

301809

25
24.



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
CAMPUS SAN RAFAEL
"ALMA MATER"

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

"LA QUERRELLA COMO REQUISITO SINE QUANON
PARA LA PROCEDIBILIDAD DEL DELITO DE
FRAUDE EN EL FUERO COMUN DEL DISTRITO
FEDERAL."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JUAN DANIEL PARRA BAZAN

ASESORES: LIC. JESUS E MORA LARDIZABAL
LIC. EDUARDO BOYOLI MARTIN DEL CAMPO

MEXICO, D. F.

1 9 8 7

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E.

LA QUERRELLA COMO REQUISITO SINE QUA NON PARA LA PROCEDIBILIDAD DEL DELITO DE FRAUDE EN EL FUERO COMUN DEL DISTRITO FEDERAL.

INTRODUCCION.....1

CAPITULO 1: ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE FRAUDE Y SU PROCEDIBILIDAD PENAL.

1.1. En la legislación extranjera.....	4
1.2. En la legislación nacional (mexicana).....	10
1.3. El procedimiento penal en la antigüedad.....	15
1.3.1. En el derecho griego.....	16
1.3.2. En el derecho romano.....	17
1.3.3. En el derecho español.....	23
1.4. El proceso penal en México.....	25
1.4.1. El período precortesiano.....	26
1.4.2. En el derecho maya.....	27
1.4.3. En el derecho azteca.....	29
1.5. En la Colonia.....	31
1.6. En México independiente.....	33
1.7. En el período post-revolucionario.....	39
1.8. Las reformas al Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.....	41

CAPITULO 2. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

2.1. Etapa del periodo preparatorio de la acción penal.....	49
2.2. Periodo de la preparación del proceso.....	58
2.2.1. Auto de radicación.....	58
2.2.2. Declaración preparatoria.....	60
2.2.3. Auto de formal prisión.....	62
2.2.4. Auto de sujeción a proceso.....	65
2.2.5. Auto de libertad por falta de méritos con reserva de ley.....	66
2.3. Periodo del proceso.....	68
2.3.1. Instrucción.....	68
2.3.2. Periodo preparatorio del juicio.....	68
2.3.3. Discusión o audiencia.....	69
2.3.4. Fallo, juicio o sentencia.....	69
2.4. Procedimiento ordinario.....	70
2.5. Procedimiento sumario.....	70
2.6. Legislación aplicable respecto a la procedencia de los delitos...75	
2.6.1. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.76	
2.6.2. En el Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.....	77
2.6.3. Delitos perseguibles por querrela.....	81
2.6.4. Diferencia entre denuncia y querrela.....	87
2.6.5. Responsabilidad de servidores públicos.....	89
2.6.5.1. Autorización.....	90
2.6.5.2. La excitativa.....	92

CAPITULO 3. ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE FRAUDE.

3.1. Concepto del delito en general.....	95
3.2. Elementos del delito de fraude.....	96
3.2.1. Concepto de engaño.....	98
3.2.2. Acto de disposición.....	100
3.2.3. Concepto de lucro.....	101
3.2.4. El nexa causal.....	101

3.3. La conducta o hecho.....	102
3.4. La tipicidad.....	105
3.5. La antijuridicidad.....	111
3.6. La culpabilidad.....	112
3.7. La punibilidad.....	114
3.8. Fraude genérico.....	116
3.9. Fraudes específicos.....	121

CAPITULO 4. LA QUERRELLA COMO FORMA DE PERSECUCION EN EL DELITO DE FRAUDE.

4.1. Causas que motivaron el cambio de persecución.....	133
4.2. Ventajas de la querrella.....	138
4.3. Desventajas de la querrella.....	138

CONCLUSIONES.....	141
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	147
--------------------------	------------

INTRODUCCION.

El propósito de éste trabajo, es desarrollar y observar metódicamente un panorama amplio y comprensible, respecto del delito de fraude en todas sus modalidades y muy especialmente su requisito de ser un delito de completa actualidad, a pesar de que siempre han existido conductas delictuosas con las características de éste ilícito, en todos los niveles de trabajo y clases sociales, lo cual lo convierte en un delito de costumbre, por la facilidad con la que se comete, señalando una penalidad más severa y la forma en que se debe castigar al infractor de la ley penal. El método en la elaboración de este trabajo fue precisamente el método científico, ya que parto de las diferentes teorías y conocimientos de algunos estudiosos del derecho, haciendo referencia a los elementos que constituyen al delito, así como diversos documentos, actas e informes que deben recabarse para lograr su debida Integración.

Esta Tesis se divide en cuatro capítulos, en el primero abordaré los antecedentes históricos del delito de fraude, así como su procedimiento tanto en la Legislación Extranjera, como en la Nacional, desde la antigüedad empezando por el Derecho Griego, Romano y España, y en México desde el período precortesiano, en los pueblos Maya, Azteca, en la colonia y en México Independiente hasta llegar

inclusive a las nuevas reformas al Código Penal vigente para el Distrito federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

En el capítulo dos ubiqué las etapas del procedimiento penal, el cual abarca entre otros puntos el periodo preparatorio de la acción penal y diversos autos, como el de radicación la declaración preparatoria el auto de formal prisión, etc., así como los diversos procedimientos penales y su respectiva forma de procedibilidad en nuestra Legislación Mexicana. El capítulo tres, ya se adentra de lleno al análisis jurídico del delito de fraude, el cual incluye definiciones, conceptos y elementos del delito de fraude, y el estudio del fraude genérico y del fraude específico 387, 388 y 389 bis del Código Penal vigente para el Distrito federal.

En el capítulo cuatro, se desarrolló un criterio sobre las ventajas que motivaron el cambio de persecución de las conclusiones a que llega el sustentante, con motivo de este trabajo recepcional, pidiendo desde ahora, al Honorable Jurado, su comprensión y benevolencia por las posibles omisiones y carencias que me logren detectar, en la inteligencia de que serán de muchísimo valor las atinadas observaciones que se sirvan hacerme y tomarlas en su justa apreciación.

EL SUSTENTANTE.

CAPITULO 1.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE FRAUDE Y SU PROCEDIBILIDAD PENAL.

- 1.1. En la legislación extranjera.
- 1.2. En la legislación nacional (mexicana)
- 1.3. El procedimiento penal en la antigüedad.
 - 1.3.1. En el derecho griego.
 - 1.3.2. En el derecho romano
 - 1.3.3. En el derecho español.
- 1.4. El proceso penal mexicano.
 - 1.4.1. En el periodo precortesiano.
 - 1.4.2. En el derecho maya.
 - 1.4.3. En el derecho azteca.
- 1.5. En la colonia.
- 1.6. En México Independiente.
- 1.7. En el periodo post-revolucionario.
- 1.8. Las reformas al Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero Común y para toda la República en materia de fuero Federal.

CAPITULO 1: ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FRAUDE Y SU PROCEDIBILIDAD PENAL.

1.1. EN LA LEGISLACION EXTRANJERA.

Tan pronto como un hombre poseyó un bien, lo codició, y trató de obtenerlo mediante el engaño. Los más antiguos legisladores identifican ya algunos de los múltiples medios fraudulentos de los que se vale el hombre. El Código de Hammurabi sanciona la venta del objeto robado y la alteración de pesas y medidas. Las leyes de Manú asimilan al robo la venta de un objeto ajeno y castigan al que vende grano malo por bueno, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hilo por plata, etc.

Para los romanos, el fraude era el dolo malo, definido por Labeón como toda astucia, falcia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros. Podía ser perseguida por medio de una actio doli de carácter civil, con tal que tuviera los elementos de una astucia grande y evidente (magna et evidens calliditas).

Por otra parte, dentro del concepto del *furtum*, se incluye tanto la apropiación indebida como la sustracción de cosas y las violaciones de la posesión logradas mediante astucia y engaño, entre las que se señala el hecho de hacerse entregar dinero simulándose acreedor. Además el *falsu* encierra una noción genérica bastante homogénea en torno a la idea de engaño (*fallere*), dentro de la cual se comprenden las más diversas variedades de delitos que presentan el elemento común del engaño como procedimiento, sea que se trate de un testimonio, que con ello se lesione el derecho de propiedad o la fe pública, sea que se trate de un medio circunstancial o de un delito concurrente.

Por último, en el segundo siglo de la era cristiana aparece el *stellionatus*, como crimen extraordinario, mediante el cual se sancionaban multitud de hechos cometidos en daño de la propiedad, que fluctuaban entre la falsedad y el hurto, participando de las condiciones de la una y del otro, sin ser propiamente ni lo uno ni lo otro. El Digesto mencionaba como casos de *stellionatus* la enajenación a otro de la cosa disimulando la obligación existente; el empleo insidioso de locuciones obscuras en las negociaciones y contratos, enajenar la cosa ya vendida a otro; sustituir las mercancías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición, lucrándose indebidamente con el precio; dar en prenda cosas no propias; y en general se consideró como *stellionatus* todo género

de actos de imprioridad no realizados de modo franco y manifiesto, cuando no constituyeran otro delito.

De lo anteriormente expuesto, resulta que en Roma había una superposición normativa en la represión de los engaños fraudulentos, los cuales eran considerados, en ocasiones, como *fortum*; otras veces como *falsum* o bien como *stellionatus*; además de poder ser reclamados en vía civil mediante la *actio doli*. Esta falta de límites claros entre la materia civil y la penal va a marcar la problemática del estudio del fraude hasta nuestros días.

El legislador medieval español no tiene más éxito que el romano en establecer un concepto genérico del fraude, ni en fijar límites claros entre los delitos de falsificación, robo y fraude. En las partidas, el título XIV de la partida VII enumera una serie de conductas asimilables a lo que fue el *stellionato* romano y comprensibles en el actual delito de fraude, bajo la denominación de "engaños", a los que define diciendo: "Dolus en latín, tanto quiere decir en romance como engaño: é engaño es enartamiento que facen algunos homes los unos a los otros, por palabras mentirosas o encubiertas, que dicen con intención de los engañaré los decebir". Esta definición no pretende ser un concepto general del fraude, las partidas enumeran, a continuación, varios ejemplos de engaño, dejando la puerta abierta a

la incriminación de conductas análogas pues no podría haberse contado en cuantas maneras hacen los hombres en daños los unos a los otros

Las principales maneras de engañar eran dos: la primera era cuando se hacía por palabras mentirosas o arteras; la segunda era cuando preguntaban a un hombre sobre alguna cosa y él callaba engañosamente, no queriendo responder, o si respondía decía palabras encubiertas. De ésta manera se admitía, pues el engaño por omisión, hoy tan discutido, y en la acción se separa la simulación, como en algunos conceptos modernos de la estafa.

Sólo a principios del siglo XIX se logró la separación del fraude, como delito contra el patrimonio, de las falsedades, que protegen la fe pública. En ésta creación de un concepto genérico del fraude tiene importancia la Ley francesa de julio de 1791, que inspiró el artículo 405 del Código Penal francés napoleónico de 1810, conforme al cual comete el delito de escroquerie: "cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas calidades o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente, o de cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, o ha intentado hacerse remitir o entregar, fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes,

promesas, recibos o descargos, y que, por cualquiera de estos medios, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro...".

Es cierto que el legislador francés abandonó la imposible labor de enumerar uno por uno todos los engaños, para referirse, tan sólo a tres medios genéricos: hacer uso de falsos nombres, hacer uso de falsas calidades o emplear maniobras fraudulentas, pero también es cierto que no logró la meta última, el concepto general que comprendería todos los fraudes posibles.

El sistema del Código Frances sigue siendo ejemplificativo y, en consecuencia, limitativo. Muchas conductas engañosas quedan fuera de los límites del tipo. Por ello Garraud lo criticó enérgicamente, afirmando que quienes siguen la actividad en los tribunales saben a que torturas es necesario someter al artículo 405 del Código Penal para hacer entrar ciertos fraudes, con frecuencia los más graves, los más peligrosos, aquellos que es necesario castigar a cualquier costo, en disposiciones que son precisamente limitativas. Y agregaba, con razón, que la impunidad era el premio que el Código otorgaba al delincuente que imaginare y pusiere en práctica un procedimiento para estafar, diverso de lo que la ley describía.

Quedó para la segunda mitad de el siglo XIX el lograr un concepto genérico del fraude, el Código Penal alemán de 1871, en su artículo 263, dispone que comete el delito de fraude quien con la intención de procurarse así mismo o a un tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando o no evitando un error, bien por la simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos. Este mismo camino siguieron los Códigos italianos de 1889 y 1930, conforme a cuyo artículo 640 comete fraude quien con artificios o engaños, induciendo a alguno a error, procura para sí o para otro un provecho injusto con daño ajeno.

El Código Suizo, en su artículo 146 establece que comete el delito de fraude el que con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo astutamente induce en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladoras de hechos verdaderos, o explota el error en que ésta se halla, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero.

Por otra parte, el legislador español quien durante largos años mantuvo el sistema de enumerar en el Código casos específicos de fraude, sin dar un concepto general del delito, a dado finalmente, oídos a las críticas de la doctrina

y, por la ley orgánica de 25 de junio de 1983, da reforma urgente y parcial del Código Penal, reformando el artículo 528 para disponer que "cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero".

1.2. EN LA LEGISLACION NACIONAL (MEXICANA).

En México el Código Penal de 1871, en su libro tercero denominado de los delitos en particular, reservaba el título primero a los delitos contra la propiedad, y en él dedicaba el capítulo quinto al fraude contra la propiedad. Hay fraude, decía el artículo 413, siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquel. Esta definición del fraude es la misma que posteriormente emplearían los Códigos de 1929 y de 1931, sin más modificaciones que eliminar éste último, con razón, la exigencia que el lucro se alcanzará con perjuicio de la víctima del engaño, norma que permitía la impunidad de todos aquellos casos en que no coinciden el engaño y el titular del patrimonio. Claramente inspirado por la escroquerie francesa, el autor del Código disponía (artículo 414) que el fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse

de una cantidad de dinero en enumerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad.

Definir genéricamente el fraude era en tal forma innovador que, al parecer, el propio autor del Código no fue consciente de todas las consecuencias que de ello derivan. Por eso, en posteriores artículos, enumera una serie de conductas que llevan aparejada la misma pena del robo sin violencia que corresponde al estafador, tales como: enajenar una cosa como si fuera de oro o plata, sabiendo que no lo es; enajenar una cosa con conocimiento e que no tiene derecho para disponer de ella o arrendarla, hipotecarla, empeñarla o gravarla de cualquier modo, si se ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en la que se gravó, o una cosa equivalente; valerse del fraude para ganar en un juego de azar o de suerte, defraudar a alguna cantidad de dinero o cualquier otra cosa, girando a favor de él una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarlas etc. todos tipos, antecedentes de los fraudes específicos que hoy se alojan en el artículo 387 del Código, se antojan inútiles en presencia del trascendental avance legislativo que representa la conceptualización genérica del fraude.

Este logro jurídico es de tal importancia que nos obliga a detenernos un momento en el estudio de sus orígenes, a fin de precisar quienes fueron sus autores.

En el año de 1861, el Ministro de Justicia, Jesús Terán por acuerdo del Presidente de la República Benito Juárez, nombró una comisión para formar el Código Penal, compuesta de los Licenciados Urbano Fonsoca Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra. Interrumpida la labor de ésta comisión por la intervención francesa, el 28 de septiembre de 1868, el Ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, por acuerdo del Presidente Benito Juárez, mandó se integrarse y reorganizarse la comisión de la manera siguiente: Licenciado Antonio Martínez de Castro, Licenciado Manuel M. Zamacona, Licenciado José María La Fragua, Licenciado Eulalio María Ortega y como secretario el Licenciado Indalecio Sánchez Gavito. En la primera sesión de la comisión reorganizada, su presidente, Licenciado Antonio Martínez de Castro, presentó los trabajos de la comisión anterior manifestando que los examinaron La Fragua y Ortega (quienes no habían sido miembros de la comisión inicial).

La comisión reorganizada se reunió en 62 sesiones, teniendo lugar la primera el 5 de octubre de 1868, y la última el 28 de diciembre de 1869. Las actas

de dichas sesiones no permiten saber que, en ellas, los miembros de la comisión se limitaron a discutir acerca del articulado de la parte general del Código sin ocuparse de la parte especial, por otra parte, sabemos que la primera comisión había tomado, por texto para el orden de materias, el Código Penal español de 1848, más no es posible atribuir a esa fuente el concepto genérico del fraude, pues, como ya indicamos España siguió el sistema enumerativo hasta 1983.

La conclusión, pues, se impone con la fuerza de lo evidente: el mérito de ser los autores de la primera definición genérica del fraude en la historia de las codificaciones occidentales, corresponden a un grupo de juristas mexicanos los Licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra, quienes se ocuparon de ésta labor entre los años de 1861 y 1868. Al encontrar en vigor el Código, en 1871, comparte con el Código Penal Alemán del mismo año la gloria de ese logro.

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

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

En el capítulo tercero de éste trabajo de tesis, se hará un estudio analítico de todas y cada una de las fracciones que se refieren al delito de fraude precisamente como casos específicos, capítulo en el cual incluyo el requisito de procedibilidad del género y la especie; para posteriormente dar los argumentos y razones por las cuales surgieron la reforma de persecución de cada uno, las cuales se desglosan en el espacio destinado para las conclusiones.

