

265  
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ACATLAN

FACULTAD DE DERECHO

"LA PROBLEMATICA DEL FRAUDE  
PENAL Y CIVIL"

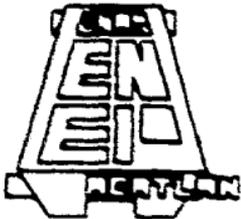
**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :

JUAN MANUEL ROJAS HERNANDEZ

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

ACATLAN EDO DE MEXICO 1991





Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## I N D I C E

	Página
INTRODUCCION. . . . .	1
<b>CAPITULO I. REFERENCIA HISTORICA DEL FRAUDE.</b>	
1.1.- ROMA. . . . .	4
1.2.- FRANCIA . . . . .	24
1.3.- ESPAÑA. . . . .	27
 <b>CAPITULO II. EL FRAUDE EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.</b>	
2.1.- SEMBLANZA DEL DERECHO PENAL MEXICANO. . .	32
2.2.- EL FRAUDE EN EL CODIGO PENAL DE 1871. . .	43
2.3.- EL FRAUDE EN EL CODIGO PENAL DE 1929. . .	47
2.4.- EL FRAUDE EN EL CODIGO PENAL DE 1931. . .	50
 <b>CAPITULO III. EL FRAUDE PENAL.</b>	
3.1.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL. .	60
3.2.- LA CONDUCTA. . . . .	75
3.3.- LA ANTIJURIDICIDAD . . . . .	95
3.4.- LA CULPABILIDAD. . . . .	97
3.5.- LA TENTATIVA. . . . .	99
 <b>CAPITULO IV. EL FRAUDE CIVIL.</b>	
4.1.- NOCION PRELIMINAR. . . . .	103
4.2.- EL ACTO JURIDICO. . . . .	109

4.3.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO.	111
4.4.- REQUISITOS DE VALIDEZ.	125

CAPITULO V. EL FRAUDE PENAL Y EL FRAUDE CIVIL.

5.1.- PROBLEMATICA. . . . .	165
5.2.- OPINIONES QUE ESTIMAN QUE EXISTE DIFEREN- CIA ESENCIAL ENTRE EL FRAUDE CIVIL Y EL - FRAUDE PENAL. . . . .	168
5.3.-OPINIONES QUE ESTIMAN NO EXISTE DIFERENCIA ESENCIAL ENTRE EL FRAUDE CIVIL Y EL FRAUDE PENAL. . . . .	179
5.4.- CONSIDERACIONES PARTICULARES. . . . .	188

CAPITULO VI. JURISPRUDENCIAS. . . . .	200
CONCLUSIONES. . . . .	222
BIBLIOGRAFIA. . . . .	228

### INTRODUCCION

Cuando una persona acude a una Agencia Investigadora del - Ministerio Público a denunciar, según ella, hechos constituti-- vos de delitos, el Agente del Ministerio Público debe saber si\_ los acontecimientos que le está narrando su interlocutor son - verdaderamente delitos o no. Si en realidad son delitos tendra\_ que iniciar una Averiguación Previa.

Pues bien, cuando una persona ha resentido el incumplimien\_ to de un CONTRATO y se siente perjudicada en su patrimonio, no siempre será víctima del delito de fraude, porque ese perjuicio que sufrió o resintió bien puede ser producto del incumplimien\_ to de un contrato.

El particular que llega a la Agencia Investigadora del Ministerio Público y dice: "Fijese que yo le presté a mi vecino - treinta millones de pesos y él me prometió que me los iba a regresar dentro de un mes, y es el caso que ya transcurrió el mes, que ya le requerí que me regresara ese dinero y finalmente él me dice que ya no me lo va a regresar". El Agente del Ministerio Público, escuchar esa versión tendrá que valorar jurídicamente la naturaleza de esos hechos y bien puede encontrarse con que lo que se está narrando es un FRAUDE CIVIL, en cuyo caso - tendrá que orientar al particular para que reclame lo que se le debe por la vía civil; o bien, que se trate de un fraude penal, en cuyo caso tendrá que iniciar una Averiguación Previa. El Ministerio Público debe conocer la naturaleza jurídica de un contrato, así como sus elementos de existencia y requisitos de validez, y fundamentalmente los vicios de la voluntad o los vicios del consentimiento al otorgar el contrato; y también debe conocer cuales son los elementos del tipo del fraude penal, así como las formas de la culpabilidad de dicho delito, concretamente el DOLO DIRECTO y el DOLO EVENTUAL. Una vez que difuncionario esté en aptitud de valorar jurídicamente los hechos que se someten a su potestad, iniciará o no su Averiguación Previa

El presente trasado indaga aspectos históricos, aspectos gramaticales, acude, fundamentalmente, a la doctrina, a la jurisprudencia y a la ley, para tratar de establecer en que casos

se presenta un fraude penal y un fraude civil, para después señalar si hay o no coincidencia en ambos. También se pretende de terminar si la circunstancia de que el legislador haya erigido, como tipo penal el delito de fraude, no se estará violando el artículo 17 Constitucional, mismo que prohíbe, a todas las Autoridades, imponer sanción corporal por aspectos de carácter puramente civil.

Es por ello que, bajo el análisis de todos los aspectos - que hemos citado, se busca encontrar solución a la PROBLEMÁTICA DEL FRAUDE CIVIL Y EL FRAUDE PENAL.

## I

REFERENCIA HISTORICA DEL FRAUDE.

## 1.1. - ROMA.

El fraude constituye una de las figuras delictivas más importantes en nuestra época; sin embargo, es menester el destacar que desde las primeras manifestaciones culturales se pretendía sancionar, de algún modo, a aquellas conductas que a través del ENGAÑO obtenían algún beneficio indebido. Esta regulación nace como una necesidad primordial para vigilar la honestidad en los convenios de carácter comercial.

Así, tenemos que el Código de Manú castigaba al que vendía grano malo por bueno; o al que vendía hilo de algodón por hilo

de seda; el Código de Hamurabi sancionaba a aquellas personas - que falsificaban las pesas y medidas; también en las Leyes Hebréicas se plasmaron normas imperativas con que se pretendía - castigar a aquellos comerciantes que abusaban de los compradores necesitados.

Visto lo anterior, es importante destacar que esos imperativos no presentan una noción técnica, ni precisan un concepto concreto del fraude, esto en razón de que los antiguos legisladores se preocupan por regular aquellas conductas que en el momento se presentaban, por lo que las posibles represiones a estas se daban de manera casuística.

La razón de que en la presente investigación se tome en - consideración la referencia histórica del antiguo Derecho Romano obedece a que, si analizamos el mundo jurídico que nos rodea fuera del Derechos Islámico-Musulmán, el Derecho Chino y el Comunista, el Derecho se divide en dos grandes hemisféricos: El - Derecho Anglosajón y el Derecho Latino o Romano. México pertenece al segundo; por lo que se debe de tomar como antecedente lo establecido por los jurisconsultos romanos para poder comprender el por qué de la mayoría de nuestros, aún actuales, preceptos.

El estudio de esta cultura resulta un poco complicada, al

menos para nosotros, en razón de que existe una gran contradicción entre lo que señalan los tratadistas y lo que establecen los historiadores, principalmente de la época de Augusto, ya -- que estos se dejaban llevar, en la mayoría de las ocasiones, por la fantasía, y los datos, sobre todo en fechas, que ellos aportan no corresponden con los recabados por los investigadores. -- Así pues, siguiendo lo señalado por el maestro GUILLERMO FLORIS MARGADANT<sup>(1)</sup>, tomaremos como punto de partida el año dos mil -- antes de Cristo para revisar tan importante legado.

Es en el año mencionado cuando comienza a darse, en el mediterráneo, un gran movimiento inmigratorio de pueblos ARIOS -- que según unos autores, procedieron de la Llanura Bactriana, y según otros, del noreste de Rusia-, dicho pueblo tenía como actividad principal la del pastoreo, y por lo tanto se consideraba que eran de los llamados nómadas.

Refiriéndonos concretamente a la cultura romana, diremos -- que el grupo principal de arios que penetraron fueron los llamados UMERIOS, quienes fueron expulsando hacia el noroeste de la

C. fr. Floris Margadant, Guillermo. "Derecho Romano". 13a. Edición. México, Esfinge, 1985. p. 19.

península y el sur de Francia, al pueblo autóctono de la región: los LIGURES. Otros grupos arios que invadieron la península fueron principalmente dos: los ILIRIOS y los LATINOS, siendo estos últimos quienes se establecen en la parte central de la costa occidental.

Asimismo, hacia fines del segundo milenio antes de Cristo, el mediterráneo de el Asia Menor, denominados ETRUSCOS, estos eran grupos de bárbaros, piratas y magos y a su vez, refiriéndonos a Italia, dicho pueblo se establece en la región Toscana; al sur de estos, en ramificaciones, se ubicaron los umbríos y latinos, quienes a través de pequeñas aldeas formaron una confederación con el fin de protegerse de sus vecinos del norte, y es así como se funda la ciudad de ALBA-LONGA.

A fines del siglo VIII Antes de Cristo, en el sur de Italia se comienza a dar una situación curiosa, y a la vez de mucha importancia: la invasión cultural y colonial de pueblos procedentes de Grecia.

Es así como en Lacio -lugar en donde se establecieron los latinos- comienza a darse, en su población, un impresionante desarrollo en todos los ámbitos, esto debido a que se encontró inmersa entre dos grandes y a la vez diferentes culturas, la etrusca y la griega; y de este modo es como comienza a darse el

nacimiento de la cultura romana.

La gran mayoría de los tratadistas, contando con sus excepciones, coinciden en destacar que la cultura en alusión se desarrolla en cuatro períodos, variando en la denominación que le dan a cada período.

Así tenemos que GIRARD, quien es citado por RENE FOINET, - señala los siguientes períodos:

"I. LA REALEZA.- Abarca desde la fundación de Roma al año de 244 de la era romana, esto es de 753 a 510 Antes de Cristo.

II. LA REPUBLICA.- Este período se da del año 244 de Roma y termina en 727 de Roma (510 a 27 A.C.).

III. EL PRINCIPADO.- Aquí encontramos que la etapa comienza con el principado de Augusto y termina con el advenimiento de Diocleciano, esto es de 727 de Roma o 27 a 284 de la era Cristiana.

IV. MONARQUIA ABSOLUTA.- Su extensión comienza con Diocleciano y termina con la muerte de Justiniano, que marca al mismo tiempo la decadencia de Roma (284 a 565)".<sup>(2)</sup>

2.- C. fr., GIRARD, citado por FOINET, RENE. "Manual Elemental de Derecho Romano. (tr. Arturo Fernández A.) México, José M. Cajica, 1956, p. 8.

Por otro lado, el profesor FLORIS MARGADANT señala, tam---  
bién cuatro períodos, siendo:

- "I.- LA MONARQUIA.- De 753 a 510 Antes de Cristo.
- II.- LA REPUBLICA, de 510 a 27 Antes de Cristo.
- III.- EL PRINCIPADO, de 27 Antes de Cristo a 285, después\_  
 de Cristo.
- IV.- LA AUTOCRACIA, de 285 a 565 Después de Cristo". (3)

Como pequeña semblanza de cada uno de estos períodos, pode  
 mos destacar lo siguiente:

De la monarquía, que los reyes que rigieron el destino de\_  
 la naciente región fueron, en primer lugar ROMULO -señalado por  
 los historiadores de Augusto-, quien establece el régimen de la  
 propiedad privada; NUMA, quien da la religión romana; ANCO MAR-  
 CIO, que es el último rey ario; TARQUINO EL ANTIGUO; SERVIO TU-  
 LIO y TARQUINO EL SOBERBIO, quien con su despotismo e irracional  
 egoísmo provoca la ira del pueblo y es así como en el año 510  
 Antes de Cristo nace la República.

Como Instituciones en esta etapa destacan, en primer lugar

el rey, los senadores (300), los comicios por curias y centurias y los gentes, que eran como federaciones de DOMUS (familias) y los que determinaban el Derecho Privado.

En la República es cuando comienzan las grandes conquistas del pueblo romano -Cártago, Macedonia, Mar Adriático, Asia Menor, Egipto etc.-; y como Instituciones de Derecho, tenemos que el rey es relevado en sus funciones por el Pontifex Máximus en lo religioso, el Censor en la designación del senado, y en otras por dos consules, quienes al tener que estar en la tierra recién conquistadas, delegaban sus funciones a los magistrados -cuestor, prestor, edil, dictador, etc.-, subsistiendo Instituciones como el Senado y los Comicios.

En el período denominado Principado, con OCTAVIO, más tarde llamado AUGUSTO, nuevamente se reúnen en una sola persona, -emperador, los poderes que en la anterior etapa se habían delegado a los consules y magistrados. Aquí aparentemente, las relaciones entre el emperador y el senado mejoran por así convenir a sus intereses políticos, siendo éstas las dos Instituciones de mayor importancia de la referida etapa; es por esto que también se le denomina DIARQUÍA.

Con DIOCLECIANO comienza la inminente caída del Imperio, -este tuvo que enfrentar a los grandes problemas legados por --

sus antecesores, como las revelaciones de los pueblos conquistados, la inseguridad en las carreteras, la corrupción de los servidores públicos, restricciones a la libertad individual, etc. Ya el Senado no tiene la influencia de antaño, al igual que cualquier otro instrumento del Estado, pasa a formar parte de los servidores del emperador. Roma e Italia pierden poco a poco su privilegiada situación; Diocleciano -emperador de occidente- sólo reside ahí aproximadamente veintidós meses; CONSTANTINO -emperador de Oriente- establece su residencia en Bizancio, llamada después CONSTANTINOPLA. Hacia el año de 395 la división del Imperio es definitiva.

Es precisamente un emperador de Oriente, JUSTINIANO -527 a 565- quien a través de su compilación CORPUS IURIS CIVILIS codifica el Derecho Romano, que hasta entonces se daba como Derecho no escrito.

Se hace esta brevísima referencia histórica en virtud de que dependiendo de la época se emitieron diversas clases de ordenamientos jurídicos.

El Derecho Romano se dividía en dos grandes campos a saber siendo: el IUS PUBLICUM y el IUS PRIVATUM, al decir de ULPIANO, quien es citado por Floris Margadant, el Derecho Público "es aquél que se refiere a la República, y el Derecho Privado es

aquél que se refiere al interés de los particulares" (4) Ahora - bien, como hace notar el mismo autor, esta clasificación no es tan sencilla como parece, ya que Instituciones que se consideran deben pertenecer al Derecho Público las encontramos en el campo del Derecho Privado, tal es el caso de algunos preceptos de carácter penal y procesal.

Al respecto, en la antigua Roma existían delitos considerados PUBLICOS (CRIMINA) y delitos PRIVADOS (DELICTA).

Las conductas consideradas como Crimina eran aquellas que iban, principalmente, en contra de imperativos de carácter militar y religioso, que asimismo ponían en peligro la estabilidad social, estos delitos se perseguían de oficio y merecían penas públicas tales como la decapitación, el ahorcamiento en el arbor infelix o el lanzamiento desde la roca Tarpeya.

Por lo que hace a las conductas consideradas como Delicta, estas eran aquellas que causaban daños solo a particulares y excepcionalmente dañaban a la comunidad, como características

se pueden señalar que se perseguían a petición de la persona - ofendida -lo que llamamos por Querrela-, y como principal, que\_ daba lugar a una multa privada.

Estos delitos se comenzaron a establecer partiendo de la - venganza privada, llegando hasta la intervención del pretor que era el magistrado que tenía como función la de administrar la - justicia de carácter civil- y cuando este funcionario interviene para darle mayor eficacia a la normatividad en la regulación de tal conducta, dicha regulación recibe el nombre de IUS HONORARIUM, el cual se diferencia del IUS CIVILE en que este derecho se manifiesta en costumbres, leyes, senado-consultos y plebiscitos; sin embargo, estos dos tipos de ordenamientos no quedan fuera del campo del DERECHO PRIVADO.

Así pues, tal y como señala el maestro DEMETRIO SODI<sup>(5)</sup>, - es difícil el tratar de establecer la naturaleza del delito de fraude, toda vez de que en la época del antiguo derecho romano\_ no se creó norma jurídica alguna que sancionara concretamente a - las conductas fraudulentas; y sin embargo dentro del Derecho --

5.- C. fr. Sodi, Demetrio. "Nuestra Ley Penal". México, Libre-  
ría de la Vda. de Ch. Boret, 1917. Tomo II. p. 140.

Privado encontramos las figuras que en algún modo se relacionan o guardan, en determinado momento, similitud con el tipo en estudio.

RENE FOINET<sup>(6)</sup> distingue, dentro de los delicta, al Furtum, - la Injuria y el Damnum Injuriam de la Ley Aquilia. Dentro de los Delitos Pretorianos señala a la rapiña, el Dolus. el Metus y el Fraus Creditorum.

EUGENE PETIT, mismo que es citado por JIMENEZ HUERTA, establece lo siguiente: "... las Instituciones de Gayo y las de Justiniano no citan más que cuatro delitos privados: FURTUM; DAÑO CAUSADO INJUSTAMENTE y castigado por la Ley Aquilia, DAMNUM; el ROBO y DAÑO acompañado por violencia y la INJURIA".<sup>(7)</sup>

FLORIS MARGADANT,<sup>(8)</sup> a su vez, señala tres delitos de Derecho Civil y cuatro delitos de Derecho Pretoriano. Dentro de los primeros están el FURTUM (robo), DAMNUM INIURIA DATUM (daño en propiedad ajena) y la INJURIA; dentro del IUS HONORARIUM señala al RAPIÑA, la INTIMIDACION, el DOLO y el FRAUS CREDITORUM.

6.- C. fr. Foignet, René. Op. Cit. p. 165.

7.- Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". 4a. Edición. México, Porrúa, 1981. p. 134.

8.- Op. Cit. p. 433.

En razón del objeto del presente capítulo, y tomando en cuenta lo manifestado por SODI y mencionado líneas arriba, nos concretaremos a revisar las figuras del FURTUM, DOLUS, y FRAUS\_ CREDITORUM por ser las figuras que más se asemejan al tipo penal del fraude.

#### EL FURTUM.

Etimológicamente FURTUM, que se encuentra relacionado con la palabra FERRE, es llevarse o apoderarse de cosa ajena sin ninguna base en Derecho. Los antiguos legisladores romanos designaban con esta palabra al ROBO; sin embargo, es menester el apuntar que la connotación sobre el tipo robo no se presenta en dicha época, como lo conocemos hoy en día, toda vez de que como FURTUM se sancionaban las conductas consistentes en apoderamiento ilegal de cosa ajena -furtum rei-; como FURTUM USUS se sancionaba al tenedor o poseedor legítimo de la cosa cuando se extralimitaba sobre sus derechos de detentor; asimismo se creó la figura jurídica del FURTUM POSESSIONIS que castigaba al dueño de la cosa cuando éste, sin derecho, se la retiraba al legítimo poseedor; incluso como FURTUM se consideraba a aquella conducta en donde se recibiera un pago indebido y no se dijera nada.

