez graves daños en bienes propiedad - de un tercero".

g).- Compatibilidad de las normas Concurrentes.- Es requisito indispensable que las normas en concurso ideal, no se repelan ni excluyan recíprocamente, es necesario que tales normas puedan coexistir entre sí, al ser aplicadas.

Las normas en concurso ideal deben concurrir conjuntamente a disciplinar el hecho delictivo, esta es la principal diferencia que existe con el concurso aparente de normas penales, ya que en este último caso, es imposible la coexistencia de las normas en aparente concurrencia.

3.- Formas del concurso ideal.- La doctrina admite en términos generales al concurso ideal homogéneo y al concurso ideal heterogéneo como formas en que puede presentarse esta figura jurídica.

(14) Puig Peña, op. cit. p. 356

La distinción de estas formas del concurso -- ideal, consiste básicamente en la unidad o diversidad de las -- lesiones jurídicas que se producen. Por ejemplo, en el concurso ideal homogéneo se infringe con una acción, repetidamente -- el mismo tipo penal. En el concurso ideal heterogéneo con una acción se infringen diversos tipos penales.

Constituyen ejemplos del concurso ideal homogéneo y heterogéneo respectivamente, los casos que cita el maestro Pavón Vasconcelos y que a continuación nos permitimos reproducir:

"Un sujeto dispara en una sola ocasión su arma de fuego y con el mismo disparo mata a dos personas, en cuyo caso existe una acción y una doble violación de un único tipo penal; un sujeto dispara su arma de fuego y con el mismo disparo mata a un hombre, lesiona a otro y causa daños en la propiedad ajena, situación en la que existe una sola acción con violación de varios tipos penales, lo que origina una valoración múltiple de la acción." (15)

Sobre el particular, Puig Peña al referirse a las formas generalmente admitidas por la doctrina sobre el -- concurso ideal, cita las siguientes:

"1a. Un sólo acto, un solo resultado y varias-violaciones jurídicas.
Es ejemplo de este primer supuesto, el coito -violento con hermana o descendiente, pues de -un mismo acto y un mismo resultado -la posesión violenta- se causan dos violaciones jurídicas-incesto y violación-.

(15) Pavón, op. cit. p. 87

2a. Un mismo acto y varios resultados heterogéneos, que son objeto de distinta valoración jurídica.

Es ejemplo el disparo dirigido contra una persona que causa a su vez grave daño en las cosas.

3a. Un mismo acto y varios resultados homogéneos. Es ejemplo un solo disparo de arma de fuego que ocasiona la muerte a varias personas..." (16)

4.- Regulación legal y jurisprudencial.- El artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal establece lo siguiente:

"ART. 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos ..."

Por su parte, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el concurso ideal o formal de delitos, ha pronunciado la siguientes jurisprudencia:

"ACUMULACION REAL Y ACUMULACION IDEAL. CONCEPTO DE.- En la acumulación real o concurso material de delitos éstos son producto de varias acciones u omisiones, mientras que la característica esencial de la acumulación ideal o concurso formal es que con una sola acción u omisión se originan diversas violaciones a las normas penales. (17)

(16) Puig Peña, *op. cit.* pp. 356 y 357

(17) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación que compila Jurisprudencia de 1917 a 1985, Segunda Parte, Primera Sala-México, Mayo Ediciones, S. de R.L., 1985, Tesis 11 p. 23

De los textos legal y jurisprudencial transcritos, se desprende que el concurso ideal de delitos, se fundamenta en la unidad de la conducta criminal producida y la pluralidad de delitos originados por la misma. Lo anterior concuerda con los criterios doctrinales citados en este trabajo.

Al ocuparnos de las características del concurso ideal de delitos, señalamos que no puede existir un verdadero concurso en el caso de delitos conexos, en donde uno de ellos carece de autonomía frente al otro que lo absorbe, por constituir únicamente el medio inflexible de consumación del delito principal, el cual se manifiesta como el fin de la voluntad criminal del autor.

También nos referimos a la excepción de esta regla, que se presenta cuando el legislador le otorga a estos -- "delitos medio" el carácter autónomo y hace obligatoria su sanción de manera independiente al "delito fin".

En nuestra legislación, al delito de disparo de arma de fuego se le otorga autonomía frente al delito que resulte de manera conjunta al hecho punible, así lo expresa el último párrafo del artículo 306 del Código Penal para el Distrito Federal que establece: "Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo, se aplican independientemente de las que --- correspondan por la comisión de cualquier otro delito".

Sobre este tema, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencia definida, la cual nos permitimos reproducirla a continuación:

"DISPARO DE ARMA DE FUEGO, AUTONOMIA DEL DELITO DE.- Si bien es cierto que la jurisprudencia número 110, página 232, de la Segunda Parte de la compilación de 1917-1965, determina que el disparo de arma de fuego se subsume en el homicidio cuando el proyectil produce tal resultado mortal, también lo es que de acuerdo a la reforma practicada el año de mil novecientos sesenta y ocho al artículo 306 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, y sobre todo de los términos de la iniciativa del Ejecutivo para tal reforma, se concluye que dicha asimilación ya no tiene efecto desde el punto de vista legal, pues se sanciona el disparo de arma de fuego independientemente del resultado y de la sanción que corresponde por la comisión de cualquier otro delito; y si los hechos tuvieron lugar cuando ya tenía vigencia la reforma del mencionado artículo 306, esa jurisprudencia es inaplicable. (18).

Consideramos importante el criterio sustentado en la tesis relacionada a la jurisprudencia en mérito, que literalmente indica:

"DISPARO DE ARMA DE FUEGO, AUTONOMIA DEL DELITO DE.- Si bien es cierto que este alto Tribunal en tesis jurisprudencial estimó que el delito de disparo de arma de fuego debía subestimarse en el diverso delito de homicidio o lesiones, presentándose un caso de acumulación en términos del artículo 58 del Código Penal, también lo es que el artículo 306 del mismo Código citado fue modificado en su texto con posterioridad a la tesis jurisprudencial mencionada y que de acuerdo precisamente con ese texto que entró en vigor en enero de 1968, ya no resulta aplicable al caso la mencionada jurisprudencia, puesto que en último párrafo del precitado artículo 306 textualmente dice: "Las sanciones previstas

(18) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación que compila jurisprudencia de 1917 a 1975, Segunda Parte, Primera Sala, México, Mayo Ediciones S. de R.L., 1975, tesis 120, pp. 257 y 258.

en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que corresponden en la comisión de cualquier otro delito". Esto -- es, que si bien con el texto anterior era susceptible de subsumirse el delito de disparo de arma de fuego en el diverso de homicidio o lesiones, el nuevo texto no deja lugar a dudas y pone de manifiesto el ánimo del legislador, -- quien tomando en consideración la realidad -- mexicana, expresó claramente, en el nuevo dispositivo legal, el que amén de los delitos que pueden cometerse al hacer uso de una arma de -- fuego, por su peligrosidad, debe sancionarse -- al infractor también con la penalidad que menciona el artículo 306 al tipificar el delito -- de disparo de arma de fuego. En conclusión -- el nuevo texto legal impide la aplicación del artículo 58 del Código Penal a efecto de evitar la acumulación de que se trate.

Séptima Epoca, Segunda Parte, Volumen 29, página 17, A.D. 4395/70, Fernando Herrera Rangel; -- Unanimidad de 4 votos." (19)

Con lo anterior, se confirma de manera categórica la autonomía e independencia del delito de disparo de arma de fuego, respecto de cualquier otro con que concurra y por consecuencia, también se confirma la posibilidad de que se produzca un concurso ideal entre el delito de disparo de arma de fuego y los delitos de lesiones, homicidio y daño en propiedad ajena, -- cuando estos deriven de una sola acción.

A continuación nos permitimos transcribir la -- siguiente tesis, que robustece lo expuesto con anterioridad:

"DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y DAÑO EN PROPIEDAD-AJENA.- El disparo de arma de fuego y el delito emergente, constituyen dos delitos destacados, autónomos, que tienen vida independiente y que nada tiene que ver con la conexión continuada del delito de este nombre, que tiene co-

(19) Idem, p. 259

mo exigencia la reunión de varios actos en una unidad jurídica de acción y, por lo tanto, dan base para que la jurisdicción represiva, de acuerdo con el espíritu del legislador, declare la coexistencia de los delitos de disparo de arma de fuego y de daño en propiedad ajena, aplicando una sanción por el delito de disparo de arma de fuego sin perjuicio de la pena que corresponda al daño en propiedad ajena. Amparo Directo 7913/58". (20)

B).- EL CONCURSO REAL O MATERIAL

1.- Concepto.- Existe concurso real o material de delitos, cuando una persona realiza varias acciones u omisiones independientes entre sí y que constituyen la comisión de dos o más delitos.

Este tipo de concurrencia de delito, se caracteriza por la pluralidad de acciones u omisiones que originan múltiples delitos y resultados, atribuibles a un sólo sujeto activo del delito.

Connotados autores han opinado sobre esta figura jurídica, en los siguientes términos:

Ernest Von Belin expresa: "Concurso Real"- (pluralidad de hecho, concurso material, concurso delictorum realis) significa la existencia de varios delitos diferentes entre sí, distintas acciones "autónomas" realizadas por el mismo autor, ya sean que correspondan a una y misma figura delictiva (concurso real "homogéneo", por ejemplo dos homicidios) ya sea que correspondan a figuras delictivas distintas (concurso real "heterogéneo" por ejemplo: un hurto y una resistencia a una auto

(20) Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXII, Sexta Epoca, pp. 85 y 86.

ridad)". (21)

El autor Federico Puig Peña, considera que la concurrencia de delitos "es real cuando se realizan uno o varios actos encaminados a fines distintos y que ocasionan diversas infracciones completamente independientes unas de las otras". (22)

Según Pessina, citado por Puig Peña, en su obra Derecho Penal: "El concurso real, es el que constituye el verdadero concursus delictuorum y tiene lugar cuando el mismo agente realiza uno o varios actos encaminados a fines distintos y que ocasionan diversas infracciones completamente independientes las unas de las obras". (23)

Para Merkel en la concurrencia real, los delitos concurrentes tienen su raíz en acciones diversas separadas más de otras en el tiempo. (24)

En opinión de Hans Welzel el concurso real de delitos, tiene lugar cuando "un autor comete varias acciones-punibles independientes (pluralidad de hechos)". (25)

Para Alfredo Etcheberry hay concurso real "en la comisión de varias acciones que por su naturaleza no pueden ser reducidas unitariamente a una valoración jurídica, lo que implica considerarlas en forma autónoma como una pluralidad de hechos punibles". (26)

En el concepto del concurso real o material, los autores mexicanos incorporan como elementos integrado-

(21) Belin, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal. (trad. del alemán por el Dr. Sebastián Soler), Editorial de Palma, Buenos Aires, 1944, p. 178.
 (22) Puig Peña, op. cit. p. 355
 (23) Idem, p. 360
 (24) Merkel, Adolfo. Derecho Penal (trad. realizada por P. Dorado), Madrid, La España Moderna, Tomo I, p. 383
 (25) Welzel, op. cit. p. 231
 (26) Etcheberry, citado por Pavón, op. cit. p. 91

res del mismo, que los delitos en concurso no hayan sido objeto de sentencia irrevocable ni que se encuentre extinguida la acción penal para perseguirlo, por prescripción de la misma. Lo anterior, obedece a que anteriormente el artículo 18 del Código Penal, establecía lo siguiente:

"ART. 18.- Hay acumulación, siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita".

Con base en el texto legal de mérito, -- el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, expuso que: "se da el concurso real de delitos, cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la intención de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de este. Si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos, la acción para perseguirlos no está prescrita". (27)

Por su parte, el distinguido Doctrinario y Ministro recién jubilado de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fernando Castellanos Tena señala que: "si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el que se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo) cometidos por un mismo sujeto". (28)

(27) *Ibíd.*

(28) Castellanos, *op. cit.* p. 297

Ignacio Villalobos, define al concurso real o material de delitos de la siguiente manera: "el concurso real, existe siempre que un mismo sujeto comete dos o más delitos, integrando cada uno de ellos plenamente por todos sus elementos el acto humano, antijuricidad, tipicidad y culpabilidad. Esos delitos pueden ser homogéneos (dos homicidios) o heterogéneos (un homicidio y un robo), sin que importe su mayor o menor separación en el tiempo y con el sólo requisito de que la responsabilidad de todos ellos se halle viva, es decir, que no haya prescrito ni haya sido juzgada." (29)

Jesús Angeles Contreras, identifica al concurso real como la pluralidad de acciones y de resultados y señala que: "En este caso se está en presencia de delitos diversos.-- Si el agente no ha sido condenado por sentencia firme, procede la acumulación" y anota "los delitos acumulados son objeto de sentencia única". (30)

2.- Características.- Con base en lo anterior, podemos concluir que los requisitos para la integración del concurso real o material, son los siguientes:

- a).- Identidad del sujeto activo
- b).- Pluralidad de acciones u omisiones
- c).- Independencia de las acciones u omisiones entre sí.
- d).- Ausencia de conexidad jurídica necesaria entre las acciones u omisiones, excepto en los casos en que la ley haga imperativa la punición de las acciones conexas.
- e).- Pluralidad de delitos

(29) Villalobos, op. cit. p. 485

(30) Angeles, op. cit. p. 247

- f).- Pluralidad de lesiones jurídicas
- g).- Pluralidad de resultados materiales.

La conexidad jurídica necesaria de los delitos deriva de la relación directa existente entre los mismos y se presenta cuando uno de ellos no es sino el medio comisivo imprescindible para la realización del otro y por lo tanto es absorbido por el segundo.

Ahora bien, como quedó precisado con anterioridad, para integrar concurso real de delitos conexos jurídicamente, es menester que la ley expresamente impida la realización del fenómeno de la absorción y haga imperativa la punición de tales delitos, estableciéndose su concurrencia y compatibilidad al otorgarles el carácter de autónomo a cada uno de ellos.

En este sentido, el maestro Pavón Vasconcelos ha expresado que: "es conveniente advertir, sin embargo, que -- fuera de los casos expresamente señalados por la ley, la existencia de una conexidad necesaria entre las conductas o hechos, cuando uno de los delitos es medio de comisión de otro, excluye el concurso real por no ser las conductas autónomas, sino estar en tal manera vinculadas, que la relación entre ambas da base para establecer su unidad jurídica, en cuyo caso surge un concurso aparente de normas en el que la norma que sanciona el delito fin, absorbería a la que pune el delito medio". (31)

3.- Formas del concurso real o material.- La Doctrina acepta como formas en que puede presentarse este fenómeno jurídico, la siguiente:

(31) Pavón, op. cit., pp. 92 y 93

a).- Cuando el infractor comete diversos delitos -- de naturaleza semejante: varios fraudes (concurso real homogéneo).

b).- Cuando el sujeto activo del delito comete varios delitos de diversa naturaleza: fraude y abuso de confianza (concurso real heterogéneo).

c).- Cuando el infractor realiza diversos delitos -- conexos o adherentes jurídicamente: falsificación y fraude (concurso real por disposición expresa de la ley).

4.- Regulacion legal y jurisprudencial.- Como se expresa con anterioridad, el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, establecía como requisitos para la operancia del concurso real de delitos, que no se hubiera pronunciado sentencia irrevocable ni que la acción estuviera prescrita, lo cual técnicamente resultaba inadecuado, y precisamente -- en opinión del maestro Pavón Vasconcelos, "tanto la inexistencia de sentencia irrevocable por cuanto a los delitos en concurso, como la circunstancia de que la acción penal derivada de -- los mismos no se encuentre prescrita, son irrelevantes en la no ción del concurso real, y desde el punto de vista legislativo -- deben ser omitidos en el precepto que lo defina, pues el primero de tales requisitos está yacente en la institución de la --- reincidencia y, respecto al segundo, es técnicamente innecesario, dado que la prescripción de la acción penal constituye una de las normas de extinción de la responsabilidad penal en general." (32)

Además de lo anterior, cabe destacar que -- el requisito de inexistencia de sentencia irrevocable, resulta

(32) Pavón, op. cit. pp. 92 y 93

ba técnicamente inadecuada e incongruente con el tratamiento -- legal que de acuerdo con la legislación procesal penal, se le viene dando a la acumulación procesal que establece que cerrada la instrucción es improcedente la acumulación de conformidad -- con lo dispuesto por los artículos 485 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 476 del Código Federal de Procedimientos Penales. (33)

El legislador en concordancia con la opinión del maestro Pavón Vasconcelos, suprimió del artículo 18 -- del Código Penal, los requisitos señalados, quedando su redacción de la siguiente manera:

"ART. 18.- ... Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".

Nuestro más alto Tribunal de Justicia, en la Jurisprudencia identificada bajo el rubro: "ACUMULACION REAL Y ACUMULACION IDEAL.CONCEPTO DE"., que ha sido reproducida con anterioridad, establece que existe concurrencia de delitos ---- "cuando éstos son producto de varias acciones u omisiones".(34)

En nuestro derecho por disposición expresa de la ley, existe concurso real de delitos conexos, considerados como autónomos cada uno de ellos, en los siguientes casos:

El artículo 251 del Código Penal para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

(33) García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal, 4a. ed., - México, Editorial Porrúa, S.A. 1983; pp.212 y 213.

(34) Loc. cit. Apéndice 1917-1985, Segunda parte, Primera Sala, Tesis 11, p. 23

"ART. 251.- Si el falsario hiciere uso de los documentos u objetos falsos que se detallan en este título se acumularán la falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido el delincuente".

Como se observa, esta regla es aplicable - a todos los delitos previstos en el Título Décimo Tercero, del Ordenamiento punitivo mencionado, a saber:

- Falsificación y alteración de moneda (Artículos 234, 235 y 236)
- Falsificación de billetes de banco. (Artículo 238).
- Falsificación de títulos al portador y documentos de crédito público. (Artículo --- 239)
- Falsificación de sellos, llaves, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas. (Artículos 241 al 242 bis)
- Falsificación de documentos públicos y privados. (Artículos 243 al 246)
- Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad (Artículos- 247 y 248).

Sobre este tema, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido jurisprudencia cuyo criterio indica:

"FALSIFICACION DE DOCUMENTOS NO SE SUBSUME - AL DELITO DE FRAUDE.- El delito de falsificación de documentos no se subsume al delito de fraude, sino que siendo figuras delictivas autónomas, ambas subsisten con independencia la una de la otra; no obstante que la falsificación puede servir como medio para consumir determinadas acciones delictuosas que forman el fin inmediato, la ley sanciona en forma especial el delito de falsificación de documentos, independientemente del que es objeto principal del falsario." (35)

Diverso ha sido el criterio adoptado por la Primera Sala de nuestro más alto Tribunal sobre el delito de uso de documento falso, en relación con otro delito concurrente, como se desprende de la siguiente tesis:

"USO DE DOCUMENTO FALSO Y FRAUDE, CASO EN EL QUE NO PUEDEN COEXISTIR LOS DELITOS DE.- Cuando el uso de documento falso es empleado como medio por el elemento típico del fraude, esto es, el engaño y mediante ese uso del documento falsificador se obtiene el lucro indebido, no puede hablarse de dos delitos autónomos, sino que el uso de documento falso se subsume en el diverso delito de fraude". (36)

Cuando existe una conexidad jurídica necesaria entre dos delitos, por constituir cualquiera de ellos el medio para la realización del delito principal se excluye la posibilidad de concurso real, así lo señalamos al referirnos a los elementos integradores de la ley, sin embargo, también se precisó la excepción a tal requisito, consistente precisamente en aquellos casos en que la ley expresamente establecía la concurrencia real de delitos conexos o relacionados directamente en su realización.

(35) Apéndice 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 142, p. 292.

(36) *Ibidem*.

Por tal motivo, compartimos el criterio - sustentado en la tesis transcrita, toda vez que considerar lo contrario, sería rebasar la intención del legislador, plasmada en el artículo 251 del Código Penal, de sancionar mediante la acumulación, únicamente al delito de falsificación y al delito que resulte, mediante la realización de aquél. Es evidente -- que dentro de tal presupuesto, no se incluye al delito de uso de documento falso, esto es, no se le otorga a este ilícito el carácter de delito autónomo respecto de aquel o aquellos con que concurre, constituyendo el medio de su comisión.

Por otra parte, en relación con este tema, nuestro más alto Tribunal de Justicia ha sostenido lo siguiente:

"CHEQUES, FRAUDE Y FALSIFICACION.- Con el hecho de presentar para su cobro un cheque falsificado se engañaba a la Institución girada, haciéndole creer que la orden de pago había sido firmada por el cuentahabiente a cuya cuenta correspondía el cheque; y se estableció de esta manera una relación de causalidad entre la dañada - intención de defraudar al banco girado y el beneficio ilegal obtenido por el delincuente. Y -- debe consignarse que el reo no comete un solo - delito de fraude, sino cuantos cheques expida - y cobre en actos distintos. Por otra parte, no es de considerarse la falsificación como medio de consumar el fraude, porque en el caso se trata de delitos autónomos.
Amparo Directo 2054/58." (37)

"FALSIFICACION Y FRAUDE.- Si el acusado estampó en un giro postal la firma del primitivo beneficiario para endosar el documento a su favor, --- ello constituye el delito de falsificación, --- puesto que como lo prevé el artículo 224, fracción I, del Código Penal, puso una firma falsa.

(37) Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVI, Sexta-Epoca, p. 42

Es verdad que esa actividad la realizó con la mira de hacerse ilícitamente de dinero, de al canzar un lucro indebido mediante el engaño, lo cual constituye el delito de fraude; pero no se da el fenómeno de la absorción o, en otras palabras, no pierden su entidad autónoma ambas figuras delictivas, tanto en la materialidad de su realización como en la calidad delictiva que a cada una corresponde, si el inculpado desplegó una conducta engañosa no sólo en cuanto al cobro del documento, sino también en cuanto a la obtención del mismo. Amparo Directo 3475/57." (38)

"FALSIFICACION DE DOCUMENTOS Y FRAUDE.- No es exacto que cuando concurren los delitos de falsificación de documentos y fraude, el primero sirva de medio para cometer el principal, exista por subsunción un solo delito. Se trate de dos delitos con autonomía propia: El primero, previsto en la fracción I del artículo 244 del Código Penal. Comprendido entre los delitos de falsedad, consiste en poner una firma o rúbrica falsa, aunque sea imaginaria o alterar una verdadera, y quedan satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad a que se refiere el artículo 245 del mismo ordenamiento si el falsario se propuso sacar provecho para sí, en perjuicio del ofendido y de la falsificación la hizo sin consentimiento de éste. Amparo Directo 5093/57." (39)

C).- EL CONCURSO APARENTE DE DISPOSICIONES PENALES.

La doctrina identifica al concurso aparente de normas penales con el conflicto derivado de la aplicación de la Ley Penal, y lo circunscribe a aquellos casos en los cuales, --diversas normas vigentes en un determinado tiempo y lugar, que no pueden coexistir por ser incompatibles, pretenden apoderarse y regir un hecho delictivo.

(38) Semanario Judicial de la Federación, Tomo VIII, Sexta Epoca, p. 31

(39) Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, Sexta Epoca, p. 111.

En este caso, la dificultad consiste en elegir la norma jurídica aplicable al caso concreto, la cual, -- desde luego, desplaza a las demás que concurren en forma aparente.

En este sentido, el conspicuo tratadista Sebastián Soler, señala que del análisis de las figuras penales de un Código, se advierte que "la naturaleza de esas descripciones da lugar a que entre las distintas incriminaciones no exista una disyunción perfecta, de manera que cuando un hecho encuadre dentro de una figura, todas las demás figuras se encuentran en una situación de perfecta neutralidad o indiferencia." (40)

La Enciclopedia Jurídica Omeba, al tratar este tema, expresa: "se llama concurso de leyes, en Derecho Penal, al problema de aplicación de la ley que se presenta cuando respecto a una misma situación de hechos aparecen dos o -- más disposiciones legales que pretenden regirla simultáneamente, siendo que, en realidad, debido a la relación que media entre ellas, la aplicabilidad de una, determina la inaplicabilidad de las otras". Y agrega citando a Crispigni: "Se dice -- con razón que este concurso es sólo aparente al contrario de lo que ocurre en el concurso ideal de delitos en donde el hecho es regido efectivamente por una pluralidad de figuras penales porque la misma ley, expresa o implícitamente, suministra los criterios mediante los cuales se llega a establecer -- la aplicabilidad de una u otra de las disposiciones en juego -- y la eliminación de las demás; de suerte que en rigor, no --- existe aquí un verdadero concurso, sino una mera concurrencia de normas que aparecen aptas para regir el caso, pero que se

(40) Soler, op. cit. Tomo II pp. 173 y 174

excluyen recíprocamente. Por eso, a este problema suele denominársele con más propiedad como concurso aparente de leyes. - También se trata bajo la rúbrica de concurso de normas o de -- conflicto aparente de disposiciones penales coexistentes". (41)

Por otra parte, el autor español Tomas Salvador Vives Antón, considera que el problema a resolver y que -- plantea este fenómeno jurídico, es: "El fijar los principios - que rigen el desplazamiento de aquellas normas que, sólo apa-- rentemente, confluyen en el enjuiciamiento del caso." (42)

A fin de resolver este conflicto, en la exposición de motivos del nuevo Código Penal del Estado de Guanajuato, se dice: "La doctrina y la jurisprudencia han realizado esfuerzos muy importantes para dilucidar el tema y sus intrincadas cuestiones, pero en nuestro medio, tales esfuerzos carecen de asidero legal, habida cuenta que las normas que tratan el concurso aparente, no sólo hacen un planteamiento incompleto, sino además erróneo." (43)

Sobre el particular, el destacado Jurista mexicano, Celestino Porte Petit, señala que: "La doctrina en su constante búsqueda ha elaborado varios criterios o principios-rectores para solucionar el "concurso aparente de normas": --- principio de especialidad, de consunción, inclusión o absor--- ción, de subsidiaridad y el de alternatividad; principios en - los que no hay un acuerdo ni en su esencia ni en su número." -- (44)

1.- Concepto.- Acertadamente el maestro Pavón

(41) Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1979, Tomo III, p. 659

(42) Vives Antón, Salvador. La estructura de la teoría del concurso de infracciones. España, Artes Gráficas Soler, S.A. 1981, p. 8

(43) Porte Petit, Celestino. Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. (Comentarios), 2a. ed. México, serie Legislación Mexicana, Procuraduría General de la República, p. 84

(44) Idem, p. 80

Vasconcelos afirma que todo concepto que se elabore sobre el fenómeno jurídico que nos ocupa, debe referirse fundamentalmente: "al hecho de la pretensión normativa del caso particular por una pluralidad de disposiciones legales y el fenómeno de su exclusión con prevalencia de una de ellas sobre las demás." (45)

En nuestra opinión y tomando en cuenta lo expuesto por este distinguido autor mexicano, consideramos que "el concurso aparente de normas penales se produce cuando diversos conceptos vigentes en el mismo tiempo y lugar, pero incompatibles entre sí, pretenden disciplinar un determinado hecho punible, creando con ello una porfía ficticia entre los mismos y que precisamente por su naturaleza incompatible, una de esas normas jurídicas debe aplicarse con prevalencia y exclusión de las demás.

A continuación expondremos algunos conceptos elaborados por la Doctrina, sobre el concurso aparente de norma:

El Doctor Adolfo Merkel, al precisar la distinción existente entre la "conurrencia de delitos" y la figura jurídica en estudio, a la que denomina de manera impropia por las razones apuntadas con anterioridad, como "mera concurrencia de leyes", destaca que en ésta última "solamente existe un delito, este único delito por sus características, puede ser sometido a diferentes leyes entre las cuales existe una porfía aparente por apoderarse del hecho." (46)

Este autor distingue como requisito necesario para la existencia del concurso aparente de normas, que-

(45) Pavón, op. cit. p. 44

(46) Merkel, op. cit. p. 379

el hecho punible que se valore, sea objeto de un sólo delito - exclusivamente, impidiendo de tal manera la compatibilidad de las normas concurrentes en forma aparente. Considerar la existencia de más de un delito, nos llevaría al ámbito del concurso real de delitos, figura jurídica diametralmente opuesta a la que nos ocupa.

También destaca la inexistencia de una auténtica disputa entre las normas en concurso aparente, puesto que sólo una de ellas es aplicable al caso concreto, con exclusión de las demás.

Por otra parte, Puig Peña señala que: --- "existe un concurso de leyes cuando una misma acción cae bajo la esfera de dos preceptos legales que la disciplinan, excluyéndose el uno al otro en su aplicación." (47). Complementa esta idea afirmando que es "una situación de conflicto que surge en la aplicación de las leyes penales", cuando dos o más -- normas vigentes al momento de verificarse la calificación de -- una conducta delictiva, regulan esta misma situación de hecho, de tal forma que la efectividad de una de ellas excluye necesariamente la de la otra." (48)

Esta definición, hace referencia a la --- existencia de un conflicto en la aplicación de la ley, sobre el particular es procedente realizar una precisión, consistente en que el presunto conflicto es sólo aparente y por tanto, -- inexistente, toda vez que por la naturaleza incompatible de -- las normas en conflicto aparente, sólo una de ellas tiene la -- posibilidad de apoderarse y disciplinar el hecho punible de que se trate, con desplazamiento de las demás, por mas que a prime

(47) Puig Peña, op. cit. p. 364

(48) Puig Peña, citado por Pavón, op. cit. pp. 42 y 43

ra vista exista confusión o dificultad en la determinación de la norma aplicable. Consideramos que no es adecuado hablar de un conflicto auténtico de leyes, en atención a que existen principios doctrinales legales y jurisprudenciales que conducen al jurista a la norma legalmente aplicable.

Francesco Antolisei señala que: "se presenta el fenómeno jurídico denominado concurso (o conflicto) aparente de normas, llamado también "concurso ficticio de leyes", que se verifica precisamente cuando dos o más disposiciones coexistentes parecen adaptarse a un mismo caso, pero sólo una resulta aplicable." (49)

Respecto a la noción anterior, es pertinente aclarar que este destacado autor al referirse a la expresión "dos o más disposiciones coexistentes", lo hacen en el sentido de que tales disposiciones están en vigor en el mismo tiempo y en el mismo lugar y no a su coetánea aplicación.

Las normas penales en concurso aparente, pueden ser coexistentes en cuanto al mismo ámbito espacial y temporal, pero no pueden coexistir en cuanto a su aplicación respecto de un mismo hecho punible, cuando son incompatibles recíprocamente.

Es el caso de los artículos 382 y 386 del Código Penal para el Distrito Federal, que prevén y sancionan respectivamente a los delitos de abuso de confianza y fraude, que si bien se encuentran en vigor en el mismo tiempo y lugar, no significa por ello que deban coexistir en cuanto a su aplicación respecto a una conducta determinada, pues de acuerdo --

(49) Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal, Parte General (Traducción directa del italiano por Juan del Rosal y Angel Torio), Buenos Aires, Unión tipográfica Editorial, 1960, p. 113.

con el análisis y comparación de sus elementos integradores,-- se evidenciasu incompatibilidad y exclusión recíproca, en ese sentido la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado la siguiente jurisprudencia:

"ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE. DIFERENCIAS.-- Mientras que en el delito de abuso de confianza, es esencial la acción de disponer o disipar la cosa, violando la finalidad jurídica de la tenencia, en forma tal que el abusario obre como si fuera su dueño, tratándose del delito de fraude se requiere la concurrencia del engaño por parte del autor, -- esto es, cuando éste realiza una actividad positivamente mentirosa que hace incurrir en una creencia falsa a la víctima o cuando se aprovecha del error en que ésta se encuentra, pues si bien en uno y otro ilícitos, el autor alcanza un lucro indebido, que implica disminución patrimonial para el ofendido, de todas formas lo que es esencial, es que, en el abuso de confianza la tenencia del objeto le ha sido confiada voluntariamente, sólo -- que viola la finalidad jurídica de la tenencia; en tanto que en el fraude el autor se hace de la cosa o valores, mediante el engaño o maquinaciones a que recurre para obtener su entrega." (50)

La identidad del ámbito temporal y espacial de las normas en concurso aparente, constituyen un presupuesto básico para que pueda considerarse la existencia de este fenómeno jurídico, su ausencia hace imposible concebir al concurso aparente de normas.

La principal diferencia existente entre el concurso aparente de normas y el concurso efectivo de las mismas, radica básicamente en que en el primero las normas no

(50) Apéndice 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 4, p. 8

pueden aplicarse conjunta ni simultáneamente, pues lo que caracteriza al concurso impropio, es precisamente que las normas deben repelerse mutuamente, excluyéndose unas a otras.

Para Sebastián Soler, el concurso aparente de normas se presenta como un conflicto del cual se pretende "saber cómo aplicar la ley en los casos en que sólo aparentemente es posible un encuadramiento doble del hecho". (51)

Fontecilla Riquelme, citado por Pavón Vag concelos, expresa que: "se produce el concurso aparente de leyes cuando a un mismo hecho punible le pueden ser aplicables - diversos preceptos penales, que se excluyen entre sí, de modo que, por esta exclusión, sólo una de las leyes debe ser aplicada." (52)

Cuello Calón, por su parte precisa que: - "el concurso de leyes existe cuando una misma acción son aplicables dos o más preceptos penales que se excluyen entre sí -- recíprocamente." (53)

Gonzalo Rodríguez Mourullo, considera que: "en el concurso de leyes una sola de ellas capta ya plenamente la ilicitud y culpabilidad del comportamiento y desplaza, por consiguiente, a las demás." (54)

De manera concordante Carlos Fontan Bales tra expresa: "el concurso de leyes o concurso de figura se caracteriza porque la concreción de uno de los tipos implica también la de los demás; de modo que, entre las figuras en juego hay una que abarca a las otras. Su esencia estriba en que el-

(51) Soler, op. cit. p. 175

(52) Fontecilla, citado por Pavón, op. cit. p. 45

(53) Cuello Calón, Ibidem

(54) Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Derecho Penal, Parte General, Madrid, Editorial Civitas, S.A. 1978, pp. 114 y 115.

hecho sólo puede ser enjuiciado por un tipo; las figuras restantes retroceden, sin asumir significación alguna ni para la culpabilidad ni para la pena". (55)

Para Edmundo Mezger: "el denominado concurso de leyes existe cuando una acción cae bajo varias leyes (preceptos) penales que se excluyen entre sí." (56)

Ernest Von Belin, por su parte prescribe: "suele llamarse "concurso de leyes" a esta relación que media entre dos leyes penales por la cual se excluye la una cuando la otra se aplica". Y además agrega: "los casos de concurso de leyes se dilucidan por la interpretación del contenido de la ley; el texto de la ley pocas veces da base para ello." (57)

Luis Jiménez de Asúa al referirse al concurso aparente de normas, señala: "ya sabemos que todo el ordenamiento jurídico formado por distintas disposiciones, es uno y armónicamente dispuesto; algunas de esas leyes son independientes entre sí y otras se hallan coordinadas de modo que se integran o se excluyen recíprocamente. A menudo es sencillo decidir cual de las normas del ordenamiento jurídico, concurrentes en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso concreto; pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas para saber cuándo una disposición consiente o excluye la coetánea o sucesiva aplicación de otra, respecto a la misma situación de hecho." (58)

Tomas Salvador Vives Antón, señala que: -

(55) Fontan Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. 2a. ed. Buenos Aires, Ediciones Glem, S.A., 1977, Tomo I, pp. 247 y 248.

(56) Mezger, op. cit. p. 326

(57) Belin, op. cit. p. 133

(58) Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal, 4a. ed, Buenos Aires, Editorial Hermes, 1945, p. 141.

"El llamado "concurso de leyes penales" - epígrafe bajo el que se estudian tradicionalmente algunos de los casos de conflicto de normas en el seno del Derecho Penal - presupone que una de - las leyes - una de las valoraciones - desplaza a las restantes. La infracción es, unitaria. Y el problema será entonces, el -- fijar los principios que rigen el desplazamiento de aquellas -- normas que, sólo aparentemente confluyen en el enjuiciamiento - del caso." (59)

Sobre este tema, destacados autores mexica nos han opinado en los siguientes términos:

El maestro Pavón Vasconcelos, considera -- que existe "un concurso aparente cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios-ordenamientos vigentes, en un mismo lugar y tiempo, de manera - que el problema del jurista consistirá en dilucidar cuál norma- debe aplicarse con exclusión de las demás." (60)

Este autor basa su definición en la pre--tensión normativa de diversos preceptos penales por apoderarse del hecho y en la imposible coetánea aplicación de los mismos, por ser uno de ellos excluyente de los demás, también incluye-dentro de este concepto, los presupuestos de existencia de este fenómeno jurídico, consistente en la identidad espacial y -temporal de las normas que en apariencia concurren.

Fernando Castellanos Tena, señala con re-ferencia al concurso aparente de leyes, lo siguiente: "Esta de nominación se reserva para los casos en que un mismo hecho pu-nible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe-

(59) Vives, op. cit. p. 8

(60) Pavón, op. cit. pp. 44 y 45

un aparente concurso de dos o más leyes que parecen disputarse la tipicidad del acto, esto es, bajo las cuales queda aparentemente comprendido el mismo hecho, una sola conducta; por eso se habla de concurso aparente de leyes o conflicto de leyes." (61)

Por su parte, el destacado jurista Celestino Porte Petit, afirma que existe la "conurrencia de normas incompatibles entre sí", cuando una materia se encuentra disciplinada o reglamentada por dos o más normas, incompatibles entre sí." (62)

Este autor utiliza en su concepto, la expresión "una materia" por considerar que abarca las diversas hipótesis que plantea el concurso, como son: el concurso aparente de normas, el concurso de delitos y el concurso de personas en el delito.

Ignacio Villalobos sobre el concurso aparente de leyes expresa lo siguiente: "este, que no es ya un verdadero concurso de delitos, resulta de la existencia de varios tipos o preceptos penales que, sus términos parecen concurrir en común a lo sucedido, pero atendiendo a la naturaleza de las cosas o al contenido de antijuricidad de cada tipo, no puede coexistir porque llevan consigo elementos de destrucción, de absorción de uno por el otro, de eliminación por preferencia de la ley en que una se haya formulado". Asimismo éste autor complementa lo expuesto, señalando que: "en el concurso aparente aún cuando hay formalmente varias calificaciones, estas son incompatibles entre sí." (63)

2.- Características.- Las características que identifican al concurso aparente de normas penales, son las si-

(61) Castellanos, op. cit. p. 298

(62) Porte Petit, op. cit. pp. 79 y 80

(63) Villalobos, op. cit. p. 487

güentes:

a).- Unidad de delito.- Es necesario para que acontezca el fenómeno jurídico del concurso aparente de normas, que la conducta o hecho punible, ocasione sólo una infracción jurídica, es decir que produzca un sólo delito.

La unidad en el delito es una característica fundamental del concurso aparente de normas y se manifiesta como la principal distinción con el concurso auténtico de normas penales. Admitir la existencia de dos o más delitos producto de un solo hecho criminoso, nos conducirá al ámbito del concurso ideal de delitos, lo que implícitamente constituiría la aceptación de la concurrencia de normas compatibles entre sí, situación que desde luego desvanece toda posibilidad de aparente concurso.

Por lo tanto, podemos concluir válidamente que es requisito indispensable del concurso aparente de normas, la producción de un solo delito a virtud de la conducta desplegada por el infractor, exclusivamente, lo cual resulta naturalmente de la valoración de un solo hecho punible.

b).- La incompatibilidad de las normas en concurso.- Consiste en que por la naturaleza de las normas, no es posible ni permitido jurídicamente aplicarla de manera conjunta y simultánea a un hecho concreto. Sólo una de esas normas válidamente puede aplicarse, lo que implica su prevalencia y consiguiente desplazamiento de las demás que concurren en aparente concurso.