A continuación expresaré la forma de persecución y su procedibilidad penal de tal delito, en la antigüedad, desde Grecia cuna de la civilización hasta

llegar a las nuevas reformas que se han introducido en nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

1.3. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LA ANTIGUEDAD.

El conocimiento de la historia que rodea a las figuras jurídicas, nos remite precisar sus alcances ya que el hecho de saber el pasado, nos da la oportunidad de entender nuestro presente, y en cierta forma determinar los matices que puede tomar el futuro.

Por otra parte no hay que perder de vista el hecho de que la historia se encuentra conceptualizada como la narración sistemática y ordenada de hechos relevantes que han influido en el desarrollo de la civilización, en éste orden de ideas entenderíamos que la historia del derecho penal se encuentra constituida por las ideas que han determinado al derecho represivo en forma sistemática.

Realmente el hecho que debe motivar a el Abogado de conocer el pasado de las normas jurídicas que actualmente conforman el Derecho Positivo, es el de perseguir que las normas que se realicen, o las modificaciones hechas a las

ya existentes, sean funcionales, el que conoce la historia no comete los mismos errores, y las leyes no son perfectas, sino que tienden a ser perfectibles.

Por otra parte, no se podía dejar afuera del presente estudio, la relevante intervención del Derecho Griego y Derecho Romano, dado que sus conceptos trascienden a toda la cultura jurídica del mundo y obviamente del Derecho Español, que es de todos conocida la trascendencia en nuestro Derecho Nacional.

Posteriormente se analizarán los aspectos que rodean la evolución del Derecho Penal en nuestro país, pasando por las principales etapas históricas en que se ha dividido.

1.3.1. EN EL DERECHO GRIEGO.

Con respecto al origen del Derecho Penal, se ha disertado en demasía, no pudiéndose precisar el lugar o el motivo de su surgimiento, sin embargo, en el entendido de que en un principio no era posible concebirlo, dada la misma naturaleza de la ley imperante, de todos conocida como la "Ley del Tali6n",

por medio de la cual los particulares cuando sufrían un acto lesivo cobraban con la misma moneda y en menos de las veces, en forma por demás estricta.

En Grecia el surgimiento del Derecho Penal se da con las viejas costumbres de los atenienses, en donde en forma tripartita se realizaban juicios orales con el objetivo de sancionar a aquellos ciudadanos que realizaran actos atentatorios en contra de los usos y costumbres de la época. El Órgano tripartita se encontraba conformado por el rey, el consejo de ancianos y la asamblea del pueblo.

En éste sentido el maestro Colín Sánchez al respecto nos dice: "El acusado se defendía por sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas; cada parte presentaba sus pruebas, formulaba sus alegatos, y en esas condiciones, el tribunal dictaba sentencias ante los ojos del pueblo." (1)

1.3.2. EN EL DERECHO ROMANO.

Es de dominio público el hecho de que el Imperio Romano, al conquistar a Grecia adopta como propias un sin número de creencias, figuras e instituciones, incorporándolas a su vida jurídica, pública y social.

(1) Colín Sánchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Edit. Porrúa, S.A., México, 15ª Ed, 1990, p. 16.

En la época más antigua del Derecho Romano, los aspectos penales revestían de un formulismo exagerado, constituyéndose inclusive dentro del carácter privado, en donde un representante de Estado resolvía conflictos ante él planteados, considerando lo expresado por ambas partes.

Posteriormente el Derecho Penal va a ir evolucionando a medida que se asienta el Imperio Romano, y se sancionan los delitos de cierta gravedad, para más tarde dar lugar a lo que se denominó el proceso penal público, dado que el Estado intervenía en aquellos procedimientos en donde se lesionaban intereses que afectaban el buen orden de la comunidad.

Más tarde en el Derecho Romano se va a dar lugar al procedimiento inquisitorio, y como consecuencia surge la tortura y el tormento, por medio de los cuales en algunas ocasiones se obtenían las declaraciones de algunos de los acusados e incluso de los testigos. En éste procedimiento no se le da intervención al presunto responsable, y las penas resultan ejemplares, de acuerdo a la gravedad en la comisión del delito.

En el procedimiento penal romano se pueden distinguir dos tipos de procedimientos, uno denominado "Cognitio", en donde el acusador era el Estado, y

otro denominado "Acusatio", en donde el acusador era un ciudadano romano, lo cual acontecía en muy raras ocasiones.

En la "Cognitio", el Estado ordena la investigación para llegar a la verdad y no se le concede intervención al acusado hasta después de que se ha dictado la sentencia respectiva, en donde se le podía solicitar al pueblo que se anulara la sentencia, en caso de ser procedente se seguía un procedimiento denominado "Anquisitio", en donde se aportaban una serie de pruebas y se realizaban diligencias a efecto de llegar a una nueva determinación.

En relación al procedimiento de la "Acusatio", se observa su surgimiento en el último año de la República, constituyendo toda una evolución en el proceso penal, en el cual se encomendaba el ejercicio de la acción a un acusador, mismo que representaba a la sociedad, sin embargo sus funciones no eran oficiales, ya que quienes determinaban la declaración del Derecho eran los integrantes de los comicios, las cuestiones y los magistrados.

Con el transcurso del tiempo se observa que este procedimiento se demerita, toda vez que la intervención del acusador, se ve sumamente restringida y sus funciones son invadidas por las autoridades mencionadas, ya que sin previa

acusación intervenían en todas aquellas investigaciones que consideraban convenientes, instruían el procedimiento y dictaban sentencia. Posteriormente en el imperio, esta figura llegó a su fin ya que no se adoptó a las políticas imperantes, y se determinó un procedimiento extraordinario por medio del cual los magistrados tomaban conocimiento de la acusación y actuaban obligatoriamente.

En resumen, se podría mencionar que la situación del procedimiento penal en la época romana se encuentra reducida en la siguiente cita textual: "... en el procedimiento penal romano (salvo la etapa del Derecho Justiniano de la época imperial, los actos de acusación, defensa y decisión se encomendaban a personas distintas, prevaleció el principio de publicidad, la prueba ocupó un lugar secundario y la sentencia se pronunciaba verbalmente, conforme a la conciencia del Juez". (2)

Antes de concluir el presente repaso histórico y dada la gran trascendencia del Derecho Romano en los sistemas jurídicos actuales, concretamente en lo referente al tema que nos ocupa observamos que en la antigua Roma existían delitos públicos y delitos privados, los primeros ponían evidente a toda la comunidad de tal manera que se perseguían de oficio por las autoridades, o a petición de cualquier ciudadano, y se sancionaban con penas públicas

(2) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. p. 19.

sumamente ejemplares. como ejemplo encontramos la decapitación. el ahorcamiento y el lanzamiento desde la roca tarpeya.

Por su parte los delitos privados causaban daño a un particular y sólo e indirectamente provocaban una perturbación social. Se perseguían en favor de la víctima y daban lugar a una multa privada para esta. Estos delitos eran actos humanos contrarios al derecho y la moral y daban lugar no sólo a una indemnización, sino también a la multa privada antes mencionada.

Dentro de los delitos privados, encontramos como antecedentes del fraude a la figura denominada "fraus creditorum", en la cual existía un negocio jurídico que estaba viciado en donde el particular mediante la acción pauliana, obtenía que el deudor realizara negocios perjudiciales, que aumentaran o provocaran su insolvencia. en tal virtud podía solicitar la anulación de los negocios gratuitos, tanto que en los onerosos pedía probar la mala fe de su realización.

Al respecto encontramos la siguiente apreciación del maestro Floris Margandat, quien nos señala: "esta figura del fraus creditorum, suele tratarse como uno de los delitos privados, ya que el corpus iuris la consideraba así, fijando a esté respecto la tradición romanista. Sin embargo, la actio pauliana no era infamante ni

daba lugar a una multa privada, por lo cual es dudosa su aplicación como delito privado. Se trataba más bien, de una acción rescisoria de indole civil, que teóricamente podía proceder aún en casos que en tanto el deudor como un tercero hubieran obrado de buena fe. Probablemente, el hecho, comprobado estadísticamente, de que la actio pauliana se utilizara casi siempre para corregir situaciones originarias por la mala fe del deudor y algún tercero, explica la circunstancia de que, entre los delitos privados, figurase la situación a que se aplicase ésta acción con el poco agradable nombre de *fraus creditorum*". (3)

En términos generales, se puede decir que así se contemplaba el delito de fraude en el Derecho Romano, sistema Jurídico que ha sido retomado hoy en día por diversas legislaciones, entre ellas la nuestra.

Siguiendo los lineamientos legislativos de nuestro sistema jurídico, el siguiente punto a tratar sería en el Derecho Español, para luego dar paso al proceso penal en México, en diversas épocas de su existencia.

Así mismo manifestamos que, en este trabajo se habló del fraude en materia penal, pero no hay que olvidar que existe una forma de error de indole civil

(3) Floris Margadant, S. Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Edit. Esfinge, México, 19ª Ed, 1993, p. 443.

que no da lugar al ejercicio de la acción, sino solo a la rescisión del contrato, con el debido resarcimiento de los de los daños y perjuicios causados con motivo de algún vicio de la voluntad y en especial del dolo y de mala fe, como especies de error.

1.3.3. EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el Derecho Español el procedimiento penal no alcanza un carácter de Derecho Institucional, quizás la ley más descriptiva de éste procedimiento es el denominado fuero juzgo, y en el cual se encuentran disposiciones de carácter penal sumamente importantes, dentro de las cuales se destacan las siguientes.

El título primero en su libro VI, nos habla de la acusación, los requisitos de la forma de hacerlo, así como las garantías del acusado frente al acusador y al juez, nos habla de la necesidad de la prueba por parte del acusador y establece lineamientos referentes a la confesión del reo. Encontramos establecidos los casos en los cuales procede el tormento y el juramento purgatorio del reo, cuando no estaba debidamente acreditada su culpabilidad, y por lo tanto, tampoco se encontraba acreditada su inocencia.

El título V. nos habla de la acusación popular contra el homicida, así mismo, nos habla de la influencia de los obispos sobre los jueces, dándole singular importancia al Asilo Eclesiástico.

Podríamos señalar que en el Derecho Español encontramos garantías individuales en favor del reo, que serían las primeras que se contemplan en relación a este tema, como se ha podido observar en la ley del fuero juzgo se dan ciertas prerrogativas a efecto de que la ley del fuero juzgo se dan ciertas prerrogativas a efecto de que inidiciado demuestre su inocencia, llegando a establecer incluso un periodo de detención, ya que el libro VII, título IV, señala de que el preso no puede ser detenido en casa del sujeto que lo aprehendió por un espacio superior al de un día o una noche, sin que lo remita inmediatamente al juzgado competente.

En la ley de las Siete Partidas, se observan a su vez mayores disposiciones regulan el proceso penal, sin embargo se observa que no mantiene el adelanto que se había obtenido en el fuero juzgo.

En la ley de las Siete Partidas se observa que la partida séptima, título I, nos habla de la acusación, de su utilidad y de sus formas, en los subsecuentes

titulos se encuentran establecidas disposiciones relativas a quien puede acusar, un menor de edad, a los casos a los que es absuelto y no se puede juzgar nuevamente por el mismo delito, así como formalidades respecto de la acusación referentes a que ésta debe presentarse por escrito, con nombre del acusador y del acusado y el juez ante quien se realiza, contendrá a su vez el delito, el lugar y la fecha.

Es preciso hacer notar que no obstante los avances de la ley penal se constituye legalmente al tormento como una de las formas por medio de las cuales se podría obtener información referente a los hechos que se estaban investigando.

1.4. EL PROCESO PENAL EN MEXICO.

Como se habla mencionado con anterioridad es importante el conocimiento de la historia del Derecho Penal, dado que se obtiene un beneficio inconmensurable respecto de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación. Por lo cual es importante tener un idea aunque sea somera de las figuras y de los conceptos que se han utilizado a través del tiempo, a efecto de aprovechar las experiencias pasadas de solución a los problemas del presente y evitar así el

conocido adagio de que el hombre es el único ser que comete el mismo error dos veces.

1.4.1. EN EL PERIODO PRECORTESIANO.

Como es de todos sabido el México prehispánico estaba constituido por un mosaico de poblaciones, en donde los sistemas eran igualmente diversos, y por lo tanto las normas jurídicas eran distintas. Se puede mencionar que el Derecho era consuetudinario, transmitiéndose de generación en generación.

En la mayoría de las poblaciones encontramos tribunales encargados de instaurar procedimientos para decretar los castigos y las penas. Los procesos no sufrían dilación y se resolvían en un término corto, no se admitía el cohecho, no se favorecía al culpable, y en general la justicia se administraba con gran rectitud.

Para ejemplificar la situación del México anterior a la conquista, es necesario citar el siguiente texto: "cuando llegaron los conquistadores españoles capitaneados por don Hernán Cortés a las tierras de Anáhuac, tres pueblos eran por su civilización y por su importancia militar los que dominaban la mayor parte de

lo que actualmente constituye el territorio mexicano. Conocíanse con los nombres de Aztecas o Mexicas, Tepanecas y Acolhuas o texcocanos respectivamente.

Situados cercanamente los unos de los otros, se confundían a primera vista en un sólo pueblo, pero, en realidad eran reinos diversos, unidos por la proximidad de sus territorios y por sus estrechas relaciones políticas. En la época de la conquista formaban una triple alianza ofensiva y defensiva gracias a la cual no solamente lograron mantener su independencia en medio de los pueblos hostiles, sino que extendieron sus dominios en forma no lograda hasta entonces por otros pueblos indígenas de su mismo grado evolutivo." (4)

Para el objeto del presente estudio se analizarán dos pueblos que por su importancia trascendieron en la historia precortesiana, concretamente se hablará del pueblo Maya y del pueblo Azteca.

1.4.2. EN EL DERECHO MAYA.

"En el Derecho Maya, las leyes penales se encontraban caracterizadas por la extrema rigidez de sus sanciones, dedicando especial interés

(4) Orozco y Berra, "Historia Antigua y de la Conquista de México", Edit. Porrúa, S.A., México, 1980, Tomo I, p. 363.

a aquellos delitos que lesionaban las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social.

En su estructura encontramos a los bataves o caciques que tenían a su cargo la facultad de juzgar, y a su vez se encargaban de la aplicación de las sanciones, de las cuales destaca la muerte y la esclavitud, la primera se reservaba a los adúlteros, los homicidas, incendiarios, a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían como cárceles, y las sentencias eran inapelables". (5)

Se señala que conjuntamente con los bataves existían otros ministros que eran como abogados o alguaciles, quienes participaban activamente en las audiencias. A su vez se observaba la existencia del Ahau, quien ejercía las mismas funciones que el batabe con la diferencia de que éste último dominaba el territorio de su cacicazgo, en tanto que el Ahua comprendía todo el Estado.

Respecto al procedimiento el maestro Juan de Dios Pérez Galas, nos señala: "La justicia se administraba en un templo que se alzaba en la plaza pública de los pueblos que tenían por nombre popilva... los juicios se ventilaban en una

(5) Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Edit. Porrúa, S.A, México, 15ª ed., 1992, p. 41.

sola instancia no existiendo ningún recurso ordinario ni extraordinario. Con relación a las pruebas hay probabilidad que hubiesen usado las siguientes: la confesional...la testimonial, ya que hemos visto que el uso de testigos era el perfeccionamiento de toda índole de contratos; y la presuncional, pues echaban maldiciones al que presumían mentiroso". (6)

1.4.3. EN EL DERECHO AZTECA.

El Derecho Penal de los Aztecas era el demás relieve a la hora de la conquista, se caracterizó no solamente por el dominio militar, sino también por la influencia en las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaron su independencia antes de la llegada de los españoles.

En el Derecho Azteca, el monarca era la máxima autoridad judicial, delegaba sus funciones en un magistrado supremo, dotado de competencia para conocer el aspecto del derecho penal con la facultad de nombrar otros magistrados en aquellas comunidades que según su número de habitantes los requería, quienes a su vez tenían la facultad de designar a los jueces que veían asuntos civiles y criminales.

(6) Pérez Galas, Juan de Dios, "Derecho y Organización Social de los Mayas", Gobierno Constitucional del Estado de Campeche. 1943. p.p. 82-83.

Las infracciones penales se encontraban divididas en leves y graves, y sus resultados dependían de las consecuencias que originaban a los miembros de la tribu, en tal virtud, quienes violaban el orden social eran colocados en un status inferior, lo cual significaba inseguridad, ya que eran expulsados de la comunidad, y por ende resultaban presa fácil de las tribus enemigas o de las propias fieras.

El derecho penal azteca revela excesiva severidad, principalmente en aquellos delitos en contra del gobierno o del soberano. Se señala que el pueblo azteca distinguió los delitos culposos, de los delitos dolosos, entre las circunstancias atenuantes de las penas y sus agravantes, la acumulación de sanciones, los excluyentes de responsabilidad, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

En materia de pruebas existían: el testimonio, la confesión, los indicios, los careos y la documental, señalándose la supremacía de la prueba testimonial en el aspecto penal y solamente cuando existían sospechas fundadas de la comisión de un delito se permitía la aplicación del tormento para obtener la confesión.

En cuanto a las penas consideraban las siguientes: el destierro, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto,

prisión, demolición de la casa del infractor, penas corporales, pecuniarias, muerte, ésta última, en distintas formas, como incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.