MARIANO JIMENEZ HUERTA, al respecto señala: "...recuerda - Tolomeí (La Truffa) que era penado a título de furtum quien ob-

tenía un dinero haciéndose pasar por el acreedor simulando la -  
 cualidad de heredero, asumiendo el nombre del verdadero procura-  
 dor o fingiendo serlo; quien pedía dinero haciéndose pasar por  
 pobre y quien en daño del vendedor entregaba al comprador, con  
 quien previamente se había puesto de acuerdo, un peso mayor del  
 justo". (9)

PAULO, quien es citado por FLORIS MARGADANT, establece: -  
 "FURTUM EST: FRAUDOLOSA CONTRACTATIO REI, LUCRI FACIENDI GRAFIA  
 VEL IPSIUS REI, VEL ETIAM USUS, VEL EIUS POSSESSIONIS, el robo -  
 es un aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener  
 una ventaja, robándose la cosa misma, o su uso o su pose-----  
 ción". (10)

Visto lo anterior, tenemos que dicho delito se integraba -  
 por dos elementos, siendo el primero el denominado CONTRACTATIO  
 REI, que era el aprovechamiento ilegal; y el segundo, que era -  
 carácter subjetivo, este se denominaba ANIMUS FURANDI, y era -  
 aquella intención dolosa.

Asimismo para ejercitar acción sobre este tipo de conduc--  
 tas, existían dos clases que, consideramos, caracterizaron a -  
 los derechos privados. Una, llamada POENAE PERSECUTORIA, que --  
 era la que se ejercitaba con la intención de que la víctima ob-  
 tuviera algún beneficio a través de la multa privada; y, la -

9.- Op. Cit. p. 128.

10.- Op. Cit. p. 338.

REIPERSECUTORIA, que era la que se ejercitaba con el fin de que el ofendido tratará de recuperar la cosa robada, y en caso de no ser posible, su indemnización.

Este delito, en un principio -hablemos de la fundación de Roma- era sancionado como Crimina, pero con la evolución de las Instituciones jurídicas se le fué dando el carácter de Delicta, y las más de las veces la multa era equiparable a cuatro veces el valor de la cosa, esto, cuando fuera sustraída dolosamente y se le encontrara en poder del activo.

#### EL DOLUS.

Los romanos distinguían al DOLO en dos tipos, siendo el primero el denominado DOLUS BONUS y el segundo, el llamado DOLUS MALUS; el primero consistía en aquella habilidad, astucia e inteligencia con que los comerciantes decían una mentira con el propósito de obtener una venta de sus productos. Los pobladores consideraban que este tipo de conductas no ameritaban castigo alguno, y más bien lo tomaban como una situación humorística.

Por lo que respecta al DOLUS MALUS, LABEON, quien es citado por FLORIS MARGADANT, establece que el Dolo Malo es "toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta con la que se en-

gaña a otra persona".<sup>(9)</sup> Si reparamos en la frase "habilidad - maliciosa" podemos aventurarnos a establecer que ya desde esta época se consideraba al dolo no sólo en actos positivos, sino - también en actos llamados negativos, tal es el caso del que calla maliciosamente una circunstancia con el fin de hacer caer - en el error a la otra parte y obtener una ventaja.

Por otro lado, hemos de señalar que en las primeras manifestaciones jurídicas de la cultura en estudio, únicamente como defensa contra las conductas maliciosas se convenía por las partes contratantes la CLAUSULA POLI, y que consistía en una estipulación en la que ambos se responsabilizaban de las consecuencias que pudiera generar una actitud dolosa.

La LEX PLECTORIA, que se da dos siglos antes de Cristo, - amplió, en pequeña medida, el campo de sanción de éstas conductas, al establecer que podían anularse los convenios cuando se engañaron a los menores de veinticinco años y a las mujeres.

En la época de la República, siendo Pretor AQUILIO GALO - amigo de Cicerón, se da la ACTIO DOLI y era la que se ejercitaba cuando una de las partes, al celebrar un convenio, sufría -

9.- Ibidem. p. 338.

un daño por engaño o habilidad maliciosa del segundo; como características de este tipo de acción están:

1.- Se ejercitaba directamente sobre la parte con que contrataba la víctima y no contra terceros.

2.- Tenía por objeto el valor del daño y pasado el término de un año se podía ejercitar en contra de los herederos del activo, en razón al valor de su enriquecimiento.

3.- Era infame.

4.- Era Arbitraria.

5.- Era Subsidiaria.

JUSTINIANO en su CORPUS IURIS, al referirse al dolo, lo distingue en DOLUS CAUSAM DANS CONTRACTUI, esto es, que sin dolo el negocio no se hubiera realizado; y, DOLUS INCIDENS, que se daba cuando sólo hubiera recaído en un punto o parte del contrato y que al no haberse presentado de cualquier forma se habría celebrado el negocio.

Otro tipo de acción que se podía ejercitar contra las conductas dolosas era la llamada EXCEPTIO DOLI, la cual se impugnaba cuando en promesas para celebrar un negocio una de las partes estaba viciada por dolo, y el que la invocaba impedía cualquier acción de cumplimiento por parte del acreedor.

Un principio que surge en la era Romana, y que sigue vigente hasta nuestros días es que si el dolo era recíproco, la *actio doli* y la *exceptio doli* no procedía para ninguna de las partes.

### FRAUS CREDITORUM

Se consideraba como *fraus creditorum* a aquella serie de actividades que desarrollaba el deudor con el fin de provocar, o mejorar dicho, aparentar insolvencia y así evitar el cumplimiento, de su parte, de la obligación.

Mediante la *ACTIO PAULIANA* el acreedor se protegía solicitando la anulación de los negocios que insolventaron al deudor. A este tipo de acción se le denominó así en honor al Pretor PAULO, quien la instituyó, aunque con diverso nombre.

Como características de esta figura jurídica podemos señalar las siguientes:

- 1.- Era anual.
- 2.- Si el negocio era oneroso se tenía que demostrar la mala fe del tercero, si era gratuito la acción anulaba el negocio, aún cuando el tercero hubiera actuado de buena fe.
- 3.- Esta acción no surtía efectos contra aquellas perso---

nas con las que hubiese contratado el tercero, siempre que obraran de buena fe.

4.- La acción se ejercitaba sólo cuando el deudor se empobrecía y no así cuando repudiaba el enriquecerse." (10)

La acción se ejercitaba no aisladamente por cualquier acreedor interesado, sino que se hacía a través de un CURATOR BONORUM VENDEDORUM, que desempeñaba en la sociedad romana similar - función a la que actualmente efectúa el Síndico de una Quiebra.

El multicitado FLORIS MARGADANT<sup>(11)</sup> reflexiona sobre el - presente ilícito y afirma que sólo porque el CORPUS CIVILES, lo marca como Delito Privado debe considerarse como tal, pero, sin embargo, no tiene como sanción la infamia ni la multa privada y que en tal virtud debe de considerarse como una acción sólo de - carácter RECISORIO DE DERECHO CIVIL, más que DELITO.

Por otra parte, el tratadista italiano FRANCESCO CARRARA, - al ocuparse del delito de fraude, lo hace en el término de ESTE LIONATO o STELLIONATUM, y al respecto señala: "El estelión o sa

10.- Ventura Silva, Sabino. "Derecho Romano". 4a. Edición. México. Porrúa, 1978. p. 287.

11.- Op. Cit. p. 415.

lamandra, animal de colores indefinibles, pues varían ante los rayos del sol, sugirió a los romanos el nombre de estelionato como título del delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena que fluctúan entre la falsedad y el hurto, y que aunque participen de las condiciones de uno y de otro delito, no son propiamente ni el uno ni el otro. .. participa del hurto porque ataca injustamente la propiedad ajena; del abuso de confianza porque se abusa de la buena fe de otros; y de la falsedad porque a ella se llega mediante engaños y mentiras" (12)

PAVON VASCONCELOS al citar a PUIG PEÑA, destaca que "... no puede hablarse de autonomía en la incriminación de la estafa, sino hasta el Derecho Romano de la época Imperial, pues las graves figuras de DOLUS MALUS quedaban comprendidas en el CRIMEN FALSI, o bien daban lugar a una ACTIO DOLI, productora de infamia; siendo en tiempo de los emperadores cuando adquiere categoría de DELITO, surgiendo en tiempo de los emperadores cuando adquiere categoría de DELITO, surgiendo en tiempos de ADRIANO el STELLIONATUS y citando el Digesto numerosos casos del mismo" (13)

- 12.- Carrera, Francesco. "Programa de Derecho Criminal". (tr. - José J. Ortega). Vol. IV. 2a. Edición. Buenos Aires Argentina, Temis, 1966, p. 412.
- 13.- Pavón Vasconcelos, Francisco. "Comentarios de Derecho Penal". 5a. Edición. México, Porrúa, 1982, p. 148.

El stielionatus se crea como una necesidad básica para sancionar aquellas conductas que no podían ser tipificadas en la - falsedad o en cualquier otra cualificación delictiva.

## 1.2.- FRANCIA.

Al tratar esta cultura no podemos sino reconocer la importante aportación que en el campo jurídico lega al mundo. Al -- igual que del Derecho Romano, el derecho mexicano, en determina da época, funda su estructura jurídico-social en base a lo ob-- servado por los grandes movimientos dados en el país galo. Re-- cordemos que con la Constitución Política de 1857 se dan en Mé-- xico las garantías de los individuos frente al Estado y esto - no es sino consecuencia del seguimiento que hay de la Revolu--- ción Francesa.

Por lo que respecta al presente trabajo, diremos que el - Código Penal Frances atiende al delito que conocemos con el nom

bre de fraude, como ESCROQUERIE, y al respecto el maestro DEMETRIO SODI señala que "... en Francia, con el fin de poner coto a los escandalosos fraudes cometidos por los comerciantes se expidieron las Leyes de veintisiete de Marzo de 1851 y de cuatro de Febrero de 1888; pero juzgándose insuficientes, se expidió la del primero de Agosto de 1905". (14)

En tal orden de ideas, tenemos que en el artículo 405 del Código Penal francés, de esta última fecha, se castiga como delito de escroquerie a "Cualquiera que haciendo uso de falso nombre o falsas cualidades, empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente, o cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar o ha intentado hacer remitir o entregar fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas descargos, y que por cualquiera de esos medios estafa o intenta estafar a la totalidad o parte de la fortuna de otro, será castigado con prisión". (15)

14.- Op. Cit. p. 151

15.- González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano".- 7a. Edición. México, Porrúa, 1964. p. 272.

El problema que encontramos, al hacer un somero análisis - del precepto antes mencionado, es que el legislador francés fue demasiado práctico y a la vez casuístico, "...en forma cerrada\_ enumera los diversos comportamientos tácticos que según la previsión del legislador pueden integrar el delito... Con razón pu do decir GARRAUD que la impunidad era el premio que el Código - otorgaba al delincuente que imaginare y pusiera en práctica un procedimiento para estafar diverso de lo que la ley describía". (16)

Asimismo, podemos establecer que el tipo penal antes mencionado constituye uno de los antecedentes más directos, en relación al precepto que hasta la presente fecha encontramos en - el artículo 386 de nuestro Código Penal: esto va en relación a que si observamos sus elementos constitutivos estaremos en posibilidad de precisar que coinciden en la existencia de dos fac tores: uno psicológico, intelectual o subjetivo, que es la pues ta en juego de maniobras engañosas' y otro, objetivo o mate---- rial, que se traduce en la obtención de un lucro indebido en - perjuicio del pasivo del delito, aunque podríamos agregar que -

difiere de la enumeración casuística de que hace uso aquel ordenamiento por los inconvenientes que conlleva, sin olvidar la inidentidad de este que, en razón de método caracteriza a nuestro diverso artículo 387 Penal.

### 1.3.- ESPAÑA.

Para comenzar diremos que el Derecho Penal español conoce a la figura delictiva en estudio con el vocablo ESTAFA.

Ahora bien, como referencia histórica encontramos que el Fuero Real y las Siete Partidas si se ocupan de regular conductas fraudulentas, así pues, con relación al Fuero Real, en la Ley IX, Título XIX, Libro III se establece que "NINGUN HOME NO TEMA EMPEÑOS COSA AJENA, NI LAS SUYAS NON LA EMPEÑE EN DOS LUGARES NI LA COSA QUE TUVIERE EMPENADA, NON LA EMPEÑE A OTRO POR MAS, NI EN OTRA GUIZA, SINO COMO EL LA TUVIERE; E QUIEN CONTRA ESTO FUERE, PECHE LO QUE EMPEÑARE DOBLADO A SU DUEÑO E SI LA COSA EMPEÑARE: EN DOS LUGARES, O EN MAS, PECHE A CADA UNO DE

ELLOS A QUIEN LA EMPENARE, EL DOBLE DE LO QUE AQUELLA COSA VALIERE". (17) Este precepto señalaba que bajo la pena, en caso de faltar al mandato, de pagar el doble del valor de la cosa que hubiese empeñado o enajenado sin tener derecho a ello o si teniéndolo, lo hiciere en dos lugares o a dos personas disponiendo de una cosa en perjuicio de otra persona.

Por lo que respecta a la regulación de la estafa en las Siete Partidas indagamos que en la Partida V, Ley XIX, Título V "se condenaba al vendedor de cosa ajena a pagar al comprador de buena fe el precio y todos los daños y menoscabos que le resultaren de la defraudación, cuando una cosa era empeñada a dos personas por más de lo que valía, o cuando alguno empeñaba cosa ajena no sabiéndolo el que lo recibía, el juzgador estaba autorizado para imponer una pena arbitraria". (18)

CARRARA<sup>(19)</sup> recuerda que el legislador de las Siete Partidas percibió sagazmente que el delito en alusión no podía ser definido en forma genérica, aunque se le podía ejemplificar en alguna de sus formas, de las cuales los juzgadores podían extraer un criterio para distinguir y separar, en el tráfico huma

17.- Macedo. Miguel S. "Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano". México. Cultura Mexicana, 1931. p. 83

18.- Ibidem. p. 90.

19.- C. fr. Op. Cit. p. 414.

no, los artificios criminosos de los que no lo eran. En tal --  
 sentido pudimos extraer de la Partida V, Ley VII, Título XVI -  
 que "NON PODRIA OME CONTAR EN QUANTAS MANERAS FAZEN LOS OMES -  
 ENGAROS LOS VNOS A LOS OTROS". (20)

Siguiendo tal sentido -del que no compartimos la misma -  
 opinión- la regulación casuística y fáctica, siguió imperando -  
 en el Código Español de 1870, y en su artículo 550 precisa que\_  
 "Se castigará con arresto mayor y multa al triple del importe -  
 del perjuicio, al que diciéndose dueño de una cosa inmueble la  
 enajenare, gravare o empeñare". (21)

Y por el mismo sentido, el artículo 548 señalaba nueve ca-  
 sos concretos que se castigaban y sancionaban como delitos de -  
 ESTAFA. Dado el propósito del presente capítulo consideramos --  
 que no es oportuno señalarlos.

El Código Penal Español de 1928 no sólo mantiene los nueve  
 casos concretos mencionados arriba, sino que ahora establece -  
 veintiún tipos de estafa en su artículo 725, y de forma ilustra

20.- Macedo. Miguel S. Op. Cit. p. 90

21.- Jiménez de Asúa, Luis y Oneca. "Derecho Penal Conforme al  
 Código de 1928". 1a. Edición. Reus, Madrid, 1929. p. 322.-

tiva, podemos citar los siguientes: "A los que usaran nombre - fingido atribuyéndose poder; a los traficantes que defraudaren usando pesos o medidas falsas en el despacho de los objetos de su tráfico, etc." (22)

El delito en cuestión se agravaba cuando, según el artículo 726, concurría cualquiera de las siguientes tres circunstancias:

"I.- Que para realizar o intentar el engaño característico del delito, el culpable hubiere utilizado documentos falsos o fingidos, con apariencia de documentos reales, expedidos o que parezcan serlo por alguna oficina o Centro del Estado, la Provincia o el Municipio, cuando estos hechos no sean penados separadamente.

II.- Que el culpable hubiere hecho uso con propósito de lucro para sí mismo, para otro o para alguna entidad a la que pertenezca o a la cual preste sus servicios de cualquier clase, de cantidades, valores u objetos en cuya custodia o cuidado tuviera intención.

III.- Que el culpable perteneciere a una Asociación, Agrupación u otra Organización de cualquier clase, que tuviera por fin la realización de delitos análogos al que sea objeto de la condena." (23)

## II

"EL FRAUDE EN EL DERECHO PENAL MEXICANO".

## 2.1.- SEMBLANZA DEL DERECHO PENAL EN MEXICO.

Es importante el que tratemos de hacer un esfuerzo para conocer, cual fue el origen del tipo penal de fraude en nuestra cultura; más sin embargo, al indagar en los legados históricos de México, encontramos una serie de obstáculos que, desgraciadamente, no nos permiten señalar elementos relevantes de tan importante cultura.

Muy pocos datos tenemos que traten sobre la legislación en materia penal de nuestros antepasados; pero podemos afirmar que

estos sí se ocuparon de dicha materia. El problema radica, principalmente, en que nuestro territorio se dividía en pequeñas - "naciones", y cada nación tenía su propio lenguaje, sus propias costumbres y hasta su propia identidad, y por lo tanto su propia estructura jurídica.

Los historiadores que llegaron a tierras aztecas, junto con la conquista española, señalaban que de todas estas "naciones" sobresalían, fundamentalmente, dos, siendo, la MAYA y la - AZTECA.

Sobre la cultura Maya, como elementos sobresalientes se indica que su población se dividía en diecinueve entidades, y de estas las más importantes fueron CHICHEN- ITZA, UXMAL y MAYAPAN. Al frente de cada entidad se encontraba un Jefe Supremo de Estado llamado HALAC UINIC y al lado de éste un sacerdote denominado AHAU CAN, que compartía las tareas del Gobernante; asimismo, para los asuntos de la administración de la ciudad que dependía de su territorio, el HALAC UINIC delegaba funciones a Jefes Locales llamados BATAB.

Los BATAB tenían poderes parecidos al Ejecutivo y Judicial que en la actualidad conocemos. Por otro lado, estos funcionarios eran "presidentes" -por de algún modo llamado- de los Consejos Locales, y que a su vez, estos, se encargaban, principal-

mente, de cuidar que los pobladores cumplieran con todas sus - obligaciones. En tiempos de guerra, los BATAB, eran los Jefes - de los grupos militares que se formaban dentro de su territorio.

Ahora bien, el Consejo Local era formado por varios Jefes\_ de Barrio y sin el consentimiento de éste Consejo el Batab no - podía realizar absolutamente nada.

