

INICIATIVA FRAUDE FAMILIAR

I. JUSTIFICACIÓN

El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos – CPEUM– prevé el principio de igualdad y no discriminación. Para alcanzarlo, hace referencia expresa a las categorías sospechosas o rubros prohibidos de discriminación, los cuales están conformados por colectivos históricamente vulnerables que requieren de una protección sustantiva y adjetiva reforzada, así como de un estricto escrutinio en lo abstracto y en los casos concretos, con el propósito de sortear las barreras que enfrentan para alcanzar el derecho de acceso a la justicia.

Adicionalmente, el artículo 4º de la CPEUM consagra el principio de interés superior de la niñez, en virtud del cual todas las autoridades del Estado, incluido por supuesto el Poder Legislativo, tienen el deber de tomar todas las medidas necesarias para garantizar el pleno desarrollo integral de la infancia. Así, las conductas atípicas que atentan contra la obligación alimentaria de niños, niñas y adolescentes constituyen omisiones legislativas violatorias de sus derechos humanos, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en lo conducente señala:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o **los órganos legislativos**, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y **deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de**

él ante la ley y, con ese fin, **tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.** (El énfasis no corresponde al original)

Así, resulta innegable la obligación de tutelar los derechos de la infancia mediante mecanismos normativos, lo que resulta incuestionable que ocurra dentro del ámbito del Derecho de Familia, sin embargo, también es necesario analizar la validez y en su caso necesidad de que el Derecho Penal se haga cargo.

A. CON RELACIÓN A LOS FINES DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal se rige por el principio de mínima intervención, cuyo análisis resulta obligado a la luz de la pretendida reforma para determinar si es o no necesaria y por ende, si bajo una adecuada técnica legislativa resulta imperante o en su defecto constituye una amenaza de sobrerregulación.

El principio de subsidiariedad del Derecho Penal –nomenclatura criticada por algunos juristas como Muñoz Conde, en la medida de que pareciera indicar que se trata de un ámbito normativo de menor jerarquía dentro de un sistema jurídico— constituye uno de los grandes pilares de la mínima intervención. Descansa en la idea de que aquél sólo debe encargarse de la tutela de los bienes jurídicos de mayor importancia dentro de una sociedad. Luego, si el interés de la infancia por su propia naturaleza es superior en todas sus esferas, incluida la que toca al derecho de contar con los satisfactores necesarios para su realización; sería grave siquiera dudar de que su protección es prioritaria en cualquier estado que se jacte de ser social y democrático.

El principio de fragmentariedad complementa al de subsidiariedad en la conformación de la mínima intervención. Es concebido como un proceso de selección de las conductas potencialmente lesivas –formal o materialmente, o sea,

de resultado material, de peligro real o de peligro presunto—, en cuya virtud el Derecho Penal se ocupa sólo de aquellas que constituyan los ataques más graves a los bienes jurídicos que tutela.

Bajo la idea antes planteada, si al niño, niña o adolescente no se le brinda lo necesario para satisfacer el cúmulo de necesidades que le son inherentes o si ello se realiza en menor proporción a la capacidad de hecho que tienen sus deudores alimentarios, la omisión constituye una forma de violencia aún y cuando no tenga como resultado un peligro de sobrevivencia, debido a que el abandono total o parcial por sí mismo es dañoso en función de ser idóneo para generar sufrimiento y su potencialidad se incrementa cuando el acreedor emplea maquinaciones, engaños o cualquier otro mecanismo tendente a distorsionar la realidad con el propósito de evadir la obligación alimentaria. Por ello, el nivel socio—económico de la familia no debe constituir un estereotipo que obstaculice el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes.