Este fenómeno jurídico no genera un auténtico-

y efectivo concurso de normas, debido a la supremacía de una de ellas, que impide la coexistencia y simultánea aplicación de -- las demás al caso concreto. Admitir la contemporánea aplicación de las demás normas, implicaría aceptar la existencia de un auténtico concurso y rechazar toda posibilidad de concurso aparente de normas.

La coexistencia de normas nos conduce al - ámbito del concurso ideal o en su caso al del concurso real de delito, situación que indudablemente excluye la existencia del fenómeno jurídico en estudio.

c).- Conflicto aparente en la aplicación de -- la ley.- El concurso impropio de normas se manifiesta como un - aparente conflicto derivado de la pretensión de diversos preceptos por normar un hecho punible. Existe una porfía aparente de diferentes preceptos penales por apoderarse del hecho concreto; esta disputa ficticia surge cuando dos o más normas vigentes al verificarse la calificación del hecho punible pretenden disciplinarlo.

Hablamos de aparente conflicto normativo o pretensión disciplinaria, en atención a que no existe tal conflicto, puesto que sólo una de esas normas en aparente concurrencia es aplicable legalmente al caso concreto, desplazando - a las demás.

Este aparente conflicto, surge de la dificultad que causa a primera vista, la elección y determinación - de la norma aplicable válidamente al caso concreto, sin embargo insistimos que dicho conflicto es sólo aparente, toda vez que, - después de un estudio y análisis minucioso del problema y de -- las normas jurídicas involucradas en el conflicto, se desvanece

toda duda, encontrándose la norma aplicable.

Todo conflicto aparente es inexistente, -- a virtud de que se cuenta con los medios necesarios para elegir la norma aplicable y son precisamente las reglas o principios -- que contempla la ley, la jurisprudencia o la doctrina. Su apli cación desvanece toda duda o dificultad en la determinación de la norma disciplina del hecho punible de que se trate.

3.- Presupuesto del concurso aparente de nor-- mas.- Con base en lo expuesto con anterioridad, podemos afirmar que son presupuestos de existencia del concurso aparente de nor mas penales, los siguientes:

a).-Idéntico ámbito temporal de aplicación de las normas de aparente concurrencia.- Esto significa que las -- normas en conflicto aparente deben tener vigencia y obligatoriedad en el mismo momento en que se presente esta situación de -- conflicto que nos ocupa.

El maestro Pavón Vasconcelos, sobre el par ticular manifiesta que sin los presupuestos de existencia que -- estudiamos "resulta imposible siquiera plantear la existencia-- del concurso aparente de normas"; en particular sobre este re-- quisito señala: "si el llamado "concurso de leyes" o concurso impropio, requiere de una conducta o hecho que cae bajo el su-- puesto abstracto de varios preceptos penales, ello pone de re-- lieve que dicha concurrencia de normas implica, en forma necesa ria, una contemporánea validez de las normas, por cuanto todas-- ellas tienen obligatoriedad en un momento determinado, en un -- idéntico ámbito temporal de aplicación. Si no existe coexisten-

cia temporal entre las normas como lo ha destacado, entre otros, Puig Peña, podría producirse un conflicto de sucesión de leyes - en el tiempo, el cual si bien guarda algún punto de contacto con el tema de que se trata, es sin embargo, fundamentalmente distinto". (64)

b).- Idéntico ámbito espacial de aplicación.- - Es presupuesto del concurso aparente de normas, que las mismas - tengan obligatoria aplicación en el mismo territorio donde se -- produzca el hecho punible es decir, deben tener vigencia en el - mismo lugar donde acontezca la conducta que es pretendida norma- tivamente.

En este sentido, el maestro Pavón Vasconce- los ha expresado que: "el propio fenómeno que examinamos, en su simple posibilidad de existencia supone que las normas concurren- tes tienen idéntica validez espacial, y por cuanto son obligato- rias y por ello aplicables en un mismo territorio, precisamente- aquél en que se produce la conducta o hecho que pretenden regu- lar; entre ellas existe idéntico ámbito espacial de aplicación.- Este autor agrega: "si no hay validez espacial, por no existir - obligatoriedad de todas en el mismo territorio, podrá hablarse - de un conflicto de normas en el espacio, el cual puede originar- la extra-territorialidad de una de ellas, pero nunca una aparien- cia de concurso". (65)

c).- Regulación normativa del hecho.- Las nor-- mas en concurso, deben tener la posibilidad de disciplinar el he- cho punible, aunque estructuralmente sean diferentes, como es el caso de los delitos cometidos en contra de las personas en su pa- trimonio (abuso de confianza, fraude, etcétera) o bien, el homi-

(64) Pavón, op. cit. p. 47

(65) Idem, pp. 48 y 49

cidio y el parricidio, en este último, existe una diferencia especializada contenida en el segundo.

Siendo el concurso aparente de normas substancialmente un conflicto, señala Pavón Vasconcelos, éste presupone que las normas concurrentes regulan la misma conducta o hecho, es decir, que comprende normativamente el hecho con independencia de su diversa estructura. (66)

D).- PRINCIPIOS DETERMINANTES EN LA RESOLUCION DEL CONFLICTO APARENTE DE DISPOSICIONES PENALES.

Existe una gran diversidad de opiniones y criterios doctrinales, sobre los principios jurídicos que permiten resolver el conflicto aparente motivado por la concurrencia de leyes. Hasta el momento no se ha llegado a un criterio uniforme sobre su número, denominación ni menos aún sobre sus alcances jurídicos.

La bibliografía, señala Mezger, se esfuerza en este complicado y difícil problema de colocar de modo absoluto, agotador, los distintos casos posibles bajo determinadas categorías y llega de este modo a un cuadro de agrupaciones a veces muy poco diáfano. (67)

No obstante lo anterior, destacados tratadistas se han esforzado por identificar las situaciones de conflicto aparente que provoca este fenómeno jurídico y fundamentalmente por establecer las reglas que permitan dilucidar los casos en que una norma jurídica coexiste y consiente la válida aplicación de las demás en un mismo hecho punible, así como, aquellos

(66) Idem. p. 48

(67) Mezger, op. cit. p. 227

casos en que una norma jurídica prevalece e impide toda contemporánea aplicación de otras normas concurrentes de manera ficticia, respecto de una conducta determinada.

Los principios o reglas en estudio, señala Jiménez de Asúa, se encuentran "en forma taxativa o implícita dentro del ordenamiento jurídico" (68). En caso de no existir tales principios, sería imposible resolver el conflicto que plantea el concurso aparente de leyes, y operaría por consecuencia un auténtico concurso de leyes penales.

A continuación nos ocuparemos de los principios que resuelven este conflicto aparente, considerando básicamente aquellos que son aceptados en términos generales por la doctrina, como son: el principio de especialidad, el principio de consunción o absorción, el principio de la subsidiaridad y el principio de la alternatividad.

1.- El principio de Especialidad.- Este principio es el único admitido por todos los autores e incluso su aceptación es tal que existe disposición expresa en los Códigos que lo contemplan; por lo que se refiere a nuestro país, se encuentra contemplado en el artículo 60. del Código Penal e incluso la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia definida, acepta y reconoce este principio.

El principio de especialidad encuentra su origen en el Derecho Romano y se apoya en el viejo adagio latino: "ley specialis derogat ley generalis" (69), que sostiene la aplicación de la ley especial sobre la general.

(68) Jiménez de Asúa, op. cit. p. 141

(69) Puig Peña, op. cit. p. 365

Se afirma que el principio de especialidad puede formularse diciendo que en el caso en que una misma materia sea regulada por dos leyes o disposiciones de leyes, - la ley o la disposición especial será la aplicable. (70)

Lo anterior significa que cuando en aparente concurso dos normas pretenden disciplinar un hecho criminal, siempre la norma especial desplazará a la norma general, siendo aplicable por consecuencia, únicamente aquella.

Se estima que una norma es especial, cuando regula de manera particular una materia cualquiera, sin embargo, esta consideración no determina las condiciones para -- que se produzca la especialidad, ni menos aún la razón por la cual se excluye a la norma general.

En esa virtud, nos referiremos a las diversas opiniones expuestas por distinguidos juristas, sobre el particular:

Edmundo Mezger, afirma: "La procedencia de una ley puede descansar en fundamentos lógicos: en el caso de la especialidad . . . la ley especial excluye, por razones lógicas, a la ley más general, pues su sentido lógico es que - en vez de la regla general, rija la especial", y agrega: "...- la especialidad de una ley se deduce ya sólo y siempre de una comparación de los tipos delictivos abstractos", y concluye diciendo: "que todas las características del tipo general (lex generalis) se hallan también contenidos en el tipo especial -- (de la lex specialis), pero además aún otra u otras características ulteriores, esto es, las características especializado--

(70) Jiménez de Asúa, op. cit. p. 146

ras que fundamentan la especialidad y, con ello, la procedencia de la *lex specialis* frente a la *ex generalis*. Aquí pertenecen también las leyes que contienen causas de agravación o de atenuación de la pena". (71)

La relación de especialidad, expresa Rodríguez Mourullo, "supone que una disposición penal (ley especial) reproduce las características de otra (ley general), a las que añade todavía ulteriores notas individualizadoras" y agrega, "el criterio rector es el de que la ley especial deroga a la general" ... El fundamento del principio *lex specialis derogat legi generalis*, radica en que la ley especial recoge un mayor número de peculiaridades del hecho". (72)

En este sentido, Federico Puig Peña, manifiesta que "la doctrina entiende que existirá la ley especial cuando el precepto recoja todas las características fundamentales del tipo general, y, además, alguna otra específica, que al ser especializadora determina la especialidad de la *lex specialis*. Lo mismo puede decirse, como afirma Franz Mezger, de todas aquellas leyes que modifican los tipos generales estableciendo causas de agravación o de atenuación." (73)

Dos leyes o dos disposiciones legales se hallan en relación de general y especial, anota Jiménez de Asúa, cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en la especial, en el que figuran además otras condiciones calificativas a virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación. (74)

Existe especialidad en opinión de Gravier "cuando el tipo que una figura contiene está íntegramente y de-

(71) Mezger, *op. cit.* pp. 327 y 328

(72) Rodríguez Mourullo, *op. cit.* p. 115

(73) Puig Peña, *op. cit.* p. 365

(74) Jiménez de Asúa, *op. cit.* p. 146

modo necesario contenido en el tipo de la otra figura. El tipo específico es, cabalmente, el tipo genérico más uno o varios elementos nuevos (los llamados especializadores), que se le -- agregan para configurar una entidad de sentido más restringido que el correspondiente al tipo general." (75)

El delito genérico se excluye siempre, -- cuando concurre una subclase calificada o privilegiada derivada de aquél, expresa Beling (76) de tal manera que el tipo con una entidad de valoración más restringida tiene prevalencia -- sobre el tipo general, creándose una relación que media entre el concepto más amplio y el más circunscrito, el superconcepto y el subconcepto que de aquél se ha desprendido." (77)

En opinión de Sebastián Soler, existen -- varios criterios para distinguir la existencia o no de una relación de especialidad: a) una disposición es específica con -- relación a otra cuando esta se encuentra expresamente comprendida en aquella. b) Pero también lo es cuando la cuidadosa interpretación nos muestre que una figura importa una descrip -- ción más próxima o minuciosa de un hecho." (78)

Consideramos que el segundo criterio que -- invoca este destacado tratadista, no tiene cabida en nuestra legislación mexicana, atendiendo a los términos del artículo -- 14 Constitucional, que prohíbe la imposición de penas por analogía o mayoría de razón que no esten decretadas por una ley -- exactamente aplicable al delito de que se trate.

Por otra parte, Soler afirma que: "la ley

(75) Gravier, citado por Omeba, op. cit. Tomo III, p. 662

(76) Beling, citado por Pavón, op. cit. p. 100

(77) Beling, citado por Omeba, op. cit. tomo III, p. 662

(78) Soler, op. cit. Tomo II, p. 185

especial se aplica sin consideración alguna a la naturaleza o al monto de la pena, con relación a la figura general; sea aquella más grave o menos grave", y añade que "las figuras específicas se aplican siempre, pues son construidas por el legislador tanto para alterar a más como en menos la figura principal. Si los elementos agregados hacen más grave la sanción, se dice -- que existe un tipo calificado; si la hacen menos grave, se habla de un tipo privilegiado". (79)

Con base en el criterio general apuntado - con anterioridad, el maestro Pavón Vasconcelos, cita como ejemplos que se producen en nuestro derecho, en relación a un tipo básico:

- a).- Tipos complementados, subordinados y cualificados.
- Homicidio con premeditación (art. 302, 315 y 320).
 - Homicidio con ventaja (art. 302, 317 y 320).
 - Homicidio con alevosía (art. 318 y 320).
 - Homicidio con traición (art. 302, 319 y 320).
 - Robo con violencia (art. 367, 372 y 373)
 - Robo en lugar cerrado (art. 367 y 381)
 - Robo en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación (art. 367 y 381 bis).
 - Robo cometido por dependientes, domésticos, huésped, comensal, etc. (art. 367 y 381).

(79) *Ibidem*.

b).- Tipos complementados, subordinados y privilegiados:

- Homicidio en riña (Art. 302, 308 y 314)
- Homicidio en duelo (Art. 302 y 308)
- Homicidio por infidelidad conyugal (Art. -- 302 y 310).
- Homicidio por corrupción de la hija (Art. - 302 y 311) (80).

Soler complementa lo anterior, expresando que cuando se afirma que el hecho encuadra en el tipo específico, el tipo genérico ya no puede en ningún caso ser subsidiario; entonces, dice Beling con razón, el autor sólo puede recibir o no la pena de mano del tipo específico. Las causas excluyentes de pena válidas para el tipo específico no dejan subsistente la pena por el delito genérico. Si un hecho constituye abigeato, y como tal es justificado, queda desplazada toda posible punibilidad por hurto (figura genérica). Si un hecho constituye evasión del art. 280 y como tal es justificada, supongamos, por necesidad (por incendio), no puede funcionar el tipo genérico -en este caso más grave- de atentado a la autoridad del artículo -- 233. La razón de ello está en que en el tipo específico, el genérico está contenido; de manera que la aplicación de este solamente es posible cuando -no estén reunidos los elementos que sobre la figura genérica se agregan para formar al otro, es decir, cuando el hecho no es subordinable a la figura específica. El tipo genérico es subsidiario cuando fracasa la subordinación al específico; pero no cuando la pena de éste no es aplicable a consecuencia de alguna causa que la excluya, sea cual sea la naturaleza de ella (justificación o excusa). Debe distinguirse-

(80) Pavón, op. cit. p. 101

la relación específica de la relación subsidiaria, pues no siempre que haya especialidad existe la subsidiaridad. En la relación género-especie, son subsidiarios los tipos, pero no son -- las respectivas penas. Un hecho de que no constituya el tipo es pecífico puede constituir el genérico, pero un hecho específico no punible con la pena del correspondiente tipo, no lo es tampo co con la pena del tipo superior". (81)

La subsidiaridad que rige en la relación -- género-especie, vale sólo para la figura genérica en caso de -- que el hecho no encuadre en la específica; más si encuadra en -- esta, aquella queda absolutamente desplazada; incluso cuando me dien causas que excluyan la pena. Ello sucede en razón de que -- el tipo específico contiene íntegramente al genérico, y, en con secuencia, las causas de exclusión de la pena válidas para el -- primero, vienen a serlo también, necesariamente, para el segun- do. (82)

Es importante destacar que los autores re- feridos, utilizan la palabra "subsidiaridad" no como sinónimo -- del principio que lleva ese nombre, consistente en que cuando -- concurren dos normas o más respecto de un hecho concreto, tiene aplicación la norma principal o primaria en vez de la subsidia- ria, secundaria, eventual o supletoria, sino en el sentido de -- que al no reunirse los elementos integradores del tipo especial en el hecho punible, tiene aplicación el tipo base o genérico -- y no porque este sea supletorio o secundario, sino porque la -- conducta desplegada encuadra perfectamente dentro del tipo gêne ro, al reunirse todos los elementos integradores del mismo.

En opinión de Francesco Antolisei, única --

(81) Soler, op. cit. p. 186

(82) Gravier, citado por Omeba, op. cit. p. 663

mente el principio de especialidad es necesario y suficiente para dilucidar los problemas que se presentan respecto al concurso aparente de disposiciones coexistentes, y lo califica como "la llave maestra para resolver las incertidumbres que se presentan respecto al concurso aparente de leyes y, por ello para la recta interpretación de numerosas normas penales: , señala además que la significación de este principio es clara, "pre-supone la existencia de una relación de genus ad speciem entre dos normas y afirma que en tal caso la norma especial posee la prioridad sobre la norma general excluyendo su aplicación" y -- agrega que en cuanto a la esencia de la relación mencionada, -- que por su naturaleza implica que todos los elementos contenidos en el tipo general estén comprendidos en el tipo especial, -- que debe presentar además uno o varios elementos particulares -- que han denominado y pueden muy bien llamarse "específicos" o "especializantes". La norma general tiene por tanto, una mayor extensión que la especial; más aún, puede considerarse a esta -- como un sector de aquella, sector que se caracteriza por algunos elementos particulares." (83)

Con base en los criterios doctrinales apuntados con anterioridad, podemos concluir válidamente que, las características del principio de especialidad son las siguientes:

- a).- El tipo especial, tiene prevalencia sobre el tipo general, cuando concurren de manera aparente a regir un hecho punible.
- b).- El tipo especial impide la posible aplicación del tipo general al caso en disputa aparente.
- c).- El tipo especial debe contener íntegramente -- los elementos constitutivos de tipo general.

(83) Idem. pp. 116 y 117

- d).- Además, el tipo especial debe contener otros elementos llamados "especializadores", adicionales a los integradores del tipo general.
- e).- El tipo especial, constituye una entidad consentido más restringido que el tipo general.
- f).- El carácter especializador del tipo, puede - agravar (tipo calificado) o atenuar la pena- (tipo privilegiado).

Ahora bien, en cuanto al método que nos -- conducirá a elegir el tipo especial, el maestro Pavón Vasconcelos, señala que resulta fundamental "para encontrar el camino - que conduzca con seguridad al jurista en la determinación de la norma especial, el examen cuidadoso y exhaustivo de las normas en conflicto, a fin de establecer tanto los elementos comunes - como destacar los elementos de especialización existentes en -- ellas, por ser estos últimos los que habrán, en definitiva, de establecer la procedencia de la norma especializadora sobre la norma general. No debe pues, perderse de vista que el punto de partida a considerar por el intérprete es que la ley establece una dualidad reguladora respecto del mismo supuesto fáctico, de manera que precisada esta cuestión a él corresponde encontrar, - de entre esas normas, cuál debe ser considerada "especializadora", en razón de los elementos que la conforman". Y concluye -- este autor, citando a Puig Peña: "No habrá problema, como es na tural, cuando de una manera clara y patente una de las normas - esté íntegramente contenida en la otra y además contengan algún elemento especializador. En los demás casos, sí puede existir - cuestión, si bien los autores, con certero sentido, entienden - que debe considerarse como *lex specialis* aquella que verifica -

una descripción más concreta de los hechos. La interpretación - pues, juega un papel trascendental y gracias a ella y teniendo a la vista los requisitos que hemos puesto de manifiesto, se -- resolverán las dudas existentes sobre el particular. Conviene, - por otra parte, no olvidar que en numerosos casos, de la misma - comparación en abstracto de las leyes se podrá deducir que una - de ellas resulta conceptualmente más restringida que la otra. - Así, por ejemplo, como dice Hippel, resulta patente y claro en - la misma abstracta comparación de los tipos penales que el hur - to por necesidad, de alimentos o vestidos, es *lex specialis* con - relación a la figura genérica del hurto; y como este ejemplo -- del Derecho Alemán, se pueden citar muchísimo del Derecho Espa - ñol, en los que la relación de especialidades se infiere ense - guida de esa abstracta comparación de las normas punitivas". -- (84)

No está por demás decir que en la búsqueda de la norma especial, el aplicador de la ley debe acudir a los - medios de interpretación ya conocidos, apoyándose si se trata - de una interpretación lógica o teleológica en los elementos his - tóricos, sistemático o de derecho comparado". (85)

Por otra parte, en nuestra legislación se - contempla únicamente el principio de especialidad, por conside - rarlo suficiente para resolver los problemas derivados de la -- concurrencia de normas incompatibles entre sí.

Precisamente, en la iniciativa de reformas al Código Penal, que durante el período ordinario de sesiones - de 1983, el ejecutivo federal sometió a la soberanía del H. Con - greso de la Unión, entre otras iniciativas, se estimó lo siguien - te: "Se considera que basta con la enunciación de este principio,

(84) Pavón, *op. cit.* pp. 104 y 105

(85) *Idem*, p. 105.

reconociendo que un importante sector de la doctrina penal sostiene que en el principio de especialidad quedan suficientemente incorporados otros métodos para la solución de la concurrencia, como pueden ser los de consunción o absorción y subsidiaridad". (86)

En esa virtud, el artículo 6o. del Código Penal para el Distrito Federal, en la actualidad prescribe textualmente lo siguiente:

"ART. 6o.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia -- obligatoria en México, se aplicaran estos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del libro segundo.

"Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."

La interpretación que nuestro más alto --- Tribunal de Justicia ha sustentado sobre el principio de especialidad que nos ocupa, es el siguiente:

"DISPOSICIONES ESPECIALES.- Es bien sabido en derecho que las disposiciones especiales, como caso de excepción son derogativas de las reglas generales que contradicen." (87)

La incorporación en el Código Penal para -

(86) Porte Petit, op. cit. p. 93

(87) Apendice al Semanario Judicial de la Federación que compila Jurisprudencia común al Pleno y Salas de 1917 a 1965, Quinta Epoca, Sección Primera, Jurisprudencia 91. p. 164

el Distrito Federal del principio de especialidad, en substitución del principio de mayor gravedad de la pena, previsto originalmente en el derogado artículo 59 del mismo ordenamiento punitivo, constituye, como lo afirma el distinguido jurista -- Celestino Porte Petit, "un singular adelanto en nuestra legislación penal" y señala este autor que: "suprimido, derogado el artículo 59, que se refiere a aquellos casos en que existen -- dos normas que regulen el mismo núcleo, pero asignando sanciones distintas, debe aplicarse la de mayor penalidad de acuerdo con el principio de estar a lo más favorable al reo, considerando consecuentemente que el acierto acompaña al legislador -- mexicano, al derogar el nada afortunado artículo 59 del Código Penal de 1931". Abundando en este tema hace referencia al Código Penal para el Estado de Tlaxcala, señalando que tal ordenamiento "nos ofrece una reglamentación diametralmente opuesta a la segunda por la legislación nacional, al disponer en el artículo 59 que "cuando un delito pueda ser considerado en dos o más figuras delictivas distintas y bajo cada una de ellas merezca una sanción diversa, se impondrá la menor", con lo cual, estamos en presencia del principio que podríamos llamar de "menor punibilidad", postura legal, que rechaza acertadamente la aplicación del principio de mayor punibilidad, inspirado en la concepción retributiva de la pena, en la afirmación de que --- "es lo típico de la ley penal hacer el pronunciamiento punitivo no en el sentido de la dulcificación sino en el sentido de la mayor intimidación". (Puig Peña, Colisión de Normas Penales p. 114. Barcelona, 1955)." (88) .

En la doctrina existen opiniones divididas sobre la autonomía y eficacia del principio de mayor grave

(88) Porte Petit, op. cit. pp. 91 y 97

dad de la pena, Puig Peña, señala que llegan a sostener que este principio es distinto a los demás y precisa:

- "1.- Que las normas penales puestas en relación de rango punitivo, tienen que ser disciplinantes del mismo hecho sin alteración fundamental del supuesto fáctico de los rangos del mismo.
- "2.- Las leyes punitivas puestas en concurrencia en orden de mayor a menor gravedad, no deben estar situadas en relación de condicionalidad.
- "3.- Las penas o sanciones que describen las dos normas puestas en colisión son de diferente intensidad, siendo una de ellas más grave que la otra". (89)

Por su parte, Pedro Aspe, se inclina a favor de este principio, por considerar que "el interés pragmático de este precepto (artículo 59) constituye uno de los grandes aciertos propios del legislador mexicano, pues reside en que resuelve las perplejidades que en la práctica a menudo se suscitan en torno a la clasificación jurídica de los hechos incriminados cuando presentan simultáneamente los caracteres de dos delitos distintos." (90)

Contrariamente al criterio anterior, Jiménez Huerta señala: "Diferimos diametralmente de tan encomiástico juicio, pero obligados por un imperativo de sinceridad científica, manifestar que el precepto contenido en el citado artículo 59, es superlativamente desafortunado si se le enjuicia con las luces que ministra el moderno Derecho Punitivo, pues si bien dicho precepto idéntico al recogido en el artículo 196 del Código Penal de Martínez de Castro, pudo ser en el año de 1871 una solu

(89) Puig Peña, citado por Porte Petit, op. cit. p. 95

(90) Ibidem.

ción práctica, dadas las tinieblas que por aquel entonces envolvían los problemas jurídicos-penales, en 1931, fue promulgado el vigente Código, resulta inadmisibile, dada la claridad científica que ya en esa época iluminaba el ámbito del Derecho Penal". Reitera su criterio este autor, al anotar que "el desacierto -- con que en el artículo 59 se intenta resolver los casos de aparente plural encuadramiento de una conducta en la ley punitiva, es tan paladino, que incluso hállase en flagrante contradicción con el propio sistema del Código, ya que en el mismo se otorgan auténticos tipos especiales de otro general, verdaderos privilegios en orden a la pena." (91)

Sobre la operancia de este principio de -- mayor penalidad, Jiménez de Asúa hace notar que tal principio -- "no entraña criterio alguno" (92), asimismo Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, que la regla contenida en dicho principio merece prácticamente la consideración de superflua (93). En este sentido Pavón Vasconcelos expresa que: "salta a la vista, sin -- mayor consideración, la deficiencia estructural del precepto de nuestra legislación (94).

2.- El principio de Consunción o Absorción. -- La improcedencia de este principio es argumentada por algunos -- doctrinarios, como en el caso de Francesco Antolisei que expresa lo siguiente: "a nuestro entender, la consunción carece en -- absoluto de consistencia. ¿Qué cosa significa, efectivamente -- "consumir"? Significa, absorber, extinguir. Diciendo que una -- norma consume en sí a otra, no se dice sino que un tipo legal -- absorbe a otro de ello, en el sentido de que aplicándose el pri -- mero, no se aplique el segundo, que queda así extinguido. Pero --

(91) Jiménez, Huerta, citado por Porte Petit, pp. 95 y 96

(92) Jiménez de Asúa, citado por Porte Petit, op. cit. p. 96

(93) Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, citados por Porte -- Petit, op. cit. p. 96

(94) Pavón, op. cit. p. 140

si ello es así, resulta evidente que la consunción, o sea la absorción de una disposición en otra, es una característica común a todos los casos de conflicto aparente de normas. Se deriva de ello que el denominado principio de la consunción, no posee nada de característico y expresa solamente la absorción de un tipo en otro, lo que constituye el efecto general del concurso de leyes. Cuando para dar al principio alguna autonomía, se dice que encuentra aplicación cuando una norma es "de mayor alcance que la otra", se expresa un concepto sobremanera obscuro que no puede conducir más que a equívocos y confusiones en esta materia". (95)

De manera concordante, Carlos Fontan Bailestra, afirma: "Hay otras dos situaciones de relaciones contempladas por parte de la doctrina, cuando se trata del concurso aparente de leyes, que consideramos deben desecharse: La alternatividad y la consunción. . . creemos que tiene razón Von Hippel cuando dice que es superfluo el caso que se ha dado en llamar relación de consunción: "una palabra sin contenido claro que en parte indica casos diversos de los de concurso de leyes, en parte casos de especialidad o subsidiaridad. "...consunción no es una relación; es un resultado: el que alcanza eliminando las figuras que no corresponde tomar en consideración." (96)

Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, en su obra Comentarios al Código Penal, anotan que: "la propia noción de consunción nos inclina a desechar la posibilidad de atribuir a ésta una autonomía frente a la subsidiaridad" (97), otros opinan ante el principio de especialidad.

(95) Antolisei, op. cit. p. 115

(96) Fontan, op. cit. p. 251

(97) Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, citados por Porte Petit, op. cit. p. 89

No obstante estas opiniones adversas sobre la operancia de este principio, distinguidos autores admiten y sostienen la procedencia del principio de consunción e incluso han destacado las características que lo distinguen de los demás principios, mismas que le otorgan autonomía y justificación.

El maestro Porte Petit, reflexiona sobre la distinción existente entre el principio de especialidad y el de consunción expresando que: "Si comparamos la naturaleza y los efectos de la norma especial con la norma de mayor amplitud, observamos que ambas normas absorben en forma inversa, pues no obstante que la función de ambos preceptos es absorbente, en un caso, norma especial, se reduce su campo, y en el otro, norma de mayor extensión, se amplía, es decir, en el principio de especialidad, se absorbe lo más, reduciéndolo a lo menos, y en el principio de absorción, se absorbe lo menos en lo más. Consiguientemente, el principio de consunción no puede abarcar al de especialidad, ni éste a aquél, porque la función de ambos es absorbente, el de consunción lo hace de lo menos a lo más y el de especialidad, de lo más a lo menos, teniendo por tanto, dichos principios, su autonomía." (98)

Pavón Vasconcelos, hace referencia a la confusión existente entre algunos autores, sobre el principio en estudio y el de especialidad y señala que: "No es extraño observar que este principio haya sido confundido, por algunos, con el de especialidad, llegándose a estimar que el fenómeno de la absorción se opera en razón de que los elementos constitutivos de las normas en conflicto permiten a una de ellas prevalecer sobre la otra, a virtud de su mayor amplitud. La fórmula *lex consumen derogat ley consuptae*, revela que su sentido se --

(98) Porte Petit, op. cit. p. 94

apoya en la circunstancia de que las normas en colisión comprenden el mismo hecho, pero una de ellas adquiere preferencia en su aplicación en cuanto por su mayor alcance abarca y consume a la otra. De allí que sea común el criterio de que el principio de consunción funciona cuando el hecho previsto por una ley está comprendido, en el tipo descrito por otra que es de más amplio alcance". Y agrega diciendo: "Así expuesto el principio parece confundirse con el de especialidad, ya que en éste, como dejamos asentado, se afirma la aplicación de la norma cuyos elementos integrantes la hacen de un mayor alcance y amplitud que la excluida. Por ello hácese necesario precisar que en la consunción el mayor alcance de la norma aplicable no radica en su amplitud descriptiva, en función de los elementos "especializantes" que en ella concurren, sino en su entidad valorativa que absorbe a la norma en conflicto, excluyendo su misión sancionadora". (99)

Para Mezger la procedencia de una de las leyes penales ante la otra, resulta de "la relación valorativa de ambas leyes", y opera "cuando una ley, que conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo, de la otra, no deja venir por ello en aplicación a esta última y más bien la excluye, el fundamento que justifica dicha exclusión no lo suministra la relación lógica de ambas leyes entre sí, sino más bien la determina el propio sentido de las mismas con arreglo a una interpretación de valuación valorativa". Asimismo, señala que: "dicha valuación valorativa debe incorporar al círculo de sus consideraciones todas las circunstancias del caso, también las más concretas. Con otras palabras: como quiera que ahora no se trata de una relación lógica de las diferentes leyes entre sí, el resultado definitivo no puede ya obtenerse a diferencia del caso de la especialidad, de una comparación de los ti -

(99) Pavón, op. cit. p. 106

pos delictivos abstractos, sino de ordinario tan sólo de la configuración concreta del caso de que se trate". (100)

Se ha reprochado a Mezger la indebida amplitud dada al principio de la consunción, pues el concepto elaborado sobre "desvalor" de la norma, el cual se absorbe frente al dispositivo de mayor entidad valorativa, prescinde de la subsidiaridad, debiendo aplicarse a casi todos los casos de concurso aparente, con lo que parece diluirse la substantividad de -- aquel principio. (101)

Jiménez de Asúa también en oposición al criterio anterior, señala que: "este principio a diferencia de lo que cree Mezger ejerce su imperio cuando el hecho previsto por una ley o por una disposición legal está comprendido en el tipo descrito en otro, y puesto que esta es de más amplio alcance, se aplica con exclusión de la primera, la mayor amplitud de la ley o de la disposición legal puede derivar del bien jurídico tutelado por otra ley o de la naturaleza de los medios adoptados o de los efectos producidos, o bien de que aquella asuma -- como elemento constitutivo o circunstancia calificada del hecho previsto por otra ley". (102)

A pesar de las críticas anteriores, Pavón Vasconcelos asegura que en la actualidad priva en la doctrina -- "el criterio valorativo", que permite la absorción de una norma por otra y respalda la opinión de Etcheberry, en el sentido de que "resulta innecesario que la conducta o el hecho "consumidos" estén comprendidos en la descripción del tipo consumidor, ya -- que basta que de este último se desprenda la voluntad del legislador de castigar el acto mismo realizado y todos aquellos ----

(100) Mezger, op. cit. p. 329

(101) Mezger, citado por Pavón, op. cit. p. 107

(102) Jiménez de Asúa, op. cit. p. 147

otros que ordinariamente lo acompañan, y cuyo carácter delictivo autónomo debemos suponer, en consecuencia, ya previsto por el legislador e incluido en la penalidad que se atribuye al tipo consumidor. El criterio valorativo apuntado, en el cual descansa el precepto mismo de la consunción, hace necesaria por parte del juzgador una actividad tendiente a valorizar tanto el hecho mismo como su ilicitud. No se concluye sin embargo, precipitadamente, que el bien jurídico de mayor importancia desplace siempre al de menor entidad, pues no debe entenderse, en ese punto únicamente a determinada jerarquía del bien, sino fundamentalmente a su "alcance conceptual", ya que para que un bien jurídico consuma a otro debe comprenderlo dentro de sí produciendo el fenómeno de que su ofensa desplace, por su gravedad, a la ofensa del bien menos amplio". (103)

La hipótesis de la consunción, para Soler se da entre figuras delictivas que, sin mantener un nexo de especialidad o de subsidiaridad, aparecen en la ley relacionadas de tal manera que importan, la una frente a la otra un menos respecto a un más, o la parte en relación al todo, o algo imperfecto y no concluido respecto a algo perfecto y concluido o el medio o el fin presupuesto. En estos casos la figura mayor elimina a la menor o, más precisamente, la consume, tanto en su pena como en su tipo, que es lo característico del curso de leyes (*lex consumes derogat lege consumptae*). Ello sucede, según explica Soler, porque en uno de los tipos "hay una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función-punitiva no sólo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo". (104)

(103) Pavón, op. cit. p. 107

(104) Soler, op. cit. Tomo II, pp. 179 y 180

Por su parte, afirma Gravier: "como forma más perfecta la consunción de un delito consume a la tentativa del mismo delito. La instigación es consumida por la autora en el delito respectivo. Este caso es el del sujeto que habiendo instigado a otro a cometer un delito, concurre luego a su ejecución en calidad de autor. La conducta de ese sujeto no puede ser encuadrada simultáneamente en la norma que prevee la instigación y en la figura que define la autoría del respectivo delito, porque ésta, como forma más completa, absorbe a aquella". - (105)

Al no existir en nuestra legislación punitiva disposición que establezca solución a los casos de consunción, acertadamente el maestro Pavón Vasconcelos señala que: -- "sólo mediante la síntesis interpretativa puede el jurista determinar cuándo es posible y a virtud de qué circunstancia la aplicación del citado principio. Desde luego creemos en la imposibilidad de establecer a priori y exhaustivamente los casos de consunción, ya que si el conflicto de leyes no se limita al área, por así decirlo, de los tipos penales, resulta francamente difícil prever todas las hipótesis de consunción". (106)

A continuación analizaremos los casos más comunes que un sector de la doctrina admite en relación al fenómeno de la consunción, como son: las infracciones progresivas, delitos de peligro y de lesión, delitos complejos y compuestos, conductas previas al hecho punible y conductas posteriores o actos posteriores impunes, a saber:

a).- Infracciones Progresivas.- La doctrina se ha ocupado de casos en los que a pesar de la pluralidad de conduc-

(105) Gravier, citado por Omeba, op. cit. p. 664

(106) Pavón, op. cit. p. 108

tas delictivas, no puede hablarse con propiedad de un concurso de delitos. Se afirma que tanto el delito progresivo como la progresión delictiva, constituyen la excepción a los concursos que, no obstante la pluralidad de conductas se produce el fenómeno de que una de ellas se vincule a las otras en forma tal que la actuación del juzgador, en su función de interpretar y practicar la ley, habrá de concluir en considerar subsumibles todas ellas en una sola. (107)

En opinión de Jiménez de Asúa, "el delito progresivo existe cuando el agente pasa de una conducta inicial que realiza un tipo de delito más grave, en el que se incluyen los elementos constitutivos del delito más leve". Y señala a manera de ejemplo, que la "forma progresiva minusplus" se da en el caso "de que el autor lesiona a una persona que -- después muere, sólo hay homicidio y no lesiones y muerte". (108)

Para Soler, las infracciones progresivas "se concretan cuando la violación de la ley principal se va -- llegando por grados sucesivos, uno o varios de los cuales pueden ya en sí mismos ser delictuosos, pero los hechos están de tal modo vinculados, que la etapa superior del delito absorbe totalmente a la menor, en su pena, en su tipo o figura. Otros delitos están escalonados en la ley de acuerdo a diversos grados, en cuanto a su gravedad, aún siendo del mismo género, como sucede por ejemplo, con lesiones (leves-graves-gravísimas)-o, los delitos contra la propiedad (hurto-hurto calificado-robo-robo calificado)". (109)

Se afirma la existencia del delito progresivo cuando una norma que describe en forma abstracta un ti

(107) Idem, pp. 108 y 109

(108) Jiménez de Asúa, p. 148

(109) Soler, op. cit. Tomo II. pp. 180 y 181.

po legal contiene en sí a otro tipo, de manera que la realización de aquel no puede cumplirse sin la realización de este. - Se trata en realidad de dos figuras relacionadas abstractamente, en función de la norma que los prevé; teóricamente cada -- una de ellas integra un tipo delictivo particular, pero para -- constituir un delito progresivo "es necesario que, exista entre ambas figuras, en el caso concreto, una relación de causalidad material y que la voluntad criminal sea única, de tal manera que la concurrencia de estos factores determine la unidad de su valoración jurídica". (110)

Las infracciones progresivas, son situaciones en las que la ley ha previsto una relación entre determinadas figuras delictivas, considerando que a la ejecución de una de ellas (ley principal) puede llegarse a veces, gradualmente y a través de etapas sucesivas, una o varias de las cuales importan ya delitos autónomos configurados. En estos casos la ley principal consume a las demás de rango inferior y - excluye su aplicación concurrente. Por ejemplo: un sujeto, en un sólo contexto de acción, dispara su arma contra otro, sin herirlo, enseguida le infiere lesiones graves, luego por fn, lo mata. Se presentan aquí reclamando aplicación a un tiempo los artículos 104, 90 y 79 del Código Penal (Argentino). Pero no obstante la independencia formal de esas incriminaciones, - se advierte entre ellas una relación con la cual el abuso de arma y la lesión aparecen sólo como grados o etapas en el camino del delito de mayor magnitud que es el homicidio. Por eso se dice que las figuras menores son consumidas por la mayor, - que constituye respecto a aquella el término máximo en la progresión. (111)

(110) Etcheberry, citado por Pavón, op. cit. p. 109

(111) Omeba, Tomo III, p. 665

En nuestro Derecho, anota Pavón Vasconcelos, constituyen casos de progresión criminal la falsificación de documentos con el uso de los mismos por el falsario (artículo 244 y 246, fracción II); el abandono de persona cuando origina lesión o muerte del abandonado (artículo 335, 336 y 339); el allanamiento de morada con el robo en casa-habitación (artículos 285, 367 y 381 fracción I) y el asalto con relación al robo con violencia (artículos 286, 367 y 372). (112)

Este autor señala que: "en ocasiones los actos vinculados están referidos en la ley a diversos resultados, mas o menos graves, constitutivos de un sólo delito, así por ejemplo, si un sujeto al golpear con el puñal sobre el cuerpo de la víctima, causa lesiones leves, graves o calificadas - en razón de sus consecuencias, estas últimas habrán de constituir la etapa final en cuanto a la gravedad de la violación de la ley, que absorbera la penalidad de las otras, excluyendo la aplicación de las normas que las preven. En el ejemplo de un delito pluri-subsistente, en el que a pesar de la pluralidad de actos y de los múltiples resultados, no surge el concurso de delitos, por existir unidad en la conducta (acción) con unidad en el delito (113).