En este pueblo, al igual que en la mayoría de las culturas antepasadas, las leyes penales eran muy severas. Las causas comunes las resolvía el Batab, pero los casos graves los resolvía consultando al Halac Uinic.

Al respecto el maestro CASTELLANOS TENA señala: "Las penas que regularmente se aplicaban eran la de muerte o la esclavi---tud... Las conductas que se castigaban con pena de muerte eran\_ las del adúltero, homicida, incendiario, raptor y corruptor de\_ doncellas". (1)

Como dato complementario podemos citar que el adúltero era entregado al marido ofendido para que se hiciera justicia por -

1.- FERNANDO CASTELLANOS. "Lineamientos Elementos de Derecho -- Penal". 22a. Edición. México, Porrúa, 1986. p. 40.

su propia mano, pudiendo, este, perdonarle la vida o matarlo: - pero antes eran expuestos, los culpables, a la vergüenza pública y la mujer, tras ser infamada, era repudiada. El homicida - era castigado con la muerte, pero en algunos casos quedaba el - homicida como esclavo de la familia del occiso, para, de algún modo, reparar el daño que había causado, trabajando.

Respecto a las conductas que afectaban al patrimonio de - los pobladores, únicamente encontramos regulaciones respecto al ROBO. Esta conducta se castigaba con la esclavitud del ladrón\_ hasta que se compensara el importe del daño causado: y si el au\_ tor de la conducta era noble, se le degradaba haciéndole marcas en el rostro.

Por lo que respecta al pueblo AZTECA, es importante mencio\_ nar algunos aspectos de su cultura, ya que definitivamente fue la población que más influencia tuvo en la época prehispánica.- Fue la cultura que mayor poderío desarrolló en todos los aspectos.

La unidad fundamental de la sociedad azteca era el CALPU-- LLI, y se formaba por aquellos individuos que pertenecían al - mismo "linaje", esto es, que tenían una identidad nacional, que tenían en común la religión, escuela y forma de pensar; y como\_

característica sobresaliente, que poseían en común la tierra - que les era asignada en el sector de la ciudad en que vivían.

Así pues, las familias que integraban el Calpulli se re--  
gían por lo dispuesto por los ancianos; los hijos vivían bajo -  
la tutela del padre hasta que se casaban. El matrimonio era mo--  
nogámico, pero los nobles podían tener varias mujeres y los hi--  
jos de éstas se consideraban legítimos.

El Calpulli funcionaba como una entidad independiente, -  
aunque ligada políticamente por los demás calpullis y sometida\_  
a las autoridades superiores; pero cada uno tenía sus propios -  
funcionarios llamados CALPULLEC y sus soldados formaban cuerpos  
separados con sus jefes especiales.

En un principio la tribu mexicana se dividía en cuatro cal\_  
pullis; pero a medida que fue aumentando la población los pri--  
meros se fueron subdividiendo en otros menores, hasta completar  
el número de veinte. Como mencionamos, el calpulli tenía su pro\_  
pia Autoridad y esta era elegida de entre los propios integran-  
tes del grupo seleccionando a miembros de familias que tuvieran  
la categoría de nobles, es decir, de familias antiguas. De las  
facultades que tenía el CALPULLEC podemos citar las siguientes:  
la distribución de las tierras comunes; decidía en caso de ha--  
ber disputa entre estas; administraba la justicia, respecto a -

asuntos de importancia menor; representaba al grupo en las Asam\_ bleas de Clanes, y; cobrada los impuestos.

También existía otro tipo de funcionario llamado ACHCAUTLI, que tenía como función la de conservar el orden social en tiem\_ pos de paz, y la de comandar a los guerreros del calpulli auxi\_ liado por otros jefes subalternos.

Visto lo anterior, y siguiendo lo mencionado por CASTELLA- NOS TENA "...dos Instituciones protegfan a la sociedad azteca - y la mantenfan unida, constituyendo el origen y fundamento del\_ orden social: LA RELIGION Y LA TRIBU" (2)

Respecto a la religión, encontramos que la cultura azteca no es la excepción de las antiguas culturas universales. El te\_ mor a los dioses es lo que hace al individuo primitivo el obser\_ var las conductas a seguir, marcadas por los sacerdotes. Estos, a la vez, tienen una enorme influencia en todos los aspectos - de la vida azteca, tanto en lo social como en lo particular. La persona del sacerdote, la mayoría de las veces, se confunde en dos tipos de funciones: la POLITICA Y LA TELEOLOGICA.

Por cuanto hace a la tribu, como hemos visto, esta se integra por una verdadera comunidad, el poblador siente la necesi--dad de servir al calpulli para obtener un beneficio común; y -porque no decirlo- por temor a que, si observa conducta contra--ría a lo establecido, pudiera ser expulsado del grupo. El perte--necer a la tribu implicaba seguridad y sustento. El ser expul--sado implicaba la muerte, ya fuera por fieras, ya fuera por -otro pueblo o ya fuera por miembros del mismo pueblo.

En este orden de ideas, en un principio los delitos brillaban por su ausencia, toda vez que existía una idea de solidari--dad en beneficio de la comunidad; pero a medida en que fue cre--ciendo la población, y como estamos hablando de una cultura edu--cada para la guerra, los conflictos se fueron presentando y au--mentando en forma paulatina; viéndose pues, la Autoridad, en la necesidad de establecer normas de carácter penal y sus sancio--nes, dado la gravedad del problema, revistieron una excesiva severidad.

De acuerdo a lo dispuesto por ESQUIVEL, quien es citado -por CASTELLANOS TENA, tenemos que "El derecho civil de los aztecas era objeto de tradición oral, el penal era escrito, pues --en los Códigos que se han conservado se encuentra claramente --expresado, cada uno de los delitos se representaba mediante es-

cenas pintadas, lo mismo que las penas". (3)

Las penas que más comúnmente eran aplicadas fueron la de - muerte, la mutilación y la esclavitud, además del destierro, la confiscación de bienes, la suspensión de derechos y la pérdida del empleo.

Según el investigador CARLOS H. ALBA los delitos, en el - pueblo azteca, pueden clasificarse en la siguiente forma:

- "I. Contra la seguridad del Imperio.
- II. Contra la moral pública.
- III. Contra el orden de las familias.
- IV. Cometidos por funcionarios.
- V. Cometidos en estado de guerra.
- VI. Contra la libertad y seguridad de las personas.
- VII. Usurpando funciones y uso indebido de insignias.
- VIII. Contra la vida e integridad corporal de las personas.
- IX. Sexuales.
- X. Contra las personas en su patrimonio". (4)

Siendo esta última clasificación la que debemos de tomar - en consideración para el desarrollo del presente trabajo, enconu

3.- Ibid. p. 41.

4.- CARLOS H. ALBA, citado por CASTELLANO TENA, FERNANDO. Op. Cit. p. 42.

tramos que únicamente se ocupaba de regular aquellas conductas de robo.

EDUARDO NOGUERA postula que "El robo era castigado con la pena de muerte si este se efectuaba en el mercado; pero si se cometía en otro lugar entonces el ladrón era condenado a la esclavitud si no devolvía lo robado". (5)

En tal sentido se establece que "... No comentará el delito de robo el viajero o caminante que durante su viaje y con el deseo de saciar el hambre, tome menos de veinte mazorcas de maíz de las plantas que se encuentren en la primera ringlera a la orilla del camino". (6)

A la llegada de los españoles se da una situación de vital trascendencia para el curso histórico de nuestra legislación. Se rompe con todas las normas de conducta establecidas por nuestros antepasados y se implantan los sistemas jurídicos que configuró la corona española; nada de las estipulaciones indígenas es tomada en consideración en la colonización de nuestro terri-

5.- Noguera, Eduardo. "Cultura Azteca (México Prehistórico)". - Herrera, México, 1972. p. 149.

6.- Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 43.

torio. Al respecto, y recordando pláticas con nuestros profesores universitarios, la conquista se dio de tal manera que vino a acabar con todo aquello que implicara un grado superior o contrario a su desarrollo. Así, tenemos que se construyen, sobre los templos aztecas, iglesia cristiana, y se obliga a los indígenas a acudir a estas y rendir culto a un Dios desconocido para ellos; se dice que acudían a dichos lugares y que como sus templos se encontraban bajo tierra, estos se incaban y con la cabeza viendo hacia abajo, en silencio imploraban a sus Dioses, situación que los europeos no podían impedir, y que aún hoy en día quizás por costumbre, todavía practican nuestros indígenas.

"En la colonia se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida con el nombre de 'Leyes de Toro'; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias. A pesar de que en 1596 se realizó la recopilación de esas Leyes de Indias, en materia jurídica, reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, la Nueva y Novísima Recopilaciones a más de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de Intendentes, y las de Gremios."<sup>(7)</sup>

Analizando de manera somera el período de la INDEPENDENCIA mexicana, en razón del objetivo de la presente investigación, como punto importante se destaca que, al momento en que se van ganando batallas, por parte del movimiento Insurgente, sus elementos comienzan a saquear las casas de los pueblos ocupados, robar en comercios y cometer una serie de abusos, de tal manera, que DON MIGUEL HIDALGO Y COSTILLA se ve en la necesidad de promulgar un bando por el cual se castigaba con pena de muerte a los ladrones.

"Por instrucciones de HIDALGO, el intendente de Valladolid DON JOSE MARIA ANZORENA, publicó un Decreto que abolía la esclavitud y el pago de tributo de las castas en aquellas provincias -19 de Octubre de 1810-, lo cual motivó que se unieran a las huestes Insurgentes multitud de campesinos, además de los regimientos provinciales, con cuyo número llegaban ya a ochenta mil soldados los miembros del Ejército Libertador, aunque muchos de ellos carecían de armas y de disciplina".<sup>(8)</sup>

En este orden de ideas, y en atención a lo señalado por el maestro RICARDO ABARCA<sup>(9)</sup>, podemos hacer notar que no exis---

8.- Miranda Basurto, Angel. "La Evolución de México". México, Herrera, S.A., 1979. p. 297.

9.- Ricardo Abarca, citado por Fernando Castellanos Tena, O. Cit. p. 44.

tió, en la época en mención, un orden metódico y sistemático en la expedición de normal de carácter penal, y mucho menos encontramos preceptos que hicieran alusión al fraude.

## 2.2.- EL FRAUDE EN EL CODIGO PENAL DE 1871.

La codificación en materia penal, en la República Mexicana, comienza a partir del año de 1835, y ésta es atribuida al Estado de Veracruz, formándose una comisión para su elaboración, desde el año de 1832. Existe una problemática respecto de este Código con el que se elaboró para el Estado de México, en el sentido de que hay quienes afirman que este fue el primero en darse; pero si bien es cierto que el del Estado de México se elabora en el año de 1831, también es cierto que nunca llegó a tener vigencia.

Por lo que toca a la codificación en materia penal para el Distrito Federal, consideramos que es necesario el tratar de conocer su génesis, toda vez que es dicha regulación la que nos va a servir como base para el desarrollo del presente trabajo. En tal orden de ideas tenemos que en el año de 1862 se forma una

comisión con el objeto de crear una legislación referente a la materia penal; sin embargo los trabajos de la mencionada comisión se ven interrumpidos por motivo de la guerra contra los franceses y que deriva en la implantación del Imperio de MAXIMILIANO. Hay autores que afirman que durante el referido período fué el Código Penal de Francia el que se aplicó en nuestro territorio. En el año de 1868, se creó una nueva comisión integrada, entre otros, por los señores ANTONIO MARTINEZ DE CASTRO, principal autor y presidente de la comisión, JOSE MARIA LAFRAGUA, MANUEL ORTIZ DE MONTELLANO Y MANUEL M. ZAMACONA. El 7 de Diciembre de 1871 el Poder Legislativo aprueba el proyecto del Código Penal, y el 1 de Abril de 1872 entra en vigor el CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. Este ordenamiento se fundó en los postulados de la denominada Escuela Clásica, apoyada en la responsabilidad moral y el libre albedrío mantuvo restringido el arbitrio judicial, incluyó atenuantes y agravantes, trazó los fundamentos del sistema penitenciario y estableció la libertad preparatoria -condicional-, que con tal nombre pasaría a las leyes posteriores. Para su elaboración, la comisión, tomó como base o modelo de inspiración el Código Penal Español de 1870; y actualmente el Código en cuestión es conocido como CODIGO DE 1871 o CODIGO DE MARTINEZ DE CASTRO, en honor a tan ilustre autor.

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871 en su Libro Tercero 'De los delitos en Particular', Título Primero 'Delitos contra la Propiedad', Capítulo V - 'Fraude contra la Propiedad', artículo 413, define el fraude en los siguientes términos: "Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halle, se hace otro, ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel". (10)

Asimismo, el artículo 414, seguramente influido por la doctrina de CARRARA, establece: "El fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numérico, en papel moneda o 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.

El artículo 432 decía: cualquier otro fraude que no sea de los especificados en éste capítulo y en el siguiente, se castigará con una multa igual al veinticinco por ciento de los daños y perjuicios que se causen; pero sin que la multa exceda

10.- Moreno, Antonio de P. "Derecho Penal Mexicano". México, Porrúa, 1968. p. 186.

de mil pesos." (11)

Haciendo un pequeño análisis de este tipo penal nos atrevemos a señalar lo siguiente: Que encontramos una escasa propiedad técnica en su definición; por lo que respecta al artículo 413, - podemos señalar que es un tanto limitativo y casuístico, esto en razón al ámbito personal, ya que, de acuerdo a este, si el engañado no es quien sufre el daño no se da el tipo, situación con la que definitivamente no estamos de acuerdo tal y como se demostrará en el capítulo que precede.

Por lo que respecta al artículo 414 podemos decir que es un precepto igualmente limitativo, además no se puede justificar el cambio de nombre del tipo si se dan los mismos elementos; ahora bien, consideramos que la falsedad es parte de las maquinaciones y artificios, no se puede separar de estos cuando se tiene como fin el engaño o aprovechamiento del error para obtener un lucro indebido.

En cuanto hace al artículo 432, consideramos que es impreciso y contradictorio porque llama fraude a los antes señalados y no hace la diferencia entre la estafa y fraude; este precepto

11.- *Ibid.* p. 187.

se debió haber considerado como Fraude Genérico y por lo tanto, - en nuestra opinión, debieron de haber señalado en forma concreta sus elementos constitutivos porque de otra forma tendríamos - que haberlos sacado del fraude específico.

### 2.3.- EL FRAUDE EN EL CODIGO PENAL DE 1929.

Siendo Presidente de la República el Licenciado EMILIO PORTES GIL, el 30 de Septiembre de 1929 fue expedido un nuevo Código Penal del que fue autor, principalmente JOSE ALMARAZ. Aquel - quizo modificar la orientación del Derecho Mexicano en favor del Positivismo. Y por lo tanto se tuvo al delincuente como preocupación central. Severamente criticado, sólo se mantuvo vigente por dos años.

"Se ha censurado -señala CASTELLANOS TENA- este cuerpo de leyes por pretender basarse decididamente en las orientaciones - del positivismo; de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la escuela clásica." (12)

Asimismo, el maestro SERGIO GARCIA RAMIREZ afirma que: -

"... Con todo, queda en la cuenta de las leyes penal y procesal de 1929 numerosos aciertos fundamentales: entre ellos, la sup<sup>re</sup>sión de la pena de muerte, el ampliado arbitrio judicial, la de cadencia del jurado, la reclamación oficiosa del resarcimiento del daño privado, la organización de la ejecución de penas, el establecimiento de mínimos y máximos para cada delito, y algunas más." (13)

En dicho sentido, señalaremos como punto complementario, - que el Código en alusión tuvo vigencia del 15 de Diciembre de 1929 al 16 de Septiembre de 1931.

Por lo que respecta al objetivo del presente capítulo, el CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES en su Libro Tercero 'De los tipos legales del delito', Título Vigésimo 'De los delitos contra la propiedad', Capítulo V 'De la estafa' en su artículo 1,151.- Hay estafa:

"I.- Siempre que engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa, o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel;

13.- García Ramírez, Sergio. "INTRODUCCION AL DERECHO MEXICANO". México, UNAM. 1981. p. 447.

II.- Cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se entreguen por medio de maquinaciones engaños o artificios.

Asimismo, el artículo 1,152 del Código en mención, establece: "Si las maquinaciones y artificios constituyen un delito de falsedad, se acumulará este al delito de estafa observándose las reglas de acumulación para la imposición de la sanción.

Artículo 1.169.- Cualquiera otra estafa que no sea de las especificadas en este capítulo, se sancionará con una multa igual al duplo de la cantidad que resulte estafada". (14)

Por lo que respecta a este Código Penal, podemos atrevernos a señalar que se trata de una réplica del de 1871, por lo tanto y hacer una crítica de este resultaría un tanto repetitivo; la diferencia que se observa de este Código con el anterior es que, el de referencia, siguiendo la doctrina europea, designa al delito en referencia con la única denominación de ESTAFA.

#### 2.4.- EL FRAUDE EN EL CODIGO PENAL DE 1931.

En fecha 17 de Septiembre de 1931 entra en vigor el 'CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDE--RAL'. Este ordenamiento jurídico fue promulgado por el entonces Presidente PASCUAL ORTIZ RUBIO en fecha 13 de Agosto de 1931 y publicado en el Diario Oficial el día 14 del mismo mes y año.

CASTELLANOS TENA establece la exposición de motivos del - cuerpo Legislativo en mención y se lee: "Ninguna escuela, ni -- doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar inte--gramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible se--guir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y rea--lizable. La fórmula: no hay delito sino delincuente, debe com--pletarse así: no hay delincuentes sino hombres. El delito es - principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples - es resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien co--lectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de segu--ridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico -

como crítica y como método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la ley penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos - y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: -

- a) Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales;
- b) Disminución del casuismo con los mismos límites;
- c) Individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad);
- d) Efectividad de la reparación del daño;
- e) Simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las Oficinas Judiciales.

Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones: 1.- Organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados; -

2.- Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3.- Completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.); 4.- Medidas sociales y económicas de prevención." (15)

"El Código de 1931 -menciona GONZALEZ DE LA VEGA-, antes - de las reformas sufridas por decretos del 31 de Diciembre de - 1945 (Diario Oficial del 9 de Marzo de 1946), del 31 de Diciem- bre de 1954 (Diario Oficial del 3 de Enero de 1955) y del 2 de Enero de 1968 (Diario Oficial del 7 de Marzo de 1968), en la re- glamentación del delito de fraude, siguió un sistema distinto - al de las antiguas legislaciones mexicanas. En los Códigos de - 1871 y 1929 el Legislador principió su tarea por definir el de- lito Genérico de FRAUDE empleando una fórmula igual a la del en- cabezado del actual Art. 386 reformado, del Código Penal; poste- riormente se especificaban algunos casos concretos de fraude - provistos de penalidades especiales. De estos sistemas resulta- ba que todo fraude, especificado o no expresamente, debía parti- cipar necesariamente de las constitutivas marcadas en la des-cripción general. Además, las citadas legislaciones definían - por separado un especial delito, la antigua estafa, consiste en el fraude calificado de 'Maquinaciones o Artificios'. Esas re- glamentaciones complicadas, de laboriosa técnica y de exagerada casuística, dificultaban enormemente la interpretación de los - casos previstos.