El derecho de los niños a contar con un nivel de vida adecuado para su desarrollo integral, a una vida libre de violencia y a ser protegidos por el estado de cualquier forma de sufrimiento, integra el mínimo irreductible de reconocimiento contenido en múltiples instrumentos nacionales, regionales y suprarregionales, entre ellos la Convención sobre Derechos del Niño, que al respecto señala:

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, **dentro de sus posibilidades y medios económicos**, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. (El énfasis no corresponde al original)

Por lo anterior, todas las conductas que ponga en riesgo el sano desarrollo integral de un niño, niña o adolescente constituyen graves ataques al pilar de la sociedad. De la reacción del estado depende que se combatan o que, como toda forma de violencia, avancen en escalada, aparejados de otros efectos nocivos no menos perniciosos como la deserción escolar y la drogadicción.

Por supuesto el respeto a los derechos humanos no puede comprenderse sólo desde el ámbito legislativo. La norma protectora constituye una acción afirmativa que para alcanzar efectividad plena debe acompañarse de mecanismos transformadores, sin embargo, la primera es la que le compete e incluso le es exigible principalmente al Poder Legislativo, mientras que los segundos se concentran en las esferas de la administración pública –a través de la implementación de políticas y programas con enfoque diferenciado–, y de las autoridades encargadas de la procuración y administración, quienes tienen el deber de investigar, probar y valorar con perspectiva de género y de ciclo de vida, para así ajustarse al principio de igualdad y no discriminación; de ahí que las deficiencias o barreras que en éstos ámbitos se presenten no pueden servir de argumento para frenar el cumplimiento de las obligaciones que en materia de derechos humanos le corresponden a la legislatura estadual.

2. CON RELACIÓN A UN POSIBLE CONFLICTO DE NORMAS

Una adecuada técnica legislativa exige tanto la tipificación de los ataques más graves a los bienes jurídicos de mayor valía para un pueblo, como evitar que ese hacer resulte defectuoso, tanto por incompletitud –lo que puede propiciar normas imperfectas, esto es, aquellas que carecen de sanción, u otros problemas que también se traducen en impunidad–, como por exceso, lo que incluye la duplicación de tipos

penales y acarrea conflictos de leyes o antinomias cuya solución se traslada el ámbito interpretativo.

En el particular surge la inquietud de un posible concurso aparente de normas con diversos tipos penales, que se analizarán de manera separada, procurando brindar respuestas claras.

El siguiente estudio partirá de que la estructura de los tipos penales mayoritariamente aceptada. A saber:

- ELEMENTOS OBJETIVOS:
 - PERMANENTES
 - Conducta
 - Sujeto activo
 - Sujeto pasivo
 - Bien jurídico
 - Resultado
 - Nexo causal
 - ACCIDENTALES
 - Calidad específica en los sujetos
 - Circunstancias de modo, tiempo y lugar
 - Medios comisivos

- ELEMENTOS NORMATIVOS

- ELEMENTOS SUBJETIVOS
 - ESPECÍFICOS. Propósitos, finalidades, intenciones.
 - GENÉRICOS. Dolo y culpa.

A. VIOLENCIA FAMILIAR

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 193 del Código Penal en los siguientes términos:

A quien ejerza algún acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, controlar o agredir de manera física, psicológica, patrimonial, económica o sexual, dentro o fuera del domicilio familiar, sobre alguna persona a la que esté, o haya estado unida, por un vínculo matrimonial, de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil; tutela o curatela; concubinato; o bien, que haya tenido o tenga alguna relación afectiva o sentimental de hecho, se le impondrá de uno a cinco años de prisión y el tratamiento integral especializado enfocado a la erradicación de la violencia familiar.

Los actos de violencia a que se refiere el presente artículo se entenderán en los términos de la Ley Estatal del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Se podrá notar que el propio legislador remite a la Ley Estatal del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, a efecto de comprender qué conductas constituyen cada una de sus modalidades. En cuanto a la patrimonial, se transcribe por su importancia:

ARTÍCULO 5. Los tipos de violencia contra las mujeres son:

IV. Violencia patrimonial: Es cualquier acto u omisión del agresor que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en la transformación, sustracción, destrucción, limitación, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima.