Silvio Ranieri precisa que existe esta - progresión delictuosa cuando "una figura penal precedentemente ejecutada, resulta al fin concretada por la realización sucesiva de otras figuras penales, en la cual se encuentra ya contenida. (114)

* La diferencia con el principio de especialidad, que se basa en que una norma contiene los mismos elementos que otra, por su mayor amplitud excluye a la otra, radi

(112) Pavón, op. cit. p. 110

(113) Idem, p. 111

(114) Ranieri, citado por Pavón, op. cit. p. 111

ca en que la progresión criminosa, no se está en presencia de una norma de mayor amplitud descriptiva, sino ante una sucesión de conductas vinculadas por el mismo propósito, en que la conducta encuadra en la norma de mayor alcance valorativo "absorbe" a todas las precedentes que tipifican actividades de menor relevancia jurídica y las cuales por su vinculación con la más grave, quedan consumidas en ella. De lo dicho infiere que la progresión criminosa precisa de una sucesión de actos, de menor a mayor significación valorativa, que en conjunto constituyen un sólo delito, como acontece en la violación por cuanto a los actos de coacción previos a la obtención de la cópula, o a la violencia anterior que se precisa para la consumación del robo con tal circunstancia calificativa." (115)

Puig Peña describe el delito progresivo como una "serie escalonada de actos" de alcance estrictamente jurídico en el sentido de menos a más y afirma que: "la actividad criminal procede de una forma menos grave a otra forma más grave siendo en realidad una conducta delictiva perfectamente configurada. Tal sucesión de actos precisa, además que se realicen dentro de la misma unidad psicológica, esto es, que la pluralidad de comportamiento o de actividades físicas del sujeto obedezcan al mismo "patrón psicológico" por cuanto constituyen la expresión material de un fin concreto y predeterminado, siempre y cuando tales conductas previas, por razones diversas, no tengan sustantividad propia." (116)

Destaca Pavón Vasconcelos que dentro del proceso ejecutivo de normas pueden encontrarse en relación de medio a fin, en cuyo caso el delito que constituye la meta en la progresión, absorbe al primero, cuando la interconexión

(115) Pavón, op. cit. p. 112

(116) Puig Peña, citado por Pavón, op. cit. p. 112

anotada se establece valorativamente. Sin embargo señala la existencia de una limitante para que tal criterio opere, consistente en que "no sólo la necesidad de ejecución del delito medio para consumar el delito fin, sino además que el primero no tenga una significación particular y trascendente, desde el extremo --valorativo señalado anteriormente que impida su subsunción en el segundo, pues lo contrario equivaldría a pretender colocar en un rango secundario lo que tiene carácter principal, con violación del principio que proclama que el medio es siempre accesorio respecto del fin." (117)

Ahora nos referiremos a las circunstancias o interferencias como las denomina Puig Peña, que dan autonomía dentro de la progresión delictiva, a las conductas previas, secundarias o accesorios dentro de ésta infracción progresiva:

- Por determinación expresa de la Ley.- En ocasiones, el legislador impide el fenómeno de la consunción al --otorgar autonomía a las conductas previas integrantes de la progresión delictiva, de esta manera se rompe la unidad psicológica y objetiva.

Un claro ejemplo de ello es lo que ocurre en la falsificación de documento y el fraude, mando mediante la realización del primero se consuma el segundo, sin embargo el artículo 251 del Código Penal impide la consunción del primer delito dentro del segundo, al otorgarle plena autonomía al delito de --falsificación de documento.

- Por intensidad jurídica extraordinaria en la realización de las fases previas.- Alcanzan autonomía los actos-

(117) Pavón, op. cit. p. 113

previos a virtud de la intensidad jurídica extraordinaria que imprimen a estos actos, como ocurre cuando la violencia ejercida sobre el pasivo, produce lesiones que en su calificación --- exceden de las que racionalmente son necesarias para lograr el yacimiento con la víctima en el delito de violación, pues si -- bien las violencias ordinariamente se subsumen en la infracción por constituir el medio comisivo necesario por el tipo, cuando el ímpetu lesivo con que actúa el agente produce un resultado - antijurídico que va más allá del preciso para obtener el fin -- deseado, se impone sancionar aquél con independencia de éste. (118)

- Porque las conductas previas se aparten de la línea del delito de manera fundamental.- Cuando las conductas previas se aparten de manera fundamental de la secuencia lógica y natural que caracteriza a los "actos escalonadamente sucesivos que integran al fenómeno de consunción, se les otorga - a éstos el carácter autónomo respecto del delito fin", en este caso el ejemplo que propone Puig Peña ilustra debidamente lo anterior: "una persona lucha contra otra, sustrae a ésta el arma de fuego con la que le causa un disparo que le produce la muerte, el apoderamiento de esa arma quedará subsumido en la idea - del homicidio, porque quiérase o no, se trata de un acto realizado en la misma línea del delito; pero si el culpable en trance de matar a la misma persona verifica, unos días antes la --- substracción del arma de manos de un tercero, no estará consumido en la idea del homicidio porque el culpable se ha desviado, - con desviación esencial, de la línea delictiva". (119)

b).- Delito de peligro, de lesión o daño.- Se considera que la simple puesta en peligro del bien jurídico es consumi

(118) Puig Peña, citado por Pavón, op. cit. p. 113

(119) Ibíd.

mida por la lesión consumada, "pues esta última incluye en sí el desvalor delictivo de la primera", señala Mezger que la importancia decisiva respecto del contenido valorativo concreto de los preceptos de la ley, "lo muestra del mejor modo la circunstancia de que la puesta en peligro puede tener en el caso particular un sentido que excede de los límites de la lesión concreta", en cuyo caso es claro que "permanece inalterable su desvalor al lado de la lesión concreta." (120)

En nuestra legislación, el abandono (artículo 335 y 336) y los de lesiones y homicidio (art. 288 y 302) guardan igual relación consuntiva. (121)

c).- Delitos complejos y compuestos.- Se integran cuando varios hechos que en forma aislada configuran delito para efectos penales se manifiestan como elementos constitutivos o circunstancias agravantes de un solo delito. Constituyen el medio para la comisión de otro delito o bien son condiciones de punibilidad del correspondiente delito.

En la hipótesis del robo con homicidio, a que se contrae el artículo 433 del Código Penal Chileno, existe un concurso real que en la ley recibe el tratamiento de un delito único, pues como advierte Etcheberry, para la existencia de un concurso de leyes, "sería necesario que en definitiva uno de los delitos que integran la figura compleja desplazara al otro, y que la disposición que lo contempla fuera la única en recibir aplicación", lo que la infracción señalada no sucede, ya que ninguna de las figuras comprendidas por el tipo complejo excluye a la otra.

(120) Mezger, citado por Pavón, op. cit. p. 115

(121) Pavón, op. cit. p. 117

d).- Conductas previas o anteriores y conductas con comitentes.- Las conductas previas dentro de un proceso ejecutivo son absorbidas por el hecho consumado, carecen de independencia, formando una unidad con éste, desde un punto de vista valorativo.

El delito consumado comprende las fases anteriores del hecho punible, valorado como unidad. El delito consumado absorbe los resultados que constituyen actos previos a la consumación dentro del proceso ejecutivo de un delito, siendo ejemplo de tales actos previos la tentativa, como las lesiones dentro de un homicidio.

Soler afirma que: "en el camino de un delito, está consumido por este todo lo que constituya una etapa menor o anterior, es decir, todo aquello que no tiene el carácter -- de hecho autónomo sino de hecho previo". (122)

Por otra parte, también las conductas concommitantes ejecutadas por el autor son consumidas por el hecho principal, al encontrarse íntimamente vinculadas a éste en razón de su subordinación nacida de la amplitud normativa del tipo que las comprende; en tal caso, hay igualmente una pluralidad de conductas integrantes de una unidad típica que desplaza la posibilidad de un concurso, en función de la mayor entidad valorativa de la norma excluyente. Los abusos deshonestos realizados en la mujer al ejecutarse la violación, quedan consumidos por esta. Las injurias contemporáneas vertidas al resistir a la autoridad se subsumen en la mayor gravedad representada por la resistencia opuesta y que en sí contiene el desvalor de la injuria, teniendo en el caso plena vigencia la considera

(122) Soler, op. cit. p. 182

ción hecha por Carrara de que el que resiste tiene, como fin único, el impedir la efectividad contra él del acto de justicia, al cual en manera alguna coadyuva la injuria vertida, -- usada para dar mayor énfasis al acto de resistencia. Como en el caso de las conductas anteriores, la consunción resulta --- inexistente cuando las actividades concomitantes se apartan de tal manera del hecho típico considerado que no es posible estimar las adyacentes, desprendidas o subordinadas a el, por tener independencia indiscutible que hace imposible el fenómeno de la consunción. Si la violencia ejercida al copular, produce la muerte de la víctima, habrá dos delitos que sancionar: - la violación y el homicidio, como también habrá un caso de concurso si del ayuntamiento ilícito resulta víctima una enfermedad venerea. (123)

e).- Conductas posteriores.- Para Soler, "también - quedan consumidas por el tipo todas aquellas acciones posteriores que tampoco pueden ser consideradas autónomas, porque la - producción de ellas necesariamente presupone la imputación anterior." (124)

Como consecuencia, para que las conductas puedan considerarse consumidas por el delito principal, deben carecer de autonomía e independencia frente a este y por el contrario ser el resultado o consecuencia necesaria de éste.

Para Mezger, la intención tiene una importancia fundamental, pues a través de ella puede establecerse si - existe un nuevo desvalor delictivo; igualmente debe atenderse si el acto posterior lesiona a una nueva persona. (125)

(123) Puig Peña, citado por Pavón, op. cit. p. 119

(124) Soler, op. cit. p. 182

(125) Mezger, citado por Pavón, op. cit. p. 120

Soler concluye que "debemos considerar - consumido por la figura principal todo aquello que en cuanto - acción (anterior o posterior) está concebido por la ley como - explícitamente o implícitamente necesario, como así también -- aquello que dentro del sentido de una figura quod plerumque -- accidit". (126)

Para Pavón Vasconcelos, "el acto poste-- rior será impune solamente cuando, con toda estrictez, pueda - como tal, ser considerado; es decir, que sea un verdadero acto posterior y no una acción autónoma ejercitada en otra direc -- ción, lo cual se caracteriza solamente por el hecho de que recaiga sobre otra persona, sino por la naturaleza del nuevo hecho cometido con relación al poder "de absorción" de la figura anterior. Beling cita como ejemplo de estafa posterior puni - ble, la que realizaría el ladrón que lograra engañar al dueño- y se hiciese comprar por él el objeto robado. Puede agregarse el caso en el cual se roba para realizar con lo robado una ma- niobra engañosa, como la de aparentar bienes, por cierto que - sin vender. Debe tenerse especialmente presente que, para con siderar consumida una acción por otro tipo, es necesario que - aquélla no constituya un plus sobre la descripción que la figu - ra contiene. Así, la ley usa una expresión genérica y menos -- grave, no podrá estimarse que comprende también una acción es- pecífica y mayor. Por ejemplo, la expresión "violencia" no ab sorbe a la acción de lesionar; la expresión "poner manos en la autoridad" no absorbe cualquier daño causado a la persona". (127)

A continuación nos permitimos reproducir ejecutorias pronunciadas por la Primera Sala de la H. Suprema- Corte de Justicia de la Nación, en las que aplica el principio en estudio:

(126) Soler, op. cit. Tomo II, p. 189

(127) Pavón, op. cit. p. 122

"ABANDONO DE PERSONA Y HOMICIDIO.- Tratándose de un delito de peligro que la ley sanciona precisamente por la posibilidad en -- que se coloca a la víctima de sufrir daños, el abandono se subsume cuando aquellos se -- presentan en la forma de homicidio. La figura delictiva del abandono es absorbida -- por la del homicidio; y en tal virtud el -- hecho mismo del abandono sólo debió ser tomado en cuenta por el sentenciador para moverse dentro de los límites mínimo y máximo de la pena, pero no para condenar también -- por dicho ilícito. (128)

AMENAZAS Y VIOLACIONES.- Aunque sea cierto que el reo amenazó a la ofendida, debe estimarse que si en esto consistió la violencia moral, que es uno de los elementos integrantes del delito de violación, resulta indebido considerar este hecho como un delito separado, ya que tales amenazas se subsumen -- en la violación. (129)

"HOMICIDIO. LA TENTATIVA DE. ABSORBE AL DELITO DE LESIONES.- No es exacta la aseveración del quejoso en el sentido de que el delito de lesiones absorbe la tentativa de -- homicidio, y que por lo mismo, sólo deba -- ser sancionado por las lesiones. Al contrario, cuando hay el propósito de matar, el -- homicidio en grado de tentativa absorbe al delito de lesiones; el que no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para hacerlo y de haberlos empleado con el fin determinado de dar muerte, es responsable de homicidio en grado de tentativa, ya que este delito si no se basa en el resultado, si se funda en contra del agente, en su intención homicida. En el delito de lesiones la intención debe interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues -- si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homici --

(128) Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Tomo -- XXVII, p. 9

(129) Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Tomo -- XVI, p. 10

dio, de donde resulta que el elemento intencional de lesiones contiene en sí mismo un negativo consistente en la ausencia de voluntad homicida. De aquí que el dolo de las lesiones es excluído por la intención directa de matar que lleva la tentativa de homicidio, y es una cuestión de hecho establecer cuando concurre este propósito, el cual, ciertamente no puede deducirse de la naturaleza de -- las lesiones inferidas, pues son las circunstancias del caso las únicas que pueden señalar si el autor quiso ir más allá y deseo -- la muerte de la víctima". (130)

"HOMICIDIO Y PORTACION DE ARMA PROHIBIDA. -- Si el acusado lleva siempre consigo el arma blanca instrumento del delito, resulta que -- su portación no tuvo como finalidad perseguir la de privar de la vida al ofendido, para que su portación pudiera declararse como acto anterior impune con referencia al delito principal, que es el presupuesto que refiere el principio de absorción, cuando un delito es medio conductivo para la realización del otro". (131)

LESIONES, NO ABSORBE A LA TENTATIVA DE HOMICIDIO DEL DELITO DE. POR LO CONTRARIO, EL HOMICIDIO COMETIDO EN GRADO DE TENTATIVA ABSORBE AL DELITO DE LESIONES.- El que no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para -- hacerlo y de haberlos empleado con el fin de terminado de dar muerte, es responsable de -- homicidio en grado de tentativa, ya que la -- existencia de este delito, si no se basa en el resultado, sí se funda, en contra del -- agente, en su intención homicida. En el delito de lesiones la intención debe interpretarse -- como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, de donde se observa que el elemento intencional de lesiones contiene en sí mismo uno negativo consistente en la ausencia de voluntad homicida. De aquí que el do

(130) Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente, 1969, Primera Sala, p. 52

(131) Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo IX, p. 18

io de las lesiones es excluido por la intención directa de matar que lleva la tentativa de homicidio, y es una cuestión que incumbe al sentenciador establecer cuando concurre este propósito, el cual, ciertamente, no puede deducirse de la naturaleza de las lesiones inferidas, pues son las circunstancias del caso las únicas que pueden señalar si el autor quiso ir más allá -- y deseó la muerte de la víctima. (132)

"VIOLACION Y LESIONES.- Entre los elementos --- constitutivos del delito de violación figura -- el elemento violencia física o moral, y es inconcuso que las lesiones que reportaba el cuerpo de la ofendida no pueden integrar un delito-- destacado, si lo son del delito de violación -- sexual." (133)

De lo anterior, observamos como características fundamentales del principio de consunción o absorción, las siguientes:

a).- La norma de mayor amplitud, absorbe a la norma de menor extensión.

b).- Las normas consumida y consumidora, se relacionan una frente a la otra, como si se tratara de un menos respecto a un más, de la parte respecto al todo, de lo imperfecto a lo perfecto o de un medio a un fin.

c).- Es presupuesto que el hecho punitivo previsto en una norma, esté comprendido en el tipo consumidor, por ser este el de mayor alcance, sin embargo no es necesario que el tipo consumido se encuentre descrito de manera íntegra en el tipo consumidor, ya que es suficiente que de la voluntad del legislador se desprenda la intención de sancionar el acto principal como --

(132) Informe Rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente, 1966, Primera Sala, pp. 40 y 41.

(133) Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Tomo VII, p. 98

aquellos actos que ordinariamente lo acompañan, de tal manera que estos últimos se encuentran previstos tanto en la penalidad como en el tipo.

d).- La norma consumidora realiza una función punitiva no sólo por cuenta propia, sino por cuenta del tipo o tipos consumidos.

e).- El mayor alcance de la norma consumidora no radica en su mayor amplitud descriptiva, en función de los elementos que la integran, sino de su entidad valorativa que absorbe a la norma que concurre de manera aparente a disciplinar el mismo hecho punitivo.

f).- La mayor amplitud de la ley o de la norma consumidora puede tener como fundamento lo siguiente:

- Su mayor alcance conceptual
- Que tutela un bien jurídico de mayor importancia que el protegido por la norma que concurre a regir de manera aparente el hecho punible.
- Que la descripción del tipo consumido, constituya el medio comisivo del tipo consumidor.

g).- La aplicación de la norma consumidora, impide y excluye toda posibilidad de aplicación simultánea o con-temporánea de la norma consumida e incluso impide la aplicación sucesiva o posterior de ésta, ya que de lo contrario implicaría una violación al principio "non bis in idem" consagrado por el artículo 23 Constitucional, que establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Al referirse el precepto constitucional señala do a la expresión "mismo delito", alude a la conducta, acción - u omisión desplegada por el sujeto activo del delito y no al -- nombre jurídico de la infracción legal de que se trate, es de-- cir, se refiere al acto o actividad que se atribuye al acusado- y no al tipo penal en el cual se le clasifica. La doctrina al- respecto es unánime. (134)

En este sentido se ha pronunciado la H. Supre- ma Corte de Justicia de la Nación, como se desprende de las te- sis, cuyo tenor literal indican:

"La prohibición del artículo 23 Constitucional se refiere a los hechos constitutivos del deli- to motivo del proceso, no a su clasificación - jurídica". (135)

"ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.- Este precepto,-- al ordenar que nadie puede ser juzgado dos ve- ces por el mismo delito, sea que en el juicio- se le absuelva o se le condene, se refiere a - los hechos que constituyen la infracción penal motivo del proceso, pero no a su clasificación jurídica o legal, y si los hechos son los mis- mos y el Tribunal de Alzada no resuelve sobre- ello, sino que nulifica la sentencia del juez- de primera instancia y le devuelve el proceso- para que lo falle nuevamente, por considerar - que ha habido una violación sustancial del pro- cedimiento, con ello viola el citado artículo- 23 Constitucional y procede conceder el amparo al agraviado, para los efectos de que el Tribu- nal dicte la resolución que corresponda confiri- mando, revocando o reformando la del juez de - primera instancia". (136)

3.- El Principio de Subsidiaridad.- Existe con- troversia sobre la procedencia de este principio, autores como-

(134) Zamora Pierce, Jesús, Garantías y Proceso Penal, 2a. ed.- México, Editorial Porrúa, S.A., 1987, p. 274.

(135) Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo - XXXII, p. 2081.

(136) Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo - CXVIII, p. 305.

Mezger, Ranieri, Honin, Lentz Selo, niegan de plano, por considerar que se encuentra incluido dentro de la consunción o dentro de la especialidad.

Antolisei señala sobre la subsidiaridad que tampoco puede acogerse, y ello por dos razones: En primer lugar porque no se funda en el derecho positivo de su país, y "al no existir alguna disposición legal que de manera directa o indirecta lo sancione"; en segundo lugar porque, "aún prescindiendo de las graves incertidumbres a que pueda dar origen, no resulta necesario". Y agrega "se observa que la norma que es o aparenta ser subsidiaria comprende también los hechos considerados en la otra, que tiene una extensión más estrecha, presentando algún elemento posterior . . . es esta la característica del principio de especialidad, el pretendido principio de subsidiaridad termina por conducir en la práctica a los mismos -- resultados y por ello, debe considerarse superfluo". (137)

Ranieri en su Manual de Derecho Penal, - puntualiza que "puede sostenerse que el principio de la subsidiaridad, en los casos en que un mismo hecho queda incluido en varias disposiciones, o en que un hecho se encuentra comprendido por otro, resulta eliminado o por el principio de la especialidad o por el de la consunción". (138)

No obstante lo anterior, importantes autores consideran operante este principio y argumentan lo siguiente:

Fontecilla Riquelme, señala que "una ley es subsidiaria respecto de otra, cuando ambas contemplan la --

(137) Antolisei, op. cit. p. 116

(138) Ranieri, citado por Porte Petit, op. cit. p. 89

violación de un mismo bien jurídico, pero en diversos grados de punibilidad, caso en que se aplica la ley principal". (139)

Se dice que una figura es subsidiaria cuando la ley dispone que su aplicabilidad está condicionada a que no sea aplicable otra figura más grave; o como expresa Hippel: "la ley subsidiaria cobra valor sólo en vía auxiliar, en caso de que la otra (primaria) no se deba aplicar". (140) De lo anterior se desprende que la figura subsidiaria es siempre menos grave que la figura primaria, y no media entre ellas la relación género - especie. El principio de subsidiaridad conduce a la consecuencia de que la figura primaria se aplique con exclusión de la figura subsidiaria.

En este sentido Jiménez de Asúa expresa: - "este principio consiste en que, cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de esta excluye la aplicación de aquella. *Lex primariae derogat legi subsidiariae*". Y explica: "una ley tiene carácter subsidiario respecto a otra principal, cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal, queda absorbido por esta.

Sebastian Soler define con claridad este fenómeno al expresar que "una figura es subsidiaria de la otra cuando la ley dispone que si la aplicación está condicionada a que no sea de aplicación otra figura (subsidiaridad expresa), o cuando una figura entra en composición de otra como un elemento constitutivo o circunstancia agravada y no como delito -tipo --

(139) Pontecilla, citado por Pavón, *op. cit.* p. 123

(140) Hippel, citado por Omeba, *op. cit.* Tomo III, p. 663

(subsidiaridad tácita)." (141)

Con base en lo anterior, podemos señalar - que las características que derivan del principio de la subsidiaridad, son las siguientes:

a).- La aplicación de la norma subsidiaria se encuentra condicionada, a la no aplicación de la norma principal al caso concreto. Es decir la norma subsidiaria se aplica cuando no es posible aplicar la principal.

b).- La norma principal y la subsidiaria protegen -- el mismo bien jurídico, aunque con diferencia de grados, la norma principal contiene un mayor poder de protección en cuanto al bien jurídico tutelado por ambas.

c).- Es incompatible la aplicación concurrente de la norma principal y la norma subsidiaria, de la aplicación de esta queda excluida por la aplicación de aquella.

d).- La punibilidad de la norma principal es mayor - que la contenida en la norma subsidiaria.

e).- Existe una relación entre la norma principal y la subsidiaria, de mayor a menor, de fundamental a secundaria, - de principal a accesoria.

Por otra parte, en cuanto a la distinción - existente entre este principio y el de especialidad y consunción o absorción, Soler subraya una importante diferencia con el supuesto de la especialidad, y es precisamente que la figura subsidiaridad

(141) Soler, op. cit. Tomo II, p. 192

subsidiaria desaparece sólo cuando por la figura primaria se llegue a aplicar alguna pena. Si concurre una causa cualquiera que excluya la punibilidad desde el punto de vista de la ley primaria, la subsidiaridad entra en aplicación. De donde se ve que, a diferencia de lo que ocurre en la relación género-especie, la subsidiaridad deja un remanente de responsabilidad cuando, por una causa cualquiera se elimina la pena correspondiente al tipo primario (142).

Ahora en relación con la consunción, Pavón Vasconcelos, expresa que "no opera ningún fenómeno de consunción, ya que la norma subsidiaria en manera alguna es "absorbida" por aquella, ya que simplemente "desaparece" por ser "inoperante" en el caso particular. (143)

La doctrina destaca dos tipos de subsidiaridad, la expresa y la tácita, dependiendo básicamente de que se halle o no consignada en la ley.

Puig Peña cita como ejemplo de subsidiaridad expresa, lo contenido en el artículo 488 del Código Penal Español "conforme al cual en todos los casos del delito de abandono de niños se condiciona la penalidad del mismo a la circunstancia fundamental de que el hecho no constituya otro delito más grave" en cuyo supuesto dejará de tener aplicación ese delito para funcionar el de homicidio o parricidio cuando se produzca la muerte del menor, según la situación concreta de que se trate. (144)

Fontecilla Riquelme pone como ejemplo de subsidiaridad expresa el dispositivo del inciso 2° del artículo 199 de la ley de quiebras de su país, que textualmente dice: "La ---

(142) Idem, p. 193

(143) Pavón, op. cit. p. 125

(144) Puig Peña, citado por Pavón, op. cit. p. 126

quebra fraudulenta será penada con presidio o extrañamiento me-
nores en su grado medio, salvo que cualquiera de los actos de -
lictuosos que el fallido hubiere cometido tuviere asignada ma-
yor pena, pues entonces se aplicará esta". (145)

Para Mezger "la relación de rango valorati-
vo de varios preceptos legales puede, por lo demás haber sido -
iniciado de modo expreso en la ley", y también reconoce los ca-
sos de "la denominada subsidiaridad tácita, a la que se llega -
por el camino de la interpretación." (146)

Jiménez de Asúa señala: "En el más frecuen-
te de subsidiaridad, en que una disposición sólo debe aplicarse
cuando el hecho no constituya un delito más grave, aparece pala-
dino que el mismo hecho ha sido previsto por dos disposiciones-
y puesto que se aplica de ordinario la ley principal, sólo rige
la subsidiaria cuando el hecho está previsto exclusivamente en-
esta. La más importante disposición subsidiaria son las refe-
rentes a la tentativa, que sólo es punible como tal manifesta-
ción del delito cuando éste no se ha consumado; y a la complici-
dad, puesto que sólo es punible por este título el sujeto que -
no perpetra actos de autoría." (147)

Pavón Vasconcelos refiriéndose a la subsi-
diaridad tácita, señala que "la norma subsidiaria es elemento -
constitutivo de la norma principal o circunstancia agravante de
la misma, requiriéndose para la solución del conflicto origina-
do en la concurrencia de ambas, el examen de las figuras y del-
hecho considerado, a efecto de determinar si la norma de mayor-
pena, por tanto con rango principal, contiene a la otra de for-
ma que ambas prevean la incriminación del hecho, para estar en-
posibilidad de aplicar la que debe funcionar. Si el agente o su

(145) Fontecilla, citado por Pavón, op. cit. p. 126

(146) Mezger, op. cit. pp. 331 y 332

(147) Jiménez de Asúa, op. cit. p. 147

jeto activo violenta el domicilio ajeno y se apodera ilícitamente de objetos, hallados en su interior, es evidente que el juzgador aplicará la norma del artículo 381 bis, que sanciona el robo realizado, en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados y excluirá de pena el hecho de allanar la vivienda ajena, previsto en el artículo 285, ya que el primer precepto contiene al segundo como circunstancia agravadora. Pensemos sin embargo que en el caso del ejemplo, que el agente queda excluido de la pena por el robo, ya por ampararse en la excusa absoluta del artículo 377, o bien por operar alguna causa de atipicidad, como lo sería si el apoderamiento, por error, recaerá en un bien de su propiedad: la operancia de la norma principal haría en cambio aplicable, en forma subsidiaria el tipo penal del artículo 285 que sanciona el allanamiento de morada. (148)

Soler cita como ejemplo de este fenómeno jurídico, cuando en el ejercicio ilegal de la medicina, puede subsistir como punible, a pesar de no serlo como tal un aborto o un homicidio culposo". (149)

4.- El Principio de Alternatividad.- Este principio es el más discutido y controvertido en la doctrina, pues se plantean contradicciones e incertidumbres, otros autores le niegan procedencia alguna, tal es el caso de Ranieri, que no comparte la idea de que el principio de alternatividad debe aceptarse dentro del "concurso aparente de leyes", por las incertidumbres a las que ha dado lugar, como porque "las figuras criminales que se consideran, puede reagruparse bajo el principio de la alternatividad, están fuera del concurso aparente, porque dan lugar al concurso formal, como cuando las dos figuras se --

(148) Pavón, op. cit. pp. 126 y 127

(149) Soler, op. cit. p. 194

presentan en la forma de dos círculos que se cortan recíprocamente, o pueden ser sistematizados con arreglo a otros principios, particularmente de acuerdo con el de la especialidad y de la consunción, por lo cual se hace superflua la creación de este principio distinto e independiente de otros". (150)

Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo opinan -- que "dicha alternatividad no constituye un concurso de leyes, -- pues el mismo supone la posibilidad de incluir lógicamente un -- hecho, a la vez, en varias figuras legales distintas". (151)

Maggiore, señala que "esta nueva categoría parece poco sostenible y sin justificación". (152)

Mezger niega sustantividad a este principio por considerarlo comprendido en la consunción. (153)

Hippel, por su parte, lo considera superfluo frente al concepto de la subsidiaridad e incluso obscuro. (154) Fontan Balestra considera que debe desecharse el principio en estudio, en atención a la siguiente consideración: La cuestión del concurso de leyes no debería plantearse cuando la alternatividad afecta a dos tipos que recíprocamente se excluyen por su modalidad comisiva. Así por ejemplo, el hurto y la apropiación indebida. En estos casos la acción es tan diferente que sólo puede cumplirse uno de los dos tipos: No hay, en -- realidad alternatividad. (155)

Contrariamente a los criterios expuestos, -- Carlos Binding, afirmó que "dos leyes penales pueden tener en --

(150) Ranieri, citado por Porte Petit, op. cit. p. 90

(151) Córdoba Rado y Rodríguez Mourullo, citado por Porte Petit, p. 90

casos excepcionales un contenido idéntico y, en ocasiones más -- frecuentes, ese contenido puede coincidir en parte, sin que en esta hipótesis una de tales leyes constituya la regla y la otra se convierta por ese motivo en la excepción. Cuando las normas tienen identidad parcial, expresa Binding, los tipos se encuentran en relación de "dos círculos secantes", cuya superficie de contacto es regulada con penas determinadas, lo cual equivale a que los tipos de delito se comporten como "dos círculos secantes" de manera que si la pena a que se refieren dichas leyes es la misma, resulta indiferente aplicar una o la otra, en cambio, la diferencia de penalidad lleva al juez a aplicar la norma que contenga la sanción más severa. (156)

Grispigni, niega validez al principio de alternatividad y critica la posición de Binding, al señalar que la parte del hecho comprendido entre los círculos secantes constituye propiamente un concurso formal de delitos, pues en el concurso impropio (simple apariencia de concurso) los círculos serían coincidentes, por quedar uno completamente comprendido en el otro, lo cual se demuestra claramente en el caso de la violación que se consuma sobre la hermana casada, ejemplo en el que se da un concurso formal entre los delitos de violación, incesto y adulterio, ejecutados a través de un solo hecho: En el caso planteado, los tipos en concurso tienen en común la conducta consistente en el ayuntamiento sexual pero a su vez cada uno de ellos requiere de elementos de distinta naturaleza entre sí. (157)

Para Binding, este principio funciona en los casos que él llama de exclusividad de los tipos y opera, cuando la afirmación de uno implica necesariamente la negociación del otro, y viceversa, lo cual conduce a la aplicación alternativa de las respectivas leyes penales. En tales supuestos, la aplica-

(156) Binding, citado por Pavón, op. cit. pp. 129 y 130

(157) Grispigni, citado por Pavón, op. cit. p. 131

ción de la ley es rigurosamente alternativa, es decir, que debe optarse por uno u otro tipo, pues existiendo contradicciones entre éstos, no es posible aplicarlos simultáneamente al mismo hecho. Ejemplo: hurto y apropiación indebida, se destaca que --- siendo la apropiación indebida, conceptualmente, el apoderamiento no furtivo, nunca podrá concurrir con el hurto en relación - al mismo hecho, por esa contradicción entre sus elementos. Otro ejemplo: complicidad y encubrimiento en ambos casos se da una - ayuda al delito cometido por otro: pero el encubrimiento es la ayuda posterior a la consumación, en tanto que la complicidad - es necesariamente la ayuda anterior o contemporánea, o al menos - prometida anteriormente, lo que torna incompatibles las dos hipótesis. (158)

Gonzalo Rodríguez Mourullo considera que la relación de alternatividad "surge cuando varias leyes contemplan una misma acción con arreglo a diversos criterios. Puede tratarse de disposiciones cuyo presupuesto es idéntico o que -- aún teniendo cada una un propio campo de acción, presenten no - obstante, una zona común. Un ejemplo de la primera índole la - brindan los artículos 120 del Código Penal y 258, 2, del Código de Justicia Militar. Ambos castigan al Español que induce a una potencia extranjera a declarar la guerra a España porque se con - cierta con ella para el mismo fin. Un ejemplo de la segunda -- clase se encuentra en los artículos 406 (asesinato) y 405 (parricidio). Cada uno de ellos tiene su ámbito particular, pero - hay ciertos hechos que caen indistintamente en la esfera de uno y otro. Matar al padre mediante veneno puede ser calificado co - mo asesinato con la agravante de parentesco (art. 406 y 11) o - como parricidio con la agravante de veneno". (159)

(158) Beling, citado por Omeba, Tomo III, p. 662

(159) Rodríguez Mourullo, op. cit. pp. 117 y 118

El distinguido jurista Francisco Pavón -- Vasconcelos, señala que: "la alternatividad supone una situación de "conflicto" entre dos normas penales reguladoras de la misma situación de hechos, de modo que el juzgado, ante el idéntico tratamiento punitivo, está en posibilidad de aplicar cualquiera de ellas, resultando indiferente la aplicación de una o de otra. En tales conflictos, como lo destaca Puig Peña, existen "impredictadas duplicidades del legislador... impacencias del mismo ... ansias de disciplinar los supuestos en su totalidad, reiterando el disciplinamiento del caso, aún con dirección diversa para que las gentes no se entreguen al olvido de la sanción". Agrega este autor que "es conveniente, sin embargo, poner de relieve que en la concurrencia de normas que originan la relación alternativa, como en toda apariencia de concurso, las figuras se excluyen por incompatibilidad, ya que aún regulando el mismo hecho, éste solo puede adecuarse a una o a otra de tales normas, pero no a ambas, pues de operarse este fenómeno surge un auténtico concurso". (160)

De conformidad con lo expuesto anteriormente, consideramos que constituyen las principales características de este fenómeno jurídico, las siguientes:

a).- Es presupuesto para la aplicación de este principio, la existencia de dos o más normas incompatibles entre sí, que reprimen un mismo hecho punitivo e incluso pueden prever idéntica pena.

b).- Es facultad del juzgador elegir entre las normas concurrentes, cual es la aplicable al caso concreto.

(160) Pavón, op. cit. pp. 134 y 135

c).- El conflicto para el juzgador surge, cuando las normas en concurso aparente contemplan penas diversas, pues deberá elegirse entre la de mayor penalidad o por el contrario, atendiendo al principio "indubio pro reo", optar por la que previene una pena menor.

d).- La norma elegida por el juzgador excluye toda posible aplicación coetánea de la otra norma en porffa aparente por disciplinar el hecho punible.

E).- OPINION PERSONAL AL RESPECTO

1.- El concurso de disposiciones penales o de leyes opera cuando diversas normas concurren válida y simultáneamente a regir el hecho punible que ha generado la violación de diversos bienes jurídicos. En el caso de que sólo se concul que un bien jurídico, será inexistente el concurso de leyes sin importar el número de acciones ejecutadas por el agente para -- tal efecto.

2.- Es menester que las normas penales en conucurso, tengan vigencia y obligatoriedad en el mismo tiempo y lugar, asimismo que puedan coexistir conjuntamente al disciplinar el hecho ilícito, esto es, no deben excluirse ni desplazarse recíprocamente.

3.- Del fenómeno jurídico del concurso de disuposiciones penales, derivan dos supuestos: la concurrencia de - normas compatibles y la concurrencia impropia o de normas incomupatibles.

4.- El concurso de disposiciones penales origina el concurso ideal de delitos.

5.- Existe concurso ideal o formal de delitos, cuando el sujeto activo del delito con la realización de una acción u omisión, vulnera dos o más disposiciones penales, que al abarcar dos o más tipos, produce diversas lesiones jurídicas. Los preceptos legales que concurren a reprimir esta acción o abstención unitaria son compatibles y entre sí, y por tanto coexisten válidamente al ser aplicados.

6.- Se manifiestan como características del concurso ideal de delitos, la identidad del sujeto activo del delito, la unidad de acción u omisión delictiva, la ausencia de conexidad jurídica entre los delitos en concurso, hecha -- excepción de los casos prescritos expresamente por la ley en sentido contrario, la pluralidad de delitos, la pluralidad de lesiones jurídicas, la unidad o pluralidad de resultados y -- finalmente la compatibilidad de las normas concurrentes.

7.- Existe conexidad jurídica entre delitos, cuando uno de ellos constituye el medio comisivo del otro, el cual representa el objetivo final perseguido por el infractor. De lo anterior se desprende que el delito medio carece de autonomía para disciplinar de manera independiente el hecho punible, por ser absorbido por el "delito fin".

8.- Solo en los casos en que la ley expresamente le otorga el carácter de autonomía al "delito medio" este puede concurrir idealmente a regir el hecho criminoso de -- que se trate.

9.- Las formas en que se presenta esta figura jurídica son las siguientes: como concurso ideal homogéneo, representada por la unidad de lesiones jurídicas producidas y como concurso ideal heterogéneo, basado en una diversidad de lesiones jurídicas causadas.

10.- El concurso real o material de delitos, se presenta cuando el sujeto activo del delito realiza varias acciones u omisiones independientes entre sí y que constituyen la comisión de dos o más delitos.

11.- Son características del concurso real de delitos, la identidad en el sujeto activo del delito, la pluralidad de acciones u omisiones ejercidas por el mismo, la independencia de tales acciones o abstenciones entre sí, la ausencia de conexidad jurídica, salvo aquellos casos en que la ley haga imperativa su punición, la pluralidad de delitos, la pluralidad de lesiones jurídicas causadas y la pluralidad de resultados materiales causados.

12.- Este fenómeno jurídico puede presentarse, como concurso real homogéneo (comisión de delitos de semejante naturaleza) o bien, como concurso real heterogéneo (comisión de delitos de diversa naturaleza).

13.- El concurso aparente de normas penales, constituye el conflicto que deriva de la aplicación de la ley, se limita a aquellos casos en los cuales, diversas normas legales, vigentes en un mismo tiempo y lugar, pretenden apoderarse y regir un hecho punible, siendo todas estas normas incompatibles entre sí, de tal manera que la aplicación de una de esas disposiciones excluye necesariamente la coetánea aplicación de las demás. En este caso el conflicto consiste en --

elegir válidamente la norma aplicable al caso concreto.

14.- La pretensión normativa de las normas legales en concurso crea una porfía aparente, toda vez que existen principios legales, jurisprudenciales y doctrinales que permiten dilucidar el problema y nos conducen a elegir la norma aplicable con prevalencia y exclusión de las demás.