Constituyen las presentes generalidades los rasgos más importantes del Derecho Penal en el pueblo azteca.

1.5. EN LA COLONIA.

Con la llegada de los españoles, las instituciones de los pueblos indígenas se ven modificadas drásticamente, y en el aspecto penal se tomaron medidas encaminadas a frenar toda conducta que afectará la estabilidad social, y por supuesto la permanencia de la corona española.

Un aspecto importante, es el apoyo de la religión sobre la conducta de los indígenas, quien también participó activamente en la persecución de los delitos, y uno de los tribunales que más se destacó en la sanción de los delitos lo constituyó el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, quien trabajó activamente en contra de la herejía.

Es de hacerse notar que la opinión de los distintos grupos indígenas no influyó en la opinión de los gobernadores españoles, por tanto sus leyes y sus costumbres no fueron respetadas y la legislación de la Nueva España fue netamente europea.

Dentro de los tribunales que conocieron de cuestiones penales se encuentra la Real Audiencia y el Tribunal de la Acordada, como los más importantes. El último de los mencionados se formó con un juez o un capitán, así como por comisarios y escribanos, tenían una competencia sumamente amplia e instrúan juicios de carácter sumarisimo, dictando sentencias que se ejecutaban inmediatamente.

Por ejemplo, cuando se dictaba la pena de muerte se ordenaba el ahorcamiento en el mismo lugar en el que se había cometido el delito, y se dejaba expuesto el cadáver para escarmiento de los cómplices no capturados o de aquellos sujetos que se dedicaban al mismo tipo de delito.

Este tribunal era de carácter nómada, ya que no tenía residencia fija, y permanecía en un lugar mientras duraba el procedimiento, y una vez dictada la sentencia inmediatamente abandonaba el lugar para trasladarse a otro en donde se tuviera conocimiento de la comisión de otro delito.

A efecto de ejemplificar la situación penal de la época se citará al maestro Fernando Castellanos Tena quien nos dice: "Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener la diferencia de castas, por ello no debe de extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y azotes, todo por procedimientos sumarios, excusando el tiempo y proceso. Para los Indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la colonia, y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve la pena sería la adecuada continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarlos con su servicio y los mayores de trece años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos". (7)

1.6. EN MEXICO INDEPENDIENTE.

Al decretarse la independencia nacional, continúan vigentes las leyes españolas y como resumen de ésta época se podría mencionar lo siguiente: "Nos

(7) Castellanos Tena, Fernando, op. cit., p.p. 44-45.

queda una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias formadas por las leyes las hayan creado". (8)

En cuestión penal se dictaron una serie de leyes que influenciaron notablemente el aspecto normativo dentro de las cuales se destacan las siguientes:

Decreto Constitucional para la libertad de la América mexicana del 22 de Octubre de 1814.- Se dicta el día 22 de Octubre del año citado, sin embargo, no llega a tener vigencia, pero constituye un ejemplo importante del sentir de los jurisconsultos de aquella época y dentro de sus artículos se destaca claramente la necesidad de darle garantías al ciudadano. Prevé la integración de un Tribunal Superior de Justicia que estaría integrado por cinco magistrados, fiscales, secretarios y jueces nacionales.

(8) Castellanos Tena, Fernando, "El Derecho Penal en México", Edit. Cultura, México 1980. p. 109.

Constitución de 1824.- En materia de administración de justicia se establece la obligación del Congreso General de uniformar las leyes vigentes, estableciendo estrictamente la prohibición de confiscar bienes, el tormento y la detención, sin que haya pruebas semiplenas o indicios de que alguien es delincuente, dicha detención no debe de exceder de un plazo superior a las setenta horas.

Constitución de 1836.- En el aspecto judicial se establece que el poder judicial se integrará por la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Superiores de los Departamentos y de los juzgados subalternos de primera instancia, civiles y criminales, de las cabeceras del distrito de cada departamento.

"Tiene notable importancia ésta Constitución el haber incluido en la ley primera en su artículo 2, "LOS DERECHOS DEL MEXICANO", que fueron el antecedente de nuestras actuales garantías individuales". (9)

Existe un capítulo referente a la administración de justicia en donde se establece la supresión de los fueros personales, y dentro de los más importantes se destaca los requisitos para la prisión los cuales eran los siguientes:

(9) Soto Pérez, Ricardo, "Nociones de Derecho Positivo Mexicano", Edit. Esfinge. 25 de Septiembre de 1984., p. 20.

" I.- Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes ser castigado con pena corporal.

II.- Que resulte también algún motivo o indicios suficientes para creer que tal persona a cometido el hecho criminal, para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospechosa fundada que incline al juez contra persona y por delito determinado" . (10)

Constitución de 1857.- Se establece en ésta Constitución el principio de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, consagrado en el artículo 13 de la Constitución en vigor, a su vez crea el principio de retroactividad de la ley y de que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino por mandato expreso y escrito por autoridad judicial competente. Establece la posibilidad de aprehender a los delincuentes en flagrante delito.

Por lo que hace a la prisión se establece su procedencia para aquellos delitos que se encuentran sancionados con penas privativas de libertad, y nunca se puede dar por falta de pago de honorarios o ministración de efectivo. Se establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito y que en el juicio criminal no habrá más de tres instancias.

(10) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., p. 52.

Aún cuando en el aspecto histórico los acontecimientos se agolpan en la etapa de la reforma, en el aspecto penal no se sufren modificaciones de gran trascendencia, resalta la importancia de los diferentes ordenamientos sustantivos y adjetivos en materia penal que se dieron a conocer y de los cuales apuntamos los puntos más relevantes.

Al respecto es preciso citar que la primera codificación de la República en materia se expidió en el Estado de Veracruz en el año de 1835, lo cual se le dio al mencionado estado la distinción de ser la primera entidad que contó con un Código Penal Local.

Ley de Jurados Criminales de 1869.- En dicha ley se hizo énfasis de la figura jurídica correspondiente al Ministerio Público aunque sus lineamientos se ciñeron a las facultades de los fiscales de la época colonial, además delimitaba ciertos aspectos del procedimiento penal.

El Código Penal de 1871.- Si bien hasta el momento no habla surgido una disposición que contemplará la normatividad penal en forma ordenada y sistemática, el Código Penal de esta época viene a conformar aspectos de coordinación en cuanto a función punitiva del Estado.

Código de Procedimientos Penales de 1880.- Una vez de que ya se tenía la norma sustantiva, era necesario la creación de un ordenamiento adjetivo que la hiciera aplicable y es en el año de 1880, cuando surge el primer Código Procesal en materia penal, con una marcada tendencia hacia el procedimiento mixto y donde se destacaban los aspectos referentes al cuerpo del delito, la búsqueda y aportación de la prueba. Se le ha caracterizado como un Código donde impera el sistema inquisitivo, aún cuando se le otorgaban algunos derechos al procesado. Se establecen principios que aún perduran como lo son los de defensa, inviolabilidad de domicilio, libertad caucional y reparación del daño.

Código de Procedimientos Penales de 1894.- El 6 de junio de 1894, surge el nuevo Código de Procedimientos Penales que abroga al anterior, no se encuentran marcadas diferencias entre uno y otro aún cuando se observa la tendencia a la estabilización del Ministerio Público y la defensa. En éste Código predomina el sistema mixto , y en cuanto a la víctima sus derechos se consideraban naturaleza civil. Se puede concluir que en el texto del articulado se otorgan mayores beneficios al acusado y mayores libertades al defensor, ya que se establecen recursos para impugnar las resoluciones judiciales.

Código de procedimientos Penales en Materia Federal de 1908.-
Surge el 18 de diciembre del año en cita, con gran apego a las disposiciones contempladas en el código Procesal del Distrito Federal, conteniendo en su texto innovaciones inherentes a la facultad del juzgador para comprobar el cuerpo del delito, así como aspectos relativos al arbitrio judicial.

Es el ordenamiento legal antes invocado, el último que en la etapa del General Porfirio Díaz, siguió vigente, ya que los hechos revolucionarios que envolvieron al país impidieron que por espacio de 20 años se dictaran leyes normativas, principalmente por la transición del poder y por las luchas internas que se desencadenaron y que dieron lugar al México post-revolucionario.

1.7. EN EL PERIODO POST-REVOLUCIONARIO.

Posterior a la lucha revolucionaria se desencadenaron diversas pugnas internas por el poder, por lo que el país tardó en estabilizarse y como consecuencia continuaron reglando de derecho las normas jurídicas vigentes al momento, aún cuando de hecho la situación era completamente distinta.

Una vez que se hubieron calmado los ánimos de cambio, surgió la tarea de reestructurar la nueva nación y dentro de lo cual, se destacaba el marco jurídico que la regiría, en materia penal se dictaron los Códigos de Procedimientos Penales de 1929 y de 1931, para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Penales Federal de 1934.

Estos nuevos Códigos traen aspectos relevantes principalmente en lo respectivo a la víctima del delito, ya que consideran a la reparación del daño como parte de la sanción del hecho ilícito, por lo cual sería exigida oficiosamente por el Ministerio Público, por lo se deroga la disposición anterior en el que se le consideraba como el objeto de una sanción civil.

Los Códigos en mención no estaban redactados congruentemente y su inoperancia, así como muchos defectos dieron lugar a que fueran sustituidas por el Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal y por el Código Federal de Procedimientos Penales del día 23 de Agosto de 1934, cuyas reformas se analizarán posteriormente.

A efecto de concluir el presente capítulo, se cita la apreciación del maestro Pallares del Derecho Penal de la actualidad ya que contiene aspectos

relevantes sobre las características del mismo y que al respecto señala: "El proceso penal mexicano acusatorio, público al mismo tiempo oral, escrito y gratuito, en el sentido de que los funcionarios y empleados que en él intervengan no tienen derecho a cobrar costas judiciales pero la parte que promueve la diligencia, está obligada a cubrir los gastos que origine, el juicio. (artículo 23 del Código de Procedimientos Penales) incluso se ha establecido la defensoría de oficio para patrocinar a los reos que carezcan de recursos necesarios". (11)

1.8. LAS REFORMAS AL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

En los últimos años la normatividad penal ha cambiado de manera substancial. Son esencialmente relevantes las reformas aprobadas en 1983 y publicadas en 1984, calificadas por los especialistas como las más amplias y profundas que ha sufrido el Código Penal; las introducidas en 1985, así como las recientes que entraron en vigor en 1991 y 1994.

Cada idea de seguir ajustando la normatividad penal, tanto en su aspecto sustantivo como en el adjetivo a los lineamientos constitucionales y a la

(11) Pallares, Eduardo, "Prontuario de Procedimientos Penales", Edit. Porrúa, S.A., México, 12ª ed., 1991, p. 7.

realidad social, se pretendió realizar en los años de 1992 y 1993, y con ello llevar a cabo una reforma integral: sin embargo todo este proyecto quedo solo en reformas, pero reformas tan trascendentes que abarcan hasta la Constitución.

En Septiembre de 1993, se modificaron los artículos 16,19,20,107 y 119, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la finalidad de dar una nueva dimensión a la justicia penal, específicamente se pretende proporcionar mayor seguridad jurídica a los individuos y a la sociedad, en tal virtud se definen mejor los actos y los plazos procedimentales y se tiende a garantizar con mayor eficacia los derechos de quienes participan en los conflictos, como lo son el inculpaado y la víctima.

Posteriormente el Ejecutivo Federal envió al Congreso una iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, de la Ley Federal de

Responsabilidades de los Servidores Públicos, del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura, de la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, y de la Ley Organica del Poder Judicial de la Federación.

En cuanto a la materia penal, las reformas se podrían resumir en los siguientes aspectos:

PRIMERO.- Las reformas constitucionales en materia penal publicadas el 3 de septiembre de 1993, deben considerarse como la continuación de las incidencias en los años de 1983 y 1984 y seguidas por las de 1991 y 1992, todas ellas dirigidas a la actualización del sistema penal mexicano, tanto en materia sustantiva como en materia procesal. Los cambios esenciales publicados en septiembre de 1993, afectaron a los textos de los artículos 16,19, 20 y 119 de la Carta Federal.

SEGUNDO.- Los sectores más importantes de las citadas reformas se refieren a tres aspectos: el incremento de las facultades del Ministerio Público, para ordenar la detención y retención de los inculpados y los casos de flagrancia y urgencia, así como la fijación de un plazo máximo de 48 horas para dicha

detención y retención. Dicho lapso puede duplicarse en los supuestos de la libertad caucional, y por último, la introducción en el texto constitucional de los derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito.

TERCERO.- Es trascendente la modificación de los criterios de la libertad caucional establecidos en la fracción I del artículo 20 constitucional ya que se tenía establecido como presupuesto de este beneficio el monto de la pena del delito imputado al indiciado. En el nuevo texto la base esencial de la libertad caucional radica en la garantía de la reparación del daño y de las obligaciones económicas de los inculcados, pero de manera flexible, pues se dispone que el monto de la caución debe ser asequible y que el juez puede modificar la cuantía original en determinadas ocasiones.

CUARTO.- El tercer sector de reformas se refiere a la introducción por primera vez de los derechos de las víctimas y el ofendido por el delito, que eran los olvidados del derecho penal. Los derechos se refieren a la asesoría jurídica, a la reparación del daño cuando proceda; a coadyuvar con el Ministerio Público y a la prestación de atención médica cuando se requiera.

QUINTO.- En el aspecto sustantivo se introduce en el Código Penal la figura de la comisión por omisión a su vez se substituyen los términos de intencional e imprudencial, por los de dolosos y culposos en los siguientes artículos: 8,9,13 fracciones V y VI, 15 fracciones II, IV y X, 16, 60,61, 62,71, 86,90 y 228.

Se modifica lo referente a la tentativa principalmente en lo relativo a la imposición de la pena, ya que se establece la mayor o menor aproximación en cuanto a la consumación del ilícito, a diferencia del anterior precepto que establecía la peligrosidad del individuo.

Se modifica el artículo 15 constituyendo las causas de exclusión del delito, y los artículos 29, 30, 32, 34 y 37 garantizan de mejor manera lo referente a la reparación del daño siendo fortalecidos por lo dispuesto en el artículo 115, por su parte el artículo 52 realiza modificaciones importantes en cuanto al criterio de la individualización de la pena y como consecuencia se intenta no tomar en cuenta, la temibilidad o peligrosidad del autor del delito, sino más bien la gravedad del mismo; en tal virtud en el artículo 65 se observa que la reincidencia desaparece como agravante, constituyendo actualmente un criterio más para individualizar la pena.

Los artículos 107, 110 y 111, establecen nuevas reglas de prescripción, que se ajustan a las modificaciones que sufrió el artículo 119 constitucional referente a los convenios de colaboración.

En conclusión se puede mencionar que las reformas mejoran ciertos tipos penales como el ataque a las vías de comunicación (170), corrupción de menores (211), falsedad en declaraciones (274), homicidio (310 y 311), homicidio en relación al parentesco (323 al 328), extorsión (390); se elevan penas, principalmente con aquellos delitos relacionados con el tráfico de drogas (172 bis, 201); a su vez se crean los tipos penales de simulación de pruebas (248 bis), y el alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores (388 bis).

CAPITULO II.

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

- 2.1 Etapa del período preparatorio de la Acción Penal.
- 2.2. Período de la preparación del proceso.
 - 2.2.1. Auto de Radicación.
 - 2.2.2. Declaración Preparatoria.
 - 2.2.3. Auto de formal prisión.
 - 2.2.4. Auto de sujeción a proceso.
 - 2.2.5. Auto de libertad por falta de méritos con la reserva de ley.
- 2.3. Período del Proceso.
 - 2.3.1. Instrucción.
 - 2.3.2. Período Preparatorio del juicio.
 - 2.3.3. Discusión o Audiencia.
 - 2.3.4. Fallo, juicio o sentencia.
- 2.4. Procedimiento Ordinario.
- 2.5. Procedimiento Sumario.
- 2.6. Legislación aplicable respecto a la procedencia de los delitos.
 - 2.6.1. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 - 2.6.2. En el Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal.
 - 2.6.3. Delitos perseguibles por Querrela.
 - 2.6.4. Diferencia entre Denuncia y Querrela.
 - 2.6.5. Responsabilidad de Servidores Públicos.
 - 2.6.5.1. Autorización.
 - 2.6.5.2. La Excitativa.

CAPITULO II. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO.

Antes de abordar las etapas del procedimiento penal, es menester dar una definición del Derecho Procesal, y para tal efecto a continuación se transcribe el concepto que el maestro Arilla Bas elabora en los siguientes términos: "Esta constituido por el conjunto de actos vinculados entre si por relaciones de causalidad y finalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutados por el órgano persecutorio y jurisdiccional, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, para actualizar sobre el autor o partcipe de un delito la conminación penal establecida en la ley". (12)

Así mismo, el maestro Manuel Rivera Silva, nos lo define de la siguiente manera: "Es el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delitos, para en su caso, aplicar la sanción correspondiente". (13)

Ahora bien, se pasará al desglose de dichas etapas.

(12) Arilla Bas, Fernando, "El Procedimiento Penal en México", Edit. Kratos, 1981. p. 2.

(13) Rivera Silva Manuel, "El Procedimiento Penal", Edit. Porrúa. S.A. Octubre de 1994. p. 5.