El Código actual en su redacción original, varió radical- mente el sistema de exposición reglamentaria del delito y enume- raba diferenciada y autónomamente los fraudes en las fraccio--

nes de los Arts. 386, 387 y 389 derogados. De ese sistema resultaba que cada uno de los tipos legales del fraude tenfa como - constitutivas, únicamente las que se expresaban en cada fracción o artículo aplicable, sin que existiera necesidad de hacer referencia a una definición global del delito". (16)

En tal orden de ideas, podemos señalar que el artículo original del Código de 1931 estableció en el Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo 'Delitos contra las personas en su patrimonio' Capítulo III 'Fraude', Artículo 386, 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.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de tres a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, cuando el valor de lo defraudado no excede de esta última cantidad;

II.- Con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a quinientos pesos, cuando el valor de lo defraudado excediere de cincuenta pesos, pero no de tres mil;

III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de diez mil pesos, si el valor de lo defraudado fuere mayor de tres mil pesos.

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se haya empleado la pena señalada en los artículos anteriores, se aumentará con prisión de tres días a dos años." (17)

Este artículo fue reformado por Decreto de fecha 31 de Diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial del 9 de Marzo de 1946; la reforma se da únicamente en lo que respecta a la punibilidad, esto es, se aumentan las cuantías en relación a las penas, quedando el artículo, en su totalidad, en la siguiente forma:

"Artículo 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de veinte a doscientos pesos, cuando el valor de lo defraudado no exeda de esta última cantidad:

II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de dos--cientos a dos mil mil pesos, cuando el valor de lo defraudado - excediere de doscientos pesos, pero no de doce mil, y

III. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de cuarenta mil pesos si el valor de lo defraudado fuere mayor de doce mil pesos.

Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, si no de maquinaciones o - artificios que para obtener esa entrega se haya empleado, la pena señalada en los inicios anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años." (18)

El artículo en cita, nuevamente es reformado por Decreto - de 26 de Diciembre de 1981, publicado en el Diario Oficial de - 29 del mismo mes y año, entrando en vigor al día siguiente y corregido, según FE DE ERRATAS en el Diario Oficial de 13 y 15 de

Enero de 1982; y la reforma consiste en que para establecer la cuantía o valor de lo defraudado se toma como base el salario - mínimo vigente a la fecha de la consumación del hecho, y esto - para efectos de la punibilidad; asimismo se deroga el último párrafo del artículo en referencia, el cual contenía la agravante del fraude cuando la conducta consistiera, además del engaño, - de maquinaciones y artificios, quedando, pues, de la siguiente manera:

"Artículo 386.- 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.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I. - Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad.

II.- Con prisión de tres a seis años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de cien, 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". (19)

19.- Código Penal para el Distrito Federal (México), 1990.

Siendo en tales términos el que en la actualidad regula la conducta.

Con relación a este precepto nos hemos arriesgado a hacer una modesta reflexión en el siguiente sentido:

Respecto a la sanción pensamos que se ha progresado en dicho sentido, esto, tomando en cuenta que necesariamente se tiene que establecer una base de valoración que vaya acorde a la realidad en el momento del hecho y no que sea vencida por el paso del tiempo, ya que, consideramos, sería obsoleto hablar, en estos tiempos de inflación y crisis económica, de cantidades fijas, tal y como se hacía en los años cincuenta y sesenta, donde no se presentaban tantos fenómenos económicos como hoy en día.

De la maquinación y artificios a que hacía mención el párrafo suprimido, creemos que es acertada dicha disposición legislativa, en razón de que el engaño, como podemos deducir, es toda actividad tendiente a producir, en la persona, el error. El artificio y la maquinación constituyen, en el tipo, actividades que tenían como fin el producir en la persona un estado de error.

Consultando el Diccionario hemos encontrado que por artificio se entiende "... La maquinación o aparato para lograr un -

fin con mayor facilidad o perfección que por medios comunes u ordinarios".<sup>(20)</sup> También la citada fuente establece que, sinónimo de artificio es el engaño.

Y al respecto hemos encontrado que algunos tratadistas señalan que el artificio es el engaño con distinta graduación de intensidad. En tal orden de ideas, estamos en posibilidad de mencionar que el artificio está integrado por diversos grados que comienza, en primer lugar, con la proyección dirigida a producir el engaño, la asechanza -que también es sinónimo de engaño artificiosa, o como llamarían a este tipo de conductas, maquinación, pasando, en segundo grado, a la disposición de escena o mise scéne, como la llamaría CARRARA, luego encontraríamos a la mentira y podríamos llegar hasta el silencio para producir en cualquiera de estas formas artificiosas el error. Ahora bien, es importante el no olvidar que el bien jurídico que tutela el tipo en estudio no es otro que el patrimonio, y es tal, que en la medida en que se atente contra éste es como se da la punibilidad. Por otro lado, es acertada la derogación del párrafo en cuestión en razón de que estamos tratando el fraude genérico y esto de algún modo contenía situaciones de carácter particular

20.- Diccionario Qullet. México, Cumbre. 1979, 849 p.p.

o concretas, cosa que a nuestro modo de ver, no cabía dentro - del precepto.

Por último, consideramos que por lo que respecta a los - llamados Fraudes Específicos, plasmados en el artículo que precede al de estudio, son por demás casuísticos -dicho esto en el más estricto sentido de la palabra-, y no hay que olvidar que - el derecho penal, como ley, es un conjunto de normas generales. Si observamos cada una de las veintiún hipótesis previstas en - el artículo 387 podemos notar que contienen los elementos ENGAÑO, ERROR y como fin, el obtener un provecho en forma ilícita - y por otro lado, la sanción de dichos tipos se aplica tomando - en consideración lo dispuesto por el artículo 386. Ahora bien, - si la intención es la de sancionar casos particulares, tendríamos que reconocer que no sólo encontraríamos veintiún conductas fraudulentas, y se tendrían que regular todos los casos imaginables e inimaginables, siendo esta una tarea por demás difícil - e inútil. Es por esto que consideramos que debe de desaparecer esta forma de regulación, ya que consideramos que es innecesaria por contener, el genérico, todos los elementos de cualquier específico.

### III

#### "EL FRAUDE PENAL"

##### 3.1.- "ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL".

Como hemos podido constatar, la conducta fraudulenta ha recibido, en diversas épocas y culturas, diferentes denominaciones. Así pues, recordemos que en la cultura romana se da con la intitulación de ESTELIONATO; en Francia se le designa como ESCROQUERIE; España en su Código Penal la regula con el nombre de ESTAFA; y, el actual Derecho Italiano la conoce como TRUFFA, y al respecto, MAGGIORE señala que "...la etimología del nombre de estafa, en italiano truffa, es incierta. Unos la hacen derivar del francés truffe, tartufo o de trufle, que tiene un doble

significado de trufa -hongo subterráneo comestible y de burla;- otros la hacen derivar del alemán treffen que significa gol---pear, coger, y por ende, jugar una mala pasada -en el español - existe también la palabra trufa en el sentido de engaño o patraña-." (1)

Y a decir del mismo autor, la truffa o estafa se define como "El hecho de quien al inducir a otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún - provecho injusto con perjuicio ajeno" (2)

El Código Penal Mexicano, como recordamos, denomina al ilícito en ensayo con la palabra FRAUDE. En tan virtud, el maestro DEMETRIO SODI establece que la voz FRAUDE, etimológicamente, se deriva del latín FALLERE y esta, a su vez, de la palabra FALSUM que se refiere a la falsificación, y por lo que respecta a su definición menciona que "... Según el uso común del lenguaje -- quiere decir engaño intencionado de palabra o de obra y que podría aplicarse a los más importantes hechos delictuosos conminados en la ley y en las aplicaciones que se hicieren en ella" (3)

- 1.- Maggiore, citado por Pavón Vasconcelos. Op. Cit. p. 143.
- 2.- Ibid. p. 144.
- 3.- Op. Cit. p. 151.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia común, denomina al ilícito en cita en su artículo 386 en los siguientes términos: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de tres a diez veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de esta última cantidad.

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 pero no de quinientas veces el salario.

III. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario."<sup>(4)</sup>

Visto lo anterior, nos hemos atrevido a realizar un desglose de los elementos constitutivos del tipo pena, para tratar, de algún modo, de analizar en forma particular su estructura, -

4.- Op. Cit. p. 126.

siendo pues, los siguientes:

EL ENGAÑO.

Remitiéndonos al Diccionario, hemos encontrado que por engaño se entiende: "La falta y mengua de verdad; falsedad. La palabra ENGAÑAR se deriva del latín INNGANARE que puede entenderse como burlarse de alguien; su término significa inducir a -- creer lo que no es; entretener, distraer; producir ilusión, explotar, abusar, ilusionar, mentir!"<sup>(5)</sup>

Al respecto, para RAUL CARRANCA Y TRUJILLO constituye "... Una mentira dolosa cuyo objeto es producir en la víctima una - falsa representación de la verdad:"<sup>(6)</sup>

"El engaño supone una actividad falaz según RENE GONZALEZ DE LA VEGA- que produce en el pasivo un estado subjetivo de -- error. Normalmente al ser este un delito que se vale de la ---- conciencia del ofendido, el agente despierta en él la codicia, el afán de lucro, que obnubila aun más su resistencia cediendo\_ al fin ante las mentirosas frases que se le presentan!"<sup>(7)</sup>

- 5.- Diccionario Qullet. Op. Cit. p. 383.
- 6.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado". 12a. Edición. México, Porrúa, 1989. p. 873.
- 7.- González de la Vega, René. "Comentarios al Código Penal". - 2a. Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981,- p. 542.

Sobre dicho elemento nos surge la interrogante sobre si -  
 bastará la simple mentira para producir el fraude; sobre esta -  
 cuestión tenemos las siguientes posturas; RAUL CARRANZA Y TRU-  
 JILLO señala que la mentira en el engaño "... debe ser idónea -  
 para producirla en personas del tipo medio intelectual, o sea -  
 que debe ser bastante para vencer la incredulidad del pasivo. -  
 Por último, debe estar dirigida a obtener la prestación volunta-  
 ria del mismo pasivo. Si por ignorancia, autosugestión, etc., -  
 del pasivo no habría relación de causalidad entre ésta y el en-  
 gaño, tampoco habría fraude sino robo." (8)

PUIG PEÑA, quien es citado por PAVON VASCONCELOS, estable-  
 ce que "... Este elemento es típico de la estafa y que lo dife-  
 rencia de otras formas de apropiación. Sin embargo, como exis-  
 ten muchas clases de engaño, se plantea el problema de determi-  
 nar cual es el característico de la estafa y se establecen las\_  
 siguientes afirmaciones:

a) Que no es necesario consista en actos materiales o en -  
 fingidas escenas corroboradas de las aseveraciones del reo, si-  
 no que basta que se produzca mediante palabras engañosas;

b) Que en el engaño exista un elemento objetivo y otro --

subjetivo, consistente, el primero en que ha de ser suficiente para mover la voluntad de la víctima, e integrado el segundo -- por la circunstancia de su susceptibilidad para producir error en individuos sanos y adultos, lo que las lleva a desprenderse de una parte de su patrimonio, de la que no se hubieran des--prendido de no mediar la equivocada confianza en la validez de ese estado subjetivo que el autor del delito produjo con malicia". (9)

"El engaño debe ser capaz de vulnerar al hombre común, esto es, ha de ser idóneo para hacer incurrir un error a cualquier persona 'término-medio' en circunstancias semejantes" (10)

#### EL ERROR, EL APROVECHAMIENTO DEL.

Por error, debemos de entender -según el diccionario, "Que es todo concepto equivocado. Acto de juzgar como verdadero lo falso. Doctrina u opinión equivocada o falsa. Sinónimo de equivocación." (11)

"La figura de la estafa -opina SEBASTIAN SOLER- es subje--

9.- Op. Cit. p. 15

10.- González de la Vega, René. Op. Cit. p. 541.

11.- Diccionario Qullet, Op. Cit. p. 305.

tivamente compleja, porque no solamente requiere un elemento psicológico subjetivo, consistente en el error del cual es víctima una persona dotada del poder de tomar una disposición patrimonial viciada. Sin error no hay estafa, así como no la hay sin ardid, aun cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido. El cual mediante una moneda falsa u otro medio ingenioso logra sacar de un aparato automático de venta, el artículo que éste contiene, no comete estafa, sino hurto, porque aun cuando existe maniobra no existe ninguna mente errada. En cambio, cuando un contrato de suministro se rige por las cifras de un medidor o contador, las maniobras que se hagan sobre éste tienen por objeto determinar un error en la factura, sobre la base de falsas cifras del medidor... Dentro del proceso sucesivo de los hechos que integran una estafa, la situación del error, podría decirse que es central. Debe ocupar un lugar intermedio entre el ardid y la disposición patrimonial, y con ambas ha de mantener una estrecha relación de razón suficiente. El ardid debe haber determinado el error y éste, a su vez, debe haber determinado la prestación". (12)

MEZGER señala que "... La acción engañosa debe hacer sur--

12.- Soler, Sebastián. "El Derecho Penal". 4a. Edición. Argentina, Tipográfica, 1956. p. 356.

gir o mantener en un error a la persona engañada... La acción - engañosa debe ocasionar el error, aunque no sea necesario que - (de acuerdo con la teoría general de la casualidad) haya sido - la causa inicial del error. Una persona se mantiene del error si el autor actúa en forma tal que el error que ya existe en ella se fortalece o impide que lo abandone. En consecuencia, también en este caso, es una acción positiva la que determina la continuación del error... Mantener un error no consiste, desde un principio, en dejar simplemente que el error siga subsistiendo, una simple omisión; ésta sólo se toma en cuenta, también aquí, dentro de los demás presupuestos, esto es, si existe un deber - jurídico especial" (13)

Visto lo anterior, nos surge otra interrogante, respecto - de que si puede existir fraude cuando el sujeto activo no produce el engaño, sino que sólo se aprovecha del error en que está el sujeto pasivo. Viendo los Códigos de otros países, en principio, podemos señalar que no se daría el tipo de fraude; sin embargo, el Código Penal Mexicano sustenta distinto criterio y - considera fraude el hecho de APROVECHARSE DEL ERROR en que está una persona.

13.- Mezger, Edmundo. "Derecho Penal". Argentina, Ed. Bibliográfica, 1956, 1956, p. 238.

Así pues, tenemos que "El aprovechamiento del error en que se encuentre el pasivo -refiere CARRANCA Y TRUJILLO- presupone en el agente el conocimiento de la falsa representación de la verdad que aquel sufre. El dolo del fraude consiste, en el caso, en aprovecharse del error, para obtener la prestación que es objeto material del delito". (14)

PAVON VASCONCELOS establece que "... Contrariamente a lo que sucede en el engaño que supone, de acuerdo a lo expresado, una actividad del agente para inducir al error al paciente del delito y mediante la explotación del mismo obtener la entrega de la cosa o la obtención del lucro indebido, en el aprovechamiento del error no es necesario, en todo caso, una actividad del sujeto activo, quien por lo general simplemente se aprovecha de la falsa concepción que una persona tiene sobre un hecho cualquiera para llegar al resultado antijurídico. No obstante, habrá casos en que el agente, para reforzar el estado de error que con anterioridad priva en la psique del pasivo, realice actos tendientes a tal fin, para obtener de este modo, el lucro ilícito o la entrega de la cosa... A diferencia del engaño, que constituye el medio comisivo para provocar el error, en el aprovechamiento tal error existe con anterioridad, por lo que el --

agente sólo se vale de esta situación para llegar al fin que de antemano se propuso; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente, conociendo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa. Lo común al engaño y al aprovechamiento del error, es el estado psíquico en que se encuentra la víctima: una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude" (15)

#### HACER ILICITAMENTE DE LA COSA A ALCANZAR LUCRO INDEBIDO.

De acuerdo con lo antes citado, podemos establecer que es el error el elemento que sirve como base para la configuración del tipo en estudio.

El error es el efecto primordial del engaño y la circunstancia necesaria para el aprovechamiento; cuando la conducta del pasivo contiene este elemento subjetivo, hablando de una aparente relación contractual, genera una supuesta obligación de dar, que se deriva del 'CONVENIO' y la idea de que el activo cumple con lo que se obliga, y por otro lado cuando hablamos --

de una relación no contractual, el activo genera en el básico - la confianza para que éste le entregue la cosa para que, supues- tamente, el primero cumpla con la obligación que contrajo con - la persona que lo faculta para solicitarla.

Esta conducta de entregar la cosa por la persona que sufre el engaño constituye, indiscutiblemente, un acto de disposi- ción, total o parcial del patrimonio -según la intención en la conducta del activo-, y a través de esta la cosa sale del ámbi- to patrimonial del ofendido.

Una vez efectuada la disposición patrimonial por la perso- na que sufre el engaño, cabe la posibilidad de que el sujeto - activo no reciba la cosa, no se haga de la cosa, porque esta pe- reció o se extravió en el trayecto -cuando la cosa es envaída - de un lugar a otro-. Con esto tenemos que la disposición patri- monial no es el último efecto de la actividad de engañar. Es ne- cesaria, todavía, una posterior actividad del activo por medio de la cual se hace de la cosa. Este hacerse de la cosa, último efecto de la secuencia causal, es el que nos permite hablar de la consumación del fraude.

Sin embargo es primordial el recordar que la última parte del párrafo en análisis establece la vocal "o" que resuelve la conducta en una disyuntiva: que el sujeto activo se haga ilícito

tamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido.

Como la primera parte se refiere al vocablo COSA, hemos de precisar su conceptualización.

Así pues, cosa, remitiéndose al diccionario, se entiende - como "Todo lo que tiene entidad ya sea corporal o espiritual, - natural o artificial, real o abstracta". (16)

MANZINI, quien es citado por RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, postulado que por cosa se entiende "Un objeto corporal susceptible de tener un valor, el cual no debe ser necesariamente económico, pudiendo ser documental o meramente moral o afectivo; por ejemplo la carta que tiene un valor estimativo y sentimental como autógrafo o que puede probar un hecho ante los tribunales... Las cosas pueden ser sólidas, líquidas o gaseosas. Sobre el fluido eléctrico, entendiendo como cosa susceptible de apropiación, verbigracia artículo 368 fracción II del Código Penal" (17)

"En el marco de la hipótesis de fraude que estudiamos, es todo ente corpóreo perceptible por los sentidos y que puede ser

16.- Diccionario Qullet. Op. Cit. p. 132.