15.- Son presupuestos básicos del concurso aparente de normas, la identidad en el ámbito temporal y espacial de las normas en aparente concurso, sin estos requisitos, es imposible concebir la existencia de ese fenómeno jurídico.

16.- La incompatibilidad y exclusión recíproca de normas en concurso impropio, es la principal diferencia que existe con el concurso efectivo de normas, pues en este último las normas concurrentes, consienten la coetánea aplicación de las demás normas que se apoderan del hecho.

17.- Son características del concurso aparente de normas penales, que la conducta u omisión del activo del delito, ocasiona una sola infracción jurídica, ya que en caso de producir más de un delito, se caería dentro del ámbito del concurso ideal o real de delitos, según sea el caso; otra característica de esta figura jurídica, es la incompatibilidad de las normas en concurso, así como que el conflicto que se genera es sólo aparente, por existir principios que permiten resolver válida y satisfactoriamente este problema.

18.- Los principios que permiten resolver el conflicto aparente de la concurrencia de disposiciones penales, aceptados por un sector de la doctrina, son el principio de es -

pecialidad, el principio de absorción o consunción, el principio de la subsidiaridad y el principio de la alternatividad.

19.- El principio de especialidad, tiene su origen en el adagio latino "lex specialis derogat lex generalis", que sostiene la aplicación de la ley especial sobre la general.

20.- De conformidad con este principio, cuando concurren dos normas a regir un hecho delictivo, la norma especial prevalecerá sobre la general, la cual quedará excluida e impedida para apoderarse del hecho criminoso.

21.- El tipo penal previsto en la norma especial, debe contener en su descripción al tipo general en concurso aparente, además de contar con otros elementos adicionales especializadores que le dan un sentido más restringido que el del tipo general.

22.- Los elementos especializadores del tipo especial, pueden agravar o atenuar la pena, según sea la característica de tales elementos, en el primer caso estaremos ante un tipo penal calificado y en el segundo, frente a un tipo penal privilegiado.

23.- Constituye un acierto, el haber incorporado el principio de especialidad al Código Penal para el Distrito Federal, en substitución del principio de mayor penalidad previsto en el derogado artículo 59 del ordenamiento legal citado, toda vez que, con mayores elementos técnico-jurídicos, se resolverán de manera más adecuada, los conflictos derivados de la interpretación de la ley.

24.- El principio de consunción o absorción - prescribe que la norma de mayor amplitud o alcance conceptual - absorbe y consume a la norma de menor extensión; la relación - existente entre la norma consumida y consumidora es de menos - respecto a un más, de la parte en relación a un todo, de lo im - perfecto a lo perfecto, del medio al fin.

25.- El tipo consumidor, comprende al tipo -- de menor extensión por su mayor alcance, sin embargo, no constituye requisito indispensable que contenga una descripción -- expresa y detallada de tipo consumido, pues se considera suficiente que del texto de la ley se desprenda la voluntad del le - gislador de sancionar el acto principal y todos aquellos que - ordinariamente le acompañan.

26.- El tipo consumido se encuentra previsto - en cuanto a la pena como en el tipo descrito en la norma consu - midora, de tal manera que esta realiza una función punitiva no sólo por cuenta propia, sino por cuenta del tipo consumido.

27.- El mayor alcance de la norma consumidora radica en su entidad valorativa y no en su mayor amplitud des - criptiva.

28.- La mayor amplitud de la norma consumidora se basa en el mayor alcance conceptual, en la tutela de un bien jurídico de mayor importancia que el protegido por la norma o - normas consumidas o bien porque el tipo consumido, se proyectó - como el medio comisivo del tipo consumidor o como una circuns - tancia agravada o atenuada de éste.

29.- La aplicación de la norma de mayor amplitud, excluye la posibilidad de aplicación coetánea o posterior de la norma de menor extensión, toda vez que realizar lo contrario implicaría la violación del principio "non bis in idem", -- consagrado por el artículo 23 Constitucional.

30.- De conformidad con el principio de subsidiaridad, la aplicación de la norma subsidiaria se encuentra -- condicionada a la no aplicación de la norma principal, por no encuadrarse el hecho punible al supuesto normativo contemplado por ésta.

31.- La relación existente entre la norma subsidiaria respecto de la principal, es de menor a mayor, de secundaria a fundamental, de accesoria a principal.

32.- La norma principal y la subsidiaria protegen el mismo bien jurídico, aunque con diferencia de grados, - la primera contiene un mayor poder de protección que la segunda.

33.- La punición de la norma principal es mayor que la contenida en la subsidiaria.

34.- Las normas principal y subsidiaria son - incompatibles en cuanto a la regulación del mismo hecho punible, por tanto la aplicación de la principal excluye a la subsidiaria.

35.- El principio de alternatividad, presupone la existencia de dos o más normas incompatibles que regulan un mismo hecho punitivo e incluso dichas normas pueden prever una pena idéntica; esta situación es la que genera un concurso aparente de normas.

36.- De acuerdo con este principio la disputa entre normas que pretenden regular el mismo hecho, se resuelve mediante la elección que haga el juzgador de una de ellas.

37.- Cuando las normas alternativas, establezcan una penalidad diversa, surge la disyuntiva para el juzgador ante la carencia de disposición legal expresa al respecto, de elegir entre la aplicación de la norma que contiene una sanción más severa, o la que contempla una sanción menor, en este último caso atendiendo al principio "indubio pro reo".

38.- Una vez elegida cualquiera de las normas alternativas por el juzgador, es improcedente la contemporánea aplicación de la otra, la cual queda excluida.

CAPITULO SEGUNDO
DEL DELITO DE FRAUDE

A).- DIVERSIDAD DE CONCEPTOS.

El delito de fraude ha adquirido gran relevancia en la actualidad, debido principalmente al desarrollo y sofisticación alcanzado en las técnicas de defraudación, basadas en el empleo de engaños bien elaborados y preconcebidos, normalmente acompañados de elementos adicionales tendientes a reforzar el estado subjetivo de error provocado o disimulado por el delincuente.

La utilización del engaño como recurso intelectual, representa para el infractor un menor riesgo en su integridad personal, como contrariamente ocurre, cuando en la comisión de un delito se emplea la fuerza o violencia física. A virtud de la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, la víctima de manera voluntaria entrega la prestación económica que constituye el objeto de la conducta engañosa desplegada, -- sin resistencia u oposición de ninguna naturaleza.

En los últimos tiempos, el defraudador ha ido -- depurando y perfeccionando los métodos en que se basa para obtener un beneficio económico indebido, inclusive se apoya en avances tecnológicos y comerciales, de tal manera que su conducta delictiva va dirigida y alcanza grupos importantes de la población, como ha ocurrido recientemente en la venta de presuntos -- fraccionamientos, condominios, tiempos compartidos en cruceros -- etcétera, cuya promoción ha sido realizada a través de medios -- masivos de comunicación, acompañados de aparentes estructuras --

que tienen como fin consumir el engaño con mayor facilidad en las víctimas.

Con tintes dramáticos Von Hentig en su obra estudios de sicología criminal, subraya que en nuestros días la creciente expansión del delito de fraude ha sido de gran magnitud, de tal manera que: "todo el mundo ha sido estafado alguna vez. Por doquiera está el delito en pleno avance. Sus rendimientos hacen palidecer a los demás delitos. Se reviste de mil tonalidades, se acomoda dúctil y maleablemente a cualquier cambio. Es el delito contra la propiedad del mundo moderno. El procedimiento de empujar la voluntad humana por una falsa vía y determinar la a hacer algo que parece provechoso cuando en realidad es perjudicial, se ha acreditado con más lucrativo y de menores riesgos que los métodos ya superados de la violencia o de la habilidad manual". (1)

Esta figura jurídica, a decir del conspicuo tratadista Mariano Jiménez Huerta, "sus primeras manifestaciones legislativas, hállanse en las disposiciones estatuidas por los pueblos antiguos para tutelar la honestidad de las relaciones comerciales y evitar en ellas las alteraciones de calidades, pesas y medidas y la exigencia de un precio mayor del debido", -- afirma este autor que "el Código del Manú castigaba al que vendía grano malo por bueno, cosa vil por fragante, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, etc; el Código de Hamurabit sancionaba -- las falsificaciones de pesas y medidas; las leyes hebraicas a los comerciantes ávidos de abusar de los compradores necesitados; y el corán a los que se aprovechaban de las condiciones del comprador para venderle, o del vendedor para comprarle, a precio --

(1) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, 5a. ed., -- México, Editorial Porrúa, S.A., 1984, Tomo IV, p. 142.

respectivamente, mayor o menor del justo valor de la cosa o ha-
cían uso de cualquier artificio dirigido a acrecentar el apa-
rente valor de la mercancía", destaca este tratadista con gran
precisión, que: "falta, empero en todas estas legislaciones --
una noción técnica, en principio conceptual del fraude. Sólo -
por razones de oportunidad o necesidad y para hacer posible la
represión se previnieron casufsticamente los citados hechos --
fraudulentos e incluso, algunos otros, que aun sin serlo, se -
estimaban igualmente turbadores del orden en las relaciones co-
merciales". (2) También señala Jiménez Huerta que los hechos-
falsos y engañosos que matizan la esencia antijurídica del de-
lito de fraude, también fueron tenidos en cuenta por el Dere-
cho Romano, para integrar - como los llaman algunos, compren-
didos y difusos crímenes-, como el de "furtum", "falsum" y --
"stellionatus". (3)

Sobre este último, Francisco Carrara, afirma --
que del "estelión o salamandra", animal de colores indefini-
bles, que varían ante los rayos del sol, tomaron los romanos -
el nombre de "stellionatus", como título aplicable a todos los
hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena que fluc-
tuaba entre la falsedad y el hurto, que sin embargo no se iden-
tificaba ni con uno ni con el otro. Además señala que "según-
esta versión, la palabra estelionato se había inspirado en un
concepto material; pero según otros se inspiró en un concepto-
intelectual por haberse querido expresar la índole astuta y mu-
dable del hecho mismo, y no la figura ambigua del delincuente-
que artificioosamente asume distintas formas; y así seríamos ge-
nerosos con ese animal, atribuyéndole dotes que no tiene, al -
suponer ingenuamente que se le dió ese nombre a este delito a-
causa de una astucia especial, que los naturalistas no le reco-
nocen a los esteliones". (4)

(2) Idem, p. 133

(3) Ibidem

(4) Carrara, op. cit. p. 412

Para Soler el estelionato en la ley Romana, comprendía formas expresamente definidas, consistentes en el hecho de empeñar, vender, permutar, dar en pago una cosa ya obligada, haciendo creer que se trata de cosa libre al acreedor; el hecho de substituir mercancías ya vendidas, etc., sin embargo estos casos, según el Digesto no constituyen sino ejemplos, porque -- por esa acción podía pedir el que había sido víctima de dolo de alguien en sus relaciones patrimoniales. (5)

Por otra parte, este autor señala que el nombre-
Stellionato, según la definición de Giuliani, correspondía a ---
"cualquier impostura dirigida a lograr un lucro indebido, apta-
para engañar y causar perjuicio al diligente padre de familia".
(6)

Francisco González de la Vega, afirma que "en el
Stellionatus se comprendieron los fraudes que no cabían dentro
de los delitos de falsedad previstos, como agravar una cosa ya -
gravada ocultando la primera afectación, la alteración de mer -
cancías, la doble venta de una misma cosa, etc. En general se
consideraba estelionato todo delito patrimonial que no pudiera
ser considerado en otra calificación delictiva." (7)

En el Derecho Romano, señala Cuello Calón, "des-
pués de Adriano surgió el llamado crimen stellionatus, base fun-
damental de la moderna figura jurídica de la estafa", y que en-
general "se conoció como stellionatus todo género de actos de -
improbidad, no realizados de modo franco y manifiesto cuando no
constituyeran otro delito". (8)

El delito en estudio, se le denomina en el Código
Penal Francés, como "escroquerie" y se caracteriza por "el -

(5) Soler, op. cit. tomo IV, p. 292

(6) Idem, p. 293

(7) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Ed.
México, Editorial Porrúa, S.A., 1981, p. 245.

(8) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, 13a. ed. Barcelona, -
Editorial Bosch, 1972, Tomo II, p. 913.

hecho de inducir a alguien en error por medio de engaño o artificio para obtener un provecho injusto. (9). En el Código Penal Italiano se le conoce como "Truffa", que según Maggiore, "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" (10). Los Códigos Penales Alemán, Español y Argentino denominan a este ilícito como estafa.

En algunas legislaciones de las que comentamos, no contemplan un concepto del delito de fraude o estafa, y sólo contiene para tipificarlo, enunciaciones casuísticas de conductas fraudulentas, como el caso del Código Penal Francés, que realiza una enumeración de ejemplos, pero únicamente de manera limitativa, situación que le ha valido severas críticas, por considerar que esta técnica legislativa es deficiente y mantiene en la impunidad las conductas fraudulentas no contempladas por tal ordenamiento legal (11). Otras legislaciones como la Española y la Argentina, ante la dificultad de conceptualizar de manera genérica este delito, recurren al sistema de ejemplificar, pero no de manera limitativa, sino en forma enunciativa, siendo concordantes con la opinión de Carrara que recuerda al legislador español de siete partidas, al afirmar que "este delito no puede definirse, pero sí puede ejemplificarse en alguna de sus formas, para que los jueces deduzcan de ellas el criterio que debe seguirse para distinguir entre los artificios delictuosos y los admitidos en los contratos humanos." (12)

Este autor al referirse al Código Toscano antecedente inmediato del actual Código Español, señala que el legis-

(9) Pavón Vasconcelos, Francisco, Comentarios de Derecho Penal, 3a. ed. México Editorial Porrúa, S.A., 1973, p. 138

(10) Maggiore, citado por Pavón, op. cit. p. 139

(11) Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit. tomo XI, p. 34

(12) Carrara, op. cit. p. 417

lador se vió obligado a declarar genéricamente que incurra en este delito "todo el que sorprendiendo la buena fe de otro con artificios, maquinaciones o ardidés distintos de los contemplados especialmente, se procura una injusta ganancia en perjuicio ajeno". (13)

El artículo 172 del Código Penal Argentino, establece que: "será reprimido con prisión ... el que defraude a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño". Como se observa este dispositivo legal adopta la fórmula ejemplificativa y enunciativa, pero admite otras formas de engaño distintas a las previstas. No obstante lo anterior, tal artículo merece la crítica del distinguido tratadista Sebastian Soler, que califica su redacción -- como "difusa, ejemplificadora y que se presta a equívocos, y destaca la necesidad de ordenar metódicamente los elementos -- constitutivos de esta figura y no confundirse y tomar como tales los enunciados de la ley ejemplificativos o aclarativos."- (14)

Es tendencia de los Códigos modernos, afirma -- Jiménez Huerta, "formular una definición o concepto amplísimo del delito de fraude en el que puedan subsumirse todos los casos que presenta la viva realidad, nunca agotada por previsiones fácticas específicas y siempre más rica que la casuística contenida en las leyes"., y se refiere este autor al artículo 263 del Código Penal Alemán de 1871, que consideró culpable -- de este delito a "quien, con la intención de procurarse o de -

(13) Idem, p. 418

(14) Soler, op. cit. Tomo IV, p. 301

procurar a un tercero una ventaja pecuniaria ilícita, perjudique el patrimonio de otro, provocando o manteniendo un error, sea presentado como ciertos hechos que no son, sea deformado o disimulando los hechos verdaderos". Este criterio afirma Jiménez Huerta es el mismo que impera en Italia y Suiza, de tal manera que el artículo 640 del Código Italiano, se declara inmerso en el delito en estudio a "quien con artificios o engaños induce a alguno en error, para obtener para si o para otro un provecho injusto en daño ajeno", y el artículo 146 del Código Suizo, establece que comete el delito expresado, "el que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, astutamente haya inducido al error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladoras de hechos verdaderos, o haya explotado el error en que ésta se hallaba, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o los de un tercero. (15)

Por otra parte, contrariamente a la opinión de Carrara, sobre la imposibilidad de definir a este delito, el destacado tratadista, Sebastian Soler, sostiene que no debe confundirse las complicaciones posibles derivadas de la pluralidad de medios delictivos con la definición misma del delito. Además, afirma que en el derecho moderno no hay ningún delito indefinido y por lo tanto indefinible". (16)

La consideración que formula este autor es correcta, puesto que la multiplicidad de medios empleados en la comisión de este delito, sin importar su variedad o sofisticación, se subsume en el concepto de engaño, como veremos más adelante, lo cual desvanece toda dificultad para elaborar un concepto genérico del delito en estudio.

(15) Jiménez Huerta, tomo IV, pp. 135 y 136

(16) Soler, op. cit. Tomo IV, p. 303

En esa virtud, nos permitimos citar los conceptos elaborados sobre este delito, por distinguidos autores:

Eugenio Cuello Calón, de manera concreta y precisa expresa lo siguiente: "con arreglo a nuestro derecho, puede definirse la estafa como el perjuicio patrimonial realizado con ánimo de lucro mediante engaño". (17)

Para Soler, el delito de estafa consiste en la "disposición patrimonial perjudicial tomada por un error determinada por ardid de alguien que tendía a obtener con ellos - un beneficio indebido" y agrega a manera descriptiva que "la comisión de la estafa comienza con el despliegue de un ardid - cuyo objeto es suscitar un error; a su vez en ese se apoya la determinación tomada de efectuar la prestación que se traduce en un puro perjuicio". (18)

La estafa puede definirse, según Rodríguez Devesa, siguiendo a Antón Oneca, como "la conducta engañosa, con ánimo de lucro propio o ajeno que, determinando un error en -- una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero". En síntesis, señala consiste en "un -- desplazamiento patrimonial causado mediante engaño". (19)

Del artículo 172 del Código Penal Argentino, -- Ricardo C. Núñez deriva el siguiente concepto: "salvo excepciones, la estafa ha sido y es concebido como un fraude que ofende la propiedad o patrimonio ajeno". Y agrega, que de acuerdo con el desarrollo explicativo de este concepto puede concluirse que "la estafa es la defraudación sufrida por una persona a causa del fraude de que el autor hizo víctima a ella o a un --

(17) Cuello Calón, op. cit. p. 194

(18) Soler, op. cit. Tomo IV, p. 303

(19) Rodríguez Devesa, op. cit. p. 450

tercero" (20). Es importante destacar para la mayor comprensión del concepto vertido por este autor, que la palabra defraudación la emplea como sinónimo de ofensa a la propiedad ajena mediante la simple privación material del bien, y la palabra fraude como engaño, y no como denominación de este ilícito penal.

Para Maggiore esta infracción penal "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". (21)

Markel define al fraude o la estafa como "la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaños". (22)

Por su parte Jiménez Huerta señala que "la verdadera esencia antijurídica del delito de fraude radica en los engaños, ardides, artificios y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumergir en un error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial." (23)

Francisco González de la Vega, opina que 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". (24)

Atendiendo a la definición dada por ley punitiva, Pavón Vasconcelos nos dice respecto al fraude, que este se presenta "en todos aquellos actos que tienden a producir mediante el engaño un estado subjetivo de error, en el paciente -

(20) Núñez, Ricardo C. Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, p. 285

(21) Maggiore, citado por Pavón, op. cit. 139

(22) Markel, citado por Pavón, Ibidem.

(23) Jiménez Huerta, op. cit. Tomo IV, p. 136

(24) González de la Vega, op. cit. p.

del delito o a aprovecharse del mismo para hacerse ilficamente de una cosa o bien obtener un lucro indebido". (25)

El artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, establece el concepto legal del fraude en los siguientes términos:

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

B).- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

Para algunos autores la denominación que se le da en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, al Título Vigésimo Segundo del libro segundo, que regula en su capítulo tercero al delito de fraude, de "delitos en contra de las personas en su patrimonio" identifica con precisión el bien jurídico tutelado. Esta denominación expresa Francisco González de la Vega, es certera y clara, y vino a substituir a la denominación anterior, poco afortunada, de "delitos contra la propiedad", la cual en opinión de este destacado autor mexicano, despreciaba "la elemental observación positiva de que esos delitos no se realizan contra una simple institución jurídica abstracta, la propiedad, sino se vierten concretamente en contra de las personas, lesionando sus derechos patrimoniales." (26)

Antes de analizar el bien jurídico tutelado en el delito de fraude, es menester por razones de metodología estudiar el concepto de patrimonio.

(25) Pavón, op. cit. p. 144

(26) González de la Vega, op. cit. pp. 150 y 151

El patrimonio se ha definido, según el connotado jurista Rafael Rojina Villegas, "como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de valorización pecuniaria, -- que constituye una universalidad de derecho (universitas juris)"

(27) En este sentido, el ilustre tratadista Marcel Planiol en su obra Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo III, página -- 13, expresa que: "Se llama patrimonio al conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona, apreciable en dinero, Si se quiere expresar su valor con cifras, es necesario sustraer el pasivo del activo, conforme al proverbio bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno". (28)

En esa virtud, el patrimonio se integra por -- bienes y derechos, además, por obligaciones y cargos, siendo requisito indispensable que tanto derechos y obligaciones sean -- susceptibles de apreciación en dinero, es decir que puedan ser objeto de valorización pecuniaria.

Por consecuencia, los elementos integradores del patrimonio son los siguientes:

- 1.- El activo: Se integra por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero.
- 2.- El pasivo: Se integra por el conjunto de obligaciones y cargas susceptibles de valorización pecuniaria. El pasivo está representado por deudas y gravámenes de carácter económico.

En atención a que en el delito de fraude, la finalidad que persigue el sujeto activo del delito es obtener un

(27) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil, Teoría General de los Derechos Reales, Tomo III, Volumen I, México, Editorial Porrúa, S.A., 1947, p. 29.

(28) *Ibidem*.

enriquecimiento ilícito, afectando bienes ajenos, esta conducta ocasiona un daño patrimonial o la disminución de los bienes y derechos que integran el activo patrimonial, del paciente -- del delito.

Se evidencia de lo anterior, que la conducta del sujeto activo se encamina a obtener mediante engaño, los bienes y derechos que integran el activo patrimonial de la víctima, toda vez que no es posible lógica ni jurídicamente concebir que alguien se enriquezca con el pasivo patrimonial de una persona ni menos aún que se le cause a la misma un daño patrimonial, disminuyendo sus pasivos o deudas. Por lo tanto, es válido concluir que el bien jurídico tutelado en el delito de fraude, lo constituye la parte del patrimonio que es identificado con el activo, es decir con los bienes y derechos de sujeto pasivo del delito.

Por otra parte, Eugenio Cuello Calón afirma que: "el interés aquí protegido es el conjunto de bienes jurídicos comprendidos en el concepto genérico de "propiedad"; y no sólo la propiedad mueble, sino también la propiedad inmueble, puede ser objeto de la estafa". (29)

Consideramos que es objetable circunscribir el ámbito de protección de esta figura jurídica, a la propiedad mueble o inmueble, puesto que excluye otros derechos distintos integrantes del patrimonio de las personas, como son los derechos de posesión, usufructo, etc., que son estimables económicamente y que pueden obtenerse ilícitamente mediante la comisión del delito de fraude.

(29) Cuello Calón, op. cit. p. 914

Por su parte, el maestro Jiménez Huerta, -- señala que "la objetividad jurídica protegida en el delito de fraude es el patrimonio, en cuanto a este bien jurídico se proyecta y refleja en las relaciones crematísticas existentes -- entre los individuos en su diaria vida en común". (30) En forma similar Pavón Vasconcelos nos dice que el objeto jurídico - en el fraude, "se identifica con el patrimonio, el cual constituye el bien tutelado a través de la punición de la conducta o hecho tipificado" (31). Además, este autor precisa que: "la - noción civilista tradicional ha considerado al patrimonio como una universalidad de derechos y obligaciones, pecuniariamente apreciables, pertenecientes a una persona". Y concluye diciendo: "penalmente, el concepto civilista resulta no sólo estrecho, sino inadecuado, pues únicamente la parte activa del patrimonio puede ser afectada por las acciones típicas que conforman delitos patrimoniales y el valor económico del objeto del delito, como sucede específicamente en el robo, no juega el papel preponderante que pueda suponerse, según lo pone en claro el dispositivo del artículo 371 del Código Penal". (32)

Consideramos que este punto es discutible - toda vez que no es posible concebir conceptos distintos sobre el patrimonio, tanto en el ámbito de Derecho Civil como en el ámbito del Derecho Penal, por el contrario, creemos que el concepto del patrimonio es único y universal, válido para todas - las ramas del derecho.

Estimamos que el concepto aportado por conspícuos doctrinarios como Rogina Villegas y Marcel Planio, es - adecuado, pues con precisión y sencillez lo definen e identifican los elementos fundamentales que lo integran como es el activo, representado por bienes y derechos apreciables en dinero

(30) Jiménez Huerta, op. cit. p. 141

(31) Pavón, op. cit. p. 142

(32) Pavón, op. cit. p. 13

y el pasivo, compuesto por deudas y gravámenes también estimables pecuniariamente.

Es improcedente, desde nuestro modesto punto de vista, conceptuar al patrimonio excluyendo a cualquiera de sus elementos integradores señalados. No es posible conocer la situación patrimonial de una persona, si no se analiza tanto -- sus activos como sus pasivos; por ello se dice que una persona es solvente o insolvente dependiendo de la confrontación de estos factores, de tal manera que el primer supuesto operará si su activo patrimonial es mayor que su pasivo, y el segundo caso acontece a la inversa.

Por otra parte, cabe destacar que el sistema utilizado por nuestro Código punitivo, para la imposición de penas, se basa en el valor de lo defraudado de lo alcanzado ilícitamente por el infractor, de tal manera que el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, contempla tres categorías en cuanto al orden de la pena privativa de la libertad. -- Así encontramos que si el valor de lo defraudado no excede de diez veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, en la fecha de la comisión del ilícito, se castigará con pena de tres días a seis meses de prisión y multa de tres a diez veces el salario. De igual forma, si el valor de lo defraudado excede de diez pero no de quinientas veces el salario, la pena aplicable al infractor, será de seis meses a tres años de prisión y multa de diez a cien veces el salario. Asimismo, si el valor de lo defraudado fuera mayor de quinientas veces el salario, la pena aplicable será de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario.

Con lo anterior confirmamos que el objeto ju

rídico tutelado en el Delito de Fraude, es la parte del patrimonio, identificado con su activo, en atención a que el valor delo defraudado guarda relación directa con la disminución del activo patrimonial del paciente del delito, ya que no puede existir un enriquecimiento por parte del defraudador, si el defraudado carece de bienes o derechos susceptibles de afectación.

Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas, sostienen que el objeto jurídico es el patrimonio económico de las personas. (33)

Reiteramos que es objetable identificar al patrimonio como bien jurídico tutelado, toda vez que debemos recordar como lo expone el maestro Rojina Villegas, que el patrimonio se halla integrado por activo y pasivo, y precisamente la conducta del sujeto activo del delito de fraude, se encamina a obtener mediante el engaño, no el patrimonio de la víctima, sino únicamente la parte identificada con el activo de ese patrimonio.

En este sentido, Soler ha expresado que el patrimonio de las personas es una universalidad jurídica, que consta de un activo y un pasivo y que el delito de estafa y los demás de ese género no atentan contra el patrimonio, como entidad en abstracto, sino que "atacan determinadamente ciertos bienes y derechos que forman parte del patrimonio, y más precisamente, del activo del patrimonio." (34)

De conformidad con lo anterior, Rodríguez Devesa identifica como bien jurídico protegido no al patrimonio, sino a sus elementos integrantes y señala que: "El objeto de --

(33) Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl, Código Penal Anotado, 11a. ed. México, Editorial Porrúa, S.A. --- 1985, p. 847

(34) Soler, op. cit. Tomo IV, p. 175

ataque en la estafa es cualquiera de los elementos integrantes del patrimonio, siendo indiferente que se trata de una cosa corporal o de un derecho, de bienes muebles o inmuebles." (35)

Ricardo C. Núñez expresa que el bien protegido penalmente en esta figura, está constituido por "los bienes-susceptibles de apreciación pecuniaria que, sin ser inherente a ella, jurídicamente pertenece a una persona física o moral." -- (36) La Enciclopedia Jurídica Omeba, señala de manera genérica que: "la estafa puede recaer tanto sobre muebles como sobre inmuebles, derechos y aún, trabajos retribuíbles. Basta que constituyan un valor apreciable económicamente. De modo que el perjuicio sea del que cae en engaño o de la persona con respecto a la cual aquél puede disponer, debe ser de carácter patrimonial. Esos bienes pueden ser total o parcialmente ajenos". (37)

Con gran atinencia, Francisco González de la Vega hace notar que "el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino en general la salvaguarda jurídica de cualesquiera otros derechos que pueden constituir el activo patrimonial de una persona. En otras palabras, expresa el autor, los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que puedan ser estimables en dinero, o sea que formen su activo patrimonial, ya que el patrimonio es "el conjunto de derechos y de cargas de una persona, apreciable en dinero". (38)

C).- LOS ELEMENTOS INTEGRADORES DEL TIPO

Para la debida integración del delito de fraude, el artículo 386 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, exige un resultado material, consecuencia de la con

(35) Rodríguez Devesa, op. cit. p. 451

(36) Núñez, Ricardo C. op. cit. p. 163

(37) Omeba, op. cit. tomo XI, p. 38

(38) González de la Vega, op. cit. p. 151

ducta básicamente engañosa ejercida sobre la víctima. Este resultado se representa por el decrecimiento perjudicial en el patrimonio del paciente del delito, vinculado necesariamente y -- de manera directa con el beneficio ilícito de naturaleza económica obtenido por el activo. Por esta razón la doctrina clasifica a este ilícito penal como un delito material o de resultado, distinto a los de peligro, que sólo amenazan con la probabilidad de lesión y por tanto, no producen una lesión efectiva al bien jurídico tutelado.

Por otra parte, este requisito de resultado-material exigido por la ley en el delito de fraude, evidencia -- el momento consumativo del mismo, por esa razón se afirma que -- el fraude es un delito instantáneo, como lo expresa Pavón Vasconcelos, a virtud de que "la disminución del bien jurídico revela la consumación instantánea del delito. En el momento en -- que el sujeto activo se hace de la cosa o alcanza un lucro indebido, el fraude se consume". Para robustecer lo anterior, este distinguido jurista hace referencia a lo expresado por Carrara -- en los siguientes términos: "El resultado, el evento en el cual reside la consumación del maleficio es la entrega de la cosa que se obtuvo merced al fraude del propietario engañado; es el haber engañado, no el haber usado el engaño, así como el evento -- de lesión está en haber herido y no en haber blandido el puñal, la amenaza se completa en sí misma, y el delito es perfecto con la sola acción de amenazar, aunque el amenazado, en presencia -- de ella no haya experimentado temor. Por el estelionato no se -- contempla con el sólo usar el engaño, es preciso, además, que -- la víctima haya creído en el engaño; y aún este efecto no es -- por sí solo suficiente para la perfección del delito. También -- es necesario que el engañado, después de haber sido víctima de la ilusión, haya, como consecuencia de ella, consumado el hecho

violador del derecho de propiedad, entregando al culpable la cosa que le pertenece. Hasta este momento no se tendrá mas que -- una tentativa". (39)

Los elementos constitutivos del delito de -- fraude, que derivan del artículo 386 in fine, de acuerdo con la interpretación que realiza sobre el mismo, la Primera Sala de -- la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, son los siguientes:

- "a).-Un engaño o el aprovechamiento de un error.
- "b).-Que el delincuente se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido.
- "c).-Relación de causalidad entre la actividad -- engañosa y la finalidad de obtener el lucro". (40)

En igual sentido pero con diferente denominación, Jiménez Huerta señala como elementos integradores del tipo en estudio, los siguientes:

- "a).-Una conducta falaz, en la que reconoce:
 - "1.- Maquinaciones y artificios
 - "2.- Engaños, que a su vez se integran según este autor, por:
 - Hechos capciosos
 - Peticiones, ofrecimientos y promesas- ilusorias.
 - "3.- Aprovechamiento del error.
- "b).- Actos de disposición
- "c).- Daño y lucro patrimonial". (41)

(39) Pavón, op. cit. p. 151

(40) Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Tomo XI, p. 40

(41) Jiménez Huerta, op. cit. Tomo IV, p. 143

En atención a las desafortunadas reformas - realizadas al artículo 386 del Código Penal en su párrafo tercero, que contenía al fraude cometido mediante maquinaciones - y artificios, es decir al fraude calificado, consideramos que - para realizar el análisis de los elementos constitutivos del - delito de fraude, no existe razón alguna para distinguir o rea - lizar un estudio por separado del engaño y de las maquinacio - nes o artificios, pues como se verá más adelante éstas consti - tuyen las formas agravadas en que se puede producir el engaño. En esa virtud, utilizaremos el orden y la denominación emplea - da por la Sala Penal de nuestro más alto Tribunal de Justicia, al referirse a los elementos integradores del tipo que nos ocu - pa:

1.- El engaño o el aprovechamiento de error. Respecto al engaño como elemento del delito de fraude, con sobrada razón, Carrara lo califica a través de la siguiente afir - mación, diciendo que "constituye la verdadera esencia de este - delito", lo cual es cierto, pues la eficiencia del engaño le - da vida a este ilícito penal el engaño se manifiesta como el - medio necesario e imprescindible, o en su caso el aprovecha - miento del error, para la existencia y configuración de este -, delito. Constituye la llave maestra que da acceso al sujeto - activo del delito al patrimonio ajeno. Es la herramienta de -- que se vale el delincuente para alcanzar su propósito insano y reprochable.

El engaño opera en el ánimo y en la men - te de la víctima, de tal manera que lo persuade a que realice - voluntariamente actos de disposición, mismos que de manera in - consciente e involuntaria dañan su propio patrimonio, con el -, consecuente beneficio ilícito de sujeto activo del delito.

estafa puede ser cualquiera. Pero aquí también hay que distinguir entre el paciente del error y del engaño y el paciente -- del daño, esto es, entre el estafado y el perjudicado; el primero admite técnicamente la calificación de paciente. ¿Y si -- el paciente del engaño fuera una persona naturalmente incapaz de entender y de querer (de menos de catorce años, un loco, un idiota)?. Entonces, como la víctima del engaño no puede ser si no un sujeto capaz, hemos de responder que, con el concurso -- de los demás requisitos, supuestos por la ley, se cendrá hurto o engaño de menores, pero no estafa". (43)

Rodríguez Devesa señala que: "la conducta - del sujeto pasivo viene dada por el engaño -consistente en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas-. El engaño puede residir tanto en la afirmación de hechos falsos como en juicios de valor, realizados con palabras, con actos concluyentes, por un hacer activo o por, una-- omisión (no sacar del error existiendo obligación de hacerlo)". Y aclara que "no es necesario que el engaño se actúe sobre el mismo perjudicado. Perjudicado y engañado pueden ser personas distintas, expone como ejemplo de lo anterior, la llamada "estafa procesal" que se da "cuando una parte con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez y - éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta, que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero." (44)

Sobre la definición de la palabra engaño, el maestro Pavón Vasconcelos realiza la siguiente reflexión: "El - diccionario nos ilustra diciendo que significa "falta de verdad

(43) Maggiore, citado por Pavón, op. cit. p. 153

(44) Rodríguez Devesa, op. cit. pp. 453 y 454

en lo que se dice, hace, cree o piensa", y por ello puede decirse que por engaño se entiende el medio de que se vale el agente para inducir a otro a creer lo que no es". Confirma su opinión al señalar que Escriche expresa que "engaño es la falta de verdad de lo que se dice o hace con ánimo de perjudicar a otro" (45)

Por su parte, Fontan Balastra, nos dice que ardid significa tanto como artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento. Engaño se entiende -- la falta de verdad en lo que se piensa se dice o hace creer , - "afirma este autor que la ley argentina equipara al ardid con el engaño". (46)

En este sentido, Soler considera que la teoría del ardid constituye el punto central de la estafa y lo define diciendo que "es el astuto despliegue de medios engañosos" y que para constituir el ardid, requiere "el despliegue intencional de alguna actividad cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante. Y señala que: "esta necesidad de que el estafador hayadesplegado algunos medios externos y engañosos se expresa tradicionalmente en la doctrina francesa con la exigencia -- de una cierta mise en scene". Asimismo aclara que esta doctrina ha sido mal interpretada al señalar que requiere una gran aparatividad, en su opinión sólo requiere de medios externos engañosos". (47)

Según Maggiore "por engaño, término sinónimo de ardid, enredo, trampa, artimaña , etc., se debe entender como, "un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir a error, de manera más fácil. Precisamente se diferencia -

(45) Pavón, op. cit. pp. 147 y 148

(46) Fontan Balestra, op. cit. p. 38

(47) Soler, op. cit. Tomo IV, p. 304

del artificio por la característica de ser siempre positivo, o sea, por consistir en una acción". (48)

Puig Peña dice que "este elemento es el típico de la estafa y el que lo diferencia de otras formas de apropiación". Y cita un fallo que considera importante dictado por el Tribunal Supremo de su país, que estableció las siguientes afirmaciones:

"a).- Que no es necesario que el engaño consista en actos materiales o en fingidas escenas corroboradoras de las aseveraciones del reo, sino que basta que se produzca mediante palabras engañosas.

"b).- Que en el engaño existe un elemento objetivo y otro subjetivo, consistente el primero en que aquél ha de ser suficiente para mover la voluntad de la víctima; e integrado el segundo por la circunstancia de su susceptibilidad para producirse error en individuos sanos y adultos, lo que les lleva a desprenderse de una parte de su patrimonio, de la que no se hubieran desprendido de no mediar la equivocada confianza en la validez de ese estado subjetivo que el autor del delito produjo con malicia". (49)

Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas estiman que "el engaño constituye una mentira dolosa cuyo objeto es producir en la víctima una falsa representación de la verdad". (50)

Por engañar a una persona, afirma Francisco-González de la Vega, debe entenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa

(48) Maggiore, citado por Pavón, op. cit. p. 146

(49) Puig Peña, citado por Pavón, op. cit. p. 147

(50) Carrancá y Trujillo, op. cit. p. 846

al sujeto pasivo de la infracción; engaño -mutación o alteración de la verdad- supone la realización de cierta actividad - más o menos externa en el autor del delito; el engaño es una -- acción falaz positiva". (51)

Jiménez Huerta expresa que: "la frase"...engañando a uno..." empleada en el párrafo primero del artículo - 386 proyectase también sobre todo comportamiento positivo en el que se falsee la verdad en la que se hace, dice o promete y encierra una conducta y adecuado potencial psico-causal para sumergir a otro en un error y despertarle una creencia ilusoria. Su contenido conceptual abarca no sólo la puesta en marcha de un - medio idóneo para poner ante el entendimiento del sujeto pasivo una notoria desvirtuación de la verdad, sino también la causa - ción de este resultado, esto es, el error en que queda inmerso el sujeto pasivo como efecto de la conducta engañosa que le determina a efectuar el acto de disposición patrimonial." (52)

Como se desprende de las opiniones referi -- das, la finalidad del engaño no es producir el error en la víctima simplemente, sino que la pretensión va más allá, precisa - mente que con el error provocado se induzca a la víctima a que realice una prestación de carácter pecuniario en beneficio ilf - cito del activo.

El engaño en el delito de fraude, debe apreciarse no de manera aislada y estática, sino por el contrario - unida y vinculada a sus demás elementos, de esa manera se podrá valorar su eficacia. En el fraude lo que se castiga no es el -- haber engañado a alguien, sino que ese engaño produzca un daño - patrimonial con el consiguiente enriquecimiento ilfcito por pag - te del delincuente.

(51) González de la Vega, op. cit. pp. 249 y 250

(52) Jiménez Huerta, op. cit. pp. 163 y 164

El engaño debe ser la causa del error en el pasivo y debe estar dirigida a obtener la prestación voluntaria. (53)

La eficacia e idoneidad del engaño ejercido se determina, en función del resultado obtenido. Así tendremos que si no se provocó en la víctima el error ni se obtuvo la -- prestación económica deseada, el engaño no era el idóneo.