2.1. ETAPA DEL PERIODO PREPARATORIO DE LA ACCIÓN PENAL.

En el desarrollo de éste inciso, se analizarán los diversos requisitos de procedibilidad que señala el artículo 16 Constitucional, así como los conceptos de cada uno, empezando por lo que es la Averiguación Previa, y al respecto decimos que: Es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD: "Son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad la denuncia, la acusación y la querrela". (14)

a) Denuncia.- Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio.

(14) Osorio y Nieto, César Augusto, "La Averiguación Previa", Edit. Porrúa S.A., México. D.F. 7ª Ed. 1994. p. 7.

"Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretarán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se harán en términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando la denuncia o querella no reúna los requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique ajustándose a ellos, asimismo se informará al denunciante o querellante dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en las que incurrirán los que declaran falsamente ante las autoridades y sobre las modalidades del procedimiento según se trate del delito perseguible de oficio o por querella.

En el caso de que la denuncia o la querella se presentes verbalmente, se harán constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba, recabando la firma o la huella digital del denunciante o querellante. Cuando se haga por escrito deberá contener la firma o huella digital del que la presenta y su domicilio". (15)

"No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querella..." (artículo 16).

(15) García Ramírez, Efraín, "Legislación Penal Procesal". Edit. Sista. p. 132.

La denuncia como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca de un delito, ya sea porque el propio portador de la noticia haya sido afectado; o bien porque el ofendido sea un tercero, de tal consideración se concluye: la denuncia puede presentarla cualquier persona en cumplimiento de un deber impuesto por la ley.

Los elementos de la denuncia son: a) Relación de actos que se estiman delictuosos.- la cual consiste en un simple exponer lo que ha acaecido. Esta exposición no solicita la presencia de la queja, o sea, el de que se persiga al autor de esos actos y puedan hacerse en forma oral y escrita; b) Hecha ante el órgano investigador.- Teniendo por objeto la denuncia que el representante social se entere del quebranto sufrido por la sociedad, con la comisión del delito, es obvio que la relación de actos debe ser llevada a cabo ante el propio representante social; y c) Hecha por cualquier persona.- Lo que alude que la denuncia sea formulada por cualquier persona, puede hacerla un particular, eliminando así de que la autoridad la presente.

"Los efectos de la denuncia en términos generales son:

a) Práctica de investigaciones fijadas en la ley para todos delitos en general;

b) Práctica de investigaciones que fija la ley; y

c) Práctica de investigaciones que la misma averiguación exige y que no están precisadas en la ley.

Respecto de las investigaciones señaladas en la ley, sin referirse a delito especial, el Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal fija en síntesis las siguientes:

1.- Recoger los vestigios o pruebas de la perpetración del delito (art. 94).

2.- Describir detalladamente el estado y las circunstancias conexas de las personas o cosas que se encuentran relacionadas por el delito (art. 95).

3.- Nombrar peritos en los casos que sean necesarios para la debida apreciación de las circunstancias de la persona o cosa relacionada por el delito (art. 96).

4.- Reconocer el lugar en donde se cometió el delito y hacer la descripción del mismo cuando ese dato fuere necesario para la comprobación de la ilicitud penal (art. 97).

5.- Recoger las armas, instrumentos u objetos que pudieran tener relación con el delito y que se hallaren en el lugar que se cometió, en sus

inmediaciones, en poder del inculpado o en otra parte conocida, expresandose cuidadosamente el lugar, tiempo y ocasion en que se encontraron y haciendo una minuciosa descripción de su hallazgo (art.98).

6.- Cuando fuere necesario, nombrar peritos para apreciar mejor la relacion de los lugares, armas, instrumentos u objetos con el delito (art.99).

7.- Cuando fuere conveniente para la averiguación levantar plano del lugar del delito y tomar fotografias del mismo, asi como las personas que hubieren sido victimas del delito (art. 101).

8.- Cuando no queden huellas o vestigios del delito, deberá hacerse constar, oyendo el juicio de peritos, si la descripción de las pruebas ocurrió natural, casual o intencional (art. 102).

9.- Si se tratare del delito que fuere que por su propia naturaleza no deja huellas de su comisión, se deberá tomar la declaración de testigos por medio de los cuales se acreditara la perpetración del evento delictivo, recibándose las demas pruebas que demuestren la ejecución del delito y sus circunstancias (art. 103)". (16)

(16) Rivera Silva, Manuel, "El Procedimiento Penal", Edit. Porrúa, S.A. México, D.F., p. 106.

b) Acusación.- Es la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido.

c) Querrela.- Es la manifestación de la voluntad, del ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie o integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal". (17)

DETERMINACION DE LA AVERIGUACION PREVIA.- "Una vez que se hayan realizado todas las diligencias conducentes para la integración de la averiguación previa ya sea a nivel de agencia investigadora o de mesa de trámite, deberá dictarse una resolución que precise el trámite que corresponde a la averiguación o que decida obviamente a nivel de averiguación previa, la situación jurídica planteada en la misma.

En la agencia investigadora, las resoluciones pueden ser:

- a) El ejercicio de la acción penal;
- b) Envío a mesa de trámite desconcentrada;

(17) Osorio y Nieto, Cesar Augusto, op. cit., pag. 7.

- c) Envío a mesa de trámite del sector central;
- d) Envío a agencia central;
- e) Envío a otro departamento de averiguaciones previas o a otra agencia;
- f) Envío por incompetencia a la Procuraduría General de la República;
- g) Envío por incompetencia a la agencia especializada del menor e incapaz;
- h) Envío por incompetencia a la Dirección de Consignaciones;
- i) No ejercicio de la acción penal;
- j) Reserva. **(18)**

CONCEPTO DE ACCION PENAL.- "La acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público, por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la acción penal en un caso concreto".**(19)**

Sus bases legales se encuentran plasmadas en los artículos 16 y 21 Constitucionales, artículo 2º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor y en la ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículo 2 fracción I y 3 inciso B fracción I.

(18) *Ibidem.*, p. 20.

(19) *Ibidem.*, p. 23.

TITULAR DE LA ACCION PENAL.- "De conformidad con los artículos 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el titular de la acción penal en el orden común del Distrito Federal, es en exclusiva el Ministerio Público del Distrito Federal, integrante de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal". (20)

EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.- "La acción penal tiene su principio mediante el acto de la consignación, este acto es el arranque, punto en el cual el Ministerio Público, ocurre ante el Organo Jurisdiccional y provoca la función correspondiente; la consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal.

Para poder llevar a cabo este acto del ejercicio de la acción penal, es menester cumplir con determinados requisitos constitucionales, los cuales están contenidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se refieren a los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad.

ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL TIPO PENAL.- "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la

(20) Ibidem., p. 24.

probable responsabilidad de inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos; dichos elementos son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión de la lesión o, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.

II.- La reforma de intervención de los sujetos activos.

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditará, si el tipo lo requiere: a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado su atribubilidad de la acción u omisión; c) el objeto material; de los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos; y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

PROBABLE RESPONSABILIDAD.- Para resolver la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constar si no existe acreditada en favor de aquel alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal del que se trate y al probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley ".

(21)

2.2. PERIODO DE LA PREPARACION DEL PROCESO.

2.2.1. AUTO DE RADICACION.

A continuación se señalan todos y cada uno de los puntos que debe contener dicho auto:

"PRIMERO.- Fija la jurisdicción del juez. Con esto se quiere indicar que el juez tiene facultad obligación y poder de decir el derecho, en todas las cuestiones que se le plantean, relacionadas con el asunto que se plantean, relacionadas con el asunto en el cual dictó el auto de radicación. Tiene obligación porque no queda a su capricho resolver sobre dichas cuestiones, debiendo hacerlo, en los términos que la ley designa.

SEGUNDO.- Vincula a la partes a un órgano jurisdiccional. Con esto se indica que a partir del auto de radicación, el Ministerio Público tiene que actuar

(21) García Ramírez, Efraín, op. cit., p. 112.

ante el tribunal que ha radicado el asunto, no siéndole posible promover diligencias ante otro tribunal (dentro de ese mismo asunto).

TERCERO.- Sujeta a los terceros a un órgano jurisdiccional fijado un asunto en determinado tribunal, los terceros también están obligados a concurrir a él.

CUARTO.- Abre el período de preparación del proceso. El acto de radicación señala la iniciación de un período con término máximo de 72 horas, que tiene por objeto el fijar una base segura para la iniciación de un proceso, es decir, establece la certeza de la existencia de un delito y la posible responsabilidad de un sujeto. Sin esta base no se puede iniciar ningún proceso, por carecerse de principios sólidos que justifiquen ocasiones posteriores". (22)

El auto de radicación no tiene señalados en la ley ningún requisito formal, en la práctica éstos autos contienen los elementos que son: nombre del juez que lo pronuncia, el lugar, el año, el mes, el día y hora en que se dicta y mandatos relativos a lo siguiente: I. Radicación del asunto, II. Intervención del Ministerio Público, III. Orden para que se proceda a tomar al detenido su preparatoria en audiencia pública, IV. Que se practiquen las diligencias necesarias para establecer

(22) Rivera Silva, Manuel, op. cit., p.p. 148-149.

si están o no comprobados los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad, V. Que en general, se facilite al detenido su defensa, de acuerdo con las fracciones IV y V del artículo 20 Constitucional.

2.2.2. DECLARACION PREPARATORIA.

"Es la rendida por el indiciado ante el C. Juez de la causa, pero lo importante de ella está en los requisitos que deben llenarse al tomarla. Estos requisitos pueden clasificarse en constitucionales y legales, por estar previstos unos, en nuestra Carta Magna y los otros en los preceptos adjetivos. Ellos informan declaraciones para el órgano jurisdiccional y son:

I. Los de la Constitución:

a) Obligación de tiempo, la obligación se refiere a que el juez, dentro de las 48 horas siguientes a la consignación debe tomar la declaración preparatoria, como lo ordena la fracción III, del artículo 20 Constitucional;

b) Obligación de forma. Consignada también en la fracción III del artículo 20 Constitucional, obligando al juez a tomar la declaración preparatoria en audiencia pública, o sea, en lugar en que tenga libre acceso el público;

c) Obligación de dar a conocer el cargo. El juez, según la fracción citada, tiene obligación de dar a conocer la "Naturaleza y causa de acusación", a fin de que el indiciado conozca bien el hecho que se le imputa;

d) Obligación de dar a conocer el nombre del acusador. Esta obligación se refiere a que el juez debe enterar al detenido, del nombre de la persona que presentó la denuncia o la querrela en su caso;

e) Obligación de oír en defensa al detenido. Esta obligación no existe en ninguna glosa y se infiere de las palabras "y pueda contestar el cargo", contenida en la fracción III, supra indicada;

f) Obligación de tomarle en el mismo acto su declaración preparatoria. Lo anterior se deduce de la frase "rindiendo en este acto su declaración preparatoria".

II. Las de orden común:

El artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, impone las siguientes obligaciones al juez (se refieren a las que no están comprendidas en la Constitución). La reforma de 1994, propiamente comprende las mismas obligaciones aunque con otros términos:

a) Dar a conocer al indiciado el nombre de los testigos que declaran en su contra. Esta obligación persigue la finalidad de ilustrar al indiciado en todo lo relacionado con el delito y así permitirle su defensa;

b) Dar a conocer al indiciado la garantía de la libertad caucional en los casos en que procede, y el procedimiento de obtenerla (esta obligación es estudiada en los incidentes de libertad).

c) Dar a conocer al indiciado el derecho que tiene para defenderse por sí mismo, o para nombrar persona de su confianza que lo defienda, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio". (23)

2.2.3. AUTO DE FORMAL PRISION.

"El estudio del auto de formal prisión se sujeta al siguiente índice:

- a) Requisitos medulares del auto de formal prisión;
- b) Requisitos formales del auto de formal prisión;
- c) Efectos del auto de formal prisión". (24)

(23) Rivera Silva, Manuel, *op. cit.*, p. 151.

(24) *Ibidem.*, p. 154.

a) Requisitos medulares.- Del análisis de los artículos que señalan los requisitos del auto de formal prisión (19 constitucional, 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se concluye que la parte medular de la resolución citada se encuentra en la comprobación o acreditación de los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad.

Los efectos que surgen del auto de formal prisión son los siguientes:

I. Da base al proceso. El auto de formal prisión, al dejar comprobados los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad, da base a la iniciación del proceso. Solicita así la sistemática intervención de un órgano jurisdiccional que decida sobre un caso concreto.

II. Fija tema al proceso. Dando base al proceso del auto de formal prisión, como consecuencia lógica, señala el delito por el que debe seguirse el proceso, permitiendo así que todo el desenvolvimiento posterior (defensa, acusación y decisión) se desarrolle de manera ordenada.

III. Justifica la prisión preventiva. En cuanto el auto de formal prisión concluye afirmando la exigencia de un proceso lógicamente señala la necesidad de

sujetar a una persona al órgano jurisdiccional que tenga que determinar lo que la ley ordena, y por ende, el que no se sustraiga de la acción de la justicia. Sólo cuando hay base para un proceso (relacionada con un delito sancionado con pena corporal) debe prolongarse la detención del indiciado. Es éste el espíritu del artículo constitucional que manifiesta que la detención por más de 72 horas debe justificarse con auto de formal prisión (artículo 19).

Los autos de formal prisión dictados por los jueces penales, constan generalmente, de cinco puntos resolutive:

1. La orden de que se decreta la formal prisión, especificándose contra quien y porque delito;
2. Orden de que se identifique por los medios legales al procesado;
3. Orden de que se solicite informe de anteriores ingresos;
4. Orden de que se notifique en los términos fijados en la ley;
5. La orden de que se notifique personalmente la resolución al procesado cuando proceda el recurso de apelación, (sucede en todos los casos por lo que sería suficiente el punto anterior).

2.2.4. AUTO DE SUJECION A PROCESO.

El auto de sujeción a proceso, es la resolución que se dicta cuando se estima que hay base para iniciar algún proceso, por estar comprobados los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad. La diferencia que tiene con el auto de formal prisión reside en que el auto de sujeción a proceso se dicta cuando el delito imputado no tiene señalada únicamente pena corporal. El fundamento legal de lo anterior se encuentra establecido en el artículo 18 Constitucional, que manifiesta: "Sólo por el delito que merezca pena corporal habrá lugar a la prisión preventiva".

El auto de sujeción a proceso tiene todos los requisitos medulares y formales del auto de formal prisión y en el se ve claramente que su objeto ésta (como también del auto de formal prisión), en dar base a un proceso. El auto de sujeción a proceso surte todos los efectos que el auto de formal prisión con excepción de lo relativo a la prisión preventiva.

Conviene señalar que con el auto de sujeción a proceso pueden presentarse dos situaciones:

a) Cuando se ejercita la acción penal sin detenido, en cuyo caso no hay problema referente a la prisión preventiva, pues es el auto en cita, como ya se indicó no da base ni puede justificar dicha prisión.

b) Cuando el Ministerio Público ejercite la acción penal con persona detenida, por estimar que el delito merece pena corporal, si en el término de 72 horas se comprueba que el indiciado no merece exclusivamente pena corporal al dictarse el auto sujeción a proceso, se debe ordenar de inmediato la libertad del inculcado.

2.2.5. AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE MERITOS CON LAS RESERVAS DE LEY.

"El auto de libertad por falta de elementos para procesar se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia de los elementos del tipo o de la probable responsabilidad del consignado; contendrá los requisitos señalados en las fracciones I y VII del artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no impedirá que posteriormente, con nuevos datos se proceda en contra del indiciado": (25)

(25) García Ramírez, Efraín, op. cit., p. 136.

Cuando no se puedan comprobar los elementos que integran el tipo penal o la probable responsabilidad, no existen, elementos para procesar y, por tanto, se debe decretar la libertad. La resolución en estudio lo único que determina es que hasta las 72 horas, no hay elementos para procesar, más no resuelve en definitiva sobre la existencia de algún delito o la responsabilidad de un sujeto. Por tanto, la misma resolución no impide que datos posteriores permitan proceder nuevamente en contra del inculpado. Es éste el sentido que guarda la frase ya consagrada: "con las reservas de la ley".

"Se afirma que dentro de las 72 horas se puede decretar la libertad absoluta si se encuentra aprobada alguna excluyente de responsabilidad, como dentro del término señalado el órgano jurisdiccional debe resolver exclusivamente la comprobación del cuerpo del delito y la posible responsabilidad en caso de acreditarse la existencia de una excluyente, se ha sostenido la tesis de que debe decretarse la libertad por falta de méritos y no la libertad absoluta que es contenido de la sentencia". (26)

(26) Rivera Silva, Manuel, op. cit., p. 170.

2.3. PERIODO DEL PROCESO.

Dicho proceso se divide en los términos siguientes:

2.3.1. INSTRUCCION.

La instrucción principia con el auto de formal prisión o sujeción a proceso y termina con el auto que declara cerrada la instrucción. El fin que se persigue con la instrucción es averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y las peculiares del inculpado así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste. En otras palabras aportan al juez los medios para que le sea factible realizar la obligación que tiene que dictar la sentencia.

El contenido de éste periodo es un conjunto de actividades realizadas por o ante los tribunales. Es la aportación de las pruebas que van a servir para la decisión.