VII. Cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, la integridad o libertad de las mujeres.

Las normas que se destacaron permiten afirmar que el tipo penal de violencia familiar, en su especie patrimonial se compone de los siguientes elementos:

- OBJETIVOS:
 - PERMANENTES
 - Conducta. Acción u omisión abusiva de poder consistente en transformar, sustraer, destruir, limitar, retener o distraer objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades del pasivo.
 - Sujeto activo. Quien causa el resultado
 - Sujeto pasivo. Quien sufre la afectación a su supervivencia
 - Objeto material. Objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos, ya sean propiedad del pasivo o destinados al aprovechamiento común de éste y el activo.
 - Bien jurídico. La familia.
 - Resultado. La afectación a la supervivencia del pasivo.
 - Nexo causal. Que la afectación a la supervivencia en que se encuentre el pasivo sea consecuencia de la conducta abusiva del activo consistente en transformar, sustraer, destruir, limitar, retener o distraer objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de aquél.
 - ACCIDENTALES
 - Calidad específica en los sujetos. Que el activo y el pasivo se encuentren o hayan estado unidos por un vínculo de

matrimonio, parentesco por consanguinidad, afinidad o civil; tutela o curatela; concubinato; o bien, que hayan tenido o tengan alguna relación afectiva o sentimental de hecho.

- Circunstancias de modo, tiempo y lugar. Dentro o fuera del domicilio familiar.
- Medios comisivos. No aplica.
- **NORMATIVOS.** No aplica.
- **SUBJETIVOS**
 - **ESPECÍFICOS.** Que el propósito de la conducta sea controlar, dominar o agredir en la esfera patrimonial
 - **GENÉRICOS.** Delito de naturaleza dolosa.

Un análisis somero de lo anterior pudiera conducir a la errónea conclusión de que las conductas fraudulentas en contra de las obligaciones de familiares de índole económica derivadas de los vínculos especificados, encuentran protección en el tipo penal de violencia familiar; sin embargo, hay dos aspectos por destacar:

- a) **En cuanto a la conducta.** El tipo penal utiliza como verbos rectores transformar, sustraer, destruir, limitar, retener o distraer. Sin duda a través de tales acciones pueden resultar idóneas para que el activo genere un detrimento en el activo, no obstante, existen otras que no se contienen y que de igual manera lo son e incluso se utilizan con mayor frecuencia para eludir total o parcialmente el cumplimiento de la obligación alimentaria, como son las de ocultar o simular.
- b) **En cuanto al resultado.** Los delitos pueden ser de daño o lesión, o bien de peligro real o presunto. El de Violencia Familiar en su especie patrimonial es de resultado, al exigir que el daño afecte la sobrevivencia de la víctima, o sea

que la conduzca a vivir con escasos medios o en condiciones adversas, pues el Diccionario de la Real Academia Española, define sobrevivencia como “[a]cción y efecto de sobrevivir”. Y como sobrevivir “[v]ivir con escasos medios o en condiciones adversas”.

Como se resaltó al transcribir el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, quien se encuentra en condición de infancia tiene derecho de recibir satisfactores que no necesariamente se corresponden al mínimo existencial, pues deben suministrárseles de acuerdo a las posibilidades de quienes están a su cargo y por ello, en la primera parte de la justificación se hizo ver que considerar delictiva una conducta de omisión total o parcial en el deber de ministrar alimentos o prestaciones de naturaleza similar, sólo cuando se comprometa la subsistencia equivale a invisibilizar otros derechos de la niñez, como son los de ser protegidos contra cualquier forma de sufrimiento y vivir una vida libre de violencia.

Por último, aún y cuando la fracción VII de la Ley Estatal del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia permite considerar cualquier otro ataque que cause a la mujer daño o menoscabo como violencia de género y, por ende, como violencia familiar, en materia penal ello no es posible en virtud del principio de exacta aplicación de la Ley Penal consagrado en el artículo 14 de la CPEUM que impide la interpretación analógica o por mayoría de razón en perjuicio del imputado.

B. FRAUDE

En su forma genérica el tipo penal de Fraude es concebido por el artículo 223 del Código Penal bajo la siguiente fórmula:

A quien por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero [...]