Es difícil establecer una fórmula a priori, que nos permita conocer cuando un engaño es idóneo o no, pues intervienen múltiples factores que varían de acuerdo con cada persona, de tal manera que influye la habilidad e inteligencia del sujeto activo, así como la prudencia, experiencia, cultura e inteligencia de la posible víctima.

Este tema ha sido tratado ampliamente en la doctrina, pues desde el Derecho Romano afirma Jiménez Huerta, se consideraba que para que existiera criminalidad necesario era el engaño magno; señala este autor, que los prácticos exigieron que el engaño por su entidad pudiera embaucar a un prudente padre de familia, asimismo cita a Pessina, quien consideraba elemento necesario del fraude la ordinaria prudencia de -- que dado su grado intelectual, la víctima debió hacer uso y -- con la que hubiere fácilmente evitado el engaño. En oposición a lo anterior, Jiménez Huerta concluye que: "los engaños no -- pueden medirse objetivamente, pues proyectándose sobre la inteligencia de la víctima, forzosamente han de influir en su eficiencia las subjetivas peculiaridades psicológicas de la persona engañada". (54)

(53) Carrancá y Trujillo, op. cit. p. 846

(54) Jiménez Huerta, op. cit. pp. 137 y 138

El engaño puede revestir diversas formas y modalidades, variará de acuerdo con la astucia o inteligencia del delincuente; el engaño puede ir desde la más sutil y vanial mentira hasta la más sofisticada y arquitecturada maquinación o artificio.

A continuación y dada la importancia del criterio sustentado por el Poder Judicial Federal, sobre este tema, nos permitimos reproducir las siguientes ejecutorias:

"FRAUDE, ENGAÑO COMO ELEMENTO DEL.- Tratándose del delito de fraude a que se refiere el artículo 386 del Código Penal Federal, el engaño existe por los efectos demostrados de la causalidad adecuada en la obtención de la prestación, comprobándose tanto los elementos materiales como los subjetivos, o sea el propósito de violar la ley penal, con la existencia del dolo, si consta un acto de voluntad del agente de obtener un enriquecimiento patrimonial valiéndose de medios operatorios ilícitos.

Amparo directo 809/1974. Guillermo Seraffin -- Maya. Octubre 23 de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva". (55)

"FRAUDE.- Para que se configure el delito de fraude el engaño debe ser el motivo suficiente y determinante de la entrega de la cosa, aún cuando ésta no esté precisamente en poder de su propietario, sino en posesión legítima de otra persona, porque tal figura delictiva adquiere fisonomía no sólo por la actitud del sujeto pasivo del delito, sino por la conducta antijurídica del agente, al exteriorizar su dañada intención de menoscabar el patrimonio ajeno y, por tanto no importa al caso que el engaño lo cometa el infractor con la persona que tiene la posesión del bien mueble y no directamente con el propietario del mis-

(55) Jurisprudencia y Tesis sobresalientes, 1974, 1975, sustentadas por la 1ª Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualización al Código Penal, México, Mayo Ediciones, S.A. 1978, Tesis 1975, p. 471.

mo.

Directo Penal 2488/50.- Rosa Bello de Ruiz.
Agosto 23 de 1955. Unanimidad de 5 votos --
Ponente: Lic. Angel González de la Vega."
(56)

"FRAUDE.- Con escenario adecuado de imáge --
nes, calaveras y libros de magia, el inculpa
do creó la falacia de poscer poderes ocultos
para curar enfermedades, haciendo víctimas -
de engaño a mujeres analfabetas que le entre
garon diversas cantidades de dinero, por lo
que el agente, técnicamente consumó el deli
to de fraude.

Directo 7146/1961.- Jesús Martínez Leonor. -
Resuelto el 18 de enero de 1962, por unanimi
dad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado
Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca." (57)

"FRAUDE CONTINUADO, ENGAÑO IDONEO, UNIDAD DE
ATAQUE PATRIMONIAL Y RELACION CAUSAL.- Sien
do Bachiller en Derecho y sin pertenecer al
gremio de choferes, si la inculpada formó --
una agrupación de ésta clase, ello fué por -
hacerse de diversas cantidades de dinero que
aquéllos le dieron, sin que gestionara la --
obtención de las placas de ruleteo que les -
prometió , por lo que el engaño oral fué idó
neo al reforzarlo con la objetividad de la -
agrupación y dada la calidad de los pacien
tes o choferes deseosos de lograr seguridad
en su ocupación, hicieron las entregas, esta
bleciéndose una evidente relación de causalid
dad entre la conducta y el resultado, ameri
tando al sujeto activo sanción por el monto
total de lo obtenido, en razón del propósito
singular lesivo aún cuando realizando en múl
tiples actos o fraude continuado, por ser --
continuado en la conciencia y descontinuo en
la ejecución.

Amparo directo 318/60/2- Amparo Guadalupe --
Rfos Cabañas.- 23 de junio de 1960.- Unanimi
dad de 4 votos.- Ponente: Ministro Agustín -
Mercado Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de
Oca." (58)

(56) Jurisprudencia y Tesis sobresalientes de la 1a. Sala de la
Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1955-1963, México,
Ediciones Mayo, S.A., 1964, vol. penal, Tesis 1549, p. 421.

(57) Idem, tesis 1561, p. 424

(58) Idem, tesis 1574, pp-. 427 y 428

"FRAUDE, medios idóneos y coparticipación -- eficiente.- El mecanismo del fraude supone - medios apropiados a la personalidad del sujeto pasivo para vencer su resistencia. Se consideran adecuados los usados por un agente - activo, al presentarse ante un campesino semianalfabeta con nombre supuesto, ostentando se como recomendado de un común amigo para - fundar un negocio próspero, hacerse acompañar o acompañando a un tercero de apariencia respetable por su indumentaria, edad y extranjería, y, finalmente, demostrar marcado interés en la concertación del trato con el extranjero, yendo repetidas veces al lugar del pasivo. En estas circunstancias carece de significación si recibió personalmente -- el numerario o lo obtuvo el tercero, toda -- vez que fue eficiente su coparticipación en el inter criminis sin la cual no hubiera sido posible la consumación del daño patrimonial.

Directo 1264/1958. Roque Benítez Hernández.- Resuelto el 21 de julio de 1958, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srío Lic. Rubén Montes de Oca." (59)

"FRAUDE, tipicidad en el.- En esencia el fraude reside en la actitud engañosa -positiva o negativa- del agente, para lograr la cosa, - lesionando el patrimonio ajeno; y el legislador, para no dejar impunes otras conductas - que pudieran escapar o dificultar su encuadramiento en la figura rectora, enuncia otras hipótesis sin necesidad de recurrir a ellas, pero en la cual sí concurren con lo que no - se conculca la garantía de tipicidad.

Directo 426/1059. Jorge de la Riva Saez. Resuelto el 29 de abril de 1959, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mercado Alarcón. Srío. Lic. Rubén Montes de Oca." (60)

"FRAUDE, EL ENGAÑO COMO ELEMENTO ACTIVO PARA LA ENTREGA FISICA DE LOS PAGARES ES CONFIGURATIVO DEL DELITO.- No resulta violatoria de garantías la sentencia reclamada que consideró acreditada la existencia del delito de --

(59) Idem, tesis 1616, pp. 438 y 439

(60) Idem, tesis 1632, p. 443

fraude, si en autos quedó demostrado que el hoy quejoso recibió físicamente los títulos de crédito no sólo a virtud de un contrato de obra a precio alzado, sino también por cuanto exhibió a los ofendidos, para garantizar la realización de las obras, una póliza de fianza apócrifa que el propio inculpado confesó haber falsificado para tal efecto. Por lo que en tales condiciones es evidente que, en el caso, existió el elemento-engaño que requiere para su configuración - el delito de fraude.

Amparo directo 256/77.- Rubén Illodi Garay. 8 de agosto de 1979, 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.- Srio. Francisco Nieto - González." (61)

"CHEQUES SIN FONDOS, MEDIO PARA COMETER EL DELITO DE FRAUDE.- No puede decirse que el-
acusado y quejoso haya cometido delito de -
expedición de cheque sin fondo respecto de-
ellos que libró a su favor, con pleno conoci-
miento de que no tenía fondos, logrando ob-
tener diversas sumas de dinero mediante el-
auxilio de empleados del banco que autoriza-
ron el abono de esos títulos en la propia -
cuenta, para luego disponer del numerario,-
porque mediante maniobras engañosas con la-
dicha cooperación, el quejoso logró que los
cheques le fueran admitidos como buenos; de
donde resulta que tales títulos de crédito-
no fueron sino medios de que se valió para-
obtener un lucro indebido en detrimento del
patrimonio del banco.

Amparo Directo 6935/78.- Ramón Gil Bauza, -
7 de diciembre de 1979. Unanimidad de 4 vo-
tos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.- Se-
cretario: Roberto Gómez Argüello." (62)

"FRAUDE Y ROBO, ENGAÑO EN LOS DELITOS DE. -
En el delito de fraude, el elemento engaño-
debe ir dirigido a la entrega de la cosa, -
pero cuando a través de él sólo se logra --
que el sujeto pasivo abandone la cosa, sin-

-
- (61) Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Na --
ción por su presidente, en el año de 1979, 2a. parte, Méxi-
co, Mayo Ediciones, S.de R.L., 1979, tesis 16, p. 11.
- (62) Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Na --
ción por su Presidente, 1980, 2a. parte, México, Mayo Edi-
ciones, S. de R.L. 1980, tesis 22, p. 14

hacer entrega al infractor, y éste se apodera de ella, se configura el delito de robo. Amparo en revisión 118/82.- Hernán Barbosa-Loeza. 28 de septiembre de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Rufz Velázquez." (63)

"FRAUDE CONTRA SOCIEDADES MERCANTILES, ENGAÑO EN EL.- Las instituciones de carácterst^{ti}cas mercantiles, como la ofendida Sumbean - Mexicana, S.A., tienen como finalidad la obtención de lucro, circunstancia por la cual cualquier actividad de sus empleados tendiente a disminuir sus ganancias para obtener ellos un beneficio entraña el engaño -- que exige el delito de fraude. Amparo directo 742/1969. F.E.C.Septiembre - 28 de 1970. Unanimidad. Tribunal Colegiado del Primer Circuito en materia Penal." (64)

"FRAUDE, ENGAÑO EN EL DELITO DE.- Si el inculpa^{do} realizó maniobras tendientes a dar la impresión a la ofendida de que no estaban cubiertos determinados documentos con el fin de que fueran pagados nuevamente, es claro que ello constituye el engaño requerido por la ley para la integración del delito de fraude. Amparo directo 134/1968. M.A.V. de C. Enero 27 de 1970. Unanimidad. Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Pnela." (65)

"FRAUDE. VENTA SIN TENER DOMINIO SOBRE EL BIEN ACREDITA EL ENGAÑO.- El hecho de que el quejoso haya vendido un bien a sabiendas que no es de su propiedad demuestra el engaño en el delito de fraude. Amparo en revisión 91/1969. Abril de 1970.- Unanimidad. Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal." (66)

-
- (63) Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente, 1982, 2a. Parte, México, Mayo Ediciones-S. de R.L. 1982, tesis 5 , pp. 298 y 299.
- (64) Jurisprudencia, precedentes y tesis sobresalientes sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo II Penal, México, Mayo Ediciones, S.. DE R.L. tesis 1271, p. 403
- (65) Idem, tesis 1225, p. 414
- (66) Idem, tesis 1239, p. 418

"FRAUDE, CLASES DE. ENGAÑO O MANTENIMIENTO - EN EL ERROR NO ESENCIALES.- Tradicionalmente respecto al fraude, tanto los tratadistas -- como nuestra legislación, antes del Código de 1931, estimaban que cometía el delito el que engañando a una persona o manteniéndola en el error, se hacía de una cosa o lograba algún lucro indebido. En las legislaciones -- actuales, ya no hay fraudes genéricos ni específicos, sino fraudes autónomos, cada uno con elementos propios y reunidos éstos, se logra la tipicidad, independientemente de -- que se acredite el referido engaño o mantenimiento en el error; con ese motivo se ha hablado de fraudes puros o fraudes espurios, -- siendo estos últimos los que a pesar de ser fraudes, no tienen como elemento el engaño, pudiendo citarse como caso típico, el fraude por usura. Hay otros fraudes que también -- son espurios; por ejemplo, el fraude del que se haga prestar un servicio y no pague, puede ser espurio, pero también puede ser por engaño, ya sea porque haya existido engaño al obtener el servicio no pagado o que haya habido ausencia del mismo, y sin embargo, obtener el lucro indebido, al no pagar lo consumido.

Amparo directo 1772/79, Fernando Jaramillo - Carrillo. 27 de marzo de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente. Raúl Cuevas Mantecón, sostiene la misma tesis.

Amparo directo 5177/79. Ramón Vallencillos - Márquez.- 27 de marzo de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. la. Sala Séptima Epoca, Volumen Semestral -- 133-138 Segunda Parte, Pág. 87". (67)

"ROBO Y NO FRAUDE.- Para la existencia del fraude, el engaño debe ser anterior al lucro o provecho que se obtenga por virtud de él, -- y debe ser causa del mismo. En un caso en -- que la maniobra consiste en atrasar el medidor o marcador de un expendio de gasolina, -- haciendo aparecer que se ha vendido menor -- cantidad de la misma, de la que en realidad se ha despachado, para apoderarse de la dife

(67) Jurisprudencia 1917-1965 Sustentada por la Primera Sala -- de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualización I Penal, México, Mayo Ediciones, S. de R.L., 1966, -- tesis 992, p. 202.

rencia en dinero entre la marcada y la vendida, dicha maniobra sólo permite ocultar el apoderamiento, pero no produce un error o -- falsa representación de la penalidad que motive el lucro alcanzado, ni establece la relación entre la causa y el efecto productor del daño patrimonial específico del fraude, y por lo tanto el delito cometido es el de robo.

Amparo directo 2738/1963. Manuel Montiel González. Febrero 18 de 1964. 5 votos. Ponente. Mtro. Angel González de la Vega.
1a. Sala.- Sexta Epoca, Volumen LXXX, Segunda Parte, Pág. 41." (68)

Con las reformas del 29 de diciembre de 1981, se suprimió el fraude agravado o calificado, previsto por el párrafo tercero del artículo 386 del Código Penal, que en su parte conducente expresaba: "cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, -- sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega haya empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años. (Texto puesto en vigencia por decreto del 29 de diciembre de 1975, publicado en el diario oficial el 30 de diciembre del mismo año).

Jiménez Huerta, refiriéndose a la reforma del párrafo precedente del artículo 386 del Código Penal, -- expresa: "altamente dudoso es el acierto de dicha supresión, -- pues por una parte, el precepto derogado ponfa en relieve la integración dinámica del delito de fraude; y por otro, tenfa en cuenta, a los efectos de la pena, la mayor intensidad de la acción ejecutiva, de tal manera que, concluye este autor: "Empero insostenible serfa afirmar que después de la desaparición del -

(68) Jurisprudencia y tesis sobresalientes 1980-1981, sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Actualización VII Penal, México, Mayo Ediciones, S. de R.L., 1984, tesis 1917, p. 773.

párrafo tercero del artículo 386 el fraude realizado mediante maquinaciones o artificios deviene atípico, pues intuitivo es que queda abarcado por la frase ... "El que engañando a uno - ..." empleada en el párrafo primero del citado artículo." (69)

Estamos de acuerdo con este autor, pues la maquinación y el artificio son formas en que suele presentarse el engaño productor del error, son formas calificadas -- por la mayor peligrosidad y eficacia que conllevan para obtener el error de la víctima.

En nuestra opinión carece de fundamento lógico y práctico, incluso doctrinario la derogación del párrafo tercero del artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, además, del análisis minucioso de la exposición de motivos de la iniciativa de reformas, no se advierte razón alguna de esta derogación ni menos aun se contienen argumentos que sustentan la supresión del fraude basado en maquinaciones o artificios.

En el fraude calificado se advertía una mayor intensidad delictiva, por eso Carrara afirma que "la criminalidad está toda en los antecedentes, en los artificios para engañar... y no es propiamente que el delito esté en el acto - de tomar o de apropiarse de una cosa, en que pueden consistir su resultado engañoso y su consumación, pero no su criminalidad especial; esta consiste en los artificios engañosos con -- que se indujo maliciosamente al propietario a despojarse de su dominio, haciéndole creer lo falso como verdadero". (70)

Por ese motivo, en las reformas realizadas al Código Penal para el Distrito Federal, mediante decreto

(69) Idem, p. 146

(70) Carrara, op. cit. p. 413

del 29 de diciembre de 1975, publicado en el Diario Oficial el 30 de diciembre del mismo año, se incluyó el fraude agravado, contemplando una penalidad a fin de reprimir esta modalidad defraudatoria, caracterizada por una mayor peligrosidad, ya que en su comisión el delincuente emplea no únicamente simples afirmaciones falsas y mendaces, sino que estas van acompañadas de aparatos externos, corpóreos, previamente concebidos y elaborados a fin de obtener mayor facilidad para provocar el error de la víctima; lamentablemente esta forma agravada fue suprimida sin exponer el motivo que lo fundamentó, más bien, da la apariencia de ser una supresión involuntaria o impensada, lo que resulta muy grave.

En este sentido, Francisco González de la Vega, considera que fue un error involuntario la exclusión de esta forma agravante del delito de fraude. (71).

Por otra parte, como acertadamente expresa el maestro Jiménez Huerta, la circunstancia de que se haya derogado el párrafo que contemplaba el fraude cometido mediante maquinación o artificio, no implica en manera alguna que este ilícito agravado, se encuentre despenalizado o sea, una forma de conducta atípica, por el contrario, como expresamos con anterioridad la maquinación y el artificio son modalidades agravadas de engaño, por esa razón, no son formas atípicas, sino que están comprendidas dentro del primer párrafo del artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, bajo la expresión "... "El que engañando..."

Gramaticalmente maquinación significa: asechanza artificiosa, y artificio: máquina o aparato.

(71) González de la Vega, Francisco, El Código Penal Comentado, 8a. ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 1987, p. 473.

Jiménez Huerta, refiriéndose a las maquinaciones o artificios señala que: "La forma más densa de manifestar la conducta engañosa del delito en examen, es en efecto, aquella que se exterioriza en una falsa apariencia externa simuladora o disimuladora de la realidad, en una mise en scene destinada a corroborar los hechos falsamente afirmados" y agrega: -- "las maquinaciones o artificios empleados para obtener la entrega de la cosa 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, o de otra manera dicho, para engendrar en la mente del sujeto pasivo de la conducta una alteración de la verdad que devenga en un presupuesto erróneo de la determinación de su voluntad o en motivación viciada de la misma. Empero, -expresa el autor-, no existe maquinación o artificio en las simples palabras por fascinantes o sugestivas que fueran; preciso es que vayan acompañadas previa, simultánea o sucesivamente por algún -- hecho material corpóreo que dé apariencia de realidad a la mentada afirmación". (72)

Las maquinaciones o artificios, son, en opinión de Pavón Vasconcelos, los medios que complementan la -- fuerza de convicción usada por el agente al expresar la mentira o la falacia que tiende a producir en su víctima el error que propicia la consecuencia del fin malvado, o sea, la entrega voluntaria por parte de ésta, de la cosa objeto del delito". (73)

Carrara señala que "para que haya artificio no basta el solo discurso, por elocuente, estudiado y persuasivo que sea, si fuera de las palabras mentirosas, no se efectúa algo que compruebe las afirmaciones falsas". (74)

(72) Jiménez Huerta, op. cit. p. 146

(73) Pavón, op. cit. p. 74

(74) Carrara, op. cit. p. 427

Los fraudes maquinados, son "las estratagemas o maniobras desplegadas sobre otros, con más o menos destreza, ingenio o arte, para sorprenderle o deslumbrarle, - despertar su ilusión y vencer sus naturales desconfianzas o - psicológicas resistencias". (75)

A continuación, nos permitimos reproducir el criterio sustentado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el fraude maquinado, a saber:

"FRAUDE, INTERPRETACION DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 386 DEL CODIGO PENAL FEDERAL SOBRE EL.- En el artículo 386 del Código Penal no se tipifican dos figuras autónomas de delitos, uno de fraude genérico y otro de fraude maquinado, si no que en el primer párrafo se hace la descripción de los elementos materiales del delito de fraude y al señalar las penas en el párrafo segundo de la fracción III se fija una agravación de dicha pena cuando además de concurrir el engaño, éste se logra provocar en el ánimo del ofendido, mediante maquinaciones o artificios. Esta agravación de la pena obedece a que el delincuente demuestra mayor preparación, habilidad y temeridad que el que simplemente engaña sin utilizar tales maquinaciones ni artificios. Esta verdadera calificación de fraude corresponde por sus antecedentes doctrinarios y legislativos a la antigua estafa, pero actualmente y desde el punto de vista de derecho positivo, la situación es la ya expuesta. Amparo directo 5963/1962. Manuel Martínez - Castro. Octubre 28 de 1964. 5 votos. Ponente. Mtro. Manuel Rivera Silva. la. SALA.- Sexta Epoca, Volumen LXXXVIII, - Segunda Parte, p. 34". &76)

(75) Jiménez Huerta, op. cit. p. 149

(76) Jurisprudencia 1917-1965, y tesis sobresalientes sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, - Actualización I Penal, México, Mayo Ediciones, S.de R.L. - 1966, Tesis 929, p. 391.

"FRAUDE, MAQUINACIONES O ARTIFICIOS EN EL CONCEPTO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).- Las maquinaciones o artificios a que se refiere el artículo 369 del Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua, sólo pueden darse cuando para lograr el engaño el sujeto activo del delito se vale de medios materiales, -- exteriores y tangibles, que inducen con mayor facilidad a la víctima a caer en la versión -- falaz que se trata de presentar como verdadera. Amparo directo 5707/1968. Concepción Nevarez -- de Aguirre. Julio 17 de 1969. Mayoría de 3 votos. Ponente: Mtro. Mario G. Rebollo. 1a. SALA, Séptima Epoca, Volúmen 7, Segunda Parte, p. 57." (77)

"FRAUDE MAQUINADO NO CONFIGURADO.- Para que se integre la modalidad de fraude maquinado, deben existir medios engañosos apoyados en dichos materiales, exteriores, tangibles o perceptibles que den forma precisa y suficiente a la mentira para hacerla creíble; es decir, -- los engaños deben estar apoyados en hechos materiales, como por ejemplo, una credencial para hacerse pasar por alguna persona o representación de alguna firma importante o bien, presentar cartas de recomendación o garantías que faciliten al agente hacerlo sujeto de crédito, lo que vendría a constituir una maquinación o artificio para engañar; lo que no ocurre si el inculpado, sin valerse de ningún subterfugio -- de esta especie, obtiene el lucro indebido. -- Amparo directo 2560/1974. Rogelio Humberto Medellín Macías. Febrero 7 de 1975. 5 votos. Ponente: Mtro. Abel Huitrón y A. 1a. SALA, Séptima Epoca, Volumen 74, Segunda Parte. p. 21.

Tesis que ha sentado precedente: Amparo directo 148/1973. Marfa del Refugio Ramos Serrano. Marzo 7 de 1974. Mayoría de 3 votos. Ponente: Mtro. Abel Huitrón y A. 1a. SALA. Séptima Epoca, Volumen 63, Segunda Parte, p. 25." (78)

- (77) Jurisprudencia y tesis sobresalientes 1971-1973, sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Actualización III Penal México, Mayo Ediciones, S. de R.L., 1975, tesis 2148, p. 264.
- (78) Jurisprudencia y tesis sobresalientes sustentadas 1976-1977 sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Actualización V Penal, México, Mayo Ediciones, S. de R.L., 1979, tesis 2661, p. 121.

Ahora bien, en cuanto al aprovechamiento del error, en opinión de González de la Vega, "es una acción negativa, -aclara- de abstención por parte del protagonista del fraude; supone que la víctima de antemano tiene un concepto ---equivocado, erróneo, falso de las circunstancias que recaen en los hechos o cosas objeto del delito; en el sujeto activo no --causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente conociéndolo, se abstiene de hacer saber a la víctima, la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa, lo común al "engaño" y al "aprovechamiento de error" es el estado mental en que se encuentra la víctima: una falsa creencia acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude." (79)

Por su parte, Pavón Vasconcelos, identifica al aprovechamiento del error, con lo que llama la doctrina, delito de comisión por omisión y omisión impropia, que produce un resultado material (prohibido) a través de una inactividad, -un no hacer voluntario, violatorio tanto de la norma preceptiva como de una prohibitiva", y señala "si el aprovechamiento del error, para hacerse ilícitamente de una cosa o para obtener un lucro indebido, admite una actitud negativa, un no hacer del sujeto con violación del deber jurídico de obrar, mediante el ---cual llegase al enriquecimiento indebido, como fin último derivado de la entrega voluntaria de la cosa, es clara la posibilidad de la comisión por omisión, como forma de conducta en el delito en examen.

Señala este autor que en el aprovecha---miento del error, éste ya "existe con anterioridad, por lo que el agente se vale de esta situación para llegar al fin que de -

(79) González de la Vega, op. cit. p. 250

antemano se propuso." (80)

El aprovechamiento del error, señala --- Jiménez Huerta, "reviste una menor intensidad anti*jur*fídica que el engaño, ambos en cuanto a la pena". Agrega, "creemos, sin em*ba*rgo que el juzgador no debe mostrarse insensible, al hacer -- uso del arbitrio judicial, a la menor intensidad fraudulenta que encierra el aprovechamiento del error. Esta forma de realizarse la conducta fraudulenta, se manifiesta múltiples veces en el silencio que asume el sujeto activo y con el cual asiste el --- error en que la víctima ya se hallaba inmersa". Destaca además este connotado tratadista que: "aunque el silencio es un signo ambiguo, en determinadas circunstancias está henchido de final*id*ad fraudulenta y desvalor anti*jur*fídico"; sin embargo, destaca que: "bueno es, advertir que el aprovechamiento del error puede también manifestarse con reticentes y anfibi*ol*ógicas palabras -- tendientes a asistir y confirmar la equivocación en que de ante*ma*no la víctima se hallaba". Asimismo agrega que "en el aprovechamiento del error, si bien el agente no simula la realidad -- para sumergir en error a su víctima, disimula dicha realidad -- e impide con su actitud que la víctima salga del error en que -- por su mentalidad, distracción torpeza se encontraba sumida". -- Y a manera de ejemplo cita el caso de las Ciudades de Tijuana y Ciudad Juárez, "en donde desaprensivos explotan el error de los norteamericanos que concurren a las corridas de toros, y que -- deslumbrados por la belleza y fiereza del toro, expresan sus de*se*os de jugarse sus dólares por la victoria de éste, lo que es inmediatamente aceptado por dichos avisados sujetos. Al termi*na*r la fiesta, éstos consuelan al yanki con la esperanza de que en la corrida próxima tendrán mejor suerte". (81)

(80) Pavón, op. cit. p. 150

(81) Jiménez Huerta, op. cit. p. 191.

En relación con este elemento integrador del delito de fraude, la Primera Sala de la Suprema Corte de -- Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, -- han sustentado el siguiente criterio:

"FRAUDE, COMPROBACION DEL DELITO DE.- Si de -- las constancias procesales se concluye que -- el inculcado, aprovechándose del error en -- que incurrieron los empleados de una empresa de Seguros, recibió como remuneración por -- concepto de primas, una cantidad mayor de la que le correspondía, y, a pesar de los requerimientos no hizo oportunamente el reintegro, su conducta tipifica el delito de fraude a -- que se refiere el artículo 386 del Código -- Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Directo 5580/1960.- Leonardo Hernández Saldaña. Resuelto el 24 de Enero de 1961, por --- mayoría de 3 votos contra el del señor Mtro. Rivera Silva, ponente el señor Mtro. Mercado Alarcón, Srío. Lic. Fernando Castellanos. 1a. SALA.- Boletín 1961, p. 65" (82)

"FRAUDE, APROVECHAMIENTO DEL ERROR, ELEMENTO DEL.- Sí se surte el elemento de la definición del delito de fraude consistente en --- "o aprovechándose del error en que éste se halla", si el personal al servicio del defraudado verificaba con frecuencia operaciones -- con el inculcado en relación a su cargo de gestor, cuya mayoría de tales operaciones -- eran correctas, de donde surgió la confianza de dicho personal hacia aquél, absteniéndose de constatar varios requisitos para autenticar los datos que contenían los documentos -- falsificados, que se suponían correctos, en razón la confianza mencionada.

Amparo Directo 421/1970, José Luis Stevenson Hernández. Abril 27 de 1972. Unanimidad de -- 4 votos. Ponente: Mtro. Abel Huitrón y A. 1a. SALA, Séptima Época, Volumen 40 Segunda-Parte, p. 32." (83)

-
- (82) Jurisprudencia y tesis sobresalientes 1955-1963, sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Volumen Penal, México, Mayo Ediciones, --- S. de R.L., 1964, tesis 1567, p. 426.
- (83) Jurisprudencia y tesis sobresalientes 1974-1975, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualización IV Penal, México, Mayo Ediciones S.de R.L. 1978, tesis 92, p. 470.

"FRAUDE, APROVECHAMIENTO DEL ERROR.- Si el inculpado fue empleado de una institución -- bancaria y, no obstante que ya no trabajaba en esta, siguió recibiendo pagos a su favor, es evidente que se aprovechó del error de -- las personas que lo hacían.
Amparo directo 139/1968. J. A. M. Junio 29 de 1970. Unanimidad.
Tribunal Colegiado del SEGUNDO Circuito (Toluca)". (84)

"FRAUDE, COBRO DOBLE DE SUELDOS.- Si está -- aprobado que el quejoso, aprovechando un --- error, estuvo cobrando dos veces su sueldo en repetidas ocasiones, es claro que obtenfa un lucro indebido y es por ello que se integra el delito de fraude.
Amparo directo 707/1969. M.A.C. Enero 29 de 1970. Unanimidad. " (85)

2.- Que el delincuente se haga ilficamente de una cosa o alcance un lucro indebido.- Este elemento constitutivo del fraude, representa la finalidad que persigue el sujeto activo, es lo que lo mueve a ejecutar el engaño previamente concedido para inducir a la víctima a que realice una prestación económica a su favor.

El hacerse ilficamente de una cosa o -- alcanzar un lucro indebido es el daño patrimonial que reprime -- la ley, es el resultado material que caracteriza a este delito, pues si no se realiza no se consume el fraude, sino únicamente en grado de tentativa.

El fraude es un delito de disminución de interés patrimonial, afirma Jiménez Huerta, la disposición que hace el engaño presupone un daño o un perjuicio para el titular del patrimonio afectado y, correlativamente, una antijurídica -- ventaja patrimonial para el estafador. Este daño o perjuicio pa

(84) Jurisprudencia, precedentes y tesis sobresalientes, sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo II, -- Penal, México, Mayo Ediciones, S.DE R.L. 1973, tesis 1214, -- p. 392.

(85) Idem, Tesis 1215, p. 402

rimonial consiste, según Frank, en una disminución apreciable en dinero del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona, cuya disminución puede encarnar en una merma del activo o en un aumento en pasivo. (86)

En este segundo elemento del fraude, se emplea la conjunción disyuntiva "o" consistente en que el sujeto activo se haga ilícitamente de alguna cosa o bien, alcance un lucro indebido. Para González de la Vega, "la primera parte de la disyuntiva se refiere a las cosas, es decir, a los bienes corporales de naturaleza física, comprendiéndose los muebles y los inmuebles por no establecerse distinción alguna en el precepto que analizamos", destaca además este autor, que esta expresión no debe interpretarse como apoderamiento material de la cosa, pues en el lenguaje técnico penal, esta palabra tiene un significado jurídico especial en los delitos de robo y de raptó. Y significa la aprehensión de las cosas en ausencia de todo consentimiento de la víctima de la infracción, o circunstancia que no acontece en el fraude, pues, señala acertadamente, la obtención física y virtual de las cosas se logra, no contrariando la voluntad de la víctima, ni significa en ausencia de su consentimiento, sino precisamente contando con su ausencia, salvo que esa voluntad derive de la existencia de un error provocado por el engaño o preexistente sin intervención del sujeto activo. Ahora bien, en cuanto a la segunda parte señala referente al lucro indebido, que son aquellos ilícitos beneficios, utilidades o ganancias económicas que se obtienen explotando el error de la víctima. Consisten en esencia en la usurpación fraudulenta de bienes incorpóreos (diferentes a las cosas) tales como la apropiación o adueñamiento de derechos patrimoniales ajenos. (87)

(86) Jiménez Huerta, op. cit. pp. 203 y 204

(87) González de la Vega, op. cit. pp. 250 y 251

Por su parte, Jiménez Huerta señala que: "el daño patrimonial sufrido por el sujeto pasivo a consecuencia del engaño, debe corresponder al enriquecimiento indebido - del defraudador". Y distingue el artículo 386 del Código Penal - "dos alternativas hipótesis: a) Que la fraudulenta conducta tenga por fin que el sujeto activo se haga ilícitamente de una cosa determinada, y b) Que la conducta recaiga sobre el patrimonio del sujeto en su conjunto (como acontece en el supuesto a - que alude el artículo 386 con la frase "...o alcance un lucro - indebido. En este último caso, el delito se consuma cuando el sujeto activo obtiene una ganancia o un beneficio que disminuya en su conjunto el patrimonio del sujeto pasivo. En el primero, señala el autor, cuando se produce el desplazamiento que hace - salir la cosa del patrimonio del sujeto pasivo, aunque la con-- serve en su poder sin enajenarla a terceras personas", concluye además, "el lucro existe tan pronto como el agente obtiene la - entrega de la cosa mueble o inmueble o la firma del crédito que obliga al sujeto pasivo o del documento que contiene su renun-- cia a un derecho." (88)

Pavón Vasconcelos observa que "la lesión patrimonial es normalmente correlativa a la "antijurídica venta ja" (lucro indebido) obtenido por el autor del hecho, concepto de claro contenido económico por cuanto atiende, exclusivamente, al valor de esa índole que lesiona el patrimonio. No obstante, - destaca el autor "consideramos necesario admitir que no todo lu cro indebido implica disminución en el activo patrimonial de la víctima, aunque sí impide su ilícito acrecentamiento. Por ejemplo, si alguien mediante engaños logra recibir el pago, de una presta ción recibida obteniendo un lucro indebido, no disminuye de he-- cho el caudal patrimonial del pasivo, más sí impide incuestiona-

(88) Jiménez Huerta, op. cit. pp. 206 y 207

blemente el enriquecimiento a que éste tiene derecho, lo cual equivale, sin duda a un daño patrimonial". (89)

Los conceptos vertidos por el maestro - Pavón Vasconcelos sobre el daño y perjuicio patrimonial, encuentran apoyo en lo dispuesto por los artículos 2108 y 2109 - en concordancia con los artículos 1910 y 1915 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, pues precisamente el artículo 2108 define el daño patrimonial diciendo: "se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la -- falta de cumplimiento de una obligación". Por su parte el artículo 2109 preceptúa que "se reputa perjuicio la privación de -- cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

Además de lo anterior, Pavón Vasconcelos distingue una fórmula alternativa con referencia al resultado que produce el fraude, de acuerdo con la redacción del -- artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, que lo hace consistir "en la obtención de la entrega de la cosa (se hace ilícitamente de una cosa) o en alcanzar un lucro indebido; es decir, que cualquiera de tales resultados integran el -- hecho". Asimismo éste autor cita la opinión contraria que sostiene Zamora Pierce, quien afirma: "también nos presenta el -- fraude, en nuestro ordenamiento penal, dos resultados a) Hacerse de una cosa, o b) Alcanzar un lucro indebido, lo cual no debemos concluir como lo hace Pavón Vasconcelos, que estamos ante un delito de resultado alternativo, por cuanto al resultado consistente en hacerse de una cosa, queda subsumido siempre en el lucro, siendo este último el único resultado posible." (90)

(89) Pavón, op. cit. pp. 155 y 156

(90) Idem, pp. 156 y 157

La Primera Sala de nuestro más alto Tribunal de Justicia, sobre este segundo elemento del delito de fraude, ha sostenido los criterios siguientes:

"FRAUDE.- Para la configuración de delito de fraude se precisa el resultado material consistente en el daño patrimonial sufrido por el sujeto pasivo y en el enriquecimiento, para sí o para otro, logrado por el sujeto activo, valiéndose del engaño o error del ofendido.

En el caso, estando comprobada la actividad positivamente mentirosa del acusado que hizo incurrir en apreciaciones falsas a la víctima -- respecto del estado verdadero que guardaba el juicio laboral promovido en su contra, revelando así su dañina intención de obtener un lucro -- con menoscabo del patrimonio ajeno, es evidente que la existencia del delito de fraude quedó acreditada.

Directo 5788/1960.- Mario Humberto Carreta Gama. Resuelto el 2 de diciembre de 1960, por unanimidad de 4 votos. Ponente el señor Mtro.- Rivera Silva. Srio. Lic. Victor Manuel Franco. 1a. SALA.- Boletín 1961, p. 21." (91)

"FRAUDE, CUERPO DEL DELITO DE.- Si de autos se concluye que el acusado, a sabiendas de que no podía legalmente vender un terreno que poseía en propiedad en común con su cónyuge, lo enajenó y recibió el precio, sin que haya logrado la titulación del mismo, ni se haya dado la posesión al comprador, se tipifica el delito de fraude genérico, caracterizado por la obtención de indebidos lucros a virtud del engaño o del aprovechamiento del error de las víctimas.

Directo 1196/1956.- Julián Medina. Resuelto el 1o. de Octubre de 1959, por unanimidad de 5 -- votos. Ponente el señor Mtro. Chávez Sánchez. Srio. Lic. Fernando Castellanos. 1a. SALA.- Boletín 1959, p. 589." (92)

(91) Volumen Penal, op. cit. tesis 1561, p. 424.

(92) Idem, tesis 1575, p. 428.

"FRAUDE, DELITO DE.- Legislaci3n del Distrito y Territorios Federales.- Para la configuraci3n del delito de fraude se precisa el resultado material consistente en el da1o patrimonial sufrido por el sujeto pasivo, -- y en el enriquecimiento, para s3 o para -- otros, logrado por el sujeto activo, vali3ndose del enga1o o del error de la v3ctima.- Por lo cual, si el acusado se comprometió a obtener por una suma de dinero que recibió en el acto, la reducci3n, cancelaci3n -- o impropiedad de las multas impuestas al ofendido, sin haberlo conseguido, debe estimarse acreditada la existencia del delito -- de fraude, en el que se hizo uso del enga1o. Directo 5437/1960. Luis G3mez Carrera. Resuelto el 20 de enero de 1961, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Rivera Silva. Srio. Lic. V3ctor Manuel Franco". (93)

"FRAUDE, INEXISTENCIA DEL DELITO DE.- Si el dinero que recibió el reo fue por su participaci3n en la obtenci3n de los documentos relativos a un veh3culo, los cuales resultaron falsos, pero ning3n lucro obtuvo por enganar a los ofendidos o aprovecharse del -- error en que estos se encontraban, no se -- configura el delito de fraude que al respecto se le impute.

Amparo directo 7416/1965. Isidoro Fragoso - Palacios. Agosto 9 de 1967. 5 votos. Ponente: Mtro. Jos3 Luis Guti3rrez Guti3rrez. la. SALA, Sexta Epoca, Volumen LXXII, Segunda Parte, p. 16." (94)

"FRAUDE, REPARACION DEL DA1O EN CASO DE. -- Si queda acreditada la comisi3n del delito de fraude, el hecho de que se haya cubierto la reparaci3n del da1o no entra1a la inexistencia de la lesi3n patrimonial, sino que -- la producida se repar3.