2.3.2. PERIODO PREPARATORIO DEL JUICIO.

"Principia con el auto que declara cerrada la instrucción y termina con la citación para audiencia. Este periodo tiene como finalidad el que las partes

precisen su posición, basándose en los datos reunidos durante la instrucción, es decir, que el Ministerio Público precise su acusación y el procesado su defensa, éste período se encuentra en la formulación de las llamadas conclusiones que son los escritos en que cada una de las partes determina su postura." (27)

2.3.3. DISCUSION O AUDIENCIA.

"El período de audiencia abarca, como su nombre lo indica, la audiencia. Tiene por finalidad que las partes rindan las pruebas permitidas por la ley y se hagan oír del órgano jurisdiccional, respecto de la situación que han sostenido en el período preparatorio a juicio. El contenido de éste período es un conjunto de actividades realizadas por las partes ante y bajo la dirección del órgano jurisdiccional, pudiendo éste intervenir en la forma que se indicará al estudiar el período particular". (28)

2.3.4. FALLO, JUICIO O SENTENCIA.

"Este período abarca desde el momento en que se declara "visto" el proceso, hasta que se pronuncia sentencia. Su finalidad es la que el órgano

(27) Rivera Silva, Manuel, op. cit., p. 28.

(28) Rivera Silva, Manuel, op. cit., p. 29.

jurisdiccional declare el derecho en el caso concreto, valorando las pruebas que existen. Su contenido es la llamada sentencia, o sea, según el lenguaje Kelsen, la creación de la norma individual". (29)

Aunque es conveniente hacer mención al procedimiento ordinario y sumario, para tener una visión más amplia del delito en cuestión.

2.4. PROCEDIMIENTO ORDINARIO.

Se entiende como aquel que se conoce como juicio de instrucción detallada que se desenvuelve en términos más amplios a fin de que el juzgador pueda conocer la cuestión planeada con riqueza de pormenores; y así, estar en posibilidad de lograr una sentencia absoluta.

2.5. PROCEDIMIENTO SUMARIO.

En la actualidad se puede afirmar que a la vez del procedimiento ordinario, se presenta el sumario. En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, desde la reforma publicada en el Diario Oficial del 19 de marzo de

(29) Rivera Silva, Manuel, op. cit., p. 29.

1971, surgió el procedimiento sumario (arts. 305 al 312); procedimiento en el cual hallamos propiamente en el proceso dos periodos: el primero abarca desde el auto de formal prisión hasta el que resuelve sobre la admisión de pruebas, citando a la vez para una audiencia (arts del 305 al 308). El contenido de éste periodo lo informa la actividad de las partes proponiendo pruebas y la finalidad reside en el señalamiento de los medios de conocimientos necesarios (pruebas), para que el órgano jurisdiccional pueda resolver. El segundo periodo en el procedimiento sumario se inicia con la recepción de pruebas y termina con la sentencia (arts 308 y 312).

Las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, no modifica la esencia de lo consignado en los artículos 305 a 312 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establece que la audiencia que aglutina todo lo anterior se debe de realizar en un sólo día, salvo que sea necesario suspenderla para permitir el desahogo de las pruebas, continuándola al día siguiente y es de hacerse notar, como ya lo establecía la ley que en ésta audiencia amén de recibir las pruebas, las partes verbalmente formulan conclusiones y el juez podrá dictar sentencia o disponer del término de tres días.

Referido lo anterior, es conveniente establecer los supuestos por virtud de los cuales se seguirá procedimiento sumario y que se entiende como tal "cuando se trata de delito flagrante, exista confesión rendida ante el Ministerio Público o la autoridad judicial, o se trate de delito no grave". (30)

"Se entiende por delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando después de ejecutado el hecho delictuosa, el inculpado es perseguido materialmente o cuando el hecho delictuoso, sino cuando después de ejecutado el hecho delictuoso, el haberlo cometido alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

En esos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del inculcado si esta están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de la libertad, o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea privativa de libertad, o bien alternativa.

(30) García Ramírez, Efraín, op. cit., p. 137.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público que decrete la indebida libertad". (31)

Según lo establecido por el artículo 249 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal la confesión ante el Ministerio Público y ante el juez, deberá reunir los siguientes elementos:

I.- Se deroga (D.O.F. 10 de enero 1994);

II.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia física o moral;

III.- Que sea hecho propio;

IV.- Que sea hecha ante el Ministerio Público, juez o tribunal de la causa, asistido por su defensor o persona de su confianza, y que esté el inculpado debidamente enterado del procedimiento;

V.- Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil, a juicio del Ministerio Público o del Juez.

(31) García Ramírez, Efraín, *op.cit.*, p.267.

Según lo previsto en el artículo 268 último párrafo del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en vigor, para todos los efectos legales por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad se clasifican como delitos graves los siguientes:

- a) Trata de delito grave, así calificado por la ley;
- b) Que exista riesgo fundado en que el indicado pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

El Ministerio Público al emitir la orden de detención en su caso urgente deberá hacerlo por escrito, fundado y expresando los indicios que acrediten los mencionados, en los incisos anteriores...."

Cabe destacar que los procedimientos seguidos ante los jueces de paz en materia penal, siempre serán sumarios.

Por procedimientos sumario, se entiende como tal, el tramite de escaso conocimiento por parte del juzgador, a traves del cual se busca pronta resolucion a un conflicto en el que el objeto de la litis es de urgente consecución.

Según lo dispuesto en el articulo décimo, párrafo primero del Código de Procedimientos Penales de Distrito Federal en vigor, los jueces de paz conocerán en materia penal el procedimiento, caución de no ofender, multa independientemente de su monto, o prisión cuyo máximo sea de dos años; en caso de que se trate de varios delitos se estará a la pena del delito mayor.

Fuera de la competencia a que se refiere el párrafo primero del articulo décimo del Código Procedimientos Penales del Distrito Federal en vigor, los jueces penales conocerán tanto del procedimiento ordinario como de los sumarios. (art. 10, párrafo segundo, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

2.6. LEGISLACIÓN APLICABLE RESPECTO A LA PROCEDENCIA DE LOS DELITOS.

En este inciso, se tomará de referencia ineludible lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Penal vigente

para el Distrito Federal, referidos a la procedibilidad de tal delito, así como sus elementos de cada una, así como la diferencia entre denuncia, acusación y querrela, como otros diversos conceptos íntimamente ligados a querrela, como diversos conceptos íntimamente ligados a nuestro tema de tesis.

2.6.1. EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

2.6.2. EL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

La ley adjetiva de la materia penal con vigencia para el Distrito Federal, en tratándose de la denuncia y querrela como requisito de procedibilidad prevé lo siguiente:

a) Respecto de la procedencia o no de oficio a la averiguación de los delitos del orden común, el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece: "Los Agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciben de aquellos están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I. Cuando se trate de delitos en los que sólo se pueda proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta; y

II. Cuando la ley exija algún requisito previo y éste no se haya llenado". (32)

(32) García Ramírez, Efraín, op. cit., p. 127.

a) En lo referente a los delitos que se persiguen a petición de la parte ofendida (querella), el artículo 263 de dicho ordenamiento prescribe lo siguiente:

"Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos:

I. Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;

II. Difamación y calumnia; y

III. Los demás que determine el Código Penal." (33)

c) En lo que respecta a el requisito de la querella necesaria y a que personas están facultadas para formular querella el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece lo siguiente: "Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querella de la parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que proceda en los términos de los artículos 275 y 276 del mencionado ordenamiento. Se reputará la parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querella necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos a los hermanos o a los que representen a aquellos

(33) García Ramírez, Efraín, *op. cit.*, p. 127.

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

legalmente: cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 30 bis del Código Penal.

Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por el apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusulas especiales, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder suficiente, salvo en los casos de raptó, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de éste artículo". (34)

d) En el supuesto de que se haga del conocimiento de la policía judicial, la comisión de un delito perseguible por querrela, el artículo 265 de dicho ordenamiento establece lo siguiente: "Al iniciar sus procedimientos el Ministerio Público, o la Policía Judicial, se trasladará inmediatamente al lugar de los hechos,

(34) García Ramírez, Efraín, op. cit., p. 27.

para fe de las personas y de las cosas a quien hubiere afectado el acto delictuoso y tomarán los datos de las que lo hayan presenciado, procurando que declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos citándolas, en caso contrario, para que dentro del término de 24 horas comparezcan a rendir su declaración". (35)

e) En tratándose de la forma en que deben formularse las denuncias y las querellas y a lo que deben concretar, el artículo 276 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece: "Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretan en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos sin calificarlos jurídicamente y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando la denuncia o la querella no reúna los requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos, asimismo, se informará al denunciante o querellante dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurren los que declaran falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio por querella.

En los casos en que la denuncia o la querella se presenten verbalmente se harán constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba,

(35) García Ramírez, Efraín, op cit., p 127.

recabando la firma o la huella digital del denunciante o querellante. Cuando se haga por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que la presenta y su domicilio.

Cuando el denunciante o querellante haga publicar la denuncia o la querella, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiere formulado dicha denuncia o querella y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquellos incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables". (36)

Según nuestra legislación los delitos se pueden perseguir de dos formas, pero sólo se tratará lo referente a la querella.

2.6.3. DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERELLA

- a) Violación de correspondencia (artículo 173 del Código Penal);
- b) Peligro de contagio venéreo entre cónyuges o concubinos (artículo 199 bis del Código Penal);

(36) *Ibidem.* p. 132.

- c) Estupro (artículos 262 y 263 del Código Penal);
- d) Adulterio (artículo 274 del Código Penal);
- e) Amenazas (artículo 282 del Código Penal);
- f) Lesiones dolosas (artículo 288 párrafo primero parte primera y segunda del Código Penal);
- g) Lesiones culposas con motivo del tránsito de vehículos cualquiera que sea su naturaleza (artículo 289 párrafo primero parte segunda, al 293 del Código Penal), siempre y cuando el Indiciado no se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes psicotrópicos o cualquier otra sustancia que produzca efectos similares y no se haya dejado abandonada a la víctima (artículo 62 del Código Penal);
- h) Abandono de cónyuge (artículo 337 del Código Penal);
- i) Difamación y calumnia (artículo 360 del Código Penal);
- j) Privación ilegal de la libertad con el propósito de realizar un acto sexual (artículo 365 bis del Código Penal);
- k) Abuso de confianza (artículo 299 bis del Código Penal);
- l) Fraude (artículo 386 del Código Penal);
- m) Despojo (artículo 395 fracciones I, II y III párrafo primero del Código Penal);
- n) Daño en propiedad ajena (artículo 399 bis Código Penal);

ñ) Robo de uso (artículo 380 del Código Penal);

o) Hostigamiento sexual (artículo 259 bis),

p) Ejercicio indebido del propio derecho (artículo 226 del Código Penal),

q) Delitos previstos en el título XXII del Código Penal, cuando sean cometidos por un ascendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, adoptante, adoptado, parientes por afinidad hasta el segundo grado o terceros que hubieran participado en la ejecución del delito con los sujetos mancomunados (artículo 399 bis del Código Penal).

"La querrela, es una forma de instancia similar a la denuncia y consistente, también, en una participación de conocimiento a la autoridad, es decir, es una participación calificada radica en que la querrela solo puede ser hecha por la parte directamente afectada por actos o hecho o interesada en los resultados que éstos produzcan y que van a hacer objeto de la participación del órgano estatal".

(37)

La querrela dentro del campo del Derecho de Procedimientos penales, se considera como una condición de procedibilidad, y no puede ser de otra forma porque es concebida como un derecho potestativo del ofendido por el delito para

(37) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., p. 130.

hacerlo del conocimiento de las autoridades, la actuación del engranaje judicial esta condicionado a una manifestación de voluntad del particular, sin la cual no es posible proceder, de ahí que la querrela la entienda como requisito de procedibilidad.

"Se entiende por querrela el acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al titular de un órgano jurisdiccional, por la que el sujeto, además de poner en conocimiento la noticia de un hecho que reviste los caracteres de delito o de falta, solicita la iniciación de un proceso frente a una o varias personas determinadas o determinables y se constituyen por parte acusadora en el mismo, proponiendo que se realicen los actos encaminados al aseguramiento y la comprobación de la futura pretensión punitiva y el resarcimiento en su caso". (38)

"Los elementos de la querrela son:

- 1.- Una relación de hechos;
- 2.- Que esta relación sea hecha por la parte ofendida;
- 3.- Que se manifiesta la queja: el deseo de que se persiga el autor del delito.

(38) Fenech, Derecho, volumen I, p. 593.

1.- La querrela contiene como primer elemento una relación de los actos delictuosos hecha ante el Ministerio Público en forma verbal o escrita. Así pues, la querrela no es únicamente causar a una persona determinada, o sea, señalar el nombre de una persona que ha cometido el delito y pedir que se castigue, sin que, en cuanto medio para hacer del conocimiento de la autoridad la existencia de un delito, exige una exposición de los hechos que viene a integrar el acto u omisión sancionado por la ley penal.

2.- Requisito indispensable de la querrela es que sea hecha por la parte ofendida, pues en los delitos que se persiguen por querrela necesaria, se ha estimado que entra en un juego de interés particular, cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad con la comisión de estos delitos.

Cuando la persecución de los delitos se haga necesaria la querrela de la parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifiesta verbalmente su queja, para que se proceda verbalmente en términos de los artículos 275 y 276 del Código de Procedimientos Penales, se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito y, tratándose de

Incapaces, a los ascendientes y, a falta de éstos a los hermanos o a los que representen a aquellas legalmente.

En lo que alude a las personas morales, la querrella puede ser presentada por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranza con las cláusulas especiales (formular querellas sin que sea necesario acuerdo previo ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto (artículo 264 del Código de Procedimientos Penales del Distrito federal.

3.- El tercer elemento de la querrella, es hija de la lógica jurídica. En efecto, siendo la querrella un medio de hacer del conocimiento de la autoridad un delito, para que por desearlo así el ofendido, se persiga a su autor, es natural que la querrella exija la manifestación de la cosa, por otra parte, si los delitos de la querrella necesaria cabe el perdón del ofendido, es natural que para que se persiga a el inculpado se debe hacer presente que no hay, o en otras palabras, se acuse (en sentido vulgar), pues con la acusación claramente se pone en relieve que no hay perdón ni expreso ni tácito". (39)

(39) Rivera Silva, Manuel, op. cit., p.116.

Cabe señalar que con el perdón se extingue la acción penal procesal, porque el Ministerio Público no puede seguir excitando al órgano jurisdiccional. Con el consentimiento, cuando la ley lo registraba, no moría la acción penal procesal, debido a que esta ni siquiera había nacido, pues el consentimiento se puede obtener como previo al nacimiento de la intervención del Ministerio Público: El órgano investigador inicia su actividad con la querrela y si esta no existe, por el consentimiento no puede aparecer la acción procesal penal ni la fase preparatoria de la misma.

Ahora bien, a continuación se hará una distinción entre esas formas de procedibilidad que señala nuestra ley.

2.6.4. DIFERENCIA ENTRE DENUNCIA Y QUERELLA.

La denuncia, la querrela y la excitativa en su caso, provocan la actividad del órgano persecutorio, el cual debe iniciar el periodo de la preparación de la acción penal, con objeto de ejercitarla, en el supuesto de que mediante la oportuna averiguación llegue a reunir los elementos exigidos por el artículo 16 Constitucional.

Por lo que hace a la diferencia entre la denuncia y querella podemos diferenciarlas de la siguiente manera:

La denuncia puede ser presentada por cualquier persona ya sea el afectado o bien un tercero, cuando tenga conocimiento de un delito, en la cual el órgano persecutorio independiente de cual sea la forma o medio del cual tiene conocimiento de la comisión de un hecho ilícito se abocara a la investigación del mismo y en el cual no opera el perdón por parte de la persona ofendida en caso de las personas físicas, personas morales o bien por medio del tutor según sea el caso aunque sea reparado el daño.

Por lo que a la querella esta solo puede ser presentada por el afecto directamente o traves de su representante legal (hecha excepción en los casos de raptó, estrupo o adultero, artículo 264 párrafo final del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, dicha querella se seguirá única y exclusivamente a petición de la parte ofendida, es decir es un hecho de la manifestación de la voluntad y en la cual opera el perdón por parte de la persona ofendida entrándose de personas físicas directamente o a través de representante legal con la salvedad ya aludida, en el caso de las personas morales opera el perdón por medio de sus

representantes legales y en el caso de los menores e incapaces, por medio de sus padres o tutores o quienes los representantes legalmente.

En conclusión se puede decir que los delitos que se persiguen por querrela, si existe el perdón y en principio prescribe al año a partir de la fecha en que se cometió el hecho penal; y los delitos de oficio no prescriben en un año y en estos no opera el perdón por parte de la persona ofendida.

2.6.5. RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PUBLICOS.

En éste sub-inciso, abordaremos dos figuras jurídicas íntimamente relacionadas a la procedibilidad de la acción en la comisión de delitos, y estas son: La Autorización y la Excitativa.

2.6.5.1. "La autorización es el permiso concedido por una autoridad determinada en ley, para que se pueda proceder contra algún funcionario que la misma ley señala, por la comisión de un delito del orden común."⁽⁴⁰⁾

(40) Rivera Silva, Manuel, op. cit., p.120.

"Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial, Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal., quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las legislaturas locales y los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales, serán responsables por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión de los Estados y Municipios." (artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)

Como señalamos antes, "la Autorización, es la anuencia manifestada por los órganos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley, para la persecución de la acción penal, atendiendo a la cualidad o persecución de la acción penal, atendiendo a la cualidad o especial situación del supuesto sujeto activo del delito, es necesario llenar ese requisito para proceder en su contra, pero es evidente que no lo será para proseguirla; tal es el caso del desafuero de los Diputados, del permiso del superior para proceder en contra de un juez, un Agente del Ministerio Público, un tesorero, etc." (41)

El artículo 13 de nuestra Carta Magna, preceptúa que: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero.

Sabemos que la ley es igual para cualquier persona, sin embargo de tal precepto se dice que, pueden darse excepciones para quienes ocupen determinados puestos o cargos públicos, a fin de hacer posible el desempeño de sus funciones, las cuales no deben ser interrumpidas bajo ningún concepto.

La propia ley suprema, es la que enumera a las personas o sujetos que gozan precisamente del fuero, dando inclusive una categorización de ellos

(41) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., 276.

según el cargo que ocupen, y es "en los artículos 108,109, 110, 111, 112, y 113 de la Constitución Federal, los que reglamenten lo relativo a la responsabilidad de los funcionarios públicos." (42)

Es en dichos preceptos legales donde también se indica el procedimiento que debe llevarse a cabo para desaforarlos mediante un gran jurado, según sea delitos oficiales o delitos comunes.

2.6.5.2. LA EXCITATIVA.

Es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos.

"Cuando la ofensa sea contra la nación mexicana o contra una nación o gobierno extranjeros, o contra sus agentes diplomáticos en este país. En el primer caso corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público; pero será necesariamente excitativa en los demás casos". (Art. 360 del Código Penal).

(42) Castellanos Tena, Francisco, op. cit. p. 115.

El procedimiento para llevar a cabo la excitativa no está previsto en el Código de Procedimientos Penales en materia Federal, pero en la práctica, el embajador o el agente del Gobierno ofendido puede solicitar al Ministerio Público Federal, se aboque a investigación y persecución de los hechos : También es factible que, a solicitud del interesado, sea la Secretaría de Relaciones Exteriores, la que haga la excitativa, ante la Procuraduría General de la República. Esto último se encuentra su justificación en los principios del Derecho Consuetudinario Internacional; fue previsto en el artículo 29 de la Convención de Viena; sobre las relaciones Diplomáticas, de fecha 18 de abril de 1961, que a la letra dice: "La persona del Agente Diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

CAPITULO 3.

ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE FRAUDE.

3.1. Concepto de delito en general.

3.2. Elementos del delito de fraude.

3.2.1. Concepto de engaño.

3.2.2. Acto de disposición.

3.2.3. Concepto de lucro.

3.2.4. El nexo causal.

3.3. La conducta o hecho.

3.4. La tipicidad.

3.5. La antijuridicidad.

3.6. La culpabilidad.

3.7. La punibilidad.

3.8. Fraude genérico.

3.9. Fraudes específicos.

CAPITULO 3. ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE FRAUDE.

3.1. CONCEPTO DEL DELITO EN GENERAL.

Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En éstos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Según el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal, el delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

3.2. ELEMENTOS DEL DELITO DE FRAUDE.

"Los elementos del delito se dividen en generales y elementos esenciales del delito en particular. Los primeros son los imprescindibles para que el delito en general exista y los segundos, son los indispensables para que la figura delictiva en particular tenga vida.

I

"De acuerdo con una concepción heptatómica para que el delito exista, tienen que concurrir las siguientes notas: la conducta o el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad (cuando el tipo las requiera y la punibilidad".(43)

(43) López Betancourt, Eduardo y Porte Petit Moreno, Luis O., "El delito de fraude", Edt. Porrúa, S.A., México, 1994, p. 29.

"Los elementos del delito de fraude:

- 1) Cualquier conducta engañosa,
- 2) Que produzca en el engaño un estado subjetivo de error,
- 3) O bien, alternativamente, cualquier conducta de aprovechamiento del error en el que el paciente del delito se halla,
- 4) Provocando así un acto de disposición patrimonial.
- 5) Que permite al activo hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido,
- 6) Una relación causal entre los elementos anteriores y, por último, un elemento subjetivo consistente en,
- 7) El ánimo de lucro, o sea la intención de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja patrimonial". (44)

La definición del delito de fraude contenida en los párrafos primero y último del artículo 386 del Código Penal pone en relieve que sus elementos constitutivos son: a) Una conducta falaz; b) Un acto de disposición; c) O aprovechamiento del error y d) Un daño y un lucro patrimonial en beneficio del sujeto activo.

(44) Zamora Pierce, Jesús, "El Fraude", Edit. Porrúa, S.A., México, 4ª ed., 1994, p. 23.

De acuerdo con la descripción del delito en estudio, una conducta falaz es el punto de partida del proceso ejecutivo en dicha figura delictiva. Dicha conducta está presidida por un elemento de naturaleza predominantemente psíquica, pues en esencia, consiste en determinar a otro, mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovechándose de su error, no ratificándolo oportunamente. Así pues, la conducta falaz del sujeto activo y las maquinaciones o artificios empleados por el sujeto para obtener la entrega de la cosa a que hace mención el párrafo último del artículo 386 del Código Penal o el aprovechamiento para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude.

3.2.1. CONCEPTO DE ENGAÑO.

"Consiste en la falta de verdad en lo que se dice o en lo que se hace creer. Engañar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es dar a la mentira apariencia de verdad. Inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o obras aparentes y fingidas. Engaño, pues, es sinónimo de ardid, enredo, trampa, trata, artimaña, mentira, maquinación, falacia, mendacidad, argucia o falsedad". (45)

(45) Zamora Pierce, Jesús, op. cit., p. 28.

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

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

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

"Para que el pasivo pueda ser engañado, es indispensable que posea la capacidad de entender y de querer. Sólo un ser inteligente puede comprender, puede juzgar y, en consecuencia, puede equivocarse; únicamente un sujeto pensante es víctima potencial del error. De aquí surge el problema de saber si

puede engañarse a incapaces, a aparatos mecánicos o electrónicos o a personas morales". (46)

3.2.2. ACTO DE DISPOSICION.

"El engaño ha de realizar, a consecuencia de su error, una acción u omisión que cause la disminución del propio patrimonio o el de un tercero. En efecto, el fraude es un delito de auto-lesión, en el cual el sujeto víctima del engaño coopera con el estafador, tomando voluntariamente, si bien es cierto que con una voluntad viciada por el error las disposiciones patrimoniales que han de producir el perjuicio del pasivo, y el correspondiente lucro del activo". (47)

"Por acto de disposición se entiende cualquier conducta que transfiere, grava, extingue, o de cualquier manera afecta alguno de los derechos que integran el patrimonio de la víctima. Para Valle Muñiz, desde una perspectiva estrictamente penal, lo esencial es que el acto de disposición del engañado aparezca como el vehículo utilizado por el agente para conseguir el enriquecimiento injusto, es decir, el acto de disposición debe de ser capaz de causar el daño patrimonial. El acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido,

(46) Zamora Pierce, Jesús, op. cit., p. 93.

(47) *Ibidem*, p. 113 y 116.

entonces, genéricamente, como aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inductivo al error que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero. El nexo causal entre el engaño y el perjuicio, el cual indica disposición, no podrá ser imputado a la conducta engañosa, al menos a título de estafa". (48)

3.2.3. CONCEPTO DE LUCRO.

"Es la ganancia o provecho que se saca de una cosa. Lucramos cuando adquirimos una cosa, un bien o un derecho, valuable en dinero, gratuitamente, o por un precio inferior al que, en el caso concreto, le corresponde en el mercado". (49)

3.2.4. EL NEXO CAUSAL.

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

(48) Valle Muñiz, José Manuel, "El delito de estafa", Barcelona, p. 214.

(49) Zamora Plerce, Jesús, op. cit., p. 149.

"En el caso del fraude, nos encontramos ante una verdadera cadena causal, pues el engaño (conducta) es causa del error, y este, a su vez, es causa del acto de disposición (resultado material). De donde resulta que el error reviste una doble naturaleza, puesto que es efecto del engaño y causa del acto de disposición".

(50)

3.3. CONDUCTA O HECHO.

"Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

"Sólo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad".

(51)

A continuación, se transcribe la clasificación elaborada por los maestros López Betancourt y Luis Porte Petit, en relación al delito de fraude, en referencia a la conducta y al resultado:

(50) Zamora Pierce, Jesús, *op. cit.*, p. 178.

(51) Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 149.

"1.- Clasificación de los delitos en orden a la conducta.- En cuanto a la conducta, se clasifican a los delitos en delito de acción, de omisión simple, de sospecha, de omisión de resultado doblemente omisivo, unisubsistentes o plurisubsistentes. El fraude es un delito de resultado material porque estamos frente a un hecho, o sea, un mutamiento en el mundo exterior, un daño patrimonial; y por tanto, no se trata de un delito de mera conducta o formal.

"2.- Ordenación del delito de fraude en referencia a la conducta.- la conducta en el fraude, es el engaño o el aprovechamiento del error; por consiguiente, se trata en cuanto al engaño de un delito de acción y por lo que hace al aprovechamiento del error de un delito de comisión por omisión, que debe denominarse delito de resultado material por omisión, por la sencilla razón de que el no hacer es lo que produce el resultado material.

"3.- Clasificación en orden al resultado.- Con respecto a la clasificación en orden al resultado, es indudable que el fraude es un delito instantáneo que al consumarse se agota; no se trata aquí del agotamiento etapa posterior a la consumación, sino del agotamiento de la propia consumación. En éste delito de fraude, de acuerdo con el artículo 386 del Código Penal, tan pronto

como el agente se hace de una cosa o se alcanza un lucro indebido, el ilícito se ha consumado y queda agotada la consumación.

"El delito es instantáneo, determina la fracción I del artículo 7º del Código Penal, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos, a diferencia del permanente o continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo", como lo establece el citado artículo 7º del Código Civil antes mencionado. Se observa pues, que el delito instantáneo se funda en la instantaneidad de la consumación y del delito permanente, en la durabilidad de la misma". (52)

2.- OBJETO MATERIAL.- El artículo 386 contempla dos hipótesis de resultado material: que el sujeto se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido, surgiendo el problema de lo que debe entenderse por "cosa" y por "lucro", es decir, precisar su alcance y determinar si éste último término absorbe al primero.

Rafael de Pina estima que la cosa es la "realidad corpórea o incorpórea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico...y bien

(52) López Betancourt, Eduardo, et. al., op. cit., p. 39.

jurídico es la cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial... Ahora bien, lucro es ganancia o provecho que se saca de una cosa de carácter económico". (53)

Antonio De P. Moreno sostiene que "seguramente la expresión de la ley obedece a su deseo de explicar que la acción consumativa del delito se constituye no solamente con la obtención mediante la acción delictuosa, de la entrega de una cosa material, sino también por el alcance de ventajas patrimoniales que constituyen el lucro indebido", (54) estimando que la obtención ilícita de una cosa, redundando en alcanzar un lucro indebido.

3.4. LA TIPICIDAD.

Para el delito en general.- "Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*."

(53) Cfr. López Betancourt, Eduardo, et. al., op. cit., p. 48.

(54) Moreno, Antonio de P., "Derecho Penal Mexicano. Parte Especial", México, 1944, pp. 97.

"El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él". (55)

LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE FRAUDE.- La tipicidad se dará en el delito de fraude cuando haya conformidad con lo previsto por el artículo 386 del Código Penal, es decir, adecuación con los elementos descritos en el mencionado precepto legal.

El tema de la tipicidad es de extraordinaria importancia, tomando en cuenta que la precisión del tipo es una consecuencia del principio de legalidad y su ausencia implicaría en su aplicación un verdadero riesgo en la seguridad jurídica. De aquí, que el Código de Colombia establezca en su artículo 4º que "la ley penal debe describir el hecho punible de manera inequívoca sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integran.

ELEMENTOS DEL TIPO DE FRAUDE.

1.- ELEMENTOS DEL TIPO PRESUPUESTO DEL DELITO.- Uno de

(55) Castellanos Tena, Fernando, op. cit., p. 168.

los elementos del tipo es el presupuesto del delito. Se clasifican en el Código hace depender la punibilidad del valor de lo defraudado. Entendiéndose así los conceptos de lucro y de cosa, la segunda parece una especial del primero, como género, y en consecuencia, su mención en el tipo resulta inútil y redundante. "Toda cosa que obtenga el delincuente constituirá un lucro, es decir, una ganancia o provecho patrimonial. Luego entonces, nada perdería el tipo si elimináramos la mención de la cosa". (56)

3.- BIEN JURIDICO TUTELADO.- El maestro Jiménez Huerta piensa que es el patrimonio el bien jurídico que se tutela en éste delito: "la objetividad jurídica protegida en el delito de fraude es el patrimonio, en cuanto éste bien jurídico se proyecta y refleja en las relaciones crematísticas existentes entre los individuos en su diaria vida en común. Existe en los miembros de la comunidad un interés jurídico en que las relaciones económicas se desarrollen libres de engaños, maquinaciones y artificios que pueden inducir en error y en que los errores en que pudieren hallarse determinadas personas no sean aprovechados por otras por otras con fines torticeros. Un interés individual de naturaleza patrimonial cuya transgresión ofende a los ideales y aspiraciones de las comunidad, es pues el bien jurídico protegido en el delito de fraude". (57)

(56) Zamora Pierce, Jesús, op. cit., p. 150.

(57) Ibidem, pp. 158 y 159.

Rodríguez Dehesa asienta que "el objeto de ataque en la estafa es cualquiera de los elementos integrantes del patrimonio, siendo indiferentes que se trate de una cosa corporal o de un derecho de bienes muebles o inmuebles". (58)

4.- VALOR DE LA COSA.- "El simple valor de afección que pudiera tener la cosa entregada a través de engaño, no entra en consideración en orden a este delito, pues contrariamente a lo que establece el párrafo primero del artículo 371, en relación al robo, el Código no contiene precepto alguno para sancionar el fraude que recayera exclusivamente sobre cosas que sólo tuvieran valor emocional. El daño afectivo es penalísticamente irrelevante para la integración del delito de estafa". (59)

Zamora Pierce dice que "debemos concluir que la conducta no es sancionable a título de fraude, pues a diferencia de lo que establece el párrafo primero del artículo 371, en relación al robo, el Código no contiene precepto alguno que sancione la defraudación de bienes que carezcan de un valor económico. Para la tipificación del fraude, los valores de afección no forman parte del patrimonio". (60)

(58) Rodríguez Dehesa, "Derecho Penal Español. Parte Especial", Madrid, 1980, pp. 501-503.

(59) Jiménez Huerta, Mariano, "Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. La tutela penal del patrimonio", Tomo IV, Edit. Porrúa, S.A., México, p. 217.

(60) Zamora Pierce, Jesús, op. cit., p. 159.

Si la cosa obtenida no tiene valor económico, aunque si afectivo, estaremos frente a una atipicidad, aspecto negativo del delito; es decir, porque no hay adecuación a un elemento del tipo. En otras palabras, el Código Penal no contempla en el capítulo referente al fraude un precepto que se refiere al valor de afección, y por tanto, no se puede hablar de fraude respecto a bienes que tienen únicamente ese valor.

5.- AJENIDAD DE LA COSA.- "En cuanto a la antijuridicidad, lo injusto del acto defraudatorio, como el del robo o hurto, estriba fundamentalmente en verdades sobre cosas o bienes ajenos, aunque tampoco figura la ajenidad entre los elementos típicos. De donde resulta que al probarse ser propia la cosa e incluso creerse fundadamente que lo fuere, se elimina lo injusto y justifica la acción". (61)

6.- SUJETO ACTIVO.- "El que engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de una cosa, o bien, alcanza un lucro indebido". (62)

Peña Cabrera considera que el sujeto activo "es cualquiera que el agente del delito de estafa es el autor del engaño, astucia o artificio, mediante el

(61) Quintano Ripolles, "Tratado de la parte especial de Derecho Penal. Infracciones patrimoniales del apoderamiento", Madrid, p. 575.

(62) Pavón Vasconcelos, "Comentarios del Derecho Penal. Parte Especial. Robo, abuso de confianza, fraude genérico simple", Edit. Jurídica Mexicana, México, 1964, p. 163.

cual induce en error al otro, a fin de obtener en perjuicio de este un provecho patrimonial ilícito a su favor o para un tercero". (63)

7.- SUJETO PASIVO.- La doctrina clasifica al delito en orden al sujeto pasivo como delito "personal" e "impersonal". Es decir, cuando el tipo requiere de calidad en el sujeto pasivo es "personal" y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera es "impersonal".

Es sujeto pasivo en el delito de fraude toda persona física o moral que sufre un daño patrimonial, en virtud del engaño o aprovechamiento del error, tratándose, consiguientemente, de un delito "impersonal" por ser pasivo todo sujeto perjudicado. En concreto se dan dos hipótesis:

- a) El perjudicado es el engañado y,
- b) El sujeto que sufre el daño no es el perjudicado, sino que es un tercero.