Sus elementos típicos son:

- OBJETIVOS:
 - PERMANENTES
 - Conducta. Cualquier acción u omisión idónea para hacerse de una cosa u obtener un lucro
 - Sujeto activo. Quien engaña o se aprovecha del error en que otro se encuentra
 - Sujeto pasivo. El titular del patrimonio afectado
 - Objeto material. La cosa alcanzada o el lucro obtenido
 - Bien jurídico. El patrimonio
 - Resultado. Una disminución en el haber patrimonial del pasivo
 - Nexo causal. Que la afectación patrimonial del pasivo sea consecuencia del engaño u omisión desplegada como medio para hacerse de la cosa u obtener el lucro
 - ACCIDENTALES
 - Calidad específica en los sujetos. No aplica
 - Circunstancias de modo, tiempo y lugar. No aplica
 - Medios comisivos. Engaño o aprovechamiento del error
- NORMATIVOS. Los vocablos cosa y lucro requieren atender a una norma para comprender su connotación jurídica
- SUBJETIVOS
 - ESPECÍFICOS. No aplica
 - GENÉRICOS. Delito de naturaleza dolosa

Comprendiendo el propósito de la iniciativa, el análisis de los elementos del tipo revelan los siguientes obstáculos:

- a) **En cuanto a la conducta.** El tipo penal utiliza como verbos rectores hacerse u obtener, de tal manera que no protege contra el ocultamiento o retención de bienes, pues mientras aquellos traen aparejada la acción de alcanzar un objeto o lucro que antes no se tenían, los tres últimos se actualizan cuando el sujeto tiene baso su haber el bien o derecho, pero busca mecanismos para no entregarlo a quien es su acreedor con motivo de derechos de familia – entendida de la manera más amplia –.
- b) **En cuanto al bien jurídico.** El fraude si tutela el patrimonio, mientras que el fraude familiar, si bien también busca protegerlo, lo hace en una esfera específica, como es la de los derechos patrimoniales derivados de los vínculos de familia –reconocidos o no por la Ley, pero sí por el Derecho– y bajo un contexto de relaciones asimétricas en virtud del cual el activo ejerce violencia, por lo que además de especializado es pluriofensivo.
- c) **En cuanto al resultado.** El fraude representa para el patrimonio de la víctima una disminución producto de la pérdida de un bien que formaba parte de él, en cambio, para el fraude familiar, el derecho patrimonial se constituye en una expectativa no alcanzada a consecuencia de la maniobra fraudulenta.
- d) **En cuanto a los medios comisivos.** El fraude requiere el despliegue de un engaño que genere en la víctima una falsa apreciación de la realidad o bien del aprovechamiento del error en que ésta se halle para alcanzar un injusto beneficio patrimonial. Empero, si bien el fraude familiar también lleva implícito un engaño, éste se dirige principalmente a la autoridad, a efecto de

hacerle creer que carece de medios para cumplir la obligación pecuniaria que le fue impuesta, como una manera de perpetuar la violencia y la impunidad.

C. INSOLVENCIA FRAUDULENTE EN PERJUICIO DE ACREEDORES

Este tipo penal se encuentra recogido en el artículo 228 del Código Penal y lo comete quien se coloca “[...] en estado de insolvencia, con el objeto de eludir las obligaciones a su cargo con respecto a sus acreedores”. Sus elementos son:

- OBJETIVOS:
 - PERMANENTES
 - Conducta. Cualquier acción u omisión idónea para quedar en estado de insolvencia
 - Sujeto activo. El deudor que se coloca en estado de insolvencia
 - Sujeto pasivo. El acreedor
 - Objeto material. La obligación patrimonial
 - Bien jurídico. El patrimonio
 - Resultado. La evasión de obligaciones patrimoniales
 - Nexo causal. Que la evasión de la obligación patrimonial se logre a través del estado de insolvencia procurada por el activo
 - ACCIDENTALES
 - Calidad específica en los sujetos. No aplica
 - Circunstancias de modo, tiempo y lugar. No aplica
 - Medios comisivos. No aplica
- NORMATIVOS. No aplica