17.- Op Cit. p. 881.

entregado mediante una conducta de dar. Este ente corpóreo puede ser sólido, líquido, gas o energía. Los líquidos, los gases y la energía han de estar envasados para que tenga la posibilidad de ser entregados mediante una conducta de dar. En cuanto a los sólidos, algunas veces será necesario que estén envasados, - otras no... La cosa además, puede ser mueble o inmueble: entre los muebles quedan incluidos los documentos que amparan esos - muebles o inmuebles... La cosa, finalmente, ha de ser estimable en dinero, ha de tener un valor económico, según se desprende - del texto de las fracciones I, II y III del artículo 386 del Código Penal, que hacen depender la punibilidad del valor de lo - defraudado. Este valor de lo defraudado, en la hipótesis que es - tamos analizando es el valor de la cosa, valor que está dado en términos del salario mínimo"<sup>(18)</sup>

Por otro lado, el maestro FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA - postula que "... Dado el amplio significado gramatical de la - frase 'se haga ilícitamente de alguna cosa', puede entenderse, - en examen ligero, que este elemento se confunde con la noción - del apoderamiento material de las cosas; en otras palabras que basta que el agente del delito tome la cosa, para que se tenga por reunida la constitutiva. Sin embargo, esta primaria inter--

18.- Jiménez Huerta, Mariano. "Segundo curso de Derecho Penal".  
Apuntes Mimeografiados. p. 21.

pretación no puede prosperar, si se analiza el precepto completo, ajustando o embonando sus constitutivas y comparándolos -- con diferentes artículos del mismo Código en que se emplea la palabra 'apoderamiento' con un significado tético-jurídico preciso... En el lenguaje tético-penal -véase artículos 367 y 267 del Código Penal- la palabra apoderamiento tiene un significado jurídico especial en los delitos de robo y de raptó. En el robo el apoderamiento consiste no sólo en hacerse de la cosa sino en realizarlo sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, de lo que resulta que la palabra apoderamiento debe entenderse como la aprehensión de las cosas en ausencia de todo consentimiento de la víctima de la infracción. Igual circunstancia acontece en el delito de raptó en que se emplea la misma palabra, aplicada a la mujer y en que se supone su ausencia de consentimiento, salvo casos especiales en que se utiliza seducción o engaño... En el fraude sucede todo lo contrario, la obtención física o virtual de las cosas se logra no contrariando la voluntad de la víctima ni siquiera en ausencia de su consentimiento, sino precisamente contando con su anuencia, salvo que esa voluntad deriva de la existencia de un error provocado por el engaño o preexistente sin intervención del sujeto activo.<sup>(19)</sup>

Por lo que respecta a los lucros indebidos; en primer término tenemos que la palabra LUCRO se deriva del latín LUCRUM y se entiende como "Ganancia, provecho o utilidad que se regula - por la que podría producir el dinero" (20)

RAUL CARRANCA Y TRUJILLO refiere que por lucro indebido - se debe entender "... Toda ganancia o provecho de carácter económico, ilícito" (21)

Los lucros indebidos -según RENE GONZALEZ DE LA VEGA- son aquellos ilícitos beneficiosos, utilidades o ganancias económicos que se obtienen explotando el error de la víctima. Consisten en esencia en la usurpación fraudulenta de bienes incorporales (diferentes a los casos), tales como la apropiación o adueñamiento de derechos patrimoniales ajenos" (22)

#### CLASIFICACION DEL FRAUDE EN ATENCION AL TIPO.

Por cuanto hace a su composición podemos señalar que son de los llamados ANORMALES, toda vez que el tipo contiene situaciones que requieren una valoración jurídica como son los términos

20.- Diccionario Quillet. Op. Cit. p. 530.

21.- Op. Cit. p. 874.

22.- Op. Cit. p. 543.

nos HACERSE ILICITAMENTE DE ALGUNA COSA O ALCANZAR UN LUCRO INDEBIDO, mismos que constituyen el elemento normativo del precepto.

Asimismo, el fraude genérico no requiere de otro tipo legal para tener existencia propia por lo que es de los denominados DELITOS AUTONOMOS o INDEPENDIENTES.

Por su formulación -y siguiendo lo establecido por CASTELLANOS TENA- diremos que el delito en estudio se clasifica en -CASUISTICO Y ALTERNATIVO; alternativo por incluir en su descripción los medios comisivos de ENGAÑO y APROVECHAMIENTO DEL ERROR. Es alternativo ya que si vemos el resultado exigido por el tipo, tendremos que este exige que se ENTREGUE LA COSA o ALCANCE UN LUCRO INDEBIDO.

### 3.2.- LA CONDUCTA.

Al tratar este elemento general del delito, nosotros basaremos nuestro criterio en atención a la clasificación que postula el maestro PORTE PETIT, al señalar que son delitos considerados de conducta aquellos en que el tipo sólo exige que haya una actividad o inactividad para que se configure. Por otro lado se señala el mismo PETIT que también existen los delitos considerados de hecho, y son aquellos en que además de la actividad o -

inactividad del sujeto activo, se requiere de un resultado material -unidos por un nexo causal- para que se dé el tipo.

"La razón de esta doble terminología -acienta PAVON PASCON CELOS- es la necesidad de distinguirla actividad productora de un resultado material (hecho) de aquella que sólo trasmite el orden jurídico (mera conducta)... Así como el referirnos a los delitos de robo y abuso de confianza adoptamos al término conducta para expresar el elemento fáctico del delito, por estimar que tales figuras no tienen un resultado material, de acuerdo con la descripción típica, ahora utilizaremos la palabra HECHO al aludir, con relación al fraude genérico simple, al propio elemento del delito, por tener la más profunda convicción de que esta figura delictuosa el tipo requiere necesariamente un resultado material que el artículo 386 precisa en los siguientes términos: HACERSE ILICITAMENTE DE ALGUNA COSA O ALCANZAR UN LUCRO INDEBIDO... Podría argumentarse que en los otros delitos examinados el sujeto se hace, igualmente, de la cosa ajena, bien por el acto de apoderamiento o por la apropiación de la misma, pero ya hemos expresado, por nuestra parte, que tal resultado debemos extraerlo del tipo, de la descripción legal y sólo de ella"(23)

MARIANO JIMENEZ HUERTA sostiene: "Una conducta falaz es el punto de partida del proceso ejecutivo en el delito de fraude.- Dicha conducta está presidida por un elemento de naturaleza pre predominantemente psíquica, pues, en esencia, consiste en determinar a otro, mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente. La conducta falaz puede revestir una rica variedad de modalidades, clasificables, empero, en tres diversos grupos, se gún su antijurídica intensidad fraudulenta. Antiguamente se consideraba que sólo integraban el delito en estudio, aquellas conductas en que, para sumergir en error al pasivo se ponían en - juego maquinaciones o artificios; posteriormente se admitió que el simple engaño, aunque no fuera acompañado de aquel aparato - externo y corpóreo, bastaba, para inducir en error; en la actualidad también se admite en algunos Códigos, como en el de México, que el aprovechamiento del error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo es ya suficiente para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude. Estas diversas formas de exteriorización de la conducta típica están relacionadas con su densidad - antijurídica y son trascendentes en orden a la pena, ora por expresa disposición de la ley, como acontece en los casos de maquinaciones o artificios, ora por el equitativo y racional uso que el juzgador ha de hacer del arbitrio que la ley pone en sus manos, para en los casos de aprovechamiento de error, fijar una

benigna pena" (24)

Asimismo, debemos tomar en cuenta que el delito de fraude puede configurarse con una acción -movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner el peligro dicha modificación- o una omisión, en este caso, impropio -producción de un resultado material, prohibido, a través de una inactividad, un no hacer voluntario, violatorio, tanto de una norma preceptiva como de la prohibitiva-.

En tal sentido PAVON VASCONCELOS determina: "Si el aprovechamiento del error, para hacerse ilícitamente de una cosa o para obtener un lucro indebido, admite una actitud negativa, un no hacer del sujeto con violación del deber jurídico de obrar, mediante el cual llegase al enriquecimiento indebido, como fin último derivado de la entrega voluntaria de la cosa, es clara la posibilidad de la comisión por omisión, como la forma de conducta, en el delito en examen. Descartados los casos en que el agente, con una actitud positiva y mediante actos adecuados tiende a reforzar el estado de error preexistente en el pasivo por darse en ellos la actividad constitutiva de una acción, --

24.- Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". Op. Cit. p. 133.

pueden presentarse situaciones en las que la inactividad sea -  
suficiente al efecto de la obtención del indebido lucro".<sup>(25)</sup>

Ahora bien, respecto a tal postura existen algunas tesis -  
que afirman que todas las conductas en el fraude siempre son po-  
sitivas y no admiten en ninguna circunstancia un acto negativo,  
así, ZAMORA PIERCE, menciona: "para fines de investigación no -  
es planteado casos hipotéticos de fraude omisivo y siempre -  
nos ha sido necesaria, para consumar el delito, la conducta ac-  
tiva del defraudador, en algunos casos consiste en un sólo movi-  
miento, pero siempre decisivo; así por ejemplo: si un parroquia  
no paga al cajero por error, una cantidad mayor que la debida,-  
el fraude se consuma cuando el cajero, dándose cuenta del error  
recibe el dinero, es decir, actúa".<sup>(26)</sup>

Por otro lado JIMENEZ HUERTA establece que "...El silen-  
cio es un signo ambiguo, más en ocasiones o circunstancias de-  
terminadas está henchido de finalidad fraudulenta y disvalor ju-  
rídico; quien recibe de más y al percatarse del error, devuelve  
la demasía, no comete ningún hecho reprobable, pero si una vez

25.- Op. Cit. 165.

26.- Zamora Pierce, citado por Pavón Vasconcelos. Op. Cit. p. -  
173.

en su poder el dinero, consecuencia viciada por el error, al conocer éste decide quedarse con aquel, incumpliendo el deber jurídico de devolverlo, con violación al mandato de hacer, contenido en la norma preceptiva, está realizando una conducta omisiva, que le produce, como resultado causal de su omisión, un enriquecimiento ilegítimo. En tal hipótesis la conducta reviste - de ilicitud, consiste en una omisión y no en un actuar positivo." (27)

En igual sentido se manifiesta RENE GONZALEZ DE LA VEGA al señalar que: "El aprovechamiento del error es el medio que permite la omisión impropia en el delito de fraude, pues el sujeto, el captar la situación errónea del ofendido, se vale de -- ella en beneficio propio, y omite corregir el gazapo." (28)

#### EL RESULTADO.

El tipo claramente señala que para la configuración del delito de fraude la conducta debe de dar como resultado que la - persona se haga ilícitamente de una cosa -bienes corporales, - muebles o inmuebles-, o alcance un lucro indebido -beneficio - ilícito, utilidad o ganancia económica-. Dichos términos ya han

27.- Op. Cit. p. 546.

28.- Op Cit. p. 290.

sido tratados líneas arriba, y se mencionan para efectos de seguir un orden en cuanto hace a la integración del elemento conductu.

FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA, al respecto, opina que: -  
 "Mejor hubiera sido dejar el resultado típico en el daño o perjuicio económico y dejar al dolo típico, la intención de hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido, pues al exigir que la voluntad final se concrete, se imponen obstáculos para la consumación delictuosa. En efecto imaginémos que el sujeto pasivo embaucado por la falaz actitud del agente, envía a este la cosa, o bien, objeto material del delito, y se pierde o destruye; en este caso la conducta se consumó, el dolo típico quedó integrado, así como el perjuicio patrimonial para el defraudado, pero como el actor no obtuvo el ilícito beneficio, el delito no quedará consumado y se configurará la tentativa... Insisto, bastará señalar como resultado material típico el perjuicio al ofendido, y como dolo típico, la intención de obtener lo que ahora se exige como necesariamente obtenido."<sup>(29)</sup>

#### EL NEXO DE CAUSALIDAD.

Recordemos que los delitos que PORTE PETIT denomina HECHO\_

29.- Op. Cit. p. 287.

exigen un resultado material, este resultado material debe tener una causa directa, la cual debe recaer en la conducta del agente; por lo tanto, entre la conducta y el resultado ha de existir una RELACION DE CAUSALIDAD. Sobre este elemento de la conducta, señalaremos, en relación al ilícito en cita, las siguientes posturas:

PUIG PEÑA ha escrito: "existe relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio. Un curioso fallo de 12 de Abril de 1904 declaró que no había estafa en el hecho de que dos individuos, fingiendo pertenecer a una sociedad, comprasen a una señora determina cantidad de ganado, abonando una parte del precio en el acto y la otra más adelante, cuando los socios hiciesen su aportación. Al quedar incumplida la obligación, la señora presentó la correspondiente denuncia. La audiencia condenó, pero el Tribunal Supremo declaró que no basta la defraudación y el engaño; sino que es preciso que exista entre ambos una relación de causalidad, y de los no se deducía que la ficción de la sociedad (engaño) fuere la causa de que la vendedora accediese a realizar el contrato; antes bien, parece que se hizo por la sólo garantía de los compradores y en consideración a los otros socios, por no haberse expresado quienes eran, no podían añadir mayor seguridad de solvencia (sentencia 11 de Junio de 1942):"<sup>(30)</sup>

30.- Puig Peña, citado por JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "Segundo Curso de Derecho Penal". Op. Cit. p. 25.

Por su parte FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA afirma: "La tercera constitutiva racional del fraude que nos ocupa es precisamente la relación de causalidad lógica entre el primer elemento y el segundo. El engaño causado o el error aprovechado deben ser el motivo del enriquecimiento indebido del infractor. La obtención de la cosa o del lucro debe ser consecuencia de la falacia, de la intriga, de la falsedad, de la mentira empleada por el delincuente o, al menos, de su malicia al no revelar las circunstancias verdaderas que erróneamente ignora el que sufra su acción. El fraude existirá, condición SINE QUA NON, cuando como resulta del engaño o del aprovechamiento del error, el autor logra la entrega o apropiación de la cosa o derechos patrimoniales -- ajenos; por supuesto no deberá exigirse precisamente la demostración de una entrega material pues la remisión de la cosa, para emplear el artificioso léxico del derecho privado, puede ser virtual" (31)

MARIANO JIMENEZ HUERTA, sobre el punto, señala: "Este nexo causal, como se desprende de la propia estructura típica del artículo 386, se puede fraccionar o desdoblar en dos momentos diversos: el primero consiste en la conexión psicológica existente entre la conducta engañosa y la causación del error; y el --

segundo, en la conexión material que debe existir entre el error causado y el acto de disposición patrimonial que la víctima realiza. Empero, esto no significa la existencia de dos nexos causales, sino simplemente destacar la total ruta del mismo y el diverso y genuino carácter de dichos instantes o fases. En el término 'engañando' a que se hace referencia en el párrafo primero del artículo 386, se hace concreta referencia al primer momento. Las frases 'se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido' que se lee en el mismo párrafo y... en tregue la cosa de que se trata... contenida en el mismo párrafo IN FINE del propio artículo, alude al segundo. La consumación material del fraude queda integrada cuando las dos fases concurren". (32)

Por último, y sobre el nexo causal, PAVON VASCONCELOS determina lo siguiente: "la conducta consiste en engañar a alguien o en aprovecharse del error en que se encuentra, con la voluntad de realizar los actos necesarios para llegar a colocar al paciente en el estado subjetivo de error, o bien callar, silenciar o no denunciar tal error, aprovechándose de él en forma voluntaria, con lo que se integran tanto el elemento físico como el psíquico de aquella. Más no basta para integrar el hecho\_

que exista la conducta, conformada por sus citados elementos y el resultado ya precisado, sino que además se requiere que entre una y otra exista un nexo de causalidad de manera que si el resultado no es consecuencia de la acción u omisión comisiva - del sujeto no puede hablarse de hecho objetivo de fraude... EL problema del nexo causal en este delito encuentra solución aplicando la teoría generalizadora de la CONDUCTIO SINE QUA NON - (equivalencia de las condiciones), creada por VON BURI, única - que, en nuestro concepto, resuelve satisfactoriamente todos los casos que se presentan, ya que suprimidamente, en forma hipotética, la actividad o inactividad del agente, el resultado desaparece, lo que demuestra el carácter condicional de la conducta observada por el sujeto activo del delito en la producción del resultado" (33)

#### BIEN JURIDICO TUTELADO.

En el fraude, el objeto, cosa o ente que la ley procura - proteger, la mayoría de los autores coinciden en señalar que -- indudablemente es el PATRIMONIO de las personas, viéndolo únicamente desde el aspecto económico.

Al respecto, encontramos que se han dado dos escuelas:

a) La primera, que era defendida por CARLOS VINDING, sostenía que era inútil la comparación del patrimonio, que sólo había que examinar si el sujeto pasivo había recibido aquello a que tenía derecho o no, en virtud de un contrato, de no haberlo recibido se le ocasionaría, entonces, un daño jurídico, integrándose el delito de fraude. Como podemos suponer, esta tesis no prosperó en virtud de que, de ser así, se tendría que llegar a la aberrante conclusión de que cualquier contravención contractual daría lugar al fraude, con lo que la vida contractual sería imposible, ya que cualquier dificultad que se presentase en el contrato daría lugar a la sanción penal. Vindign rectifica su criterio y admite que no hay fraude cuando aun contraviendo el contrato se hace entrega del equivalente ideal de aquello a que el sujeto pasivo tenía derecho, esto tampoco es solución, pues no sería entonces fraude el caso de la venta de una pintura que según el activo fue realizada por un pintor de fama mundial y sólo es pintada por él, la pintura contiene todos los elementos que la asemejan con la prestigiada, pero hablando de precio no es la misma.

b) La segunda escuela, que es la preponderante y admitida por el Derecho Penal Mexicano, considera que no existe perjuicio en el fraude si no se ha presentado daño en el patrimonio -

del sujeto pasivo; para ello, consideramos atinado, en que algunos autores comparen el patrimonio del pasivo antes y después de realizada la conducta para saber si disminuyó o no; conforme a esta escuela podríamos pensar, concretamente y en relación y abundancia con el caso que antes se menciona, en que si alguien vende una pintura haciendo creer que es de Goya y no lo es, pero sé de un autor tan bueno como ese, pero no conocido y la pintura vale tanto como si hubiese sido pintada por Goya, podría afirmarse que no hay fraude; sin embargo al realizar un análisis, sus defensores mencionan que si hay perjuicio ya que por ser autor de la pintura un desconocido, difícilmente se realizará su venta comparándose con un Goya, luego entonces, sí hay fraude.