Peña Cabrera es de opinión "en igual forma puede ser el sujeto pasivo cualquiera; que el sujeto pasivo del delito de estafa vendría a ser el que

(63) Peña Cabrera, "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", Vol. III, Perú, 1986, p. 265.

sufre el perjuicio en su patrimonio, provocado por el error a que fue inducido, ocurriendo a veces, que la persona engañada no es la perjudicada, sino el patrimonio de un tercero; en consecuencia, éste será el sujeto pasivo del delito, y aquella sería el sujeto pasivo del error". (64)

3.5. LA ANTIJURIDICIDAD.

"La antijuridicidad constituye un elemento del delito en general. Para que se dé el delito de fraude tiene que existir una conducta antijurídica, o sea, contraria a la ley; antijuridicidad es un elemento general del delito, y por tanto, el desacierto de la ley al incluir los términos "ilícitamente" e "indebido", porque implica una antijuridicidad especial tipificada, totalmente inútil en el precepto legal, al contar con la antijuridicidad como un elemento esencial del delito. En otros términos, la ley penal, en el artículo 386, se refiere a la "ilicitud" y a lo "indebido"; es decir, exige en el tipo elementos normativos sin razón alguna por ser la ilicitud y lo indebido una característica del delito en general.

"Es sabido que una conducta se tiñe de antijuridicidad cuando, siendo típica, por haber conformidad al tipo, no existe a favor del sujeto una causa de licitud, una contranorma o norma permisiva". (65)

(64) Peña Cabrera, op. cit., p. 265.

(65) López Betancourt, Eduardo, et. al., op. cit., p. 67.

3.6. LA CULPABILIDAD.

Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el psicológico y el normativismo.

a) Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad.- Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional, y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querer: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

b) Teoría normativa o normativista de la culpabilidad.- Para ésta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado o con culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado.

Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Este juicio surge de la ponderación de dos términos: uno por vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme a derecho; es decir, el deber ser jurídico. Para ésta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más, en la valoración de un juicio de reproche de ese contenido psicológico. La culpabilidad pues considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.

El dolo en delito de fraude.- Peña Cabrera Raul expresa que "es necesario que el autor obre con dolo. Resueltamente no hay estafa por culpa, no se acepta el dolo eventual... de suerte que el agente obra delictivamente para obtener un provecho ilícito, un beneficio indebido. De ahí que a la estafa se le considera dentro del marco de los delitos patrimoniales denominados de "enriquecimiento".

(66)

3.7. LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad, para el delito en general "consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punible, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del *ius puniendi*); igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de

(66) Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 275.

imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes . En éste último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la llamada amenaza normativa.

"En resumen, punibilidad es a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley". (67)

El artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal señala las formas que corresponden al fraude genérico y que a continuación se enumeran:

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

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

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

(67) Peña Cabrera, Raúl, op. cit., p. 277.

3.8. FRAUDE GENERICO.

El artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal señala que "Comete el delito de fraude al que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido..".

PUNIBILIDAD: A quien incurre en éste delito se le aplicará pena de prisión de tres días a seis meses o de treinta a ciento ochenta días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario; con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez veces pero no de quinientas veces el salario; con prisión de tres a doce años y multas hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD: Respecto del delito de fraude, en cuanto a requisitos de procedibilidad, se sigue el mismo sistema del robo, o sea, que según sea el caso, puede perseguirse por denuncia o por querrela, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 399 bis del Código Penal.

DILIGENCIAS BASICAS:

A) Declaración de quien proporciona la noticia del delito o parte de policia;

B) Declaración del ofendido, detallando con precisión las maniobras engañosas utilizadas por el Agente y los bienes o beneficios entregados en virtud de los mismos;

C) Declaración de testigos si se encuentran presentes; si no lo están se les mandará citar y si no comparecen se ordenará su presentación por conducto de la Policía Judicial;

D) Inspección Ministerial y fe de instrumentos u objetos del delito, tales como documentos, mecanismos y bienes diversos;

E) Declaración del probable responsable, en su caso;

F) Solicitud de los peritos de la materia que se requiera atendiendo al caso concreto, por ejemplo: Arquitectos, Valuadores, Grafóscopos, Contables en obra de arte, etc.;

G) Recabar y agregar a la averiguación previa el dictamen relacionado con el punto anterior;

H) En algunos casos, inspección ministerial y fe del lugar cuando la actividad fraudulenta tenga relación con ese lugar;

I) Girar los oficios procedentes solicitando información a la Comisión Nacional Bancaria u otras instituciones, según lo exija la hipótesis delictiva;

J) Solicitar la intervención de la Policía Judicial en el supuesto que proceda, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

COMENTARIOS.

Para efectos de éste ilícito, se requiere que la conducta del sujeto pasivo, consistente en la entrega de la cosa, sea determinada por el engaño de que

fue víctima o por el error en que se encontraba y del cual se aprovechó el activo; que derivado de ese engaño o aprovechamiento del error, el activo obtenga ilícitamente una cosa o un lucro indebido, éstos es, que exista una relación de causa-efecto entre el engaño y el aprovechamiento del error y la cosa obtenida o el lucro alcanzado ilícitamente y que la existencia del engaño error sean previos a la obtención de lo indebido.

Por engaño se entiende la mutación o alteración de la verdad, supone una situación activa del autor del ilícito para crear una mentira.

El error es la representación falsa de lo verdadero que puede existir en una persona. En ésta figura, la actitud del autor del ilícito no es creativa del error, sino que percatándose de la falsa apreciación de la realidad en que se encuentra la víctima, no lo lleva a la verdad y, por el contrario, se aprovecha de ésta circunstancia para obtener la cosa o lucro indebidos.

Ambos, engaño y error, han de ser útiles, eficaces, para que, usándose como medios, determinen al sujeto pasivo a hacer entrega al activo de la cosa o lucro que ilícitamente obtiene éste último, incrementando su patrimonio en

detrimento de aquél. En el fraude, la víctima hace entrega de los bienes al sujeto activo, a causa de la situación falsa en que se encuentra o a la que es llevado.

Al ejercitar la acción penal por este delito habrá de ponerse especial atención en lo relativo a la cuantía a que asciende el fraude, toda vez que de encuadrarse en la fracción I del artículo 386 del Código Penal, la competencia correspondería a un Juzgado de Paz.

Antes de abordar el tema central de nuestro trabajo de tesis, es conveniente señalar el contenido del Derecho Penal; las partes en que se divide; así como diversas disciplinas afines.

El Derecho Penal se divide en dos partes: la General y la especial o delitos en particular.

El delito de fraude se encuentra reglamentado en el Código Penal para el Distrito Federal, en el Capítulo III, del Título Vigésimo segundo, abarcando el fraude genérico y los fraudes específicos o espurios.

Dicho ordenamiento, en su artículo 386 define el delito de fraude generico expresando que: "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".

Tomando en consideración los elementos que contiene el delito de fraude, comparto el concepto del delito de fraude propuesto por los maestros López Betancourt y Luis Porte Petit, quienes afirman que "Existe el delito de fraude, cuando con ánimo de lucro y por medio del engaño o aprovechamiento del error, idóneos, se origina en alguien un error, por el que lleva a cabo un acto de disposición patrimonial en su perjuicio o de un tercero y en provecho para el sujeto activo o de un tercero". (68)

3.9. FRAUDES ESPECIFICOS (DELITOS EQUIPARADOS AL FRAUDE).

El artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, prevé diversas hipótesis de conductas típicas que se equiparan al fraude para efectos de penalidad, cada una de las cuales cuenta con elementos propios que deben concurrir para hacer punible la conducta y sin que se requiera forzosamente de la

(68) López Betancourt, Eduardo, et. al., op. cit., p. 1.

existencia de los medios que exige el artículo 386 (engaño o aprovechamiento del error) aunque éstos vayan implícitos en algunos de ellos: son tipos que bien pudieran considerarse como autónomos, aunque sea aplicable la misma penalidad del fraude genérico.

A continuación se dan a conocer, en forma muy concreta, las diligencias básicas que pueden verificarse en cada hipótesis de delitos equiparables al fraude, utilizándose denominaciones doctrinales de uso frecuente, a saber:

FRAUDE COMETIDO POR DEFENSORES (ART. 387, FR. I).- Debe probarse la obtención del lucro; que éste se obtuvo mediante el ofrecimiento de encargarse de la defensa de un procesado, o de un reo, o de la dirección o patrocinio de un asunto civil o administrativo y que, habiendo aceptado el cargo, lo renunció o abandonó sin causa justificada; aspectos para los cuales son idóneos los testimonios, la confesión o la prueba documental.

FRAUDE POR DISPOSICION INDEBIDA (ART. 387 FR. II).- Deberá acreditarse la enajenación o establecimiento de un gravamen sobre la cosa; la circunstancia de que el activo tenía conocimiento de que no podía disponer de ella

y la obtención de cantidad, precio o lucro equivalente, para cuya comprobación son aptas las pruebas testimoniales y documental en su caso.

FRAUDE POR TITULO FICTICIO O NO PAGADERO (ART. 387, FR. III).- Las diligencias tenderán a precisar la obtención del lucro mediante el otorgamiento o endoso de títulos; la inexistencia de la persona supuestamente obligada a cubrirlos o el conocimiento de que por el estado de insolvencia del obligado no será cubierto, cuestiones que para su comprobación son aptos los documentos, los testigos y la confesión.

FRAUDE DE CONSUMO (ART. 387, FR. IV).- Debe probarse la prestación del servicio o el haberse hecho servir alguna cosa y la negativa de pago por parte de quien recibió la cosa o servicio, lo cual se puede lograr a través de testigos, documentos o confesión.

FRAUDE DE COMPRAVENTA AL CONTADO (ART. 387, FR. V).- En éste supuesto resulta necesario acreditar que existió una compra de cosa mueble con ofrecimiento de pago al contado y la negativa, una vez recibido el bien, de devolver la cosa o de efectuar el pago, si se le requiere esto último dentro del lapso

señalado por el propio dispositivo, extremos que son susceptibles de prueba mediante testigos, documentos o confesión.

FRAUDE POR FALTA DE ENTREGA DE LA COSA O DEVOLUCION DE SU IMPORTE (ART. 387, FR. VI).- Procede verificar que se haya celebrado la operación de compraventa de muebles; que se haya recibido el precio; que no se haya hecho la entrega de la cosa dentro de los quince días posteriores o del plazo convenido y que no ha devuelto su importe en éstos términos, si fuere requerido para ello; aspectos que pueden ser acreditados mediante testigos, documentos o confesión.

FRAUDE POR DOBLE VENTA (ART. 387, FR. VII).- Debe probarse la realización de dos operaciones de compraventa sobre el mismo bien, sea mueble o inmueble, y la obtención de un lucro consecuente a la doble venta, con perjuicio del primero o segundo comprador, lo cual puede verificarse mediante documentos, testigos o confesión.

FRAUDE DE USURA (ART. 387, FR. VIII).- Es menester probar el estado de ignorancia o malas condiciones económicas de la víctima; la existencia de convenios o de contratos y la estipulación de ellos un rédito o lucro que se

estime superior al usual en el mercado. La acreditación de tales particularidades pueden llevarse a cabo a través de testimonios, documentos y confesión, siendo de especial interés la observación de la víctima, que pueden ser indicios válidos para establecer su estado de ignorancia o penuria económica.

FRAUDE MEDIANTE SUSTITUTIVOS DE LA MONEDA (ART. 387, FR. IX).- La utilización de elementos sustitutivos de la moneda debe probarse con testimonios, documentos y confesión y en especial con inspección ministerial y fe del objeto sustitutivo de la moneda y la obtención del lucro.

FRAUDE POR SIMULACION (ART. 387, FR. X).- Deben dirigirse las diligencias a verificar la simulación del contrato, acto o escrito judicial y el haberse causado un perjuicio a otro o el haber obtenido el activo un beneficio indebido, siendo idóneos para obtener la prueba correspondiente los testimonios, los documentos relativos y la confesión. En éstos casos puede ser de importancia la solicitud de informes a la autoridad judicial que esté conociendo o haya conocido del escrito judicial o del contrato o acto, si es que tuvo conocimiento de ellos.

FRAUDE MEDIANTE SORTEOS O RIFAS (ART. 387, FR. XI).- Debe probarse que el probable responsable llevó a cabo sorteos, rifas, loterías, promesas

de venta u otra forma análoga y que se quedó total o parcialmente con las sumas obtenidas, sin celebrar el sorteo, rifa o lotería, o habiéndolos celebrado no hizo entrega de lo ofrecido o prometido, lo cual puede lograrse mediante testimonios, documentos o confesión.

FRAUDE EN LAS CONSTRUCCIONES (ART. 387, FR. XII).- Es necesario en éste presupuesto probar que la cantidad o calidad del material o la mano de obra utilizada fue inferior a la pactada, y el haberse entregado el precio o parte de él. Las pruebas de inspección ministerial o pericial son de singular importancia en estos casos y en virtud de ellas puede precisarse la cantidad o calidad de los materiales y de la mano de obra. La entrega del precio o parte de él puede acreditarse mediante testimonios, documentos o confesión.

FRAUDE EN MATERIALES DE CONSTRUCCION (ART. 387, FR. XIII).- Debe tratarse acreditarse que la cantidad y la calidad del material convenido fue inferior a la pactada y cuyo precio, o parte de él, se pagó. La prueba de haberse entregado y recibido el precio se puede obtener mediante testimonios, documentos o confesión, en su caso; mientras que la cantidad y calidad de los materiales convenidos y no entregados puede probarse utilizando las pruebas de inspección ministerial y pericial, además de las que pudiesen resultar útiles.

FRAUDE EN VENTA O TRASPASO DE NEGOCIOS (ART. 387, FR. XIV) - Debe de verificarse que se celebros una operacion de venta o traspaso de una negociacion; que aquella se realizo sin autorizacion (expresa o tacita) por parte de los acreedores de ella, o que el nuevo adquirente no se comprometio a responder de los creditos si estos resultan insolutos. Estas circunstancias son factibles de acreditarse por medio de testimonios, documentos o confesion.

FRAUDE MEDIANTE SUPUESTA INVOCACION DE ESPIRITUS (ART. 387, FR. XV).- Debe tratar de comprobarse que el activo, por medio de supuesta evocacion de espiritus, adivinaciones o curaciones, esta explotando la suma ignorancia, preocupacion o supersticion del pueblo. Esto puede probarse mediante testimonios y confesion, siendo util en algunos casos la practica de la inspeccion ministerial de lugares y objetos que den idea de las actividades realizadas en la supuesta invocacion y la prueba pericial, de considerarse conveniente.

FRAUDE EN MATERIA DE PROPIEDAD LITERARIA, DRAMATICA O ARTISTICA (ART. 387, FR. XVI).- Deben preclarsarse los hechos constitutivos de violaciones a los derechos de propiedad literaria, dramatica o artistica, que se encuentran considerados como falsificacion en los terminos de la Ley Federal de

Derechos de Autor. La prueba puede obtenerse mediante testimonios documentos, inspección y fe ministerial, pericial y confesional, en su caso. Debe precisarse, conforme a lo actuado, si el ilícito es de competencia federal o del fuero común.

FRAUDE CONTRA TRABAJADORES (ART. 387, FR. XVII).- Debe probarse la situación de ignorancia o mala situación económica del trabajador y el pago inferior al correspondiente por las labores que desarrolla; o el otorgamiento de documentos que amparen sumas de dinero superiores a las efectivamente pagadas. Pueden probarse éstas situaciones por medio de testimonios, documentos o confesión. Es de especial importancia el examen e interrogatorio del ofendido, pues es posible obtener una indicación acerca de su estado de ignorancia o situación económica; el examen de documentos y estados contables también pueden ser útiles.

FRAUDE CON MERCANCIAS SUBSIDIADAS O CON FRANQUICIA (ART. 387, FR. XVIII).- Debe probarse la entrega de mercancías en concepto de subsidio o franquicia y el destino que les ha sido fijado, mediante informes solicitados a las autoridades correspondientes, así como también debe acreditarse la disposición indebida o forma de desvirtuar los fines del subsidio o franquicia,

para lo cual son útiles los testimonios, documentos y confesión en su caso, al igual que la prueba pericial, si procede.

FRAUDE DE INTERMEDIARIOS EN OPERACIONES DE TRASLACION DE DOMINIO DE INMUEBLES O GRAVAMENES REALES (ART. 387, FR. XIX).- Debe probarse la disposición indebida por parte de los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de inmuebles o constitución de gravámenes reales sobre éstos, del dinero, títulos o valores que hayan recibido para ser aplicados a esas operaciones; deberá, así mismo, probarse que no se ha hecho el depósito a que se refiere el párrafo segundo de la fracción XIX del artículo 387. La prueba de la desviación del destino atribuido a los bienes mencionados, puede obtenerse mediante testimonios, documentos y confesión, en su caso.

FRAUDE DE CONSTRUCTORES O VENDEDORES DE EDIFICIOS EN CONSTRUCCION (ART. 387, FR. XX).- El manejo de la averiguación previa en éste supuesto es análogo al señalado en el punto anterior, con las adecuaciones correspondientes.

FRAUDE POR LIBRAMIENTO DE CHEQUE(S) SIN FONDO (ART. 387, FR. XXI).- Debe probarse el ánimo del sujeto activo de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido en ésta hipótesis.