Amparo directo 368/1974. Efr3n Dur3n Moreno. Octubre 28 de 1974. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Mtro. Abel Huitr3n y Aguado. la. SALA. S3ptima Epoca, Volumen 70, Segunda Parte, p. 19". (95)

(93) Idem, tesis 1575, p. 428

(94) Actualizaci3n II Penal, op. cit. tesis 1200, p. 587

(95) Actualizaci3n IV Penal, op. cit. tesis 983, p. 476

"FRAUDE, IRRELEVANCIA DEL DESTINO DADO AL PRODUCTO DEL.- El destino dado a las cantidades obtenidas por la comisión del delito de fraude es independiente a la comisión en sí del ilícito, no importando el hecho de que se haya gastado, invertido o guardado dicha cantidad puesto que existió el engaño y se alcanzó un lucro indebido, elementos estos esenciales en la referida figura delictiva.

Amparo directo 6200/1972, Enrique Ismael Sustaita Martínez. Agosto 10 de 1973. 5 votos. Ponente, Mtro. Abel Huitrón y A. la. SALA. Séptima Época, Volumen 56, Segunda Parte, p. 52." (96)

Por otra parte, el Tribunal Colegiado del Primer Circuito, ha sustentado las siguientes tesis, que nos permitimos reproducir:

"FRAUDE, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.- La configuración del delito de fraude, precisa del resultado material consistente en el daño patrimonial que sufre el sujeto pasivo del ilícito y el consecuente enriquecimiento logrado por el sujeto activo para sí o para otro, a través del engaño o aprovechando un error en que se encuentre el ofendido.

Amparo directo 111/1968. Marzo 27 de 1969. Tribunal Colegiado del Primer Circuito -- en Materia Penal". (97)

"FRAUDE, TENTATIVA DE. LUCRO NO OBTENIDO. El quejoso habiéndose ostentado como inspector del Seguro Social en una negociación, aprovecho el hecho de que un grupo de trabajadores del lugar, no estuvieran afiliados al organismo que él decía representar, para pedir dinero al patrón por no llevar la queja al Instituto pero este dándose cuenta de que el acusado no tenía tal cargo de inspector, le negó el dinero

(96) Idem, tesis 975, p. 471

(97) Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo I Penal, op. cit. Tesis 463, p. 231.

solicitado y procedió a denunciarlo a las autoridades. Así las cosas, es claro que la actitud del quejoso configura el delito de tentativa de fraude, pues si no logró el fin que perseguía, fue por causas ajenas a su voluntad. Amparo Directo 363/1969. Septiembre 1969. Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal." (98)

3.- Relación de Causalidad.- El engaño o el aprovechamiento del error y la obtención ilícita de la cosa o de un lucro indebido, deben concurrir como elementos integradores del fraude de manera vinculada, de tal manera que los primeros deben ser la causa productora de los segundos.

El maestro Francisco González de la Vega señala que el engaño causado o el error aprovechado deben ser el motivo de enriquecimiento indebido del infractor. La obtención de la cosa o del lucro deben ser consecuencia de la falacia, de la intriga, de la falsedad, de la mentira empleada por el delincuente, o al menos, de su malicia al no revelar las circunstancias verdaderas que erróneamente ignora el que sufre su acción. El fraude existirá condición sine qua non, cuando como resultado del engaño o del aprovechamiento del error, el autor logra la entrega o apropiación de la cosa o derechos patrimoniales ajenos; por supuesto, no deberá exigirse precisamente la demostración de una entrega materia, pues la remisión de la cosa, para emplear el lenguaje del derecho privado, puede ser virtual." (99)

De manera concordante Pavón Vasconcelos señala que: "más no basta para integrar el hecho que exista la conducta, conformada por sus citados elementos y el resultado ya precisado, sino que, además se requiere que entre uno y otro exista un exo de causalidad, de manera que si el resultado no es consecuencia de la acción u omisión comisiva del sujeto no

(98) Idem, tesis 474, p. 234.

(99) González de la Vega, op. cit. p. 251

puede hablarse del hecho objetivo de fraude" y señala con atingencia que "el problema del nexo causal en este delito encuentra solución aplicando la teoría generalizadora de la conditio sine qua non (equivalencia de las condiciones) creada por Von-Buri, única que en nuestro concepto, resulte satisfactoriamente todos los casos que se presentan, ya que suprimida mentalmente, en forma hipotética, la actividad o inactividad del --- agente el resultado desaparece, lo que demuestra el carácter - condicional de la conducta observada por el sujeto activo del delito en la producción del resultado." (100)

El maestro Jiménez Huerta, señala que - el nexo causal derivado de la estructura del artículo 386 del Código Penal, "se puede fraccionar o desdoblar en dos momentos diversos: el primero consiste en la conexión psicológica existente entre la conducta engañosa y la causación del error; y - el segundo, en la conexión material que debe existir entre el error causado y el acto de disposición patrimonial que la víctima realiza. Empero, agrega este autor, esto no significa -- la existencia de dos nexos causales sino simplemente destacar la total ruta del mismo y el diverso y genuino carácter de dichas instantes o fases. En el término "engañando" a que hace referencia el párrafo primero del artículo 386, se hace concreta referencia al primer momento, la frase "se hace ilícitamente de la cosa o alcanza un lucro indebido" que se lee en el -- mismo párrafo alude al segundo, la causación material del fraude de queda integrada cuando las dos fases concurren". (101)

Sobre el nexo de causalidad como elemento integrador del fraude, nos permitimos transcribir las si -- guientes ejecutorias:

(100) Pavón, op. cit. p. 146

(101) Jiménez Huerta, op. cit. p. 143

"FRAUDE. NEXO CAUSAL.- Existe fraude genérico si el acusado, mediante un poder general falso, engaña al sujeto pasivo acerca de que estuviera autorizado por la dueña de una casa, para venderla, recibiendo su precio. De ahí que, al acreditarse la falsificación de la -- firma de la poderdante, se establezca que fue eficiente el medio engañoso usado por el agente para hacerse de numerario, o sea, que hubo relación causal entre la conducta y el resultado.

Directo 5720/1962. Fernando Tomás Mena del -- Rfo. Resuelto el 15 de julio de 1963, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca. 1a. SALA.- Boletín 1963, p. 279." (102)

"FRAUDE, DELITO DE.- Se surten los elementos constitutivos del mismo, si el acusado realizó actos positivos (engaño) para obtener prestación de servicios para un familiar suyo, consistentes en atención médica en el Seguro Social (lucro), que ya no le correspondía por haber dejado de ser trabajador de la empresa que lo había afiliado al mencionado Seguro -- siendo evidente la relación de causalidad entre aquel engaño y este lucro.

Directo 887/1956.- Ruperto Carrillo Valdés. - Resuelto el 6 de julio de 1956, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Raúl Cuevas. 1a. SALA.- Boletín 1956, p. 487." (103)

"FRAUDE, ENGAÑO, APROVECHAMIENTO DEL ERROR Y NEXO CAUSAL EN EL.- El fraude genérico, previsto en la primera parte del artículo 386 -- del Código Penal Federal, determina como medios comisivos tanto al engaño como al aprovechamiento del error, señalando como resultados: "el hacerse ilícitamente de alguna cosa" o bien alcanzar un lucro indebido. Por engaño se entiende la actitud mentirosa, por medio de palabras y actos, que tienden a producir en el sujeto de la relación (que no siempre--

(102) Volumen Penal, op. cit. tesis 1617, p. 439

(103) Idem, tesis 1585, p. 430

es el sujeto pasivo), un estado subjetivo de error, o sea un concepto falso sobre una cosa, hecho o realidad. El aprovechamiento del error, por lo contrario, supone el estado de error en el sujeto y del cual se vale el activo del delito para obtener una cosa ilícitamente o bien un lucro indebido.

La relación de causalidad existente entre la conducta y el resultado, debe buscarse siguiendo siempre un criterio naturalístico. Dentro de las teorías elaboradas sobre el --nexo causal, esta Sala se ha inclinado por --la de "la equivalencia de las condiciones" --elaborada por Von Buri, siguiendo la concepción genérica que sobre causa expresó Stuart-Mill, según la cual causa es toda condición que ha contribuido a la producción del resultado, lo que equivale a decir que son causas todas las condiciones, teoría ésta que se --expresa en la fórmula "conditio sine qua --non", porque suprimida totalmente la condición causal el resultado desaparece.

Entre la conducta de un agente que cobra un giro telegráfico manufacturado por él mismo, quien previamente lo había mandado de otra --ciudad, como procedente de otra diversa población, y haciéndolo aparecer con la firma de un tercero, y el resultado dañoso, existe el nexo causal antes dicho ya que, si suprimieramos mentalmente su actividad, el resultado no hubiera acontecido.

Directo 6543/1957. Jerónimo Bretón Mena. Resuelto el 10 de diciembre de 1958, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srío. Lic. Francisco H. Pavón V. la. SALA.- Boletín 1959, p. 14." (104)

D).- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

El artículo 21 Constitucional, establece que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. En esa virtud, el ejercicio de la ac--

(104) Idem, tesis 1603, p. 435.

ción penal ante los Tribunales Judiciales, corresponde de manera exclusiva al Ministerio Público, sin hacer distingo alguno sobre si el delito de que se trate se persigue de oficio o se castiga a petición de parte ofendida.

Es improcedente, por tanto, que los particulares acudan ante los Tribunales Judiciales a formular su querrela, puesto que sólo tienen derecho a hacerlo ante el Ministerio Público, quien deberá mandar practicar las diligencias que sean necesarias a fin de obtener el esclarecimiento de los hechos, y en caso de que los mismos constituyan delito, ejercitar la acción penal respectiva, cuya titularidad de manera exclusiva le compete.

También resulta improcedente e inconstitucional, que cualquier juzgador penal conozca oficiosamente de una causa penal, en la que no exista pedimento o ejercicio de acción penal por parte del Ministerio Público, pues ello, implicaría una violación flagrante a lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional.

Caso distinto ocurre, en los casos en que el Ministerio Público ejercita acción penal en los delitos que se persiguen a petición de parte, sin que previamente exista querrela formulada por parte legítima, en atención a que dicho representante social, se halla impedido para ejercitar acción penal en los delitos que se castiguen por querrela necesaria, si no existe previamente queja del ofendido, pues de esa manera no se reúne ese requisito de procedibilidad.

En igualdad de condiciones, se encuentra el juzgador penal, para conocer y condenar al inculpa--

dentro de cualquier causa penal, si no se ha formulado querrela, por más que el Ministerio Público haya excitado al órgano jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción penal.

La interpretación que ha sostenido nuestro más alto Tribunal de Justicia, sobre este tema, es el siguiente:

"ACCION PENAL.- Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando el no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 Constitucional." (105)

"ACCION PENAL.- Aún cuando el delito que se persiga sea del orden privado, la acción penal correspondiente, sólo puede ejercerse por el Ministerio Público, ante los tribunales, teniendo sólo la parte ofendida, el derecho de presentar su querrela ante el representante de aquella institución; pues el artículo 21 Constitucional, habla de los delitos en general, y no hace distinción alguna sobre si son los de orden privado o del orden público. Quinta Epoca: Tomo XIII, p. 924. Cutis y Amari llas. Mario. Tomo XVII, p. 257. Bautista María Esther." (106)

"ACCION PENAL.- Del contexto del artículo 21 de la Constitución, se desprende que al Ministerio Público corresponde, de modo exclusivo, el ejercicio de la acción penal ante los Tribunales, sin atender a la naturaleza del delito; por lo que cuando un proceso se promueve por querrela necesaria, los preceptos legales relativos deben interpretarse en el sentido, no de que tal querrela se presente ante el juez de la causa, sino que debe formularse ante el Mi-

(105) Apéndice 1917-1985, op. cit. Jurisprudencia 6., p. 15

(106) Idem, tesis relacionada a la Jurisprudencia 5, p. 11.

nisterio Público, para que éste presente en forma su acusación, pues la ley al establecer la distinción entre delitos que se persiguen de oficio y los que se castigan a petición de parte, se refiere a los casos en que, aun cuando el Ministerio Público o las autoridades tengan conocimiento de que se cometió un delito, no puedan ejercer la acción penal, sino cuando el ofendido formule ante esa Institución su queja.

Quinta Epoca: Tomo XV, p. 403. Vega Francisco." (107)

"ACCION PENAL.- La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la -- Policía Judicial, la cual quedará bajo la -- autoridad y mando de aquella; por tanto si el Ministerio Público no acusa, la resolución judicial que mande practicar nuevas diligencias para el esclarecimiento de los -- hechos, importa una violación al artículo 21 Constitucional.

Quinta Epoca: Tomo XV, p. 842. Martín Alberto C. (108)

"ACCION PENAL.- Si el Ministerio Público no la ejerce, procede conceder la suspensión -- contra la continuación del procedimiento. Quinta Epoca: Tomo V, p. 962. Cortazar Vda. de Sánchez Guerrero Brigida. (109).

"ACCION PENAL.- Según lo previene el artículo 21 de la Constitución al Ministerio -- Público corresponde exclusivamente la persecución de los delitos, de tal manera que sin pedimento suyo, no puede el juez de la causa proceder de oficio, sin que baste, -- para considerar, que se le ha dado intervención o que se le hayan notificado los -- trámites dados en la causa.

Quinta Epoca: Tomo XIX, P. 1032. Salazar -- Marino y Coags. (110).

(107) Idem, p. 12

(108) Ibfidem.

(109) Ibfidem.

(110) Ibfidem.

"POLICIA JUDICIAL.- De los antecedentes que informaron en el artículo 21 Constitucional se desprende que las atribuciones de esa -- Policía son de mera investigación, y que al Ministerio Público quedó encomendado el --- ejercicio de la acción penal ante los tribunales, así, no es verdad que dicha acción -- penal pueda ejercitarse indistintamente por el Ministerio Público o por los miembros de la policía, y ha llegado el caso por los habitantes del lugar, entre los que figuraría, de modo preferente, el querellante.
Quinta Epoca: Tomo XXVII, p. 1560. Segura - Martínez Vicente. (111)

"QUERRELLA DE PARTE.- En los delitos que no pueden perseguirse de oficio, si no hay que rella de parte, los tribunales están incapaces citados para condenar al acusado, pues aun el Ministerio Público lo está para ejercer la acción penal.
Quinta Epoca: Tomo XXVII, p. 199. Sosa Becerra Rómulo. (112)

Por otra parte, los requisitos para la procedencia de la acción penal en los delitos contra las personas en su patrimonio, concretamente para el delito de fraude, se encuentran previstos en el artículo 399 Bis del Código Penal para el Distrito Federal, que entró en vigor a virtud del decreto del 29 de diciembre de 1984, publicado en el Diario -- Oficial de la Federación, el día 14 de enero de 1985.

El tenor literal del dispositivo legal en mérito, es el siguiente:

"ARTICULO 399 bis.- Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de parte ofendida cuando sean cometidos por un-

(111) Idem, p. 14

(112) Ibidem.

ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad, así mismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por sí solo constituye un delito, se aplicará la sanción que para éste señala la ley.

Los delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida.

Asimismo, se perseguirá a petición de la parte ofendida el fraude, cuando su monto no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el lugar y en el momento en que se cometió el delito y el ofendido sea un solo particular. Si hubiesen varios particulares ofendidos, se procederá de oficio, pero el juez podrá prescindir de la imposición de la pena cuando el agente haya reparado los daños y perjuicios causados a los ofendidos y no exista oposición de cualquiera de éstos.

Del texto legal reproducido, infiere que como regla, el delito de fraude se persigue de oficio, sin embargo, admite como excepción los casos que a continuación se mencionan, que necesariamente se persiguen a petición de parte ofendida o por querrela, a saber:

1.- Atendiendo a la calidad del sujeto activo del delito:

a).- Se requerirá querrela de parte ofendida para la persecución del delito de fraude, cuando el carácter de sujeto activo, recaiga en alguna persona vinculada con el ofendido, por razón de parentesco consanguíneo, por afinidad o civil, has

ta el segundo grado, además, por razón de haber contraído matri-
monio o vivir en concubinato.

Con estas reformas, se ponen de manifiesto la intención del legislador de limitar la intervención oficiosa -- de la autoridad, en aquellos conflictos que se suscitan entre - familiares, sujetando la persecución del delito a la decisión - del ofendido, quien deberá resolver sobre la conveniencia de -- excitar la acción de la justicia en estos casos.

En la exposición de motivos de la iniciativa de reformas, con acierto señala que "a propósito de la persecución de los delitos patrimoniales, se examinó la idea, originalmente planteada, de que en todo caso se actuara mediante querella. Sin embargo, se optó por la persecución de oficio de tales delitos, con las salvedades y modalidades que a continuación -- se mencionan. De lo anterior, en dicha exposición de motivos - se precisa que: "Asimismo, se plantea que sean perseguibles pre
via querella, sin reconocer excusa absolutoria que pudiera ser - inconveniente en casos concretos, los delitos patrimoniales co-
metidos por personas vinculadas con el ofendido por relaciones - estrechas de parentesco o por matrimonio o concubinato y se con-
sidera indicado que en estas hipótesis, el estado deje a los in-
teresados la opción de perseguir o no el delito, tomando en --- cuenta que su persecución pudiera ser indeseable al propio ofen-
dido en virtud de su vínculo con el delincuente." (113)

Sobre este problema referido a los parientes del ofendido, el maestro Celestino Porte Petit, señala que exis-
ten tres corrientes:

"a).- La que adopta la postura, de no sancionar --

(113) Porte Petit, op. cit. p. 70

los delitos patrimoniales con respecto a determinados parientes;

"b).- Aquella que igualmente no sanciona estos delitos respecto a determinados parientes pero en cuanto a -- otros, requiere la querrela, y

"c).- La que exige en todo caso, la querrela de parte ofendida".

Se inclina éste destacado autor por la tercera posición y pone de relieve que "es impostergable hacer una cuidadosa reglamentación de la querrela, habida cuenta -- que existen numerosos delitos que actualmente se persiguen de oficio, debiendo ser a petición de parte, evitando a la víctima molestias y perjuicios irreparables dando lugar a innumerables procesos, los que podrfan reducirse en forma considerable, sin menoscabo de la administración de justicia y con resultados evidentemente favorables al ofendido y a la colectividad. Además considera dicho doctrinario que, "el criterio adoptado por el legislador mexicano en la redacción del mencionado artículo, es el sistema de "excusa germánica", misma al que se refiere el destacado penalista español Quintano --- Ripolles, expresando que es el más razonable por cuanto que -- sólo el pariente perjudicado, es el llamado a decidir el vigor o laxitud de los vínculos familiares, agregando que "el -- romántico en cambio sacrifica las realidades de la vida a una ficción tantas veces de palmaria falsedad, constituyendo una patente de corso para despojar de sus bienes a determinados -- parientes que, por muy cercanos que sean, sólo ellos son llamados a excusar el despojo, no el estado, siempre espléndido -- con los bienes ajenos". (114)

(114) Idem, pp. 71 y 72.

b).- También se requiere la expresión de querrela por parte del ofendido, cuando la calidad de sujeto activo, re caiga en un tercero o terceros que intervengan en la ejecución del delito, junto con la persona o personas ligadas por parentesco, matrimonio o concubinato con aquél.

En nuestra opinión, la redacción del artículo 399 bis, en la parte en examen, es deficiente e imprecisa, al referirse únicamente a la coparticipación de terceros en la ejecución material del delito, excluyendo la coparticipación derivada del acuerdo o preparación del delito, o bien, la que tiene su origen en la intervención de terceros que llevan a ca bo el delito, sirviéndose de otro o que con posterioridad a la ejecución del delito, auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

En estos últimos tres supuestos previstos -- en las fracciones I, IV y VII del Código Penal para el Distrito Federal, de acuerdo con la interpretación de este precepto, no se requiere querrela, sino que oficiosamente se puede perse guir la comisión de este delito. La realidad es que la intención del legislador fue incluir dentro de la hipótesis en comentario, prevista en el artículo 399 bis del Código punitivo, la coparticipación delictiva en todos sus supuestos, ya que carece de sentido, incluir sólo algunas de sus formas.

2.- Atendiendo al monto de lo defraudado.- - En efecto, de igual forma será perseguible a petición de parte ofendida el delito de fraude cuando concurren en su comisión - los siguientes requisitos:

a).- Que el monto de lo defraudado no exceda de la cantidad equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente.

En términos de lo dispuesto por el artículo-- 369 bis del Código Penal, para establecer la cuantía que corresponda a los delitos cometidos en contra de las personas en su patrimonio, se tomará en consideración el salario mínimo general vigente, en el momento y en el lugar en que se cometió el delito.

b).- Que el ofendido del delito sea una sola persona, ya que en caso contrario, es decir, si son dos o más los ofendidos que reciban la lesión patrimonial hasta el monto señalado en el inciso anterior, se procederá de oficio en contra de los sujetos activos.

Este último supuesto admite como modalidad, que si el sujeto activo del delito repara los daños y perjuicios causados a satisfacción y consentimiento de los ofendidos, el juzgador puede prescindir de la imposición de la pena.

E).- OPINION PERSONAL AL RESPECTO.

1.- El delito de fraude existe, cuando mediante el empleo de engaños, se produce un estado subjetivo de error en la víctima, o existiendo el error, es aprovechado por el sujeto activo del delito, con el propósito de obtener un beneficio económico, con perjuicio y menoscabo del patrimonio del paciente del delito.

2.- Consideramos adecuada la denominación de delitos en contra de las personas en su patrimonio, que se le da actualmente al título vigésimo segundo del libro segundo del Código Penal para el Distrito Federal, pues identifica con precisión las lesiones jurídicas y materiales que se ocasionan a las personas en sus derechos patrimoniales.

3.- El bien jurídico tutelado en el delito -- de fraude, es el activo patrimonial del paciente del delito, -- constituido por bienes y derechos apreciables en dinero, pues , precisamente, la intención del sujeto activo del delito mediante el despliegue de conductas engañosas, es obtener bienes y -- derechos ajenos, con el fin de enriquecerse ilícitamente, ocasionando con su conducta un daño o deterioro en el patrimonio -- de sus víctimas.

4.- Los elementos integradores del delito de fraude son: a) El engaño o el aprovechamiento del error en que se encuentra el sujeto pasivo del delito; b) Que el agente del delito se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido y c) La relación o nexo de causalidad existente entre la actividad engañosa y la finalidad de obtener un beneficio económico ilícito.

5.- El engaño es el medio utilizado por el -- sujeto activo del delito, a fin de provocar el error en la víctima y obtener un beneficio económico ilícito. El engaño consiste en el despliegue de acciones a fin de influir en el ánimo y conciencia del sujeto pasivo del delito, que pueden ir desde simples mentiras hasta la ejecución de sofisticados actos acompañados de aparatosidad, tendientes a impresionar con mayor facilidad al paciente del delito.

6.- La idoneidad del engaño está determinada por el resultado obtenido, esto es, por el enriquecimiento indebido alcanzado. No es procedente establecer una fórmula a priori, que determine cuando un engaño es idóneo o no.

7.- En virtud de la derogación del párrafo -tercero del artículo 386 del Código Punitivo, consideramos que las maquinaciones y artificios que caracterizaban al fraude --calificado, actualmente se encuentran comprendidas en el concepto engaño, contemplado en el primer párrafo del dispositivo legal invocado.

8.- El aprovechamiento del error consiste -- en la abstención o inactividad del infractor, frente al estado de error en que se halla la víctima, con el insano propósito -- de sacar ventaja y obtener un enriquecimiento ilegítimo.

9.- Es presupuesto en esta forma de comisión por omisión, que el error exista en el pasivo, con anterioridad al hecho punible y que no haya sido causado o provocado -- por el infractor, sino únicamente aprovechado, pues éste no -- realiza ningún acto positivo tendiente a simular una realidad--inexistente ante su víctima, sino que, simplemente saca ventaja de una circunstancia previa para obtener un beneficio económico que no le corresponde.

10.- El segundo elemento del fraude, se manifiesta como una doble posibilidad en el resultado, que siempre será material, basado en la conjunción disyuntiva "o", consistente en que el activo se haga ilícitamente de una cosa o bien alcance un lucro indebido.

11.- El concepto hacerse ilícitamente de una cosa, se refiere a que el infractor mediante el empleo del engaño o aprovechando el error existente en la víctima, alcanza un bien corporal, sea mueble o inmueble, que le es entregado voluntariamente por el pasivo, a virtud del engaño o estado de error en que se encuentra.

12.- La expresión alcanzar un lucro indebido, se refiere a la obtención de bienes incorporeales, particularmente derechos patrimoniales ajenos, que adquiere el sujeto activo, mediante la utilización del engaño productor de error o de su aprovechamiento, cuando este ya existe en la mente de la víctima.

13.- La relación de causalidad o nexo causal, es un elemento indispensable en la integración del delito de fraude, que consiste en la vinculación directa que debe existir necesariamente entre los elementos del fraude analizados en los puntos anteriores. Es decir, el engaño o el aprovechamiento del error como causa y la obtención ilícita de una cosa o el alcanzar un lucro indebido, como efecto. Tales elementos deben presentarse unidos, relacionados entre sí, pues la consecuencia del engaño o del error aprovechado debe ser siempre la obtención de un beneficio económico ilícito.

14.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, a quien corresponde el ejercicio exclusivo de la misma, con independencia de que se trate de delitos de orden público o privado.

15.- Es inconstitucional la causa penal que se inicie o tramite, si el Ministerio Público no ha ejercitado la acción penal correspondiente.

16.- El Ministerio Público y el Juzgador Penal se encuentran impedidos para conocer de cualquier delito que se persiga a petición de parte, sin que previamente se haya formulado querrela por parte legítima ante el Representante Social.

17.- El particular ofendido por un delito que se castigue por querrela, sólo tiene derecho a presentar queja ante el Ministerio Público y no ante los Tribunales Judiciales.

18.- Los requisitos para la procedencia de la acción penal en los delitos de fraude, se encuentran previstos en el artículo 399 bis del Código Penal para el Distrito Federal; tales requisitos constituyen condiciones previas que deben agotarse para que válidamente pueda ejercitarse la acción penal.

19.- En caso de no reunirse estos requisitos de procedibilidad, el Ministerio Público está impedido para --- ejercitar la acción penal, incluso el Juzgado está imposibilitado para conocer y condenar al inculcado en la causa penal de -- que se trate.

20.- En esa virtud se requiere la expresión de querrela, cuando el infractor se encuentre vinculado con el ofendido por razón de parentesco consanguíneo, por afinidad o civil hasta el segundo grado.

21.- También se requiere querrela cuando alguno de los coparticipes en la ejecución del delito, estén vinculados con el ofendido por parentesco consanguíneo, afinidad o civil, o

bien cuando el monto de lo defraudado no exceda de quinientas -
veces el salario mínimo general vigente en el lugar y en la ---
fecha en que se comete el delito.

CAPITULO TERCERO
DEL ARTICULO 146 FRACCION II DE LA LEY GENERAL
DE INSTITUCIONES DE SEGUROS

A).- LOS DELITOS ESPECIALES EN LO GENERAL

En la Doctrina existe una diversidad de criterios y clasificaciones para identificar a los delitos especiales, la clasificación más simple es la que distingue al delito especial, en razón del ordenamiento que lo contiene, así encontramos que se denomina delito común al que se contiene en el Código Penal y delito especial al contenido en una ley particular. Otro criterio que suele emplearse para realizar esta distinción, es en función de la materia que regule el ordenamiento de que se trate, por ejemplo en materia fiscal, militar, etcétera.

También se identifica al delito especial, en atención a la calidad del sujeto activo o pasivo del delito de que se trate, de tal manera que la ausencia de dicha calidad deviene en atípico el hecho valorado, así pues tenemos que en el caso del delito de adulterio es menester que el infractor tenga el carácter de cónyuge, o bien, como acontece en el delito de -- abuso de autoridad, se requiere que el sujeto activo del delito sea un servidor público.

Es ejemplo de delito especial, atendiendo a la calidad del sujeto pasivo, el que plantea un daño patrimonial en contra de una institución nacional de crédito o una institución de seguros.

De igual forma se identifica al delito especial, a virtud de la materia que regula, por ejemplo la de tenencia de armas y explosivos, el Código Militar, el Código Fiscal de la Federación, etcétera.

En los casos en que se presentan elementos que agravan o atenuan al delito y que constituyen los llamados tipos complementarios subordinados cualificados o privilegiados, se presentan como tipos especializadores respecto de un tipo básico, por ejemplo el homicidio con premeditación, homicidio con ventaja, homicidio con traición, robo con violencia, etcétera, y en el caso de los tipos complementados subordinados privilegiados, el homicidio en riña, homicidio por infidelidad conyugal, etcétera.

Carnelutti considera más apropiada la terminología alemana standesverbrechen traducible por delito propio o de posición, pues conforme a la clasificación de Carrara, el delito que él llamó propio en contra posición con el delito común, sólo podía ser cometido, estando colocado el autor en una cierta posición.

Aunque con discutible propiedad, según lo manifiesta Maggiore, otros autores clasifican al delito especial como de sujeto calificado (que puede ser cometido por determinadas personas), en oposición al de sujeto indiferente (cometido por cualquier persona).

Pese a las reservas de Maggiore, algunos autores adoptan esa denominación, pues si en realidad esa distinción se hace partiendo desde la base del sujeto activo del delito, no puede negársele propiedad a aquella que reconoce expresamente esa circunstancia. (1)

(1) Omeba, op. cit. tomo VI, p. 289

En la especie, el artículo 146 fracción II de la Ley General de Instituciones de Seguros, en estudio, a la letra indica:

"ARTICULO 146.- Se impondrá pena de prisión - de dos a diez años, a los funcionarios y empleados de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros.

"II.- Que falsifiquen, alteren, simulen, o, a sabiendas, realicen operaciones que resulten en quebranto patrimonial de la institución o sociedad mutualista en la que presten sus servicios."

De acuerdo con los criterios expuestos con anterioridad, por el hecho de que este tipo penal no se encuentra regulado en el Código Penal, sino en una ley particular y sobre todo por la circunstancia de que este ilícito reprime y sanciona conductas que se despliegan con el propósito de producir el quebranto patrimonial de las instituciones de seguros y sociedades mutualistas de seguros, podemos concluir válidamente de que se trata de un delito especial.

Asimismo, por razón de la calidad de los sujetos activo y pasivo del delito, se evidencia la especialidad de este tipo, así encontramos:

1.- El sujeto activo de este delito, es el -- funcionario o empleado de una institución de seguros, que falsifique, altere, simule o en general, realice operaciones que conoce produzcan un quebranto patrimonial a la institución aseguradora a la que presta sus servicios.

También se identifica como sujeto activo de esta infracción penal, al funcionario o empleado que realice intencionalmente los actos mencionados anteriormente y que ocasionen un quebranto patrimonial a la sociedad mutualista -- de seguros a la que preste sus servicios.

Como se observa, el tipo contenido en el artículo 146 fracción II del Ordenamiento legal invocado, establece como exigencia una calidad especial en el sujeto activo del delito, circunstancia de la cual derivan las siguientes -- consideraciones:

a).- No cualquier persona puede colocarse dentro del supuesto contenido en el artículo en examen, sino únicamente los funcionarios o empleados de una Institución de Seguros o una Sociedad Mutualista de Seguros. De tal manera que la -- conducta de un asegurado o un agente de seguros independiente que ocasione un quebranto patrimonial o una Institución de Seguros, no podrá tipificarse ni sancionarse de acuerdo con el -- delito especial previsto en el artículo 146 fracción II in fine, por carecer de la calidad especial requerida por este delito. Lo anterior en manera alguna significa que la conducta hipotética planteada no pueda tipificarse y sancionarse de acuerdo con otro tipo penal.

b).- No cualquier funcionario o empleado de una -- institución de seguros o de una sociedad mutualista de seguros puede constituirse como sujeto activo del delito que nos ocupa, sino que únicamente podrá considerársele como tal, al funcionario o empleado, cuya conducta intencional provoque un quebranto patrimonial en la institución aseguradora o sociedad --

mutualista de seguros en donde presta sus servicios, de tal forma que la conducta dolosa de un funcionario o empleado que ocasiona un quebranto patrimonial a una Institución o Sociedad Mutualista de Seguros distinta a la que presta sus servicios, no podrá reprimirse de acuerdo con el tipo especial en comento.

c).- Necesariamente, el sujeto activo del delito-- debe ser una persona física con capacidad jurídica.

2.- El sujeto pasivo es la institución de seguros o sociedad mutualista de seguros que sufre un quebranto - en su patrimonio.

También en este caso, se requiere una calidad especial del paciente del delito, desprendiéndose por tanto, lo siguiente:

a).- Únicamente las Instituciones de Seguros y las Sociedades Mutualistas pueden considerárseles como sujetos pasivos del delito.

b).- Sólo las Instituciones Sociedades Mutualistas de Seguros que resientan un quebranto patrimonial a virtud de - conductas dolosas de sus propios funcionarios o empleados, pueden ser sujetos pasivos de este ilícito.

c).- Necesariamente, la calidad de sujeto pasivo - recae en una persona moral concretamente una sociedad anónima - de capital fijo, que haya obtenido concesión de la Secretaría - de Hacienda y Crédito Público, para operar como Institución de Seguros o Sociedad Mutualista de Seguros, de conformidad con -- los artículos 4º y 29 de la Ley General de Instituciones de Seguros.

Atendiendo a la conducta y al resultado de este delito especial, puede clasificarse de la siguiente forma:

a) En relación a la conducta, es un delito de comisión o de acción, pues se requiere una actividad positiva, también es unisubsistente o plurisubsistente, toda vez que su comisión puede requerir unidad o pluralidad de actos según sea el caso.

En este ilícito, el medio comisivo puede consistir en falsificaciones, alteraciones, simulaciones o en general cualquier operación que realice el agente, sabiendo que causará un quebranto patrimonial en la Institución Aseguradora o Sociedad Mutualista de Seguros a la que presta sus servicios.

Este delito no admite como medio comisivo la omisión o inactividad del activo, pues el texto legal transcrito, establece la necesidad de realizar actos concretos positivos o definidos.

b) Por razón del resultado, este delito es instantáneo, material, de daño o lesión.

- Es instantáneo en atención a que queda agotado y se perfecciona este delito, en el momento mismo, en que la conducta del infractor causa un quebranto en el patrimonio del sujeto pasivo; el momento consumativo está representado precisamente por el quebranto patrimonial producido, ya que la disposición legal que contiene este delito, le otorga ese carácter.

- Es material, en virtud de que para su integración requiere la producción de un resultado objetivo o material que consiste en la causación de un quebranto patrimonial en la víctima. Es pues imprescindible la disminución del patrimonio de la Institución de Sociedad Mutualista de Seguros.

- Es de daño o lesión, puesto que consumados -- necesariamente ocasiona un quebranto directo y efectivo en el patrimonio del pasivo del delito.

B).- EL BIEN JURIDICO TUTELADO

Para determinar el objeto jurídico tutelado -- por la norma en examen, es menester realizar no únicamente un análisis en particular del párrafo II del artículo 146 de la -- Ley General de Instituciones de Seguros, sino atendiendo al con texto general de la Ley General de Instituciones de Seguros.

En esas condiciones, observamos que el objeto jurídico tutelado por el delito en mérito, recae en dos bienes-jurídicos:

1.- El primero de ellos, lo constituye el activo patrimonial de una Institución de Seguros o Sociedad Mutualista de Seguros, es decir lo que se protege a través de la represión penal, son todos aquellos bienes y derechos de las Instituciones y Sociedades mencionadas, que puedan ser estimables en dinero, o sea que integren su activo patrimonial.

2.- El segundo bien jurídico, en nuestra opinión, recae en la protección a la seguridad y estabilidad del --

sistema asegurador, como se desprende del contexto general de la ley de lamateria, pero particularmente de la fracción II -- del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros-- en concordancia con los artículos 2º último párrafo, 37 párrafo cuarto, incisos a) y e), y 75 fracciones I al IX del mismo ordenamiento antes invocado.

Las disposiciones legales en mérito, en -- su parte conducente expresan lo siguiente:

"ARTICULO 2o.-La Secretaría de Hacienda y Crédito Público será el órgano competente para -- interpretar, aplicar y resolver para efectos -- administrativos, lo relacionado con los preceptos de esta ley y en general para todo cuanto se refiere a las instituciones y sociedades mutualistas de seguros.

Competerá exclusivamente a la mencionada Secretaría de Hacienda y Crédito Público la adopción de todas las medidas relativas a la creación y al funcionamiento de las instituciones nacionales de seguros.

En la aplicación de la presente ley, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con la intervención, que en su caso, corresponda a la Comisión Nacional Bancaria de Seguros, deberá procurar un desarrollo equilibrado del sistema asegurador, y una competencia sana entre las instituciones de seguros que lo integran.

"ARTICULO 37.- ". . .

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público y, en su caso, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en la aplicación de lo dispuesto por el presente artículo, deberá propiciar la consecución de cualquiera de los objetivos si --- siguientes:

- a). La seguridad de las operaciones;
- e). La conveniencia de dispersar los riesgos -- que por su naturaleza catastrófica puedan provocar una inadecuada acumulación de responsabilidades y afectar la estabilidad --

del sistema asegurador.

"ARTICULO 75.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público oyendo a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, y a la Institución afectada, podrá declarar la revocación de la concesión en los siguientes casos:

I.- Si la sociedad respectiva no presenta para la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el testimonio de la escritura constitutiva o para la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros los documentos a que se refiere el artículo 36 de esta Ley, dentro del término de tres meses de otorgada la concesión, o si no inicia sus operaciones dentro del plazo de tres meses a partir de la aprobación de la escritura y documentos de que se trata, o si al otorgarse la aprobación de la escritura constitutiva, no estuviere suscrito y pagado el capital que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público al otorgar la concesión;

II.- Si no mantiene el capital mínimo a las reservas técnicas en los términos de esta Ley, o presenta pérdidas que afecten a su capital pagado, sin perjuicio de los plazos a que se refieren los artículos 29 fracción I y 74 de esta ley;

III.- Si se infringe lo establecido en el último párrafo de la fracción I del artículo 29 de esta Ley, o si la institución establece con las entidades o grupos mencionados en dicho párrafo relaciones evidentes de dependencia;

IV.- Si la institución hiciera gestiones por conducto de una cancillería extranjera;

V.- Si reiteradamente, a pesar de las observaciones de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la institución excede los límites de las obligaciones que pueda contraer, ejecuta operaciones distintas de las permitidas por la concesión y por la ley y no mantiene las proporciones del activo o de capital neto establecidas en esta Ley; o bien, si a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no cumple adecuadamente con las funciones para las que fue concesionada, por mantener una situación de escaso incremento en la emisión de

primas, o de falta de diversificación en los riesgos a que esté expuesta o en sus inversiones, de acuerdo con sanas prácticas;

VI.- Cuando por causas imputables a la institución no aparezca debida y oportunamente registrada o en su contabilidad de las operaciones que haya efectuado;

VII.- Si la institución obra sin consentimiento de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en los casos en que la ley exija ese consentimiento;

VIII.- Si la institución no constituye e invierte, dentro de los diez días de haber sido notificada, la reserva específica para obligaciones pendientes de cumplir, que se ordene de acuerdo con lo dispuesto por la fracción I, Inciso c) del artículo 135 de esta ley; y

IX.- Si se disuelve, quiebra o entra en estado de liquidación, salvo que el procedimiento respectivo termine por rehabilitación y la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros opine favorablemente a que continúe con la concesión.

La declaración de revocación se inscribirá en el Registro Público de Comercio previa orden de la misma Secretaría; incapacitará a la sociedad para otorgar cualquier seguro a partir de la fecha en que se notifique la revocación; y pondrá en estado de liquidación a la sociedad que hubiere dado principio a sus operaciones. La liquidación se practicará de conformidad con lo dispuesto por el Título IV de esta Ley, salvo cuando la causa de la revocación sea precisamente que la institución entre en estado de liquidación.