- **SUBJETIVOS**
 - **ESPECÍFICOS.** No aplica
 - **GENÉRICOS.** Delito de naturaleza dolosa

De este análisis deriva que:

- a) **En cuanto a la conducta.** El delito materia de este apartado sólo prevé el actuar consistente en colocarse en situación de insolvencia, no obstante, muchas de las conductas fraudulentas en demérito de las obligaciones surgidas de relaciones parentales se dan a través de mecanismos distintos, en virtud de los cuales el activo puede seguir apareciendo como solvente, pero en menor medida a la real, con el propósito de no cumplir en sus términos la obligación que le corresponde y por ello, el tipo penal de insolvencia deja impunes conductas graves en perjuicio de acreedores de familia.

- b) **En cuanto al bien jurídico.** El tipo de insolvencia fraudulenta en perjuicio de acreedores tutela el patrimonio de manera amplia, mientras que el fraude familiar lo protege en el ámbito específico de los derechos de familia –en sentido amplio y progresivo– y por ende, en el contexto de relaciones que se vuelven asimétricas en demérito de personas vulnerables que en tal virtud ven comprometidos otros bienes jurídicos inherentes a su dignidad, como son el derecho a una vida libre de violencia y a no ser expuestas a sufrimientos.

II. PROPUESTA

Las conductas cada vez más “creativas” y plurales ideadas para omitir el cumplimiento total o parcial de obligaciones pecuniarias surgidas de vínculos parentales, dañan directamente el eslabón base de la sociedad desde su parte más

sensible: la infancia. Sin pasar por alto que con ello el resto de la familia, principalmente mujeres –madres y abuelas– también se convierten en víctimas, calidad que incluso puede tocar a terceros, como a las defensoras de derechos humanos – ver artículo 4º de la Ley General de Víctimas – .

No se trata de incorporar una figura que proteja el mínimo existencial de las personas a partir de los derechos parentales que le asisten, sino de procurar su integral reivindicación, pues el incumplimiento de la obligación de dar, afecta mucho más que el estatus económico. Debemos reconocerla y visibilizarla como lo que es: una forma de violencia que causa severos daños emocionales, sociales y sí, patrimoniales, pero a través de mecanismos por demás deleznable, como son el engaño a la autoridad producido mediante artificios, maquinaciones u otras formas adecuadas para distorsionar la realidad, ante una víctima que la conoce, la padece bajo un estado de impotencia que la revictimiza frente a la impunidad, la perpetuación de la ofensa y el control ejercidos desde la asimetría que facilita su condición.

Debe mantenerse presente que el artículo 189 del Código Penal ya prevé algunas expresiones del fraude familiar, sin embargo, no contiene las más recurrentes, ni las que afectan a los más vulnerables, por ello se sugiere su derogación para quedar de la siguiente manera:

Comete del delito de fraude familiar quien con el ánimo de incumplir total o parcialmente una obligación alimentaria, indemnización compensatoria u obligación económica o patrimonial derivada de una relación formal o de hecho de naturaleza familiar o derivada de cualquier otra relación sentimental, se coloque en estado de insolvencia o realice cualquiera de las siguientes conductas:

- I. *Realice operaciones inexistentes respecto de bienes o derechos, o los afecte oculte o haga salir de su patrimonio;*
- II. *Haga aparentar un monto menor o la inexistencia de cualquier percepción económica, ingreso, emolumento, salario o prestación,*
- III. *Renuncie a su cargo o empleo o solicite licencia sin goce de sueldo y constituya su única o principal fuente de ingresos.*

A quien cometa alguna de las conductas antes descritas se le impondrá pena de prisión de ____ a ____ años, de ____ a ____ días multa y suspensión de los derechos de familia.

El perdón y las soluciones alteras sólo procederán si el imputado o sentenciado paga todas las cantidades que hubiere dejado de proporcionar.