Por otra parte, los artículos 389 y 389 bis contemplan igualmente figuras delictivas equiparables al delito de fraude: éstos son los que se conocen como fraude de promesa u otorgamiento de trabajo y fraude de fraccionadores.

FRAUDE DE PROMESA U OTORGAMIENTO DE TRABAJO (ART. 389).- Debe probarse que el probable responsable desempeña algún cargo en el Gobierno, en una empresa descentralizada o de participación estatal, o en cualquier agrupación de carácter sindical; en su caso, que tiene relaciones con funcionarios o dirigentes de los mismo y que aprovechándose de ello obtuvo dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio mediante la promesa de proposición de trabajo en tales organismos, para lo cual resultan idóneas las pruebas testimonial o confesional. Cuando sea procedente y necesario se pedirán informes a autoridades, empresas y organizaciones sindicales, o se les solicitará proporcionen una copia certificada del nombramiento del agente.

En el caso de éste delito, la pena aplicable será de seis meses a diez años de prisión y multa de cuatrocientos a cuatro mil pesos.

FRAUDE POR FRACCIONADORES (ART. 389 BIS).- Es menester acreditar que se ha producido un acto de fraccionar, entendido en los términos del

párrafo segundo del propio artículo; que no tenía el permiso de autoridad competente o que teniendo dolo, no están satisfechos los requisitos en él señalados; que se ha causado un perjuicio público o privado y que se ha transferido o prometido transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno, en las condiciones señaladas en el mismo artículo. Las pruebas correspondientes serán la testimonial, la Inspección ministerial del terreno, la pericial de topografía, relativa al fraccionamiento del terreno, documental y confesional, en su caso. La carencia de permiso será probada mediante documental, aunque no exclusivamente y la falta de cumplimiento de algún requisito señalado en el permiso, cuando exista éste, se podrá acreditar mediante Inspección ministerial, pericial, testimonial o confesional, en su caso, cuando las circunstancias concretas así lo justifiquen, podrá solicitarse información a las autoridades correspondientes. "Tratándose de éste ilícito, la pena aplicable es la misma del delito de fraude genérico, con excepción de la multa mencionada en la fracción III de dicho precepto, la que en éste caso se elevará hasta cincuenta mil pesos". (69)

(69) Guía de diligencias básicas para el Ministerio Público, Reforma de Barandilla, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Año 1990.

CAPITULO 4

LA QUERELLA COMO FORMA DE PERSECUCION EN EL DELITO DE FRAUDE.

- 4.1. Causas que motivaron el cambio de persecución.
- 4.2. Ventajas de la querella.
- 4.3. Desventajas de la querella.

CAPITULO 4

LA QUERRELLA COMO FORMA DE PERSECUCION EN EL DELITO DE FRAUDE.

4.1. CAUSAS QUE MOTIVARON EL CAMBIO DE PERSECUCION.

La exposición de motivos de la iniciativa de ley que formuló el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Carlos Salinas de Gortari, el 18 de noviembre de 1991, ante el H. Congreso de la Unión; y que dió lugar al Decreto de fecha 16 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de diciembre de 1991, y en el que se establecieron reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor.

En la misma se estableció que se debía de procurar que la legislación penal, en atención a la persona del delincuente, tuviera cada vez más una orientación fundamentalmente preventiva y menos represiva, tal y como lo han sostenido eminentes estudiosos de las ciencias penales; o sea, lograr la humanización del Derecho Penal.

En el campo del Derecho Penal, como en muchos otros del quehacer jurídico, se observa la ineludible perspectiva de alcanzar una justicia reparadora y benéfica; ello nos conduce a nuevos planteamientos y a retomar diferentes tendencias en cuanto al objetivo de las doctrinas penales, investigando la materia, no en el mero aspecto teórico, sino en la dimensión de su contexto general.

La presente iniciativa representó un avance en la modernización del Estado, ya que dan una nueva óptica al derecho punitivo, para concentrar su actuación sobre aquellas conductas que revisten mayor peligrosidad.

Para la elaboración de la presente iniciativa que se sometió al H. Congreso de la Unión, el Ejecutivo partió de un criterio restrictivo y diferenciador del Derecho Penal, para considerar que el universo de conductas antisociales sólo deben sancionarse penalmente aquéllas que sean realmente graves y que el Derecho Penal debe ser empleado como último recurso, así donde no bastan las normas del Derecho Civil, Administrativo, etc. Este enfoque conlleva el propósito específico de permitir al Estado atender con mayor dedicación el combate a la delincuencia y a la organización criminal en aquellos delitos más dañosos o que más aquejan a la sociedad, evitando que sus esfuerzos se distraigan en ciertas conductas que no revisten especial gravedad.

Tal iniciativa no implicaba poner en riesgo la seguridad de los individuos, ni peligro para la sociedad, ya que se puso especial cuidado en no reducir la penalidad respecto a conductas delictivas que denotan peligrosidad del sujeto activo.

La propuesta de reforma se inspira en los planteamientos de la doctrina penal contemporánea, que considera que la pena privativa de libertad debe ser para quienes realmente la merezcan, tomando en cuenta que el Derecho Penal es la más drástica reacción del Estado. Su empleo debe someterse a pautas rigurosas, sobre todo en lo que se refiere a la pena privativa de la libertad, la cual, además de afectar uno de los bienes más preciados del hombre, suele dejar secuelas imborrables.

Al respecto, cabe señalar que la sobrepoblación penitenciaria encarece la justicia penal y hace perder efectividad a la finalidad de la pena; así mismo, se significa un gasto enorme para la sociedad la manutención de prisiones en las que, además, el hacinamiento agrava la corrupción y favorece la promiscuidad y la indisciplina; con lo que se generan circunstancias contrarias a los fines de rehabilitación social.

Se abusa de la privación de la libertad, no sólo cuando se ejecutan las penas, sino también, lo que es más grave, cuando todavía no se ha sentenciado. La prisión preventiva debe, sin duda, reservarse para los inculcados por delitos que representan los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.

Con las reformas que se proponen, por una parte, se sancionaron con pena alternativa de multa, las conductas menos graves. Así mismo, se aumenta el número de delitos en que se exige la querrela como requisito de procedibilidad.

En tal iniciativa se consideró necesario aumentar el número de supuestos de los delitos perseguibles por querrela necesaria, ya que ello significa el reconocimiento de que los hombres pueden llegar, tratándose de ciertos bienes, a razonables fórmulas de solución particular que logran un doble objetivo: por una parte, de que se repara el daño causado, y por la otra, de que no tenga que acudir a la acción coercitiva del Estado.

Se ha pensado razonable que al dictar sentencia condenatoria en aquellos delitos que no son los de gravedad mayor, no se constriña al juzgador en la mora aplicación de la sanción privativa de libertad y que pueda optar tomando en

cuenta las circunstancias del caso y las características del delincuente, para imponer sanciones alternativas.

Las Naciones Unidas han impulsado esta tendencia en el entendido de que tales sanciones no necesariamente son alternativas leves, puesto que concluyen una denuncia pública del ilícito e imponen apremiantes exigencias al responsable.

Sobre todo se reconoce que es posible tanto castigar como rehabilitar a ciertos delincuentes sin enviarlos a la cárcel.

En consecuencia, la reforma de aprobarse, introduciría la multa como sanción alternativa en numerosas hipótesis que hoy sólo contemplan prisión y multa acumulativamente. El proyecto que se somete a su consideración va aún más allá, al deber el juez preferir la multa a la pena de prisión, excepto cuando ella sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

4.2. VENTAJAS DE LA QUERELLA.

"La querella tiene como fundamentación política la ausencia de interés directo por parte del Estado en perseguir determinados ilícitos, por la naturaleza misma de éstos, o que pudiendo tener interés directo se da prioridad a la voluntad de la víctima o del ofendido, por razones de publicidad, principalmente. Ahora bien, si se da ésta relevancia al interés particular, debe permitirse al titular del derecho ejercitar éste conforme a los intereses y bienes jurídicamente protegidos que el particular elige, dentro de la opción que existe en los delitos perseguibles por querella". (70)

4.3. DESVENTAJAS DE LA QUERELLA.

"En Derecho comparado, la voz querella posee una doble acepción:

"Como sinónimo de acción privada y como simple requisito de procedibilidad. En México, donde priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querella es simple requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimientos sobre hechos delictuosos y una expresión de

(70) Osorio y Nieto, César Augusto, op. cit., p. 10.

voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal. Este requisito se plantea en el caso de los llamados "delitos privados", para cuya persecución predomina el interés privado sobre el público. Aún cuando dentro de la evolución general del sistema penal, la persecución privada constituye una fase generalmente superada y por razones de política criminal han mantenido cierto ámbito de vigencia de la querrela, que en ciertas hipótesis tiende a ampliarse". (71)

"A muchos les basta sostener (para explicar la querrela) que se trata de una excepción al carácter público de la acción penal. Pero ello nada nos dice, nada nos explica.

"Debe irse al fondo de la cuestión, expresando que en los delitos afectan bienes o intereses, y que sobre los ilícitos está interesada la sociedad en general en que se investiguen y sancionen. También éste interés general se extiende a dichos bienes afectados por el delito, porque se dice que hay un interés de la sociedad sobre la propiedad privada (en donde ella está institucionalizada), como sobre la integridad personal, como sobre la administración pública, como sobre la administración de justicia, etc., lo cual hace pública la acción penal. Pero además existen ciertos intereses particulares constituidos sobre bienes un tanto

(71) "Prontuario del Procedimiento Penal Mexicano", p. 25.

subjetivos, en los que, dada esa subjetividad, sólo el titular puede determinar cuando su lesión constituye acción antijurídica.

"Como se ve, habría dos tipos de delito, según el daño causado, conforme a la clasificación que hicieron los romanos de delitos en público y privado. En el caso de los privados, la ley exige la querrela para iniciar la acción penal. Es pues, una condición de procedibilidad". (72)

"Que una ofensa no sea punible sino a querrela de parte significa que depende en primer lugar que en juicio del ofendido su castigo, no en el sentido de que tal juicio sea suficiente, sino en el que es necesario; no obstante la querrela, un hecho puede no ser castigado, pero sin ella no puede ser castigado...". (73)

(72) Rodríguez R., "Nuevo Procedimiento Penal Mexicano", p. 35.

(73) Carnelutti, "Lecciones", Tomo II, p. 33.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El delito de fraude se presentó desde la antigüedad, precisamente cuando aparece la concepción de la propiedad; de ahí que el bien jurídicamente protegido en éste delito es el patrimonio, el cual es considerado como el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero.

SEGUNDA.- En el Derecho Romano al delito de fraude se le conoció como dolo malo y era perseguido por una actio doli de carácter civil; también el furtum, el falsum, el stellationatus, etc.

TERCERA.- A principios del siglo XIX, en el Derecho Francés, se logró la separación del fraude como delito contra el patrimonio, de las falsedades que protegen la fe pública y a mediados de tal centuria, igualmente en el Código Alemán de 1871 y en los Italianos de 1889 y 1930.

CUARTA.- En México, en el Código Penal de 1871, se establecía el delito de fraude contra la propiedad y en similares términos también lo regularon los Códigos Penales de 1929 y el de 1931 como fraude, pero en su artículo 414, el fraude toma el nombre de estafa, y en el Decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el

Diario Oficial de la Federación de 9 de marzo de 1946, se volvió a mencionar fraude genérico por un lado (artículo 386) y por otro lado, fraudes específicos en el 387.

QUINTA.- El procedimiento penal ha sido definido como el conjunto de preceptos previamente previstos, tendientes a determinar que hechos pueden ser calificados como delitos, para en su caso, aplicar la sanción correspondiente y más ampliamente se dice que aquel está constituido por el conjunto de actos vinculados entre sí por relaciones de causalidad y finalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutados por el órgano persecutorio y jurisdiccional, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, para actualizar sobre el autor o partícipe de un delito, la conminación penal establecida por la ley.

SEXTA.- El artículo 21º Constitucional, establece que corresponde al Ministerio Público la persecución de los delitos, es decir el Ministerio Público es el titular de la Acción Penal y la Averiguación Previa es la etapa procedimental, durante la cual el órgano de investigación realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

SEPTIMA.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad de la acción penal: la denuncia, la acusación y la querrela; entendiéndose por denuncia, la comunicación que hace cualquier persona, al Ministerio Público, de la posible comisión de un delito perseguible de oficio, la cual puede formularse verbalmente o por escrito, describiendo simplemente los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y sus efectos serán la práctica de investigación fijadas en la ley; por acusación la importación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito y por querrela, la manifestación formulada por el ofendido, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie o integre la averiguación previa correspondiente, y en su caso ejercite la acción penal.

OCTAVA.- los elementos de la querrela, son:

- a).- Una relación de hechos.
- b).- Que esta relación sea hecha por la parte ofendida.
- c).- Que se manifieste la queja, es decir, el deseo de que se persiga al autor del delito. (hija de la lógica jurídica, ya que una consecuencia de ello, es que extingue la acción penal).

NOVENA.- Debemos mencionar otras dos formas de persecución de los delitos: La autorización.- el permiso concedido por una autoridad determinada en la ley, para que se pueda proceder en contra de algún funcionario que la mismo ley señala, por la comisión de un delito del orden común por la Excitativa, la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus Agentes Diplomáticos.

DECIMA.- La palabra delito, proviene del latín delinquiere, que significa, apartarse del buen camino, abandonar, alejarse del sendero señalado por la ley, y según el artículo 7º de Código Penal vigente para el Distrito Federal, delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales, y los elementos del delito de fraude se encuentran señalados en el artículo 386 del mismo ordenamiento jurídico.

DECIMA PRIMERA.- El bien jurídico, tutelado en los delitos de fraude, es el patrimonio.

DECIMA SEGUNDA.- El Código Penal vigente para el Distrito Federal, reglamenta tanto el delito de fraude genérico como los específicos en el capítulo II, del Título Vigésimo Segundo, de la siguiente manera, FRAUDE:

- Cometido por defensores.
- Por disposición indebida.
- Por títulos ficticios o no pagaderos.
- De consumo.
- De compraventa al contado.
- Por falta de entrega de la cosa o devolución de su importe.
- Por doble venta.
- Por usura.
- En materiales de construcción.
- En venta o traspaso de negocios.
- Mediante supuesta evocación de espíritus.
- Mediante sustitutivos de moneda.
- Por simulación.
- Mediante sorteos o rifas.
- En las construcciones.
- En materia de propiedad literaria.
- Contra trabajadores.
- Con mercancías subsidiadas o con franquicias.
- De intermediarios en operaciones de traslación de dominio de inmuebles o gravámenes reales.

- De constructores o vendedores de edificios en condominio.
- Por libramiento de cheque(s) sin fondo(s).
- De promesa u otorgamiento de trabajo.
- Por fraccionadores.

DECIMA TERCERA.- Una ventaja de la querrela es que tiene como fundamento político la ausencia de interés directo por parte del Estado, con lo que se dá prioridad a la voluntad de la víctima o del ofendido, convirtiéndolos en "delitos privados", por razones de política criminal, tal como se hacía en el Derecho Romano, que hablaba de delitos público y delitos privados.

DECIMA CUARTA.- Por las razones y argumentos señalados, propongo que los delitos de fraude se persigan únicamente por querrela de la parte ofendida, en los cuales cabe el perdón y consecuentemente se extingue la acción penal.

DECIMA QUINTA.- Debemos manifestar como última conclusión que el delito de fraude, tanto el específico como el genérico, requiere de la querrela como un requisito de procedibilidad sine qua non, independientemente de la voluntad de los ofendidos o el monto de lo defraudado.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Arilla Bas, Fernando. El Derecho Penal en México, Edit. Kratos, 1981.

- 2.- Carnelutti, Francesco. Lecciones, Tomo.

- 3.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, S.A., México, 35ª ed., 363 pp.

- 4.- El Derecho Penal en México, Edit. Cultura, México, 1990.

- 5.- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, S.A., México,

10.- Díaz de León, Marco Antonio, "Teoría de la Acción Penal", Ediciones Carrillo Hnos., 1974.

11.- Diccionario Jurídico Mexicano, 7ª ed., Edit. Porrúa S.A. México, 1994.

12.- García Ramírez, Sergio, "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano", 1ª ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1995.

13.- González Bustamante, Juan José, "Principios de Derecho Procesal Penal", Edit. Porrúa, S.A., México, 8ª. de., 1985.

14.- Herrera y Lasso, Eduardo, "Garantías Constitucionales en Derecho Penal", Instituto de Ciencias Penales, México, 1990.

15.- Martínez Pineda, Angel, "Estructura y Valoración de la Acción Penal", 1ª ed., Edit. Azteca, S.A. México, 1978.

16.- Osorio y Nieto, César Augusto, "La Averiguación Previa", 7ª de., Edit. Porrúa, S.A. México, 1994.

17.- Pallares, Eduardo. "Prontuario de Procedimientos Penales", Edit. Porrúa, S.A., México, 10ª ed., 1986.

18.- Pina Vara, Rafael, "Diccionario De Derecho", 21ª. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1995.

19.- Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal", 2ª. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1991.

20.- Silva Silva, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal", Edit. Harla, México, 3ª. ed., 1990.

21.- V. Castro, Juventino. "El Ministerio Público en México", Edit. Porrúa, S.A., México, 6ª ed., 1985.