En efecto, la protección del bien jurídico en estudio, nace de la necesidad de garantizar las operaciones de seguros y en general del sistema asegurador, pues una de las funciones principales de las Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, es precisamente adquirir obligaciones con

sistentes en pagar o resarcir un daño estimado, al acontecer -- el riesgo o evento posible e incierto, pactado previamente en -- la póliza o contrato de seguro.

En esa virtud, es necesario que las Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, sean solventes, -- es decir, deben contar con la capacidad económica necesaria para afrontar y cumplir con las obligaciones económicas adquiridas frente a terceros. En el momento en que su capital social -- sea menor al de sus obligaciones de pago, ocasionará un desequilibrio en el sistema asegurador y creará una inseguridad de graves consecuencias.

La solvencia económica de las Instituciones de Seguros y Sociedades Mutualistas de Seguros, constituyen un requerimiento y una presunción que se encuentran contemplados en el artículo 14 de la Ley General de Instituciones de Seguros, cuyo tenor literal indica:

"ARTICULO 14.- Mientras las instituciones y sociedades mutualistas de Seguros, no sean puestas en liquidación o declaradas en quiebra, se considerarán de acreditada solvencia y no estarán obligadas por tanto, a constituir depósitos o fianzas legales, hecha excepción de las responsabilidades que puedan derivarles de juicios laborales, de amparo o por créditos fiscales".

La Ley General de Instituciones de Seguros, prevee severos dispositivos de control sobre la constitución y funcionamiento de las Instituciones aseguradoras, así -- como sanciones administrativas y más aun, privativas de libertad en contra de funcionarios y empleados de tales instituciones que infringan y atenten contra la seguridad y equilibrio -- del sistema asegurador.

La ley de la materia otorga a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público una gran intervención en materia de inspección y vigilancia sobre dichas Aseguradoras, además de concederle el carácter de órgano competente para interpretar, aplicar y resolver dentro de la esfera administrativa, lo relacionado con los preceptos de la Ley General de Instituciones de Seguros, lo anterior en virtud de que la actividad aseguradora es un servicio público concesionado.

Atendiendo a una interpretación teleológica que se haga sobre el texto legal en comento, se obtiene como segundo bien jurídico tutelado por la fracción II del artículo 146-in fine, a la seguridad y estabilidad del sistema asegurador, como se infiere de las Instituciones y controles que prevee la Ley General de Instituciones de Seguros, como son las siguientes:

a) Limitación de la actividad aseguradora.

- No cualquier persona se puede dedicar a esta actividad ni constituirse en Institución o Sociedad Mutualista de Seguros. Esta prohibición se contempla en el artículo 3 de la ley de la materia.

- Para organizarse y funcionar como institución o sociedad de seguros se requiere concesión del Gobierno Federal, siendo competencia de su otorgamiento de manera discrecional a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (artículo 5 y 6)

- Por seguridad, el artículo 17 de la ley en mérito, establece la obligación de publicar en el Diario Oficial de la Federación las concesiones otorgadas.

- Las instituciones de seguros y sociedades mutualistas de seguros deben contar con un capital social-fijo, determinado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el cual, debe ser suficiente para la adecuada prestación del servicio público, que representa la actividad aseguradora. (artículo 29).

- Asimismo, se establece un estricto -- control en la suscripción de capital y pago de dividendos. Esta preocupación deriva de mantener la credibilidad y solvencia de - las Instituciones Aseguradoras, concesionarias de un Servicio -- Público.

- El uso de las palabras "seguro, rea-- seguro, aseguramiento u otras que expresen ideas semejantes", se encuentran única y exclusivamente reservadas a las Instituciones o Sociedades Mutualistas de Seguros (artículo 19). Esto también- constituye una medida de seguridad para terceros contratantes de buena fe con estas instituciones.

- La inobservancia o desacato a los requerimientos anteriores, trae como consecuencia la revocación de la concesión, con independencia de las responsabilidades adminis- trativas o penales que puedan derivar (artículo 138 y 139).

b) Regulación de la actividad y manteni -- miento de la solvencia económica de las Instituciones aseguradoras.

- La actividad aseguradora se encuentra sujeta a normas de carácter general que emite la Secretaría de - Hacienda y Crédito Público como medidas de control y regulacióm-

de dicha actividad (artículo 34, fracción XVII de la Ley de la Materia).

- La ley exige un determinado capital social a las instituciones aseguradoras, acorde a las obligaciones contraídas previamente y que deriven de los riesgos protegidos o bien, que ofrezcan proteger (artículo 29).

- Además de lo anterior, la ley obliga a las instituciones aseguradoras a constituir depósitos que garanticen determinadas obligaciones, tales depósitos se hallan representados, por las reservas de riesgo, reservas para obligaciones pendientes de cumplir, reservas de previsión, reservas técnicas, reservas técnicas especiales, reservas para fluctuaciones de valores, lo cual le dá solidez y seguridad al sistema asegurador. (Artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51 y 55).

- La ley exige que las instituciones de seguros inviertan los recursos que manejen, de tal manera que les permitan mantener condiciones adecuadas de seguridad con liquidez apropiada. (Artículo 56)

- La inobservancia o desacato a los requerimientos referidos, trae como consecuencia la disolución o liquidación de la sociedad de que se trate, independientemente de las sanciones que en la esfera administrativa o penal se hayan acreedores los administradores, funcionarios o empleados de tales instituciones. (artículo 119 y 120).

3.- Sanciones y penas.- Con el propósito de proteger la seguridad y estabilidad del sistema asegurador, el legislador estableció sanciones en el ámbito administrativo y pe

nas privativas de libertad, tendientes a reprimir conductas que produzcan daño al activo patrimonial de las Instituciones o Sociedades Mutualistas de Seguros; lo anterior con el fin de evitar la disminución de la capacidad económica de dichas Instituciones, que pudiera comprometer el adecuado y oportuno cumplimiento de las obligaciones adquiridas con terceros asegurados, - esta situación indudablemente en caso de acontecer, provocaría inseguridad y desestabilidad en el sistema asegurador.

Por esa razón, concluimos que los bienes jurídicos tutelados por la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros son el activo patrimonial de las Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y la seguridad y estabilidad del sistema asegurador.

No es procedente admitir como único bien jurídico tutelado, al activo patrimonial de las Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, ya que aceptar esta posición sería considerar que el legislador de manera innecesaria, casuística y reiterada, pretendió proteger el activo patrimonial de estas personas morales, no obstante estar previamente tutelado mediante la represión contenida en los llamados delitos contra las personas en su patrimonio.

C).- ELEMENTOS INTEGRADORES DEL TIPO

Del examen de la descripción legal del tipo que nos ocupa, podemos concluir que los elementos constitutivos del mismo, son los siguientes:

1.- La falsificación, alteración, simulación o la realización de operaciones productivas de quebranto patrimonial.

2.- Que una Institución de Seguros o una Sociedad Mutualista de Seguros sufra un quebranto patrimonial.

3.- La relación de causalidad entre el primer y segundo elemento.

Es indispensable que estos elementos del tipo en examen, se presenten de manera conjunta, la ausencia de cualquiera de ellos, evidenciará la atipicidad de la conducta -- que se pretenda reprimir.

A continuación analizaremos en lo particular, cada uno de estos elementos constitutivos:

1.- La falsificación, alteración, simulación o la realización de operaciones a sabiendas de que son productoras de un quebranto.

El texto legal en estudio, utiliza una fórmula ejemplificativa, pero no limitativa, para describir la conducta ilícita reprimida, cita a la falsificación, alteración y a la simulación de operaciones y a fin de no omitir ninguna otra conducta posible, utiliza una fórmula general y señalando que -- también este ilícito se puede cometer mediante la realización de cualquiera otras operaciones, que ocasionen un quebranto patrimonial.

De lo anterior se desprende que, esta infracción penal, sólo se puede cometer mediante la realización de actos positivos, de las acciones concretas y materiales, de conductas externas que persiguen un propósito definido. No es posi-

ble la comisión de este delito, mediante la inactividad corporal voluntaria, mediante omisiones, abstenciones de obrar, sino que es menester la realización de acciones materiales externas y voluntarias, como son entre otras la falsificación, alteración y simulación de operaciones, que a manera de ejemplo cita el texto legal en comento.

La conducta dolosa referida, en cualquiera de sus formas, para integrar el tipo especial en estudio, debe afectar operaciones que realicen las Instituciones Aseguradoras y que por consecuencia, produzcan un quebranto patrimonial.

Las operaciones a que se refiere la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, debe interpretarse en nuestra opinión, como todos aquellos actos jurídicos que realizan las Instituciones, Sociedades Mutualistas de Seguros, en ejercicio de su objeto social y de la concesión otorgada por el Gobierno Federal, para operar como tales y de acuerdo con las disposiciones legales de la materia.

Dichas operaciones de manera limitativa -- se encuentran enunciadas en el artículo 34 del ordenamiento legal en mérito, que a la letra indica:

"ARTICULO 34.- Las instituciones de seguros, sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I.- Practicar las operaciones de seguros y reaseguro a que se refiere la concesión que exige esta ley;

II.- Constituir e invertir las reservas previstas en la ley;

III.- Administrar las sumas que por concepto de dividendos o indemnizaciones les confien los asegurados o sus beneficiarios;

IV.- Administrar las reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establece la ley del Seguro Social

y de primas de antigüedad; así como las correspondientes a los contratos de seguros que tengan como base planes de pensiones relacionados con la edad, jubilación o retiro de personas a que se refiere el segundo párrafo de la fracción I del artículo 8 de la ley;

V.- Administrar las reservas retenidas a Instituciones del país y del extranjero, correspondientes a las operaciones de reaseguro que hayan cedido;

VI.- Dar en administración a las Instituciones cedentes del país o del extranjero, las reservas constituidas por primas retenidas correspondientes a operaciones de reaseguro;

VII.- Efectuar inversiones en el extranjero -- por las reservas técnicas o en cumplimiento de otros requisitos necesarios correspondientes a operaciones practicadas fuera del país.

VIII.- Constituir depósitos en Instituciones de crédito y en bancos del extranjero en los términos de esta ley;

IX.- Recibir títulos en descuento y redescuento a Instituciones y organizaciones auxiliares de crédito y a fondos permanentes de fomento económico determinados en fideicomiso por el Gobierno Federal en Instituciones Nacionales de Crédito;

X.- Otorgar préstamos o crédito;

XI.- Operar con valores en los términos de las disposiciones de la presente ley y de la ley del mercado de valores;

XII.- Operación con documentos mercantiles por cuenta propia para la realización de su objeto social;

XIII.- Adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares;

XIV.- Adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto social;

XV.- Efectuar, en los términos que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyen do la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, las operaciones análogas y conexas que aquella autorice".

Las operaciones descritas con anterioridad que pueden realizar las Instituciones o Sociedades Mutualistas - de Seguros, en términos de la ley de la materia, pueden ser objeto de las conductas dolosas ejemplificadas por la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, como son la falsificación, alteración, simulación y en general cualquier conducta que provoque un quebranto patrimonial a la institución o sociedad mutualista de seguros, de que se trate.

Cabanelas en su Diccionario de Derecho -- Usual, define a la falsificación como la "Adulteración, corrupción, cambio o imitación para perjudicar a otro u obtener ilícito provecho (2) y falsificar como "falsear o alterar con malicia." (3)

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, -- afirman que la falsificación es "la creación imitativa, ilegítima, cualquiera que sea la materia empleada y el medio seguido, - sin que interese el grado de perfección de la imitación y la cantidad de piezas falsificadas. (4)

Para Soler, existen dos formas de falsificación de documentos, haciendo un documento o adulterando uno -- preexistente. Hacer un documento, indica éste autor, es falsificar imitando los signos de autenticidad y adulterando un documento es aprovechar los signos de autenticidad para referirlos a -- otro contenido distinto de aquel a que se hallaba unido antes en el mismo documento. (5)

En esa virtud, tenemos que la falsificación a que se refiere el delito especial en comento, puede consistir en la adulteración, cambio o imitación de cualquiera de las

(3) Idem, p. 323

(4) Carrancá, op. cit. p. 566

(5) Soler, op. cit. p. 338

operaciones que la ley autoriza a las instituciones o sociedades mutualistas de seguros para desarrollarlas. Pudiendo consistir en la creación de operaciones que se aparten de la realidad con el propósito ilícito de causar un quebranto patrimonial o bien, alterar o cambiar el sentido de las operaciones a que se ha hecho mérito, y que produzcan como resultado también un quebranto patrimonial en perjuicio de las instituciones o sociedades mutualistas de seguros para las que preste sus servicios el infractor.

La falsificación como medio comisivo de este delito especial, también puede concurrir como delito autónomo, operando un curso auténtico de leyes, y por ende un concurso real de delitos, si la falsificación realizada, reúne los elementos del delito de falsificación de documentos previsto y sancionado por el artículo 243 y 244 del Código Penal, que a la letra indican:

"ARTICULO 243.- El delito de falsificación de documentos públicos o privados se castigará con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a mil pesos.

"ARTICULO 244.- El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los medios siguientes:

I.- Poniendo una firma o rúbrica falsa, aunque sea imaginaria o alterando una verdadera;
II.- Aprovechando indebidamente una firma o rúbrica en blanco ajena, extendiendo una obligación, liberación o cualquier otro documento que pueda comprometer los bienes, la honra, la persona o la reputación de otro, o causar un perjuicio a la sociedad, al estado o a un tercero;
III.- Alterando el contexto de un documento verdadero, después de concluido y firmado, si esto cambiare su sentido sobre alguna circunstancia o punto substancial, ya se haga añadiendo, enmendando o borrando en todo o en parte una o más palabras o cláusulas, o ya variando la puntuación;

IV.- Variando la fecha o cualquiera otra circunstancia relativa al tiempo de la ejecución del acto que se exprese en el documento;

V.- Atribuyéndose el que extiende el documento o atribuyendo a la persona en cuyo nombre lo hace, un nombre o una investidura, calidad o circunstancia que no tenga y que sea necesaria para la validez del acto;

VI.- Redactando un documento en términos que cambien la convención celebrada en otra diversa en que varían la declaración o disposición del otorgante, las obligaciones que se propuso contraer o los derechos que debió adquirir;

VII.- Añadiendo o alterando cláusulas o declaraciones o asentando como ciertos hechos falsos, como confesados los que no lo están, si el documento en que se asientan se extendiere para hacerlos constar y como prueba de ellos;

VIII.- Expidiendo un testimonio supuesto de documentos que no existen; dándolo de otro existente que carece de los requisitos legales, suponiendo falsamente que los tiene o de otro que no carece de ellos, pero agregando o suprimiendo en la copia algo que importe una variación substancial, y

IX.- Alterando un perito traductor o pelegrafo el contenido de un documento al traducirlo o decifrarlo".

El Código Punitivo exige en su artículo - 245, para la integración de este delito, lo siguiente:

"ARTICULO 245.- Para que el delito de falsificación de documentos sea sancionable como -- tal, se necesita que concurren los requisitos siguientes:

I.- Que el falsario se proponga sacar algún -- provecho para sí o para otro, o causar perjuicio a la sociedad, al estado o a un tercero;

II.- Que resulte o pueda resultar perjuicio -- a la sociedad, al estado o a un particular, -- ya sea en los bienes de éste o ya en su persona, en su honra o en su reputación, y

III.- Que el falsario haga la falsificación sin consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio o sin el de aquella en cuyo nombre hizo el documento".

La fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, prevé como medios comisivos del delito que nos ocupa, a la alteración y a la simulación de operaciones productoras de quebranto patrimonial.

El Diccionario de la Lengua Española, anota que la palabra alteración significa "acción de alterar o alterarse" (6), y la palabra alterar "cambiar la esencia o forma de una cosa". (7)

En términos de la Enciclopedia Jurídica - Omeba, la alteración significa, cambio o modificación (8), y alterar "cambiar la esencia o forma de las cosas, variar las órdenes o planos, modificar unilateralmente y con frecuente perjuicio ajeno, una situación". (9)

La acción de alterar, tiene como presupuesto básico, la intención del autor, consciente y querida de cambiar la forma o estructura esencial del objeto o hecho materia de la modificación. Necesario es un acto positivo y de resultados materiales.

Como consecuencia, el tipo especial en examen, reprime toda conducta o acción que tenga por objeto, cambiar o modificar la forma o estructura esencial de las operaciones que realizan las instituciones o sociedades mutualistas de seguros, mismas que se describen de manera enunciativa y li-

(6) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, - Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1970, p. 71

(7) Ibidem.

(8) Cabanellas, op. cit. p. 261

(9) Idem, p. 262

mitativa en el artículo 34 de la Ley General de Instituciones - de Seguros, siempre y cuando, tal conducta traiga como conse--- cuencia el quebranto patrimonial de la Institución o Sociedad - Mutualista de Seguros de que se trate.

Ahora bien, en relación con la palabra si mulación, señala el Diccionario de la Lengua Española que signi fica "acción de simular, alteración aparente de la cosa, la fin--- dolo o el objeto verdadero de un contrato o contratos". (10) Y simular, "representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es." (11)

Según Cabanellas, simulación proviene del latín simul y actio, palabras que indican alteración de la verdad; ya que su objeto consiste en engañar acerca de la auténti--- ca realidad de un acto. (12)

Para Escriche "el objeto de la simulación es engañar y bajo este punto de vista se halla comprendido bajo el nombre general de fraude, del cual no se diferencía sino co--- mo la especie del género." (13)

La simulación puede ser absoluta, cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real; y relativa, si se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que --- oculta su verdadero carácter. La diferencia que existe con la disimulación, consiste en que la simulación exhibe la aparien--- cia de algo inexistente; mientras que en la disimulación se encubre la realidad que no se quiere dar a conocer. (14)

En esas condiciones, la simulación consis--- te en la representación de hechos o circunstancias inexistentes,

(10) Real Academia Española, op. cit. 1205

(11) Ibíd.

(12) Cabanellas, op. cit. p. 167

(13) Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y - Jurisprudencia. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, -- 1979, tomo II, p. 1463.

(14) Cabanellas, op. cit. pp. 167 y 168

con apariencia de realidad y autenticidad, productora de engaño.

Como consecuencia, la creación de operaciones inexistentes, a las que se les dá el cariz de reales, presuntamente realizadas por Instituciones o Sociedades Mutualistas de Seguros, que traigan como consecuencia un quebranto patrimonial a las mismas, constituye la conducta típica reprimida y sancionada por la fracción II del artículo 146 en estudio, en una de sus formas.

Finalmente, el legislador mediante una fórmula general previó la comisión de este ilícito penal, mediante la realización de cualquier operación a sabiendas de que su resultado ocasionará un quebranto en el patrimonio de estas sociedades concesionarias de un servicio público.

La expresión "a sabiendas" que utiliza el legislador mexicano en la descripción de este tipo especial, pone de manifiesto la represión de toda conducta intencional que persiga el quebranto patrimonial de las instituciones aseguradoras.

El dolo reprimido por la ley, consiste en la voluntad encaminada a la ejecución de un hecho que es delictuoso. Luis Jiménez de Asúa, lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. (15) Lo anterior es resumido por el maestro Fernando Castellanos Tena, en los siguientes términos: "el -

(15) Jiménez de Asúa, op. cit. p. 48

dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico" y distingue este autor dos elementos integradores del dolo, uno ético - y otro volutivo o emocional, el primero está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber y el segundo consiste - en la voluntad de realizar el acto, con la volición del hecho - típico. (16)

En esa virtud, de acuerdo con los términos del texto legal en comento, el sujeto activo del delito debe tener la intención consciente y deseada de producir un resultado concreto, causante del quebranto patrimonial de la institución o sociedad mutualista de seguros en donde preste sus servicios.

El dolo puede manifestarse a través de la realización de operaciones concretas que pueden ser cualesquiera de las previstas en el artículo 34 de la ley de la materia, --- siempre que su resultado sea el provocar un quebranto patrimonial. Este concepto amplio utilizado por la ley, comprende y - por consecuencia agota toda posibilidad de conducta productora del quebranto patrimonial, la ilicitud de la conducta que se -- castiga en este tipo especial, se halla determinada por el resultado propuesto y alcanzado por el sujeto activo del delito.- Cabe destacar que la fracción II del artículo 146 de la Ley de la materia, no exige como elemento integrador del tipo, que el sujeto activo del delito tenga como propósito el obtener para - sí o para un tercero un beneficio de carácter económico. Es su suficiente que la conducta desplegada cause un quebranto patrimonial a la institución aseguradora, incluso aunque el infractor no alcance un beneficio económico.

(16) Castellanos, op. cit., 220.

2.- El segundo elemento del delito en estudio, lo constituye el quebranto patrimonial que sufra una institución o sociedad mutualista de seguros, a virtud de la conducta dolosa desplegada por el infractor.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española quebranto significa: "acción y efecto de quebrantar o -quebrantarse, descaecimiento, desaliento, falta de fuerza, lástima, commiseración, gran pérdida o daño". (17)

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, sobre la acepción de la palabra --quebranto, expresa lo siguiente: "otro sustantivo que expresa --también --como quebrantamiento, quebrantadura y quebrantamiento-- la acción o efecto de quebrar; pero con sentido más concreto en lo material y más intenso en el alcance, por emplearse cuando --los estragos son considerables, los daños muchos, las bajas numerosas, cuantiosa la pérdida de bienes o grave el atentado al crédito o la ofensa al nombre,..." (18)

Tomando en consideración lo anterior, el -quebranto patrimonial es aquella pérdida cuantiosa, daños mayúsculos que resienten las instituciones aseguradoras en su activo patrimonial, como consecuencia de la falsificación, alteración, simulación y en general cualquier operación que se realice con -el propósito de causar una gran pérdida patrimonial.

Como consecuencia, no cualquier daño patrimonial puede considerarse e identificarse con "el quebranto" a -que alude la fracción II del artículo 146 de la Ley General de -Instituciones de Seguros, sino que debe ser de gran magnitud.

(17) Real Academia Española, op. cit. p. 1089

(18) Cabanellas, op. cit. tomo V, p. 528

Consideramos que el término utilizado en el dispositivo legal mencionado, es impreciso y ambiguo, puesto que da lugar a confusiones, en atención a que no se precisa ni se establece alguna fórmula para determinar el daño patrimonial-mayúsculo considerable como quebranto. No se establece parámetro alguno que permita delimitar el grado de pérdida magna identificable con el quebranto patrimonial, por lo tanto, consideramos que hay una indefinición en cuanto a la determinación de este concepto.

De los términos de la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, no se advierte ni se precisa cuándo una conducta es atípica, si el daño patrimonial resentido por una institución o sociedad mutualista de seguros es de menor envergadura.

Al no contemplar este delito especial como elemento integrador del mismo, la obtención de un beneficio económico por parte del delincuente, el resultado ilícito estará de terminado por el quebranto patrimonial ocasionado, sin importarse si el agente del delito obtuvo o no como consecuencia de sus acciones un beneficio económico indebido.

3.- Relación de causalidad entre el primero y segundo elemento del delito en examen.- Es menester que el quebranto patrimonial sufrido por la Institución Aseguradora, sea la consecuencia necesaria de la falsificación, alteración, simulación u operación realizada por el infractor con ese propósito.

Debe existir invariablemente un nexo causal o conexión material entre la conducta desplegada y el resultado obtenido.

La relación causal es el vínculo o conexión que existe entre la acción ejecutada y el resultado producido, se presenta una relación de causa a efecto; esta relación debe darse de manera unida e inseparable entre los elementos -- integradores del hecho punible. Consideramos operante en este delito especial, la teoría elaborada sobre el nexo causal por Von Buri de "la equivalencia de las condiciones", que expresa -- bajo la fórmula "conditio sine qua non" porque suprimida mentalmente la condición causal, el resultado desaparece.

Si entre la falsificación, alteración, -- simulación o la realización de operaciones por el sujeto activo del delito y el quebranto patrimonial resentido por la institución aseguradora, existe una vinculación directa, de causa a -- efecto, estaremos en presencia de un nexo de causalidad, ya que si suprimimos mentalmente la actividad del infractor, el resultado no hubiera acontecido.

D).- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Como quedó expresado con anterioridad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional, el titular del ejercicio de la acción penal corresponde de manera-exclusiva al Ministerio Público, independientemente de que el -- delito de que se trate sea de orden público o privado, sin em--bargo en los delitos que se persiguen a petición de parte, es -- requisito previo que la parte ofendida o su legítimo represen--tante, formulen su querrela correspondiente, de tal manera que el representante social, esté en aptitud para conocer e iniciar las averiguaciones respectivas. En igualdad de circunstancias-- se encuentra el juzgador penal, es decir no podrá conocer ni -- sentenciar a ninguna persona, si no existe previamente la formu

lación de querrela de la parte legitimada para hacerlo, por más que el Ministerio Público haya ejercitado su acción penal, toda vez que no se cumplió con el requisito de procedibilidad exigido por la ley.

En la especie la Ley General de Instituciones de Seguros, en su artículo 140, establece los siguientes requisitos:

"ARTICULO 140.- Para proceder penalmente por los delitos previstos en los artículos 141, -- 142, 143, 144, 145 y 146 de esta ley, será necesario que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público formule petición, previa opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros".

Como se desprende del análisis del dispositivo legal en mérito, el Ministerio Público se encuentra limitado en cuanto al ejercicio de la acción penal, si no se ha reunido previamente el requisito de querrela que formule la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en ese sentido, previa opinión -- que hubiere formulado la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

De lo anterior podemos advertir lo siguiente:

1.- La Institución de Seguros o Sociedad Mutualista de que se trate, ofendida por la comisión de un hecho ilícito originante de un quebranto patrimonial en su perjuicio, se encuentran impedidas para solicitar la intervención del Ministerio Público, pues la parte legitimada para hacerlo, es precisamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien previamente -

deberá escuchar la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

2.- Consideramos que esta fórmula de utilizar como requisito indispensable para dar intervención al Ministerio Público, para la persecución de este tipo de delitos, carece de utilidad práctica en los casos de flagrante delito, pues se le da oportunidad al sujeto activo de este tipo de delitos, a que eluda la acción de la justicia, ya que el trámite ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que analice los hechos delictuosos que le planteen las Instituciones o Sociedades Mutualistas de Seguros y escuche la opinión sobre el particular de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, es dilatado y engorroso, lo cual ocasiona graves complicaciones prácticas en la expedición de la justicia y sobre todo en la obtención de garantías tendientes a obtener la reparación del daño sufrido por dichas Instituciones Aseguradoras.

3.- Haciendo un análisis de la exposición de motivos de las reformas realizadas a la Ley de Instituciones de Seguros, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de Enero de 1985, poco o nada se obtiene, --- pues el legislador es omiso en cuanto a la fundamentación y motivación de estas reformas.

Consideramos que dada la naturaleza del servicio que prestan las Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, esto es, un servicio público concesionado, se le da tanta intervención a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en cuanto al análisis y valoración de los hechos posiblemente delictivos.

E).- OPINION PERSONAL AL RESPECTO.

1.- La Doctrina distingue diversos criterios - para identificar a los delitos especiales, las fórmulas más comunes son las que se basan en la naturaleza y características del cuerpo normativo que contiene a la ley correspondiente, otro criterio se rige por la materia que se regule, también se toma en consideración para identificar al delito especial, a la calidad del sujeto activo o pasivo que resiente el hecho punible.

2.- Puede considerarse como delito especial -- el previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, atendiendo a la ley especial que lo contiene, así como a la materia que regula y sanciona. También puede considerarse como delito especial, en función del sujeto activo del delito que únicamente pueden adquirir esta calidad -- los funcionarios o empleados de una Institución o Sociedad Mutua lista de Seguros y al sujeto pasivo del delito, que sólo puede ser dichas Instituciones Aseguradoras.

3.- Respecto a la calidad del sujeto activo -- del delito en el tipo especial en estudio, se desprende que no cualquier persona puede colocarse dentro de esta posición, sino que únicamente funcionarios o empleados de la Institución o Sociedad Mutualista de Seguros. Asimismo sólo se considerará ilícita la conducta del funcionario o empleado de las Instituciones Aseguradoras sancionada por este tipo especial, cuando su conducta intencional cause un daño patrimonial mayúsculo o de gran magnitud.

4.- El sujeto activo del delito especial, sólo puede ser una persona física, con capacidad jurídica e imputable.

5.- La calidad de sujeto pasivo de este delito, sólo puede recaer en Instituciones de Seguros y en Sociedades Mutualistas de Seguros, que resientan un quebranto patrimonial provocado por la conducta de funcionarios o empleados de la misma. Las instituciones aseguradoras deben contar previamente con concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para operar como tales.

6.- El delito en la especie, puede clasificarse como un delito de comisión o de acción, ya que requiere una actividad necesariamente positiva para su comisión, también puede clasificarse como delito instantáneo, material, de daño o lesión, puesto que se consuma en el momento mismo en que se causa el quebranto patrimonial; es material en atención a que causa un resultado objetivo o material consistente en la causación del quebranto patrimonial; es de daño o de lesión puesto que ocasiona una disminución magna en el patrimonio del paciente del delito.

7.- Son dos los bienes jurídicos que tutela -- el tipo especial previsto en el párrafo II del artículo 146 de la ley de la materia, el primero de ellos constituido por el activo patrimonial de la institución o sociedad mutualista de seguros y el segundo constituido por la protección a la seguridad -- y estabilidad del sistema asegurador, como se advierte de los -- artículos 2o. último párrafo, 37 párrafo cuarto, incisos a) y -- e) y 75 fracción I al IX del mismo ordenamiento legal.

8.- Para identificar el segundo bien jurídico tutelado por este delito, necesario es realizar un análisis e interpretación general del contexto de la ley, de donde se advier-

te la gran intervención que se le otorga a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y al rígido control que se prevé en la Ley de Instituciones de Seguros, para mantener un equilibrio y seguridad en el sistema asegurador, dados los compromisos que se adquieren con terceros asegurados.

9.- Constituyen elementos integradores del tipo especial, los siguientes: a). La falsificación, alteración, simulación o la realización de operaciones productoras de quebranto patrimonial de las instituciones aseguradoras; b). El quebranto patrimonial resentido por las instituciones aseguradoras y c). La relación de causalidad existente entre el primero y el segundo elemento.

10.- Como se observa, la fracción II del artículo 146 en análisis, utiliza una fórmula ejemplificativa pero no limitativa de las conductas que se reprimen mediante el tipo especial que nos ocupa.

11.- Las operaciones que pueden ser objeto de la conducta ilícita del delincuente, se encuentran descritas en el artículo 34 de la Ley General de Instituciones de Seguros, que contempla las operaciones que legalmente pueden realizarse y desarrollar las Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

12.- La falsificación es todo cambio, imitación o adulteración que se realice sobre las operaciones a las que están autorizadas las Instituciones o Sociedades Mutualistas de Seguros, que pueden consistir en la creación de operaciones ficticias o bien, cambiar el sentido de las operaciones preexistentes.

13.- Es factible el concurso real de delito, - entre el tipo especial en estudio y el delito de falsificación- previsto por el artículo 243 del Código Penal para el Distrito Federal, toda vez que el último dispositivo legal mencionado, - en concordancia con el artículo 251 del mismo cuerpo normativo, le otorgan autonomía e independencia a este ilícito respecto -- de aquél o aquellos que concurran en su comisión.

14.- La alteración y la simulación de operaciones de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, -- constituyen formas comisivas de este delito especial.

La alteración es la modificación o cambio de la forma estructural esencial de las operaciones que -- realizan las instituciones aseguradoras, que traen como consecuencia un quebranto en el patrimonio de estas.

La simulación consiste en la representación de hechos o circunstancias inexistentes con apariencia de reales que traen así mismo como consecuencia un daño patrimonial en perjuicio de las instituciones aseguradoras.

15.- La expresión "a sabiendas" que se utiliza en la descripción del tipo especial, pone de relieve la intención del legislador de reprimir toda conducta intencional - que persiga producir un quebranto patrimonial en las instituciones aseguradoras.

El dolo consiste en el actuar consciente y querido, con el propósito de causar un resultado típico y antijurídico.

16.- El segundo elemento integrador de este --delito, se halla representado por el quebranto patrimonial que resiente la institución o sociedad mutualista, como consecuencia de las acciones desplegadas por el delincuente.

17.- El quebranto patrimonial esaquella pérdida considerable, el daño mayúsculo que sufre la institución ---aseguradora. Es menester para considerar a un daño patrimonial como quebranto, que aquel sea de gran envergadura; por tanto no todo daño patrimonial es un quebranto sancionado por la frac --ción II del artículo 146 de la Ley de Instituciones de Seguros.

18.- Consideramos inapropiada la utilización -de la expresión "quebranto" en la descripción del tipo que nos ocupa, puesto que denota una gran imprecisión carente de paráme tros que nos permitan delimitar los alcances y limitaciones de este concepto, pues no se cuenta con elementos para determinar o distinguir qué magnitud del daño patrimonial puede o no identificarse con el quebranto patrimonial que reprime el ilícito -que nos ocupa.

19.- El tercer elemento constitutivo de este--delito, lo constituye la relación de causalidad existente entre el primero y segundo elemento de este ilícito penal.

20.- La relación causal es la conexión material que se da entre la acción ejecutada y el resultado que se causa, de tal manera que se integra una relación de causa a efecto. - Consideramos operante la teoría de la equivalencia de las condi ciones, elaborada por Von Buri, que expresa que suprimida men--talmente la condición causal, el resultado desaparece. Tal teo ría se representa bajo la fórmula de condición "sine qua non".

21.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley General de Instituciones de Seguros, es requisito de procedibilidad para la procedencia del ejercicio de la acción penal, la formulación de querrela necesaria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual deberá escuchar previamente la opinión que sobre el particular realice la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

22.- Sin la existencia de la querrela por parte de la dependencia señalada, el Ministerio Público se encuentra impedido para ejercitar acción penal, incluso el juzgador penal también se encuentra limitado para conocer y sancionar al inculpaado, si no se ha reunido el requisito de procedibilidad aludido.

23.- Carece de derecho la institución o sociedad mutualista de seguros, ofendida por el delito especial en mérito, pues únicamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se halla legitimada para querrellarse por la comisión de este ilícito.

24.- En nuestra opinión, carece de utilidad práctica el requisito de la formulación de querrela por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, toda vez que el procedimiento de análisis y determinación de la procedencia de la querrela por parte de esta dependencia con intervención de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, es sumamente retardado, situación que concede al sujeto activo del delito posibilidad de eludir la acción de la justicia, en los casos de flagrante delito.

25.- La exposición de motivos de las reformas a la Ley General de Instituciones de Seguros, publicadas mediante decreto en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de enero de 1985, carece de fundamentación y motivación, respecto al establecimiento del requisito de procedibilidad a que se ha hecho -- mérito, así como al delito especial objeto materia del presente estudio.

26.- Consideramos que el requisito de querrela previa por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es concordante con el contexto general de la Ley General de Instituciones de Seguros, en la cual se le confiere una gran intervención a la dependencia señalada, en materia de control, inspección y vigilancia a las actividades que realizan las instituciones y sociedades mutualistas de seguros, con el evidente propósito de crear seguridad y estabilidad en el sistema asegurador en general, dada la gran cantidad de obligaciones que adquieren las mismas, por virtud del servicio público concesionado que prestan al público en general.

CAPITULO CUARTO

ASPECTO COMPARATIVO DE LOS TIPOS PENALES EN ESTUDIO

A).- PRINCIPIOS LEGALES Y DOCTRINALES.

En el momento en que se plantea un hecho punible determinado, cuya regulación normativa es pretendida por -- distintos preceptos penales, incompatibles entre sí, que disputan apoderarse del mismo, es cuando se hace ostensible y se con firma la importancia y trascendencia de los principios establecidos en la ley o que han sido ampliamente analizados por la doctrina. Como son el principio de la especialidad, consunción o absorción, subsidiaridad y alternatividad.

La importancia de dichos principios radica en que constituyen los instrumentos indispensables para todo jurista, en la elección de la norma aplicable al caso concreto, con exclusión de las demás normas que concurren en aparente disputa.

Para resolver el conflicto que plantea el curso aparente de normas, es necesario que se precise la relación existente entre los tipos concurrentes, debiendo realizar una valoración de sus respectivos elementos integradores, además de analizar las características o diferencias que pudieran presentar. Lo anterior permitirá determinar qué figura comprende o absorbe a otra.

Sólo a través de este estudio minucioso y la aplicación de los principios legales, jurisprudenciales y doctrinales de mérito, se podrá determinar de manera justa y apegada a derecho, qué norma es la aplicable al hecho punible.

En la especie, a primera vista se plantea un concurso aparente de normas entre el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal y el artículo 146 fracción II de la Ley General de Instituciones de Seguros, debido a que tales dispositivos legales aparentemente reprimen la misma conducta -dolosa-, en ambos casos, productora de la disminución y menoscabo injusto del activo patrimonial del paciente del delito.

Se manifiesta como una aparente relación de género a especie, siendo precisamente el tipo genérico, el previsto en el Código Penal para el Distrito Federal y el tipo especial el contemplado por la Ley General de Instituciones de Seguros, en razón, en este último caso, al ordenamiento legal que lo contempla, la materia que regula y la calidad especial de los sujetos activo y pasivo de este delito.

Como consecuencia, para determinar la existencia de esta relación de especialidad, es necesario aplicar las reglas del principio de la especialidad, que nos permitirá resolver adecuadamente el conflicto aparente de norma que se plantea.

Conforme al estudio realizado con antelación en el Capítulo primero de este trabajo, sobre el principio de especialidad, es menester la realización de un análisis detallado de los tipos en aparente disputa, a fin de determinar si el tipo presuntamente especial contiene en su integridad todos los elementos constitutivos del supuesto tipo general, además de otros elementos adicionales especializadores.

Agotado lo anterior, estaremos en posibilidad de determinar, si al caso que nos ocupa es aplicable la regla -

contenida en el último párrafo del artículo 6 del Código Penal para el Distrito Federal, que constituye el fundamento legal - del principio de la especialidad, que preceptúa la prevalencia de la disposición especial sobre la general.

En esas condiciones, básico es realizar un-- examen sobre las posibles distinciones estructurales de los -- tipos penales en comento.

B).- DISTINCIONES ESTRUCTURALES DE LOS TIPOS
PENALES A ESTUDIO.

Como quedó precisado en el Capítulo segundo- anterior, los elementos integradores del delito de fraude, pre- visto y sancionado por el artículo 386 del Código Penal vigen- te para el Distrito Federal son los siguientes: a).- Un engaño o el aprovechamiento de un error; b).- Que el delincuente se - haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido y, - c).- La relación de causalidad entre la actividad engañosa y - la finalidad de obtener el lucro.

Asimismo, en el capítulo tercero que antece- de, quedó determinado que los elementos constitutivos del tipo previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General- de Instituciones de Seguros, son los siguientes: a).- La falsi- ficación, alteración, simulación o la realización de operacio- nes productoras de quebranto patrimonial; b).- Que una institu- ción de seguros o una sociedad mutualista de seguros sufra un- quebranto patrimonial y, c).- La relación de causalidad entre- el primero y el segundo elemento.

A continuación procederemos a realizar un -- estudio de los tipos en examen:

1.- Del análisis comparativo del delito de fraude y el previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, se advierte que no existe identidad entre los mismos, en cuanto al primer elemento constitutivo de cada uno de ellos, toda vez que en el primer ilícito penal, se admite su comisión mediante la realización de una acción o en su caso una omisión; de manera distinta ocurre en el segundo delito en comento, en el cual únicamente se admite su comisión a través de actos o acciones positivas, externas y de resultados materiales concretos.

En efecto, en el delito de fraude se contempla a la conducta engañosa del infractor productora de error en la víctima como medio para alcanzar un beneficio económico ilícito, pero además, a la omisión del infractor, consistente en aprovecharse del error, cuando este concepto equivocado de la realidad, se encuentra previamente presente en la mente del sujeto pasivo del delito y se saca ventaja a fin de hacerse de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido.