MARIANO JIMENEZ HUERTA postula: "La objetividad jurídica protegida en el delito del fraude es el patrimonio, en cuanto a éste bien jurídico, se proyecta y se 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 pudieran hallarse determinadas personas no sean aprovechados por otras con fines torticeros. Un interés individual de naturaleza patrimonial cuya transgresión ofende los ideales y aspiraciones de la comuni-

dad, es, pues, el bien jurídico protegido en el delito de fraude" (34)

EUGENIO CUELLO CALÓN, al respecto, señala: "El interés aquí protegido es el conjunto de bienes jurídicos comprendido en el conceptogénérico de propiedad. Y no sólo la propiedad mueble sino también el inmueble, que a diferencia del hurto y del robo, puede ser objeto de la estafa" (35)

"El objeto jurídico del delito -menciona PAVON VASCONCELOS- queda identificado plenamente con el bien jurídico tutelado por la norma prohibitiva y no es otro que el patrimonio... La Lesión Patrimonial es normalmente correlativa a la antijurídica ventaja (lucro indebido) obtenida por el autor del hecho, concepto de claro contenido económico por cuanto atiende, exclusivamente, al valor de esa índole, que lesiona al patrimonio. No obstante, consideramos necesario admitir que no todo lucro indebido implica disminución en el activo patrimonial de la víctima aunque sí impide su lícito acrecentamiento. Por ejemplo, si alguien mediante engaños logra rehuir el pago de una prestación recibida obtiene un lucro indebido, no disminuye de hecho

34.- Op. Cit. p. 157.

35.- Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal" 8a. Ed. España, Bosch, 1952. p. 915.

el caudal patrimonial del pasivo, más si impide, incuestionable<sup>mente</sup>, el enriquecimiento a que éste tiene derecho, lo cual -- equivale, sin duda, a un daño patrimonial".<sup>(36)</sup>

#### SUJETO ACTIVO.

"El tipo comprendido en el artículo 386 del Código Penal - no establece calidad especial alguna en los sujetos activo o pa<sup>sivo</sup> del delito, razón por la que cualquier persona puede colo<sup>carse</sup> en el supuesto de la ley, con la única excepción de que - el activo debe ser un sujeto plenamente capaz, imputable, pues<sup>sólo</sup> así podrá responder ante el Poder Público del hecho ilícito cometido. Sujeto activo es el que engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de alguna cosa o bien alcanza - un lucro indebido. Sin embargo, puede acontecer que quien se be<sup>neficie</sup> sea: a) el que engaña o se aprovecha del error, b) un - tercero".<sup>(37)</sup>

"Los tipos delictivos -cita ZAMORA PIERCE- hacen mención - expresa del sujeto activo o autor, sobre el cual ha de recaer - la pena, y que es generalmente aquel que ejecuta la acción pre-

36.- Op. Cit. p. 167.

37.- Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit. p. 163.

vista en el verbo núcleo del tipo. Sujeto activo principal del fraude es el que engaña o se aprovecha del error de otro para lograr de este último una disposición patrimonial. Cuando la disposición patrimonial consiste en la entrega de una cosa, dicha entrega puede llevarse a cabo en manos del sujeto activo o en las manos de un tercero, quien será coautor (sujeto activo secundario) o simple mandatario del estafador, ignorante de que su conducta sirve a fines delictuosos. Tanto cuando la disposición patrimonial consiste en la entrega de una cosa como en los casos en que se concreta a la firma de una escritura, al reconocimiento de un crédito, etc., el lucro puede ser en beneficio del patrimonio del sujeto activo primario o en el de un tercero comprometido o no en la actividad ilícita... El fraude es un delito de sujeto común o indiferente por cuanto que el tipo no exige en el delincuente la presencia de alguna cualidad específica como sucede en los delitos propios o especiales. Es también, con relación al sujeto activo, individual o monosubjetivo, pues el tipo puede ser realizado por la actividad de un individuo, contrariamente a lo que sucede en los delitos plurisubjetivos o de concurso necesario" (38)

38.- Zamora Pierce, citado por Mariano Jiménez Huerta. Op. Cit. p. 128.

SUJETO PASIVO.

Siguiendo la doctrina del maestro CASTELLANOS TENA al respecto, en el delito de fraude podemos observar que en ocasiones va a coincidir en una s3la persona el sujeto pasivo y el ofendido; sin embargo, habr3 ocasiones en que se le denomine a una -- persona SUJETO PASIVO, cuando es titular del derecho violado - y/o el jur3dicamente protegido por la norma, y otra persona puede ser el denominado OFENDIDO, que es quien directamente reciente el da3o causado por la infracci3n penal, esto, hablando del mismo hecho.

"El sujeto pasivo del delito -refiere EUSEBIO GOMEZ- es - el que sufre el da3o que para 3l representa la prestaci3n pa--- trimonial, efectuada a consecuencia del error en que fue inducido. Pero es posible que el enga3o se haya ejercitado en rela--- ci3n a una persona que no resulta damnificada por la prestaci3n o en otros t3rminos, que 3sta no afecta su patrimonio, sino el de un tercero. Tal persona ser3 entonces sujeto pasivo del --- error pero no del delito, dirif3se con m3s propiedad, tal vez, - que la referida persona es sujeto pasivo de la acci3n y que el sujeto pasivo del hecho es el damnificado.

¿Habr3 estafa cuando el sujeto pasivo sea por falta de capacidad mental, insusceptibles de ser enga3ado? La mayorfa de -

los autores se pronuncian por la negativa expresando que la obtención del injusto provecho, en semejante caso, equivale al - aprovechamiento que constituye el hurto. Sin engaño determinante de un error no se concibe la estafa. Y con relación al loco, al idiota, o al menor sin discernimiento no puede haber engaño, - por su incapacidad natural!"<sup>(39)</sup>

Ahora bien, ZAMORA PIERCE menciona que "Sujeto pasivo u - ofendido o paciente del delito es el titular del derecho lesionado o puesto en peligro por el delito, el sujeto engañado debe ser capaz de conocer y de querer, debe ser imputable; un niño - de cinco años, o un loco no pueden ser engañados fraudulentamente. De aquí no debemos concluir que estas personas no pueden - ser ofendidas por un fraude, porque es posible engañar a quien\_ lo representa (tutor o padre) y, en esta forma, causarles un da\_ ño patrimonial fraudulento. Luego el tipo de fraude no exige la presencia de ninguna calidad especial en el sujeto pasivo, cual\_ quiera puede ser víctima del fraude... Pudiendo ser sujeto pasi\_ vo del fraude tanto una persona física como una persona moral, - estamos ante un delito personal o impersonal, indistintamen----- te"<sup>(40)</sup>

39.- Gómez, Eusebio. "Tratado de Derecho Penal IV". Argentina, - Compañía Argentina Editores, 1941. p. 242.

40.- Zamora, Pierce, citado por Jiménez Huerta, Mariano, "Segun\_ do Curso de Derecho Penal" Op. Cit. p. 133.

Asimismo MARIANO JIMENEZ HUERTA postula que "La persona - engañada -sujeto pasivo de la conducta- es la que hace la disposición patrimonial, aunque el perjuicio pueda recaer sobre un - tercero -sujeto pasivo del delito- y no es necesario que el que en virtud del engaño efectúa la disposición patrimonial esté - jurídicamente facultado para realizarla, pues basta que de hecho esté en condiciones de disponer del patrimonio ajeno. La criada que, en ausencia de su señora, entrega el abrigo de mink que engañosamente le pide, en nombre de ésta, el estafador, no está jurídicamente autorizada para disponer de dicho objeto, pero se haya de hecho en condiciones de efectuar dicha disposición" (41)

Por otro lado, MAGGIORE, quien es citado por CUELLO CALON, dice: "Sujeto pasivo de la estafa puede ser cualquiera. Pero aquí también hay que distinguir entre el paciente del error y del engaño y el paciente del daño, esto es, entre el estafado y el perjudicado. Estas dos cualidades pueden coincidir pero también estar separadas, si el sujeto pasivo del engaño es persona distinta al perjudicado; al primero compete técnicamente la calificación del paciente. ¿Y si el paciente del engaño fue-

ra una persona naturalmente incapaz de entender y de querer - (menor de catorce años, loco, un idiota)? Entonces, como la víctima del engaño no puede ser sino un sujeto capaz, hemos de responder que, con el concurso de los demás requisitos, supuestos por la ley, se tendrá hurto o engaño de menores, pero no esta-fa." (42)

Ahora bien, por otro lado, si la conducta se expresa mediante acción, es posible la participación delictuosa en sus especies conocidas: Autoría intelectual -instigación o compeli-miento, según el artículo 13 fracción II- y material -ejecución del hecho-; complicidad -auxilio de cualquier especie anterior o concomitante al hecho, artículo 13 fracción III- y encubri-miento -auxilio posterior al delito mediante acuerdo previo a -este, artículo 13 fracción IV-. Aunque la conducta rechaza normalmente la participación criminal puede sin embargo darse en -las formas ya señaladas.

Visto lo anterior podemos clasificar la conducta del fraude como de ACCION y de COMISION POR OMISION, asimismo puede ser UNISUBSISTENTE y también PLURISUBSISTENTE, esto es, puede darse

en unidad de acto o pluralidad de actos.

En cuanto hace al resultado, este puede clasificarse en delito INSTANTANEO en virtud de que en el momento de que el sujeto activo se hace ilícitamente de la cosa o alcanza un lucro in debido el fraude se habrá consumado; por otro lado es de resultado MATERIAL, ya que para su integración se requiere de la producción del resultado objetivo o material; y por último diremos que son delitos de lesión, toda vez de que una vez consumado, - causa un daño directo y efectivo en los intereses jurídicamente protegidos por la norma violada.

### 3.3.- ANTIJURICIDAD.

MARIANO JIMENEZ HUERTA escribe: "Hacerse de una cosa o alcanzar un lucro o, de otra manera dicho, obtener una ventaja patrimonial, constituye el fin de la conducta. Por ventaja patrimonial ha de entenderse -afirma SCHONKE- toda modificación más favorable de la situación patrimonial, todo incremento de valor económico del patrimonio. Empero, dicha ventaja patrimonial ha de ser como expresa el párrafo primero del artículo 386, ilícita -obtener la cosa- o indebida -alcanzar el lucro-, o lo que es lo mismo, y dicho genéricamente, antijurídica. Un elemento típico normativo hállase insito en la intención o finalidad de hacerse de alguna cosa o alcanzar un lucro en forma que por no

ser desaprobada por la comunidad no ofende sus ideales valorativos como, por ejemplo, acontece con toda aquella que se basa en una pretensión jurídicamente fundada."<sup>(43)</sup>

Por su parte PAVON VASCONCELOS dictamina: "La antijurici--  
dad del delito: de nuestra ley penal se infiere (artículo 386)-  
que a virtud del engaño o aprovechamiento del error, el agente\_  
se 'hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebi-  
do'. Ambos términos: ILICITAMENTE e INDEBIDO, usados por el texto  
legal, son completamene innecesarios, los dos califican de -  
antijurídico el resultado. La antijuridicidad es esencia de to-  
do delito sin que la ley deba declararlo expresamente en su texto.  
Tales términos resultan, usando la expresión de MAGGIORE, -  
pleonásticos, pues el daño que reciente el patrimonio, para ---  
constituir el delito, debe ser siempre contra derecho. No hay -  
estafa cuando la consecuencia del provecho es justa (como en el  
caso del acreedor que con artificios y trampas induce al deudor  
a que le entregue cuanto éste le debe o un valor equivalente).-  
Y también queda excluída la estafa cuando la legitimidad del -  
provecho es, no sólo real, sino supuesta (legitimidad putativa)  
por falta de dolo" (44)

43.- Op. Cit. p. 140.

44.- Op. Cit. p. 171.

### 3.4.- LA CULPABILIDAD.

Viendo la estructura constitutiva del fraude, necesariamente se requiere que la conducta se dé encaminada a engañar al sujeto o bien para aprovecharse del error en que esta se encuentra; por lo tanto, podemos afirmar que el fraude es un delito - intencional o LOLOSO, y que en ninguna circunstancia concederamos- debe presentar la forma culposa o menos aún preterintencional.

BEDARRIGE, quien es citado por DEMETRIO SODI, señala: "El dolo es toda especie de manejo, fin, artificio empleado para - conservar a una persona en el error que la determina a un convenio perjudicial a sus intereses, a su honra, o que la determina a hacer una cosa contraria a su utilidad. La esencia del dolo - es el engaño, como la esencia del fraude es también el engaño; de ahí que se considere que el dolo existe cuando se obliga a - otro, por medio de palabras, maquinaciones incidiosas a hacer - algo contrario a sus intereses, estableciéndose que cuando el - hecho perjudicial se realiza de un modo fatal y determinado por el dolo, la maquinación toma el nombre de DOLO CAUSANTE, y cuando no reviste esos caracteres, el dolo se llama INCIDENTE" (45)

El mismo SODI establece que: "...El dolo, como intención de perjudicar, es el elemento subjetivo del delito, y el fraude como elemento objetivo, no resulta de hechos y circunstancias determinadas, sino de todo lo que en general constituye un perjuicio causado de un modo ilícito y con la intención de alcanzar un lucro; de ahí que no debe confundirse el dolo y el fraude. Podríamos decir que fraude es el dolo puesto en acción la mala fe, la intención criminal, la falacia sorprendiendo al error y a la buena fe, con la intención de obtener un lucro indebido, de hacer que otro realice en nuestro provecho, una convención perjudicial a sus intereses, por lo que los jueces deben examinar en cada delito, una cuestión intencional y una cuestión de hecho"<sup>(46)</sup>

ZAMORA PIERCE señala: "El fraude es un delito eminentemente intencional y premeditado, los medios violentos, la comisión obvia de delitos como el robo, dejan lugar a los recursos intelectuales, a la astucia, a la premeditación. Semejante delito sólo puede manifestarse bajo una de las formas de la culpabilidad: el dolo. Nada más ajeno al estafador que la falta de atención la imprudencia o la irreflexión de los delitos culposos. ... El dolo se estructura por la representación o previsión del

46.- Ibid. p. 163.

hecho constitutivo del delito, la voluntad dirigida a la consecución del hecho y, para algunos autores, la conciencia de la - antijuridicidad del mismo... En ningún delito la actividad dolo sa, la mala fe del sujeto activo, son semejantes a las del frau de, el dolo envuelve completamente la actividad del estafador, - y al mismo tiempo que le procura el lucro codiciado deja tras - él la pista imborrable que ha de conducirlo a presidio. Pero -- no basta, en el fraude, la presencia del dolo genérico. El dere cho exige un fin determinado, una meta precisa, un dolo especificado en la voluntad del estafador que es el ánimo del lucro. .. Si se produce un perjuicio patrimonial, por medio del engaño pero no está presidido por el ánimo de lucro, sino por el ánimo de daño, no se configura el fraude; tal sería el caso si A indu ce a B a vender acciones en la bolsa, a un precio vil, por me-- dío del engaño acerca de la situación financiera." (47)

### 3.5.- LA TENTATIVA.

Observando que el tipo de fraude es un delito de los llama dos intencionales, y más técnicamente dicho, culposo, vemos que necesariamente debe seguir los lineamientos o pasos que van --

47.- Zamora Pierce, citado por Pavón Vasconcelos. P. Cit. p. -- 133.

desde la llamada IDEACION y terminan con la EJECUCION: en otras palabras, sigue el proceso que marca el ITER CRIMINIS visto este en su fase interna y su fase externa-; como hemos de recordar, si se tratara de un delito culposo ni tendría caso el cuestionarnos si existe tentativa o no, pero como necesariamente el tipo requiere de los elementos internos, como son la idea, la deliberación y la resolución, y asimismo requiere de un comienzo de exteriorización, preparación y ejecución, al respecto sí cabría la pregunta: ¿Se dará el fraude en grado de tentativa?

FRANCESCO CARRARA, al respecto señala: "...No se discute en la práctica si el estelionato admite la configuración de la tentativa punible, y antes bien, creo que en él puede configurarse igualmente el delito frustrado. Tampoco puede discutirse seriamente el momento que separa la tentativa y la consumación: que es aquel en que el engañado ejecuta el acto, después de haber creído el engaño, al que quería llevarlo el culpable."<sup>(48)</sup>

"Existe el fraude en grado de tentativa -postula JIMENEZ - HUERTA-, aún cuando se ha discutido si una vez preparado el fraude, por causas o acontecimientos ajenos a la voluntad del agente,

te, éste no se realiza, cuando esas causas que impiden su perfeccionamiento son efectivamente independientes al sujeto, estamos ante la tentativa, luego si existe fraude en grado de tentativa". (49)

Para SOLER "... La tentativa comienza con el despliegue de medios engañosos. Dura mientras se persiste en ese tipo de actividad. Por eso es tentativa de estafa la presentación en el juicio de falsos documentos por medio de los cuales se persigue alguna ventaja patrimonial ilícita y subsiste la tentativa mientras subsista la pretensión judicial de hacerlos valer... La tentativa desde el comienzo de ejecución debe contener los elementos subjetivos propios de la figura. El empleo inocente, de buena fe o declarado de documentos dudosos no constituye tentativa". (50)

ZAMORA PIERCE define: "El artículo 386 de nuestro Código Penal, incluye en su definición del fraude el lucro obtenido -- por el agente; debemos aceptar por ello que, en nuestro derecho positivo, el fraude se consuma con la obtención de un lucro por parte del estafador; y todo fraude quedará en grado de tentativa

49.- Op. Cit. p. 144.

50.- Op. Cit. p. 360.

va hasta en tanto no exista un enriquecimiento patrimonial" (51)

Y por último, PAVON VASCONCELOS postula que: "... El fraude admite la tentativa cuando la conducta se expresa mediante la forma de acción, ya que en virtud de la actividad engañosa del agente, con el ánimo específico de lucro, se determina claramente la naturaleza ejecutiva de los actos realizados que están en íntima conexión con la acción típica descriptiva en el artículo 386 del Código. Por lo contrario en algunos casos de aprovechamiento del error, en aquellas situaciones en las que la conducta consista solamente en un no hacer, en una inactividad (comisión por omisión), negamos definitivamente esta forma de aparición de delito. El fraude admite tanto la tentativa inacabada, tentativa propia o delito tentado, cuando hay un comienzo de ejecución del hecho, como la tentativa acabada o delito frustrado, en el cual el agente agota el proceso ejecutivo, sin que en ambos casos se llegue a la consumación del daño patrimonial y la consiguiente obtención del lucro, por causas ajenas a la voluntad del autor (artículo 12)." (52)

51.- Op. Cit. p. 133.

52.- Ibid. p. 134.

## IV

## " EL FRAUDE CIVIL "

## 4.1.- NOCION PRELIMINAR.

Todos los elementos imaginables que conforman a la NATURA LEZA se encuentran, invariable y constantemente, en transforma ción, cambio o mutación. Dichos cambios pueden darse con o sin la intervención del hombre, a estas mutaciones podemos citar - las con la denominación FENOMENOS; transpolandonos al campo ju rídico a los fenómenos se clasifican en: a) FENOMENOS NO PRE - VISTOS POR LA NORMA JURIDICA Y QUE NO PRODUCEN CONSECUENCIAS- JURIDICAS, y b) FENOMENOS PREVISTOS POR LA NORMA JURIDICA Y - QUE SI PRODUCEN CONSECUENCIAS JURIDICAS.

Dentro de los fenómenos no previstos por la norma jurídica y que no crean consecuencias jurídicas están los FENOMENOS NATURALES, en donde no interviene la mano del hombre y como ejemplo están: el canto del ave, la formación del arcoiris, etc.; - por otro lado, dentro de los mismos fenómenos que no generan consecuencias jurídicas están los FENOMENOS DEL HOMBRE y como ejemplos podemos citar: que un individuo sea admirador de los cantantes de música, pop, la afición por la comida china, etc.

Dado que para el Derecho no revisten ninguna trascendencia las conductas mencionadas, nos hemos limitado únicamente a describirlas y necesariamente se tendrán que descartar del presente estudio.

Por lo que respecta a los fenómenos previstos por la norma jurídica y que producen consecuencias jurídicas, cabe el mencionar que se han denominado por los tratadistas, para su estudio como HECHOS JURIDICOS.

Asimismo hemos podido constatar, que para su análisis, se han creado diversas formas de tratarlos; así pues, algunos autores han inclinado en dividirlo en:

1.- HECHOS JURIDICOS PROHIBIDOS Y POR TANTO NO PERMITIDOS.

2.- HECHOS JURIDICOS NO PROHIBIDOS Y POR TANTO PERMITIDOS.

3.- HECHOS JURIDICOS NI PROHIBIDOS NI NO PROHIBIDOS.

Dentro de los hechos jurídicos prohibidos y por tanto no permitidos podemos clasificar a las faltas administrativas, las infracciones, los ilícitos que pugnan contra lo acordado por las partes en la celebración de un contrato (regulado esto por las correspondientes leyes civiles) y principalmente a los DELITOS.

Los hechos jurídicos no prohibidos y por lo tanto permitidos, son aquellas conductas (de trascendencia jurídica) que el individuo puede llevar a cabo, siempre y cuando satisfagan los requisitos exigidos por la norma jurídica correspondiente.

Los tratadistas que defienden esta tesis establecen que esta subclasificación, a su vez, puede dividirse en:

a) HECHOS JURIDICOS ORDENADOS, que son aquellos que revisten una característica imperativa, y obligatoria, que estan - previstos en normas de Derecho Público y que para su realiza - ción deben de cumplir con cada requisito señalado por la nor - ma respectiva, y:

b) HECHOS JURIDICOS POTESTATIVOS, que dentro de este se - contempla el acto jurídico, figura jurídica que trataremos en - forma más abundante durante el desarrollo del presente capítu - lo.

Por último, los hechos jurídicos que ni estan prohibidos - ni no prohibidos son aquellos fenómenos producidos por la na - turaleza y que generan consecuencias jurídicas, tales como - los terremotos, las inundaciones, etc.

Ahora bién, ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ, respecto al he - cho jurídico postula que: " ... Al lado de los fenómenos de la naturaleza que no producen consecuencias jurídicas y de aque - llas conductas humanas irrelevantes para el Derecho se tiene - al HECHO JURIDICO que sí produce consecuencias jurídicas (efec - tos de Derecho), las cuales pueden consistir en la creación -

transmisión, modificación o extinción de Derechos y Obligaciones." (1)

Por otra parte, el mismo autor, define el hecho jurídico AMPLIO SENTIDO como: "Todas las conductas humanas o ciertos fenómenos de la naturaleza que el Derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas." (2) Asimismo, e influenciado por la Doctrina Francesa, clasifica al Hecho Jurídico, para su estudio en: a) Hecho Jurídico en estricto sentido, y; b) Acto Jurídico.

a) HECHO JURIDICO EN ESTRICTO SENTIDO (STRICTO SENSU)

Se define como la " . . . Manifestación de voluntad que genera efectos de derecho, independientemente de la intención del autor de la voluntad para que estos efectos se produzcan o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos" (3)

(1) Gutiérrez y González Erenesto "Derecho de las Obligaciones" 5a. Edición. México CAJICA, 1984, P. 142.

(2) Ibid. p. 121

(3) Ibid. p. 121

En este orden de ideas, tenemos que los hechos jurídicos - se pueden presentar en dos formas: Hechos del ser humano y Hechos de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos.

Los hechos voluntarios o humanos" ...Son aquellas conductas humanas que generan consecuencias jurídicas DE MANERA INDEPENDIENTE A LA VOLUNTAD del autor para que estas consecuencias se produzcan o no." (4) Dentro de esta clase se da una subclasificación de hechos jurídicos, siendo a tratar:

HECHOS JURIDICOS LICITOS, que son aquellas conductas que van de acuerdo con las leyes de orden público, o las buenas costumbres tal es el caso del "clasico" ejemplo de la gestión de negocios; y.

HECHOS JURIDICOS ILICITOS, que son aquellas conductas que van contra de una ley de orden público o las buenas costumbres y en donde la voluntad del autor haya querido o no el hecho y haya querido también o no las consecuencias estas se generan independientemente a la voluntad, tal es el caso del Delito de FRAUDE, previsto en artículo 386 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal.

(4) Ibid. p. 122.

Por lo que hace a los hechos de la naturaleza, son aquellos acontecimientos en donde para nada interviene la mano del hombre y que necesariamente el Derecho regula, tal es el caso de los terremotos.

#### 4.2. EL ACTO JURIDICO.

Se define como: "La manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o con derecho y que produce efecto deseado por su autor porque el Derecho sanciona su voluntad."

(5).

"Acto jurídico es la acción que realiza una persona con el propósito de obtener efectos en el campo del Derecho. Estos efectos pueden consistir en la creación, transmisión, modificación o extinción de una obligación o de un Derecho."

(6).

El acto jurídico es:

5.- Ibid. p. 124.

- (6) Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Cíviles". 3a. Edición. México, Textos Jurídicos Universitarios 1984, p. 39.

UNILATERAL, cuando se conforma con una sola voluntad, o -  
 bién, cocurren dos o más, pero todas encaminadas a un mismo -  
 fin, tal es el caso del Testamento, la Declaración Unilateral-  
 de voluntad, etcetera.

BILATERAL O PLURILATERAL, cuando para su conformación -  
 se requieren de dos o más voluntades que persiguen fines diversos,  
 esto es, concurren intereses contra puestos entre sí, y -  
 como ejemplo muy claro se puede citar el Contrato de Compra --  
 venta.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal en su -  
 artículo 1792 se ocupa de definir al acto jurídico esto en los -  
 términos y conceptos mencionados de la siguiente forma: "Con -  
 venio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transfe-  
 rir, modificar o extinguir obligaciones," Y asimismo en su ar-  
 tículo 1793 señala que: "Los convenios que producen o trans -  
 fieren las obligaciones y derechos toman el nombre de CONTRA -  
 TOS"

Y por otro lado, hemos de recordar que al contrato se le -  
 ha considerado como la figura jurídica MODELO para el análisis  
 y estudio del ACTO JURIDICO; reforzamos nuestro dicho con lo -  
 establecido en el artículo 1859 del Código Civil, que a la -  
 letra dice: "Las disposiciones legales sobre contratos serán -

aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en los que se ponga la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismo." Por lo tanto, y por ser fuente del FRAUDE CIVIL limitaremos el desarrollo del presente capítulo al estudio de esta figura jurídica.

#### 4.3.ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO.

Los artículos 1794 y 1795 del Código Civil señalan los requisitos que debe satisfacer un contrato para que EXISTA y para que tenga VALIDEZ.

La diferenciación que se hace en el estudio, por un lado de los elementos de existencia, y por otro, de los requisitos de validez del acto jurídico, obedece a la razón de que a la ausencia de cualquiera de sus elementos se generan diversas consecuencias jurídicas.

En este orden de ideas, el artículo 1794 del Código Civil indica: "Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento

II. Objeto que pueda ser materia del contrato"

Y la mayoría de los tratadistas coinciden en citar un

tércer elemento: LA SOLEMNIDAD, que es el que exige que la voluntad se exteriorice siguiendo una ritualidad. Este es considerado como un elemento extraordinario y algunos autores señalan que por principio de cuentas ningún contrato la exige, que tal vez sea por esto que el legislador no se preocupó en preverlo dentro del Cuerpo Jurídico Civil; sin embargo no hay que olvidar que hay actos jurídicos que si lo requieren para su existencia es el caso del matrimonio.

Puesto que este elemento no reviste importancia para el presente estudio, nos concretamos a señalar en que consiste el consentimiento y el objeto materia del contrato.

#### EL CONSENTIMIENTO.

El consentimiento según ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ "Es acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la producción de efectos de Derecho, siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior." (7)

Por lo que hace a la exteriorización del consentimiento MANUEL BEJARANO SANCHEZ postula: "la comunicación de las partes puede establecerse de manera expresa o tácita.

(7) Op. Cit. p. 207.

La expresa consiste en manifestarse por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos. La tácita se exterioriza por una conducta que autorice a inferir de ella la voluntad negocial, la intención de contratar. El consentimiento tácito es el que proviene no de una declaración por medio del lenguaje o de un signo inequívoco, sino de una actitud o conducta que revela la intención de contratar. El artículo 1803 del Código Civil así lo prescribe." (8)

Como hemos podido constatar, el consentimiento, para su formación, necesariamente requiere de dos o más voluntades. A su vez, dichas voluntades pueden constituir: a) LA PROPUESTA - OFERTA O POLICITACION; o bien b) LA ACEPTACION.

s) la policitación "... Es la declaración unilateral de voluntad recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir el su oportunidad. " (9)

(8) Op. Cit. p. 55

(9) Gutiérrez y González, Ernesto Op. Cit. 209.

Por su parte, MANUEL BEJERANO SANCHEZ establece que la oferta es una" ..Declaración de voluntad unilateral. Ello no quiere decir que deba ser por fuerza la expresión de voluntad de una sola persona, sino la manifestación de una voluntad jurídica; varias personas pueden emitir una sola y coincidente manifestación de voluntad, la cual seguirá siendo unilateral si su sentido es el mismo; su expresión de voluntad conjunta dirigida en el mismo sentido será una voluntad unilateral para el Derecho porque están de una misma parte, pues parte significa, no la persona, sino la dirección de voluntad, que es única, aunque la manifiesten varias personas, actuando conjuntamente"...La oferta es una voluntad negocial. Es una propuesta de celebrar un negocio jurídico, lo cual significa que se tiene EL PROPOSITO DE ENGENDRAR DERECHOS Y OBLIGACIONES. Una propuesta para ir al cine o jugar el tenis no sería, en principio una oferta de Derecho." (10)

b) POR ACEPTACION, se entiende a: "La declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, y se reduce a un SI."

(10) Op. Cit. p. 57

"una vez que se hace una policitación y se recibe una -  
aceptación el consentimiento se integra, y si va hay además -  
un objeto, entonces el contrato se perfecciona." (crea) (12)

#### EL OBJETO DEL CONTRATO.

La mayoría de los tratadistas coinciden en destacar que-  
hay tres clases de objeto en contrato, viendolo como modelo pa  
ra el estudio del acto, y base para el desarrollo del presente  
capítulo, siendo:

I.- OBJETO DIRECTO DE CONTRATO, consiste en la creación-  
y transmisión de derechos y obligaciones. A él se refiere el -  
artículo 1793 del Código Civil, que señala: "Los convenios que  
producen lo transfieren las obligaciones y derechos toman el -  
nombre de contratos." Ahora bien visto lo anterior es necesa -  
rio precisar que se entiende por DERECHOS Y OBLIGACIONES en -  
términos del precepto antes citado.

Por Derecho, vamos a encontrar que se divide en grandes-  
connotaciones, siendo: EL DERECHO OBJETIVO Y EL DERECHO SUBJE-  
TIVO.

(12) Gutiérrez y González, Ernesto Op. Cit. p. 219.

El Derecho Objetivo, puede decirse que es la ley, y establece cuales reglas de conducta deben ser respetadas por los seres humanos y se impone para todos (general), por decisión ajena (heterónoma) así como por el uso de la fuerza, de ser necesaria (coercibles) "El Derecho objetivo está constituido por el conjunto de normas jurídicas." (14)

Por otro lado, el Derecho Subjetivo es la facultad del sujeto para obtener algo o poder obtener un resultado y que tiene como causa el Derecho Objetivo, es decir, la norma concede la facultad. Obviamente, debemos deducir que se refiere a esta connotación el artículo 1793 del Código en cita.

A su vez el Derecho subjetivo se subdivide en: Derechos Reales, que son las facultades o el poder de aprovechar autónoma y directamente una cosa, cabe mencionar que, precisamente la palabra REAL se deriva del latín RES que significa "COSA" - y Derechos Personales, que son las facultades que tiene el sujeto para obtener de otro una conducta que puede consistir en hacer algo, en no hacer nada o en dar una cosa. Estos Derechos personales o también llamados "DE CREDITO", son los que generan la obligación.

(14) Bejarano Sánchez, Manuel Op. Cit. p. 5.

Y por obligación entendemos que es la necesidad jurídica - que tiene una persona denominada OBLIGADO DEUDOR, de cumplir a - favor de otra denominada ACRESDOR, una prestación de carácter - patrimonial que ésta última tiene derecho a exigir.

"El Derecho personal es una relación jurídica entre personas, sancionadas por la norma jurídica y en el cual se somete a una de ellas a la necesidad de observar una conducta en favor de la otra, quién está autorizada a exigirla." (15)

II.- OBJETO INDIRECTO DEL CONTRATO, es la conducta que debe cumplir el deudor, conducta que puede ser de tres manera: - a) De dar; b) De hacer y; c) De no hacer. A este objeto se refiere el artículo 1824, que a la letra dice: "Son objeto de los contratos.

I.- La cosa que el obligado debe dar:

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer"

Por lo que respecta a la conducta de DAR, el artículo - 2011 del Código Civil señala: "La prestación de cosa puede consistir.

(15) Ibid. p. 6

- I.- En la traslación de dominio de cosa cierta;
- II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
- III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."

Por lo que hace a la conducta de HACER, así como la de NO HACER, el maestro GUTIERREZ Y GONZALEZ determina: "La prestación de hechos, o la abstención, por parte del deudor, deben satisfacer los requisitos que el artículo 1827 marca cuando dice: El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, deber ser:

- I.- Posible
- II.- Lícito.

... Un hecho o abstención son posibles, cuando van de acuerdo con las leyes de la naturaleza y las jurídicas de orden público; en sentido contrario, no podrán constituir el objeto de un contrato aquellos hechos o abstenciones que van contra una ley de la naturaleza que necesariamente debe regirlos, bien contra una norma jurídica cuyo obstáculo es insuperable, bien finalmente, porque pugnen sumultáneamente con una ley natural y una jurídica...

... De esto resulta que hay tres tipos de hechos o abstenciones imposibles:

- a) Físicamente imposibles.
- b) Jurídicamente imposibles.
- c) Física y Jurídicamente imposibles.

... El código establece estas dos clases de imposibili --  
dades en su artículo 1828, cuando determina: Es imposible el -  
hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley -  
de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regir lo -  
necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para -  
su realización." (16)

III.- Objeto MATERIAL: y sobre el cual el artículo 1825 -  
del Código Civil señala: "La cosa objeto del contrato debe: -  
1o. Existir en la naturaleza; 2o. Ser determinada o determina -  
ble en cuanto a su especie; 3o. Estar en el comercio."

(16) Op. Cit. p. 239.

10.- La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza. Para que la cosa puede ser objeto de un contrato debe existir en la naturaleza o ser susceptible de existir, esta es... "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede ser la herencia de una persona viva aun cuando esta preste su consentimiento." (artículo 1826 de Código-Civil). Respecto a las cosas futuras como objeto del contrato-tradicionalmente se estudiar, como hipótesis, al contrato de esperanza y sobre tal convenio el artículo 2792 del Código Civil lo regula de la siguiente manera: "Se llama compra de esperanza al contrato que tiene por objeto adquirir, por una cantidad determinada, los frutos que una cosa produzca en el tiempo fijado, tomando el comprador para sí el riesgo de que esos frutos no lleguen a existir, o bien los productos inciertos de un hecho que puedan estimarse en dinero.

El vendedor tiene derecho al precio aunque no lleguen a existir los frutos o productos comprados.

20.- La cosa objeto del contrato debe ser determinada o-determinable en cuanto a su especie.

Esto es que al momento en que se hace la policitud - el oferente debe de especificar con exactitud, detalladamente las características de la cosa que será objeto del convenio y -



Y en este orden de ideas, "... Están fuera del comercio - por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declare irreductible a propiedad particular." (art. 749 - del Código Civil).

#### LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURIDICO.

Hasta aquí hemos tratado de precisar, en forma un tanto - particular los elementos necesarios para la existencia del acto jurídico, y es aquí donde cabe la pregunta: ¿Qué pasa si el acto no conlleva alguno o todos los elementos exigidos para su existencia.

De acuerdo con JULIAN BONNECASE: "...Cuando el acto jurídico le falta uno o todos sus elementos orgánicos o específicos, o sean sus elementos esenciales de definición, estamos ante un acto jurídico inexistente." (17)

El citado BONNECASE postula que los elementos de definición que debe contener necesariamente el acto jurídico son dos:

(17) Julián Bonnescase, citado por Gutiérrez y González Ernesto Op. Cit. P. 150

1.- Elemento psicológico. Es el que se refiere a la manifestación de voluntad del o los autores del acto. Es decir, esta integrado por el consentimiento.

2.- Elemento material. Que se integra por el objeto del acto, y en su caso, además, por la solemnidad.

Si llegase a faltar alguno de éstos elementos el acto jurídico será inexistente por estar desprovisto de alguno de sus componentes jurídicamente estructurales.

Cuando el acto jurídico es inexistente no genera, de ninguna manera, efectos jurídicos algunos. Al respecto el artículo 224 del Código Civil prevee: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

Y sobre esto BONNECASE señale que como característica de la inexistencia del acto se dan:

1.- "No enjendra en su calidad de acto jurídico, ningún efecto cualquiera que sea.

2.- No es susceptible de convalidarse por confirmación -  
ni por prescripción.

3.- Todo interesado, cualquiera que sea tiene derecho pa-  
ra invocarla.