En el delito previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, no se castiga a la abstención o inactividad del sujeto activo del delito, que le permite alcanzar un beneficio económico ilícito, ni menos aún al quebranto patrimonial causado por cualquier omisión por parte del presunto infractor. Únicamente en este delito, se castiga la realización de actos positivos, cuya realización ocasionan un quebranto patrimonial.

El dispositivo legal señalado, prevé--- como actos externos, mediante los cuales se puede cometer esta infracción, a la falsificación, alteración, simulación y en general la realización de cualquiera de las operaciones a las que están facultadas tanto las instituciones y sociedades mutualistas de seguros y que produzcan necesariamente un quebranto patrimonial a las personas jurídicas señaladas.

Como consecuencia, se advierte que el delito previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, no contiene en su totalidad al primer elemento integrador del fraude, pues no contempla la comisión por omisión, es decir no abarca ni reprime a la inactividad o abstención del delincuente, violadora de un deber jurídico.

2.- En cuanto al segundo elemento del delito de fraude referido comparativamente al delito previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de -- Instituciones de Seguros, la distinción entre ambos es aún más ostensible, en virtud de los siguientes razonamientos:

a).- Ambos delitos exigen para su consumación un resultado material. En el delito de fraude, es suficiente que con la conducta o abstención dolosa, se cause un daño patrimonial de cualquier orden, y por el contrario, en el otro ilfcito, se requiere la causación de un daño patrimonial considerable, mayúsculo, de gran cuantía, esto es, la afectación patrimonial debe tener la categoría de quebranto.

b).- El delito de fraude para su integración, requiere que como resultado de la acción u omisión -- del delincuente, éste obtenga un beneficio económico ilícito, ya sea haciéndose de una cosa o alcanzando un lucro indebido.

En cambio, en el tipo previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley de Instituciones de Seguros, es intrascendente que el activo del delito se enriquezca o no por su conducta delictiva, sólo se requiere que cause un quebranto patrimonial a la Institución o sociedad mutualista de seguros.

3.- En ambos ilícitos penales, existe identidad en cuanto al tercer elemento que los integra, consistente en el nexo o relación de causalidad que necesariamente debe de existir entre la conducta desplegada y el resultado alcanzado, es decir, no puede concebirse la producción del resultado material, sin la existencia de los actos ejecutados con ese propósito.

4.- Ahora bien, en relación con los sujetos activo y pasivo de los tipos en comparación, se observa que en el delito de fraude, estas calidades pueden ser ocupadas por cualquier persona física y en el delito previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, únicamente puede recaer en funcionarios y empleados de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros, y precisamente estas últimas son las que únicamente pueden ser pacientes de este ilícito.

5.- Del análisis realizado con anterioridad,

válidamente podemos concluir lo siguiente:

a).- Carece de aplicabilidad el artículo 6o. del Código Penal para el Distrito Federal, sobre el aparente conflicto que se suscita a primera vista entre el delito de fraude y el delito previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, toda vez que no se reúnen los requisitos para que opere el principio de la especialidad.

b).- En esa virtud, el delito especial - previsto en la Ley General de Instituciones de Seguros, no prevalece sobre el delito de fraude, cuando concurren de -- manera aparente a regir un hecho punible determinado.

c).- Como consecuencia, no existe una -- relación de género a especie, entre el delito de fraude y - el delito especial, en atención a que este último no com -- prende en su descripción a todos los elementos ni todas las características fundamentales del delito de fraude, ni me-- nos aún, algún otro elemento adicional especializado.

d).- En el delito previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, no contempla como medios comisivos al engaño, ni - al aprovechamiento del error. Tampoco puede considerarse - al engaño implícito dentro de la falsificación, alteración, simulación o en general, la realización de cualquier operación que cause un quebranto patrimonial, puesto que el ar-- tículo 14 Constitucional prohíbe la imposición de penas por simple analogía y por mayoría de razón, cuando no esté de-- cretado por una ley aplicable exactamente al delito de que-- se trate.

e).- En la descripción del delito especial, no se contempla y por consecuencia, no se admite a la omisión o inactividad por parte del infractor como medio --comisivo de ese ilícito, como ocurre en el delito de fraude, en el aprovechamiento del error que realiza el sujeto --activo del delito, con el propósito de obtener un beneficio ilícito.

f).- Es improcedente la concurrencia --- efectiva entre el delito de fraude y el delito especial al disciplinar un hecho, ya que la aplicación de uno de los tipos señalados, implica necesariamente la exclusión del ---- otro.

g).- Entre estos delitos, se presenta -- un concurso aparente de normas, el cual es inexistente en -- atención a que del análisis comparativo de cada uno de ---- ellos, se desprende que sólo uno de esos delitos puede apoderarse del hecho punible, por ser incompatible.

C).- CRITERIO DEL PODER JUDICIAL AL RESPECTO.

De la búsqueda constante y detallada realizada sobre las tesis sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como por los -- Tribunales Colegiados de Circuito, sólo se localizaron dos ejecutorias en relación con el concurso aparente que plantean el delito de fraude y el especial previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros.

En las tesis localizadas, existe concordancia con las conclusiones anotadas en el inciso anterior, en el sentido de que no existe una relación de especialidad -- entre los tipos en estudio comparativo.

Dada la trascendencia de las tesis referidas, por el precedente sustentado, nos permitimos reproducirlas a continuación:

LEY, APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD DE LA. CODIGO PENAL, FRAUDE Y DELITO - PREVISTO EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES- DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES. CONCURSO ENTRE.- Para resolver tal cuestión, es importante tener en cuenta dos requisitos: - primero, que la conducta realizada por la -- acusada encuadre en el tipo legal descrito - en la ley especial; segundo, que tanto la -- ley especial, cuanto la ley general en sus - respectivas disposiciones legales contengan los mismos elementos del tipo, pues tales requisitos se desprenden de la doctrina sobre el principio de la especialidad, que parte - del supuesto de que una misma acción caiga - bajo la esfera de dos preceptos penales y que estos preceptos se excluyan entre sí; entendiéndose que existe concurso de leyes cuando el precepto de la ley especial recoja todas las características fundamentales del tipo - general, y además, alguna otra, específica, - que al ser especializadora determina la aplicabilidad de la ley especial. Sólo cuando - se dan esas hipótesis, puede plantearse el - concurso de leyes que debe resolverse mediante la aplicación del principio de la especialidad de la ley. En el caso la ley general - cuya aplicación se estima incorrecta, el Código Penal, en su artículo 386 define el tipo siguiente: "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." La ley especial, cuya aplicación pretende la quejosa, en su artículo 153 bis, 1, precisa: "Serán sancionados con las penas --

que señala el artículo que antecede, los --
funcionarios y los empleados de las institu-
ciones de crédito u organizaciones auxilia-
res. . . II.- Que falsifiquen, alteren, si-
mulen o, a sabiendas, realicen operaciones-
que resulten en quebrantos al patrimonio de
la institución u organización en la que ---
presten sus servicios". Atento a lo ante --
rior, resulta que el primer requisito que -
permite la aplicación del principio de la -
especialidad, no se dio, pues del conteni-
do del texto del artículo 153 bis antes ---
transcrito, es de advertirse, que no basta-
para la aplicación de esta ley especial, la
calidad del sujeto del delito de ser funcio-
nario o empleado de las instituciones de --
crédito y organizaciones auxiliares, sino -
que deben acreditarse los elementos consti-
tutivos del delito descrito. En el caso, --
destaca con singular relevancia, el elemen-
to siguiente: "realicen operaciones". De --
acuerdo con la naturaleza de esta ley espe-
cial, a la calidad del sujeto activo, y al-
vocarlo empleado por el precepto legal an-
tes citado, es indispensable que la falsifi-
cación, alteración y simulación a que alu-
de, sean actos que se cometan por los fun-
cionarios o empleados de las instituciones-
que menciona, en el ejercicio y en íntima --
relación con la naturaleza de sus funcio-
nes o empleos, pero no regula actos ajenos-
a ellos, como los que motivaron la condena-
de la acusada, en el que no los realizó ni
intervino al efectuar operación alguna de -
crédito o que se le hubiese encomendado en
relación a su cargo, de donde resulta que -
en la especie, la conducta de la sentenciada,
no se encuentra regida por tal ley espe-
cial. Tampoco se dio la segunda hipótesis-
en que se fundamenta la aplicación del prin-
cipio de la especialidad, porque en el caso
concreto el precepto de la ley especial ---
que invoca la quejosa, la General de Insti-
tuciones de Crédito y Organizaciones Auxi-
liares, no abarca en su definición todos --
los elementos del tipo de fraude previsto -
en la ley general, el Código Penal, ni el -
de falsificación, por los que se siguió ---

el proceso y condenó a la enjuiciada, ya -- que tal precepto de la ley especial, no regula de manera particular el delito de fraude, pues no se encuentra en él, íntegramente las características típicas del tipo general, como son, el empleo del engaño o --- aprovechamiento del error para hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro - indebido, tal y como requiere el artículo - 386 del Código Penal, siendo pertinente --- agregar que, si bien es cierto que los funcionarios y empleados de Instituciones de -- Crédito u Organizaciones Auxiliares, se encuentran regidos por una ley especial que - lo es, la Ley General de Instituciones de -- Crédito y Organizaciones Auxiliares, como -- se sostiene en los conceptos de violación; -- sin embargo, la aplicación de este ordenamiento jurídico, sólo lo es en la estricta medida en que se den las hipótesis a que -- el mismo se refiere, pero en lo no comprendido por ella, los funcionarios y empleados de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, no están sustraídos a la esfera del derecho penal general. Amparo Directo 296/79.-Margarita Alvarez -- Icaza.-31 de octubre de 1979.- Unanimidad -- de votos. Ponente: Aulo Gelio Lara Erosa. - Sria. Elvia Díaz de León de López." (19)

También es aplicable en la especie, la --- tesis sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal, cuyo tenor literal expresa:

"EL DELITO DE FRAUDE Y EL DELITO PREVISTO -- EN LA FRACCIÓN II DEL ARTICULO 146 DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE SEGUROS.- Los -- agravios hechos valer por el hoy quejoso resultan infundados atento a que, como lo estimó el juez del amparo, la conducta del amparista encuadra en la figura delictiva de --- fraude genérico, prevista y sancionada por - el artículo 386 fracción III del Código Punitivo Federal, no así en el tipo especial --- que contempla el artículo 146 Fracción II --

(19) Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la -- Nación por su Presidente, Tercera Parte, Tribunales --- Colegiados de Circuito, México, Mayo Ediciones, S.de -- R.L. 1979, pp. 20,21 y 22.

de la Ley General de Instituciones de Seguros.

Lo reseñado previamente demuestra, al menos hasta el momento de dictarse el auto de formal prisión reclamado, que Ignacio Rendón Salgado, Subgerente de Remesas -- y Control de Cobranzas de Seguros de México, S.A., engañando a la empresa antes citada, solicitó la expedición de tres cheques, siendo estos los números 787451, 788653 y 795034, de fechas ocho, veinte y veintisiete de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, respectivamente, -- para cubrir supuestos pagos a Seguros -- La Provincial, S.A., Seguros Independencia, S.A. y Seguros la Libertad, S.A. y teniéndolos ya en su poder, los falsificó agregándole al beneficiario de tales documentos la leyenda "Y/O SERVICIO ELECTRICO INDUSTRIAL" negociación esta ajena totalmente a las operaciones de la empresa ofendida, para posteriormente entregarlos al ahora quejoso Alfonso Flores - Flores, Representante de aquella negociación, quien a sabiendas de la indebida obtención de esos cheques, los depositó en su cuenta número 461071-0 que tenía en Banamex y una vez abonados los depósitos que en total sumaron dos millones -- setecientos cincuenta y un mil ochocientos setenta y nueve pesos, obtuvo el efectivo correspondiente el cual entregó a su coacusado, quien por su ilícita intervención le proporcionó parte de lo obtenido, hechos que son constitutivos del delito de fraude.

Igualmente, si existe en contra del hoy quejoso imputación directa de su coacusado Ignacio Rendón Salgado, quien sin eludir su propia responsabilidad, sino que admitiéndola, lo señala como quien a sabiendas de su ilícito proceder, lo auxiliaba en el cobro de los cheques falsificados y el propio inconforme lo acepta, lo que se robustece con el restante material probatorio, de todo ello no puede menos que concluirse que estos indicios son más que suficientes para hacer proba

ble su responsabilidad en la comisión del delito de fraude que se le atribuye, por lo que es inexacto que el auto de formal-prisión reclamado no se encuentre ajustado a derecho.

El resumen precedente patentiza que los - agravios hechos valer por el hoy quejoso devienen infundados, atento a que la de - terminación combatida en cuanto al ilícito que nos ocupa, es acorde con las pruebas aportadas, las cuales fueron valoradas en su integridad y resultaron suficientes para su dictado, pues con ellas - se comprobó el cuerpo del delito de fraude y la probable responsabilidad del hoy-quejoso en haber participado en su realización en la forma ya descrita, satisfaciéndose por lo tanto con lo previsto --- por el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales y consecuentemente, con la garantía contenida en el artículo-19 de nuestra Carta Magna, al ubicarse su conducta en la descrita por el dispositivo 386 del Código represivo federal.

Por otra parte, conviene hacer notar al - hoy quejoso que el juez del amparo legalmente estimó que su proceder no encuadraba en la figura delictiva prevista por el -- artículo 146 fracción II de la Ley General de Instituciones de Seguros, pues tal fracción no alude a la conducta consistente en la obtención de un lucro indebido, - mediante el engaño o el aprovechamiento - del error en la que se encuentre el pasivo, ya que ella se refiere exclusivamente a quienes falsifiquen, alteren, simulen, - o, a sabiendas, realicen operaciones que resulten en quebranto patrimonial de la - institución o sociedad mutualista en la - que el activo preste sus servicios y en - el presente caso, es evidente que la ley especial en la cual pretende el quejoso -- encuadre su conducta, no recoge las características fundamentales de tipo general - artículo 386 del Código Penal -, concretamente el engaño o error, núcleos rectores del tipo, no obstante haberse falsificado los cheques que sirvieron de medio para -

su comisión, pues por una parte dicho quejo so carecía de la calidad de funcionario o empleado de la compañía Seguros de México, S.A., que resultó ofendida y por la otra, su actuación obviamente, fue ajena al ejercicio o íntima relación con la naturaleza de esas funciones o empleos. Asimismo, de aceptar que los medios engañosos o el aprovechamiento del error que contiene la figura de fraude descrita en el artículo 386 del citado Código Punitivo, se encuentren incluidos en la simulación de las operaciones que resulten en quebranto patrimonial de la institución o sociedad mutualista, sería tanto como infringir el dispositivo 14 de nuestro máximo Código Político, el cual prohíbe imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, por ende no se viola el artículo 60. in fine del Código represivo en cita, como se aduce.

Amparo en revisión R.P. 188/86.- Alfonso Flores Flores.- 29 de Agosto de 1986.- Unanimidad de Votos.- Ponente: J. Jesús Duarte Cano." (20)

D).- DIVERSIDAD DE CRITERIOS LEGALES

Existe una gran diversidad de criterios legales en los distintos Códigos Penales de los Estados y de la República Mexicana y en los diferentes proyectos de Códigos Penales elaborados, sobre las reglas para solucionar el conflicto que plantea el concurso aparente de normas, como en el caso analizado con anterioridad.

A continuación nos referiremos a las posiciones sostenidas sobre el particular:

-
- (20) Amparo en revisión R.P. 188/86; Alfonso Flores Flores; 29 de Agosto de 1986.- Unanimidad de Votos.- Ponente:- J. Jesús Duarte Cano.- Srio: Lic. Ruben Márquez Fernández.- Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito - en Materia Penal.

1.- El sistema que adopta los principios de especialidad, consunción o absorción, subsidiaridad y -- alternatividad.

a).- El proyecto de Código Penal tipo-para la República Mexicana de 1963, en su artículo VIII, -- establece que: "No hay concurso de leyes punitivas en los siguientes casos: a). Cuando una de las disposiciones sea especial y la otra no tenga este carácter; b). Cuando los preceptos sean de mayor alcance que las otras disposiciones; c).- Cuando una de las disposiciones sea sólo de aplicación subsidiaria en relación a las otras prevenciones; y d). Cuando ambos preceptos definan figuras delictivas que sean incompatibles entre sí."

En la exposición de motivos del proyecto de Código Penal referido, se expresa que se adoptó el sistema señalado, a fin de que el juzgador pueda solucionar y moverse en una esfera de mayor elasticidad, los problemas que se le presenten en esta materia, mediante los -- principios señalados.

b).- El Código Penal para el Estado de Guanajuato, es partidario de la utilización de los cuatro -- principios de mérito, y constituye el único Código Penal -- de los Estados de la República, que adopta ese sistema, de tal manera que en su artículo 32 dispone que: "no hay concurso de delito: I.- Cuando el hecho corresponda a más de -- una infracción penal, si una es elemento constitutivo o calificativo de otra. II.- Cuando la norma sea especial respecto a otra que sea general. III.- Cuando la norma sea -- principal respecto a otra que sea subsidiaria. IV.- Cuando las normas estén formuladas alternativamente, siempre que -- establezcan la misma sanción. V.- Cuando una norma absorba-descriptiva o valorativamente a otra, de tal manera que su

aplicación conjunta, entrañaría sancionar dos veces el mismo delito.

En la exposición de motivos del Código de Guanajuato, se expresa que en el artículo 32 reproducido se toca el tema del concurso aparente, que se presenta cuando una conducta encuadra en varios tipos penales, pero por diversas relaciones que guardan entre sí las figuras, resultan incompatibles y no pueden concurrir; de tal suerte, que tratar estos casos como un verdadero concurso, entrañaría - violar el principio del non bis in idem, precisando además que las normas legales que tratan el concurso aparente son incompletas y erróneas.

2.- El sistema que adoptan los principios de especialidad, consunción y subsidiaridad.

El Proyecto del Código Penal de 1983, de la Procuraduría General de la República, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y del Instituto Nacional de Ciencias Penales, acoge este sistema al expresar en su artículo 7, lo siguiente: "cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general, la de mayor alcance absorberá a la de menor amplitud y la principal excluirá a la subsidiaria".

3.- El sistema que adoptó los principios de especialidad y consunción o absorción.

a).- El Código Penal para el Estado de Durango, en su artículo 8, prescribe: "La concurrencia entre una norma general y otra especial y la que existe entre una prevención de mayor amplitud y otra de menor alcance --

se resolverá por aplicación del mandamiento especial y la -- norma de mayor alcance, respectivamente.

b).- El Código Penal para el Estado de Veracruz, en su artículo 8, expresa que: "la concurrencia -- entre una norma general y otra especial y la que exista entre una prevención de mayor amplitud y otra de menor alcance se resolverá por aplicación del mandamiento especial y la norma de mayor alcance, respectivamente.

c).- En el proyecto del Código Penal -- del Instituto Nacional de Ciencias Penales de 1979, se establece lo siguiente: "La concurrencia entre una norma general y otra especial y la que exista entre una prevención de mayor amplitud y otra de menor alcance, se resolverá por --- aplicación del mandamiento especial y la norma de mayor alcance, respectivamente.

4.- El sistema que adopta únicamente el --- principio de la especialidad, para resolver los conflictos - de concurso aparente de leyes:

a).- El Código Penal para el Distrito - Federal, en su artículo 60, establece al principio de la especialidad, como formula para resolver la controversia aparente que origina la concurrencia incompatible de normas. Es te precepto ya ha sido analizado ampliamente con anterioridad en este trabajo.

b).- El Código Penal para el Estado de Coahuila, es partidario de este sistema, al disponer en su artículo 31, que: "cuando dos normas capten la misma situa -

ción, se aplicará aquella que contenga la modalidad específica de la conducta a juzgar, o, en su defecto, se atenderá a la teleología de la conducta".

5.- El sistema que adopta el principio de mayor penalidad que consiste en que: "cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor."

Los Códigos de los Estados de la República que a continuación nos referiremos utilizan este sistema; a saber: Aguascalientes (Art. 57), Baja California Norte (art. 59), Campeche (Art. 47), Chihuahua (art. 59), Colima (art. 56), Chiapas (Art. 57), Guerrero (Art. 53), Jalisco (art. 47), Morelos (art. 61), Nayarit (art. 71), Nuevo León (art. 84), Oaxaca (art. 71), Puebla (art. 74), Querétaro (art. 53), San Luis Potosí (Art. 88), Sinaloa (art. 54), Sonora (art. 58), Tabasco (art. 58), Tamaulipas (Art. 61), Yucatán (Art. 83) y Zacatecas (art. 51).

6.- El sistema que emplea el principio de menor penalidad.

Unicamente, el Código Penal para el Estado de Tlaxcala, adopta este sistema para el tratamiento del concurso aparente de normas, de tal manera que en su artículo 50, dispone lo siguiente: "cuando un delito pueda ser considerado en dos o más figuras delictivas distintas y bajo cada una de ellas merezca una sanción diversa, se impondrá la menor".

Esta reglamentación, diametralmente -- opuesta a la acogida por la mayoría de los Códigos punitivos de la República Mexicana, rechaza acertadamente la aplicación del principio de mayor punibilidad en concordancia con el principio "indubio pro reo".

7.- El sistema que adopta el principio de mayor punibilidad, el de consunción y el de la especialidad, en uno de sus aspectos.

El Código Penal para el Estado de México, es el único que contempla una combinación entre los --- principios de referencia, en la solución del conflicto que - plantea en la interpretación de la ley, el concurso impropio; precisamente, en su artículo 21, expresamente señala: "Tampoco existe concurso de delitos: I.- Si las disposiciones legales violadas por el inculcado son incompatibles entre sí, -- en este caso, se aplicará la disposición que señale pena más grave; II.- Si uno o varios delitos constituyen un grado o - grados de otro, o medio de ejecución, en este caso se aplicará la disposición que castigue este último; y III.- Si un delito constituye un elemento de otro o una circunstancia -- agravada de su penalidad, en este caso se aplicará la disposición que castigue este delito."

Consideramos inadecuado el sistema empleado por este Código, toda vez que se plantea una incongruencia manifiesta entre el principio de mayor penalidad y los principios de absorción y especialidad, que prevé, en -- cuanto a su fundamento y principalmente al método que utilizan en la determinación de la norma aplicable con prevalencia de las demás en aparente concurso. En el primer principio se toma en consideración únicamente el orden de la pena-

y los otros, se valora y analiza la conducta del infractor-referida a los elementos y características de los tipos con currentes.

El principio de mayor penalidad, en -- nuestra opinión, se presenta como una fórmula de solución - del concurso impropio, de manera inequitativa e inflexible, al fundarse simplemente en la severidad de la sanción, sin tomar en cuenta la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, referida a las características y elementos integradores de los tipos en concurso aparente, como exigen --- acertadamente los principios de especialidad y consunción.

El artículo 21 del Código Penal para - el Estado de México, realiza una reglamentación del principio de la especialidad, deficiente e incompleta, pues, sólo se refiere a una de sus formas, concretamente a la prevalencia del tipo con un carácter especializador a virtud de las circunstancias adicionales que agravan la pena prevista en el tipo básico o general. Constituyen ejemplo de lo ante--rior, los ilícitos que la doctrina denomina tipos complementados, subordinados y cualificados, como son: el homicidio-con premeditación, homicidio con ventaja, homicidio con alevosfa, homicidio con traición, robo con violencia, robo en lugar cerrado, robo en edificio, vivienda, aposento o cuartos que estén habitados o destinados para, habitación, robo cometido por dependientes, domésticos, huéspedes, comensal, etc.

La redacción del dispositivo en análisis, no contempla la aplicación preferente de los tipos que comprendan íntegramente a otro u otros en aparente concur--

so, y además otros elementos adicionales especializadores, - que no necesariamente prevean circunstancias agravadoras de la pena, sino elementos constitutivos del tipo, o bien circunstancias atenuantes de la pena, como acontece en los delitos de homicidio en riña, homicidio en duelo, homicidio por infidelidad conyugal, homicidio por corrupción de hija, robo de famélico, etc.

De lo anterior, se advierte una incongruencia mayúscula entre la reglamentación general que sigue el Código Penal del Estado de México y el método empleado -- por la fracción I del mismo ordenamiento, en la solución del fenómeno jurídico del concurso aparente de normas.

A continuación citaremos un ejemplo que patentiza la ineficacia del sistema utilizado en el trata -- miento del concurso impropio, a saber:

En el caso de una madre que priva de la vida a su menor hijo, se plantea un concurso aparente de normas entre los artículos 244 y 246 del Código Penal para el - Estado de México, que prevén y sancionan respectivamente al delito de homicidio simple intencional, con pena privativa - de libertad de diez a quince años, y el artículo 256 del mis mo Código punitivo, que establece una sanción de tres a cinco años de prisión, atendiendo a las peculiaridades del ti-po.

En esas condiciones, de conformidad --- con lo dispuesto por la fracción I del artículo 21 referido, resultan aplicables los artículos 244 y 246 del Código cita-do, en virtud de contener una penalidad mayor, resultando --

por consecuencia intrascendente que el legislador del Estado de México, haya contemplado tipos especiales a virtud de circunstancias que atendan la pena, pues, atendiendo al principio de mayor penalidad, aquellos nunca se aplicarán.

E).- OPINION PERSONAL AL RESPECTO

1.- Los principios creados por la Doctrina y previstos en la Ley y en la Jurisprudencia, son instrumentos fundamentales del jurista, en la solución de los conflictos que surgen en la interpretación de la ley, derivados del concurso aparente de normas.

2.- Para elegir la norma aplicable al caso concreto, con prevalencia y exclusión de las demás en aparente concurso, es fundamental realizar un examen cuidadoso de las normas en conflicto y de sus características, a fin de identificar con precisión los elementos comunes o que los distinguen, de tal manera que analizados a la luz de las reglas que establecen los principios de la especialidad, consunción o absorción, subsidiaridad y alternatividad, se obtendrá la norma aplicable al caso concreto.

3.- Surge un aparente concurso entre el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal y el artículo 146 fracción II de la Ley General de Instituciones de Seguros, sin embargo aplicando las reglas del principio de la especialidad, se advierte con meridiana claridad que no existe una relación de género a especie, entre los dispositivos señalados, ya que el último no comprende ni abarca en su totalidad las características fundamentales del delito de fraude.

4.- Dentro de la descripción del tipo -- especial de referencia, no se contempla al engaño ni al --- aprovechamiento del error, menos aún a la obtención de un - beneficio económico ilícito por parte del infractor, elementos constitutivos del delito de fraude.

5.- El delito especial sólo puede ser cometido mediante la realización de actos positivos, externos y de resultado material y no contempla a la omisión o inactividad del agente del delito productora de un quebranto patrimonial; en cambio en el delito de fraude, se contempla - su comisión mediante la realización de una acción o por comisión por omisión.

6.- Es impropio considerar que el elemento engaño del delito de fraude, se encuentre implícito - en la falsificación, alteración y simulación a que se refiere el tipo especial, ya que considerar lo anterior, implicaría una violación al artículo 14 Constitucional, que prohíbe la imposición de penas por simple analogía y más aún por mayoría de razón, cuando no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho punible de que se trate.

7.- En virtud de lo anterior, carece de aplicabilidad el artículo 6o. del Código Penal para el Distrito Federal, respecto del concurso aparente que plantean las normas señaladas con anterioridad.

8.- El criterio expuesto por el Poder Judicial Federal en las ejecutorias reproducidas en este trabajo, es concordante con las consideraciones anteriores.

9.- En los Códigos de la República Mexicana y en los proyectos elaborados por Instituciones Gubernamentales, existe una diversidad de sistemas en el tratamiento del concurso aparente de normas; la mayoría de las legislaciones estatales se inclina por el principio de mayor penalidad y únicamente el Código del Estado de Tlaxcala, adopta el sistema de menor punición, siendo concordante con el principio "indubio pro reo".

10.- Consideramos que el Código para el Estado de Guanajuato, es el más adelantado en la materia, --- pues es el único que acoge a los principios de la especialidad, absorción o consunción, subsidiaridad y alternatividad.

11.- El sistema adoptado por el Código punitivo del Estado de México, es contradictorio y deficiente, --- pues contempla de manera conjunta al principio de mayor penalidad y a los principios de absorción y al de la especialidad, este último en uno de sus aspectos, al establecer -- sólo la prevalencia de los tipos con caracteres especializadores agravadores de la pena, excluyendo sin fundamento algunos aquellos que contengan una circunstancia atenuante -- de la pena o bien a aquellos tipos que contengan en su integridad a otros, más otros elementos especializadores, que -- no necesariamente constituyan una circunstancia agravadora.

12.- Existe contradicción entre la reglamentación general del Código Penal del Estado de México, que -- contempla tipos con características especiales que atenúan la pena, y el sistema para resolver el concurso aparente, -- basado particularmente en la gravedad o severidad de la sanción para determinar la supremacía de la norma aplicable al caso de que se trate.

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

1.- El concurso efectivo de normas penales tiene lugar cuando diversas disposiciones concurren -- válidamente en el mismo tiempo y lugar a sancionar un hecho punible determinado.

2.- La doctrina tradicional utiliza equivocadamente el término concurso de leyes, para identificar al fenómeno jurídico que deriva de la interpretación de la ley, y consistente en la aparente disputa entre diversas - normas incompatibles por disciplinar un hecho punible.

3.- Consideramos que la denominación adecuada es la de concurso aparente de normas, concurso impropio de leyes o concurrencia incompatible de normas, toda vez que dicho fenómeno no jurídico plantea como presupuesto, un conflicto ficticio inexistente de disposiciones penales, ya que después de realizar un análisis minucioso y de la conducta sancionable y aplicar los principios de especialidad, consunción, subsidiaridad o alternatividad, -- previstos por la ley, la jurisprudencia o por la doctrina; para la solución de tales problemas, se determina con relativa facilidad la norma aplicable a caso concreto, con exclusión de las demás.

4.- Son características fundamentales --- del concurso aparente de normas, que los preceptos concurrentes sean incompatibles y se excluyan recíprocamente, -

además de que la disputa que origina este fenómeno jurídico se produce sobre una conducta u omisión en su caso, unitaria.

5.- El principio de la especialidad, establece la prevalencia del tipo especial, sobre el tipo general, debiendo contener aquel todas las características de éste, además de otros elementos especializadores adicionales, que pueden agravar o atenuar la pena prevista en el tipo general.

6.- Consideramos plausible pero incompleta la incorporación del principio de la especialidad, en sustitución del principio de mayor penalidad, pues este último, en nuestra opinión es una fórmula inflexible e injusta para resolver los conflictos derivados del concurso aparente de normas, ya que únicamente toma en consideración la severidad de la sanción, y no toma en cuenta la conducta del infractor ni menos aún las circunstancias en que se produjo, surgiendo como consecuencia una contradicción con los tipos especiales que contemplan una circunstancia que atenúa la pena en función de sus particularidades (infanticidio).

7.- El delito de fraude consiste en la obtención de un beneficio económico ilícito (hacerse de una cosa u obtener un lucro indebido), a virtud de emplear el engaño productor de error o aprovecharse de este cuando existe previamente en la mente del sujeto pasivo del delito, quien necesariamente resiente un daño o perjuicio patrimonial.

8.- El bien jurídico tutelado por el deli-

to de fraude, lo constituye el activo patrimonial del paciente del delito, y son elementos integradores de este tipo: - a).- El engaño o el aprovechamiento del error; b).- Que el delincuente se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido; y c).- La relación de causalidad entre la actividad engañosa y la finalidad de obtener el lucro.

10.- El tipo previsto en la fracción II del artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Seguros, es un delito especial, en razón de la materia que tutela y de la calidad especial de los sujetos activo y pasivo del mismo.

11.- El objeto jurídico tutelado por este delito, recae en nuestra opinión, en dos bienes jurídicos: el activo patrimonial de las Instituciones de Seguros y de las Sociedades Mutualistas de Seguros, y en la seguridad y estabilidad del sistema asegurador.

12.- Este ilícito especial, puede clasificarse como un delito de comisión o acción, unisubsistente o plurisubsistente, instantáneo, material y de daño o de lesión.

13.- Los elementos constitutivos de este delito especial son: a).- La falsificación, alteración, simulación o la realización de operaciones que causen un quebranto patrimonial a las Instituciones o Sociedades Mutualistas de Seguros; b).- Que una Institución o Sociedad Mutualista de Seguros sufra un quebranto patrimonial y c).- La relación de causalidad entre el primero y segundo elemento.

14.- Es procedente que el concurso auténtico de normas y por ende el concurso real de delitos, entre la infracción especial en estudio y la falsificación realizada por el agente del delito, cuando se reúnan los requisitos -- exigidos por los artículos 243 y 244 del Código Penal para -- el Distrito Federal, que contemplan y sancionan al delito de falsificación de documentos.

15.- El tipo especial exige que el daño patrimonial resentido por las Instituciones aseguradoras, ---- sea de gran consideración, para que adquiera la calidad de -- quebranto.

Consideramos que esta expresión utilizada por la Ley General de Instituciones de Seguros, es imprecisa y ambigua, pues no existe un parámetro que determine -- la cuantía del daño ocasionado que deba considerarse como -- quebranto.

16.- Es requisito de procedibilidad de la acción penal en el delito especial, que la Secretaría de -- Hacienda y Crédito Público formule querrela, escuchando previamente la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de -- Seguros. Como consecuencia, la ausencia de este requisito -- impide al Ministerio Público ejercitar acción penal y por -- ende al Juzgador condenar al inculcado por dicho delito; -- lo contrario equivaldría a vulnerar lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional.

17.- La Institución ofendida por el delito especial, carece de derecho para querrellarse por la infracción de mérito, pues únicamente le corresponde formular querela por la misma a la Secretaría de Hacienda y Crédito --

Público. Lo anterior constituye un requisito poco práctico, pues debido a lo dilatado del trámite ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros para que se querelle en contra del empleado o funcionario de la Institución o Sociedad Mutualista de Seguros, presunto responsable del delito en comento, se le otorga a este la posibilidad de eludir la acción de la justicia.

18.- El artículo 386 del Código Penal y el artículo 146 fracción II de la Ley General de Instituciones de Seguros, plantean un concurso aparente de normas, en virtud de una presunta relación de género a especie entre el -- primero y segundo dispositivo, sin embargo, realizando un -- análisis minucioso de los mismos y mediante la aplicación -- del principio de la especialidad, se observa que tal concurso es ficticio, pues el delito especial, no comprende ni --- abarca en su integridad las características esenciales del - delito de fraude.

19.- El delito especial no contiene en su -- descripción a los siguientes elementos: el engaño ni el --- aprovechamiento del error, tampoco la obtención de un benefi- cio económico indebido por parte del infractor. Tales ele- mentos son fundamentales para la integración y consumación - del fraude. Como consecuencia es improcedente la aplicación del artículo 6o. del Código Penal, que establece la prevalen- cia del tipo especial sobre el general, pues no se produce - entre los delitos señalados una relación de especialidad.

20.- La mayoría de los Códigos punitivos de los Estados de la República, acogen el deficiente principio de mayor penalidad, para resolver el concurso aparente de -- normas, no obstante ello, consideramos que la reglamentación más adecuada para el tratamiento de este fenómeno jurídico,-

es la adoptada por el Código Penal para el Estado de Guana
juato, toda vez que contempla con precisión a los princi -
pios de la especialidad, absorción o consunción, subsidia-
ridad y al de alternatividad.

El Código Penal para el Estado de Tlax
cala, es singular en esta materia, ya que prevé exclusiva-
mente al principio de menor penalidad, siendo concordante -
con el principio "indubio pro reo".

B I B L I O G R A F I A

ANTOLISEI, Francesco.

Manual de Derecho Penal, Parte General (Traducción directa del Italiano por Juan del Rosal y Angel Torio), Unión Tipográfica Editorial, Buenos Aires, 1960.

BELIN, Ernest Von.

Esquema de Derecho Penal. (Traducción del Alemán por el Dr. Sebastián Soler), Editorial de Palma, Buenos Aires, 1944.

CARDENAS, Raúl F.

Estudios Penales, Editorial Jus, México, -- 1977.

CARNELUTTI, Francesco.

Principios del Derecho Procesal Penal, (Traducción de Santiago Sentis Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl.

Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, S.A. 11a. ed., México, 1985.

CASTELLANOS TENA, Fernando.

Lineamientos Elementales de Derecho Penal, - (Parte General), Editorial Porrúa, S.A., 6a. ed. México, 1971.

CONTRERAS, Jesús Angeles.

Compendio de Derecho Penal, Textos Universitarios, S.A., México, 1969.

CUELLO CALON, Eugenio.

Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Editorial Bosch, 13a. ed., Barcelona, 1972.

FONTAN BALESTRA, Carlos.

Tratado de Derecho Penal, Ediciones Glem, - S.A., 2a. Ed., Buenos Aires, 1977.

GARCIA RAMIREZ, Sergio.

Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, - S.A. 4a. ed., México, 1983.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.

Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, -- S.A., 15a. ed., México, 1981.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.

El Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, S.A., 8a. ed., México, 1987.

JIMENEZ DE ASUA, Luis.

Principios de Derecho Penal, Editorial Hermes, 4a. ed., Buenos Aires, 1945.

JIMENEZ HUERTA, Mariano.

Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, Editorial - Porrúa, S.A. 5a. ed., México, 1984.

LEVENE, Ricardo.

Manual de Derecho Penal, Parte Especial, -
Editorial de Zavala, Buenos Aires, 1978.

MERKEL, Adolfo.

Derecho Penal (Traducción realizada por P.
Dorado), La Española Moderna, Tomo I, Ma-
drid.

MEZGER, Edmundo.

Tratado de Derecho Penal, Editorial Revis-
ta de Derecho Privado, (Traducción de la -
2a. ed. Alemana, 1933), Madrid., Tomo III.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bi-
bliográfica Argentina, Buenos Aires, Tomo-
III y XI, 1979.

PAVON VASCONCELOS, Francisco.

Concurso Aparente de Normas, Editorial Ca-
jica, S.A., Puebla, Pue., México, 1975.

PAVON VASCONCELOS, Francisco.

Comentarios de Derecho Penal, Editorial Po-
rrúa, S.A., 3a. ed., México, 1973.

PORTE PETIT, Celestino.

Código Penal para el Distrito Federal en -
Materia del Fuero Común y para toda la Re-
pública en Materia de Fuero Federal (Comen-
tarios). Serie Legislación Mexicana, Procu-
raduría General de la República, 2a. ed., -
México, 1985.

PUIG PENA, Federico.

Derecho Penal (Parte General), Editorial Revista de Derecho Privado, 6a. ed. Tomo II, - Madrid, 1969.

QUINTANO RIPOYES, A.

Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo II, Editorial Revista de Derecho - Privado, 2a. ed., Madrid, 1977.

RODRIGUEZ DEVESA, José Marfa.

Derecho Penal Español, Gráficas Corasa, 6a.- ed., Madrid, 1977.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo.

Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1978.

ROJINA VILLEGAS, Rafael.

Derecho Civil, Teoría General de los Derechos Reales, Tomo III, Volumen II, Editorial Porrúa, S.A., México, 1947.

SOLER, Sebastián.

Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editorial Argentina, 3a. Reimpresión, Tomos II y - IV, Buenos Aires, 1973.

VILLALOBOS, Ignacio.

Derecho Penal Mexicano. (Parte General), Editorial Porrúa, S.A., 2a. ed., México, 1960.

VIVES ANTON, Salvador.

La estructura de la teoría del concurso de infracciones, Artes Gráficas Soler, S.A. España, 1981.

WELZEL, Hanz.

Derecho Penal. (traducción de Carlos -- Fontan Balestra y Eduardo Friker, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1956.

ZAMORA PIERCE, Jesús.

Garantías y Proceso Penal, Editorial -- Porrúa, S.A., 2a. ed. México, 1987.