4.- No es necesaria una declaración judicial de inexis -  
tencia del acto; no será preciso comparecer ante la Autoridad -  
a pedirle que así lo declare; no se ejercitará una acción para  
obtener esa declaración sino llegado el caso de que una perso -  
na invocara ese acto en juicio, el juzgador sólo constatará -  
la inexistencia y el demandado opondrá las correspondientes ex-  
cepciones." (18)

Por último GUTIERREZ Y GONZALEZ escribe: "Para BONNECASE,  
recordando la tesis de PIEDELIEVRE, en donde este anota aparentes  
fallas a ese principio, manifiesta que si bien es cierto -  
que esos pretendidos actos jurídicos a los que les falta algún-  
elemento de existencia NO PUEDEN CONSIDERARSE ACTOS JURIDICOS,-  
NADA IMPIDE QUE SE LES CONSIDERE COMO HECHOS MATERIALES Y RE --  
SULTA INNEGABLE QUE COMO HECHOS MATERIALES SI PUEDEN PRODUCIR -  
CIERTAS CONSECUENCIAS DE DERECHO, así: Quién ha vendido una ca-  
sa cuando estaba destruída por un incendio, no realizó un con -  
trato de venta, y mejor dicho, este contrato es un acto jurídi-  
co inexistente por falta de objeto.

(18) Ibid. p. 152.

Pero sí, el vendedor de la cosa destruída por el incendio - INCURRIO EN UN FRAUDE para con el comprador, y sí le ocasionó un perjuicio, impidiéndole, por ejemplo, adquirir otra casa que le ofrecían, este vendedor es responsable como consecuencia de sus acciones materiales ante su pretendido comprador. Pero ninguna persona pretenderá que esta responsabilidad se debe en virtud de un acto jurídico. (19)

#### 4.4. REQUISITOS DE VALIDEZ.

No basta con que el acto jurídico sea completo en su estructura, sino que además debe satisfacer los requisitos exigidos por la ley para que tenga plena validez y pueda producir efectos jurídicos deseados.

El artículo 1795 del Código Civil se ocupa de señalar cuándo un acto jurídico puede ser invalidado, y a la letra señala: "El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.

II.- Por vicios del consentimiento.

III.- Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito:

(19) Ibid. Pág. 153.

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establezca".

El estudio y análisis de los anteriores requisitos se hace exponiendo el citado artículo 1795 a contrario sensu. Así pues, para que un contrato sea válido requiere:

I.- Capacidad legal de las partes:

II.- Ausencia de vicios del consentimiento.

III.- Licitud en el objeto, motivo o fin del acto jurídico.

IV.- Forma.

Ahora bien al consentimiento visto como elemento de existencia le corresponden: La capacidad de las partes que intervienen en el acto, ausencia de vicios de la voluntad y la forma exigida por la ley.

Al objeto, como elemento de existencia, le corresponde la licitud para que jurídicamente sea válido.

## CAPACIDAD DE LAS PARTES.

El maestro ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ determina que por capacidad se debe entender a: " ... La aptitud para ser sujeto de derecho y deberes, y hacerlos valer. "(20)

Por su parte, el maestro MANUEL BEJARANO SANCHEZ estima - "La capacidad es la aptitud para ser titula de derechos y obligaciones y para ejercitarlos. En principio todo sujeto tiene - capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título ex - ceptional son incapaces." (21)

Los conceptos anotados incluyen dos tipos de capacidad - siendo estas: a) Capacidad de Goce; y, b) Capacidad de Ejercicio.

a) CAPACIDAD DE GOCE, "Es la aptitud jurídica para ser - sujeto de derechos y deberes... La ley de esa aptitud a seres - que inclusive aun no nacen sino que sólo están concebidos. (22)

(20) Ibid. p. 327

(21) Op. Cit. p. 130

(22) Gutierrez y González Ernesto Op. Cit. p. 327.

ofende derechos privados.

Pero es que hay delitos que, además de negar el derecho -- del Estado a la obediencia, atacan derechos subjetivos privados (por ejemplo, los delitos contra el patrimonio)."(14)

PUGLIA pretendió cimentar la diferencia en la posibilidad de la reparación del daño. Según este autor, cuando el estafador o el que engaña, devuelve la cosa, o repara íntegramente los perjuicios es responsable de un dolo civil; pero cuando no restituye la cosa ni cumple con las reparaciones pertinentes, es responsable de un dolo penal. En el último caso, comete una ESTAFA; en el primero, una INFRACCION CIVIL.

Esta doctrina no ha sido aceptada. Conduciría a que los -- estafadores capitalistas escaparan a toda sanción penal, quedando sólo sujetos a ella los que no disponen de recursos para indemnizar los perjuicios causados; y, además, olvida que el delito se consuma con la entrega de la cosa y que la reparación -- que se verificara del daño, posteriormente a la consumación, podrá constituir una circunstancia atenuante del mismo, pero -- no dará lugar a la desaparición jurídica del delito." (15)

(15) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Op. Cit. p. 690.

"Es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones .. Es una verdadera vocación para tener derecho, para ser titular de ellos. Es una atribución de la personalidad y la poseen todos los hombres, sin excepción en los países civilizados"(23)

Sin embargo, esta capacidad se encuentra limitada legalmente a determinadas personas, que se encuentran en situaciones claramente previstas y esta se funda en razones de seguridad o de política.

"Hay incapacidad de goce cuando un derecho, concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinadas personas." (24)

"La capacidad de goce es el producto de luchas políticas que se han sostenido por siglos, y de ahí que hoy en día ningún país civilizado niegue totalmente esta capacidad, si bien es cierto que en función, también de razones políticas y de seguridad nacional, se establecen algunas restricciones a la misma, originándose así la incapacidad parcial de goce.

(23) Bejarano, Sánchez, Manuel Op. Cit. p. 130

(24) Ibid. P. 130

En Derecho Mexicano existen especiales casos de incapacidad de goce para:

- a) Corporaciones religiosas y ministros de los cultos.
- b) Instituciones de Beneficiencia.
- c) Sociedades comerciales por acciones.
- d) Los extranjeros.
- e) Personas físicas por sentencia judicial." (25)

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 27 Fracciones I, II, III, y IV 130 párrafo - quince segunda parte, establecen algunos supuestos de incapacidad de goce:

Artículo 27 Fracción I: "Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las Sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o - aguas.

El estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en invocar por lo mismo la protección de sus Gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas."

Artículo 27 Fracción II: "Las Asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán, en ningún caso, tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos..."

Artículo 27 Fracción III: "Las Instituciones de Beneficencia Pública o Privada...no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él. Se les impone una incapacidad relativa de goce, pues si bien pueden adquirir inmuebles, son sólo los necesarios para su fin y no ilimitadamente como las demás personas."

Artículo 27 Fracción IV: "Las Sociedades comerciales por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rú-

ticas."

Artículo 130, párrafo quince, segunda parte: "los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto, o de un particular con quien no tenga parentesco dentro del cuarto grado."

Y por último, el artículo 1680 del Código Civil dice: -  
 "No pueden ser albaceas, excepto en los casos de ser herederos únicos: III. Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad."

b) CAPACIDAD DE EJERCICIO. "Es la aptitud para ejercitar o hacer valer sus derechos." (26)

"Es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan, o para asumir deberes jurídicos."  
 (27)

(26) Bejarano Sánchez Manuel Op. Cit. P. 130

(27) Gutiérrez y González Ernest. Op. Cit. p. 332.

El artículo 1798 del Código Civil versa sobre esta capacidad: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley."

Y por otro lado, "Una vez que se tiene la capacidad de goce, puede suceder que la ley determine la prohibición de que se ejercite esa capacidad. Aparece así la llamada INCAPACIDAD DE EJERCICIO que implica el sí ser titular de derechos, pero no el poder ejercitarlos." (28)

"La incapacidad de ejercicio, cuyas reglas se imponen por razones muy diversas. Se exige que el acto jurídico sea realizado por una persona capaz de ejercicio con el propósito de proteger a ciertos grupos de personas que por varias causas (minoridad, locura, adicción a las drogas o a las bebidas embriagantes, o falta de posibilidad de comunicar su voluntad), podrán ser víctimas de abusos: se les veda obligarse por actos jurídicos para salvaguardar sus propios intereses." (29)

Esta incapacidad de ejercicio está regulada por el Código Civil en sus artículos 450 y 1306, que determinan:

"Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal.

I. Los menores de edad;

28.- Ibid. p. 333.

29.- Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 131

II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;

III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso immoderado de drogas enervantes."

"Art. 1306.- Están incapacitados para testar:

I. Los menores que no han cumplido dieciseis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio."

MANUEL BEJARANO SANCHEZ, sobre el t6pico menciona que: --  
 "No es que los incapaces carezcan de voluntad. Un ni1o, incluso en su m1s tierna edad posee una voluntad y lo mismo debe decirse de los dem1s grupos de personas involucrados en la disposici6n; pero la voluntad de ellos tiene (tal vez a excepci6n de algunos sordomudos analfabetos) es notoriamente insuficiente para servir de soporte a un acto jur6dico, de ah1 que los actos efectuados por ellos sean ineficaces para el Derecho. Se trata pues de una tutela que el ordenamiento jur6dico concede a sujetos carentes de entendimiento, reflexi6n o poder de comunicaci6n, y les proporciona el arma de la nulidad para combatir el

acto lesivo a sus intereses. La ratio legis de las incapacidades de ejercicio es la salvaguarda de intereses privados."<sup>(30)</sup>

Ahora bien, tratándose de infantes de corta edad y de enajenados mentales en períodos no lúcidos, más cabe hablar de una ausencia de voluntad negocial -falta de voluntad que produce --inexistencia del acto- que de incapacidad de ejercicio -motivo de nulidad. En tales sujetos no existe propiamente voluntad: --les falta la facultad de deliberar y de deducir con base en una reflexión sobre las circunstancias y conveniencias del acto. --Ello no ocurre con los demás incapaces, cuyo acto sólo será anulable.

#### AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD.

El multicitado artículo 1795 del Código Civil en su fracción II establece que el contrato puede ser invalidado por vicios en el consentimiento.

La doctrina a lo largo de todo el Derecho comparado ha --considerado principalmente como vicios del consentimiento a los siguientes: EL ERROR, VIOLENCIA y LA LESION.

30.- Op. Cit. p. 132.

El Código Civil en su artículo 1812 reconoce como vicios del consentimiento el ERROR, VIOLENCIA y DOLO, asimismo podemos citar a la LESION, la cual está prevista en los artículos 17 y 2228 del mismo Ordenamiento.

Por su parte, ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ señala que -- por vicio se debe entender a: "... La realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución. En efecto, cuando un elemento de existencia se realiza o se presenta de manera imperfecta, está viciada."<sup>(31)</sup>

"Si la decisión proviene de una creencia equivocada ---- (error) ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas (violencia o temor), entonces es -- una voluntad viciada que anula el contrato (art. 1812 del Código Civil). En tales casos, el agente manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin las cuales el acto no habría sido realizado; al otorgar su consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su intención hacia un fin que no desea en realidad. Con propiedad, el artículo -

31.- Op. Cit. p. 271.

897 del Código Civil Argentino prescribe que los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad. "(32)

#### 4.4.2.1.- EL ERROR.

"Este es una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En el Derecho, el error en la manifestación de la voluntad vicia a ésta o al consentimiento, por cuanto que el sujeto se obliga partiendo de una creencia falsa, o bien, pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones." (33)

El error "... En lenguaje común es un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la verdad." (34)

El error "... Es una creencia sobre algo del mundo exterior que está en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad. Pero siempre aunque se esté en error, se tiene un conocimiento, equivocado,

32.- Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 94.

33.- Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil. Tomo I; 21a. Edición; México. Porrúa, 1986 p. 21.

34.- Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 95.

pero un conocimiento al fin y al cabo." (35)

Siguiendo la tesis del maestro MANUEL BEJARANO SANCHEZ, -  
el error puede clasificarse de la siguiente manera:

1.- POR SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS:

a) Error indiferente: "Es el que produce en la voluntad del sujeto un equívoco sobre circunstancias incidentales del -- objeto, o cualquier otro elemento del contrato, pero este error carece de trascendencia en la vida del mismo acto pues este se habría celebrado aun cuando no se hubiere incurrido en el ---- error. Este error, cuando mucho, en ciertos casos dará lugar a un ajuste de las prestaciones, pero nunca a la nulidad del acto." (36)

"No ejerce influencia alguna sobre el acto, recae sobre - circunstancias accidentales o sobre los motivos personales se-- cretos es indiferente para la vida de dicho negocio. Otro caso de error indiferente es el de CALCULO, el cual sólo da lugar a que se rectifique (Art. 1814 del Código Civil)." (37)

b) Error nulidad: El artículo 1813, al respecto prescri-

35.- Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 273.

36.- Ibid. p. 279

37.- Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 96.

be: "El error de Derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo - contrato que se celebró este en el falso supuesto que lo motivo y no por otra causa."

Este error puede ser:

**SOBRE LA SUSTANCIA**, cualidad de la cosa cuya existencia - ha sido considerada por las parte como requisito del contrato;-

**SOBRE LA PERSONA**, algunos contratos se celebran en atención a determinadas personas -calidad especial del contratante. Ejemplos: En la DONACION, el donante, al donar a otro un bien - lo hace motivado por un sentimiento o afecto especial para el - donatario. En ausencia de ese sentimiento no habría donación.- Otro ejemplo, se celebra el contrato con una persona precisamente porque ésta es hábil o eficiente en algún arte u oficio.

"El error nulidad es el que vicia la voluntad. Produce - la nulidad relativa del acto jurídico. En nuestro Derecho, el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente (Art. 1813 del C.C.)" (38)

C) El error obstáculo: "Es el que impide la reunión de -- las voluntades. Produce la inexistencia del contrato porque recae sobre un aspecto tan importante y trascendente para la violación, que impide la formación del acuerdo de voluntades de los contratantes y obstaculiza la integración del consentimiento (de ahí su nombre). Tal sería el error sobre la cosa misma, objeto del contrato llamada en Roma ERROR IN CORPORE, sobre el contrato ERROR IN NEGOTIO." (39)

"El error común de hecho obstáculo impide la existencia - del contrato, pues es tan grave y de tal magnitud que en verdad no se puede decir que se haya integrado el consentimiento, y al no integrarse este falta uno de los elementos de existencia del contrato.

Este tipo de error puede recaer:

1.- Sobre la naturaleza del contrato, y entonces se habla de error IN NEGOTIO.

2.- Sobre la identidad del objeto, y se habla de ERROR IN REM.

El ERROR IN NEGOTIO se presenta cuando cada una de las --

39.- Ibid. p. 98.

partes que pretenden celebrar un contrato cae en el error de creer que celebran un contrato diverso al que piensa celebrar con la otra. No hay por lo mismo coincidencia de voluntad y no se puede integrar el consentimiento. En este caso, no hay identidad del pensar de las partes; se encuentran en un error sobre la naturaleza del contrato, y el acto será inexistente.

EL ERROR IN REM lo hay cuando las partes caen en error respecto de la identidad del objeto materia de la prestación en el contrato; cada uno supone que la operación versa sobre una cosa distinta, lo que da por resultado que no haya coincidencia de voluntades, y el error impedirá que se forme el consentimiento, y al no darse éste, no puede haber contrato." (40)

## 2.- POR LA MATERIA SOBRE LA QUE RECAE:

a) ERROR DE HECHO.- "La equivocación se refiere a circunstancias fácticas." (41)

"El error de hecho es el que tiene mayor importancia y -

40.- Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 276.

41.- Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 98.

se hace su estudio detallado en los anteriores autores (obstáculo, indiferente y nulidad)."(42)

b) ERROR DE DERECHO.- "La equivocación versa sobre la existencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas."(43)

"... Es el que implica el desconocimiento o falsa interpretación de una regla jurídica, tiene en la actualidad gran interés, porque el Código vigente lo toma en cuenta para declarar la nulidad del acto, en tanto que los Códigos de 1870 y 1884 de terminaron que no lo invalidaba."(44).

"El error de derecho se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal, o sobre su interpretación, esto es, respecto de una regla jurídica aplicable al contrato.

El Código Civil vigente expresa en su artículo 1813 que tanto el error de hecho como el de derecho invalidan el contrato, en las condiciones que la propia norma señala.

De acuerdo con el texto del artículo 1813, no debe olvi-

42.- Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p.56.

43.- Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 98.

44.- Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 52.

darse que para la procedencia de la nulidad del acto por error de Derecho, al igual que el de hecho, debe hacerse declarado - en la forma expresa en el momento de celebrarlo, lo que determina al contratante a realizarlo, pues si no hace tal manifestación no se podrá posteriormente invocar la nulidad de la convención." (45)

### 3.- POR LA MANERA EN QUE SE GENERA:

a) SIMPLE O FORTUITO.- "Surge y se mantiene expontánea mente por aquel que lo padece. Nadie que conozca su error ha intervenido para provocarlo, mantenerlo o aun disimularlo." (46)

"Es el que se da de una manera expontánea sin que inter venga para nada otra voluntad que le induzca al error... Nadie induce a la falsa creencia de la realidad." (47)

b) INDUCIDO O CALIFICADO.- "Ha sido provocado o manteni do activamente por artificios ajenos (generalmente de quien - tiene interés de explotarlo), caso en el cual se habla de DOLO, o ha sido disimulado (deliberadamente pasado por alto) por el beneficiado por el error ajeno." (48)

45.- Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 283.

46.- Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 98.

47.- Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 274.

48.- Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 98.

El error inducido es aquel en que el sujeto cae a consecuencia de las acciones engañosas realizadas dolosamente por el cocontratante o por un tercero. Se encuentra regulado por el artículo 1815 del Código Civil en los siguientes términos: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error... a cualquiera de los contratantes...".

"Se entiende por DOLO en los contratos, toda maquinación o artificio que se emplea para inducir a error. Así lo define la ley, pero debemos agregar: Siempre y cuando ese error sea determinante de la voluntad, porque si no lo es, aun cuando haya maquinaciones o artificios habrá un dolo en términos generales los mismos."<sup>(49)</sup>

En atención a lo antes establecido debemos mencionar que existen dos tipos de error inducido: a) PRINCIPAL; y, b) INCIDENTAL.

"El dolo principal o determinante es el que determina la nulidad del acto, porque enjendra un error que es a su vez la causa única por la cual se celebró."<sup>(50)</sup>

49.- Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 145.

50.- Ibid. p. 147.

"Son las maquinaciones que se emplean para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que se celebre un contrato que de otra manera no habría celebrado. Este tipo de dolo que produce el error debe originar la nulidad del acto, y a este respecto el artículo 1816 dispone: 'El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido causa determinante de este acto jurídico.'<sup>(51)</sup>

El error inducido incidental se configura cuando el contratante o un tercero utiliza artificios para hacer caer en error a un sujeto (que estaba ya dispuesto a celebrar un contrato) y de esta manera obtener ventajas en la celebración del contrato.

"El dolo incidental origina un error de importancia secundaria, que a pesar de conocerse se hubiera celebrado la operación. El dolo incidental, por consiguiente no nulifica el acto jurídico."<sup>(52)</sup>

"Son las maquinaciones que se emplean para inducir a error a una persona que ya estaba determinada a contratar, pe-

51.- Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 301.

52.- Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 147.

que en vista de tales maquinaciones otorga su voluntad en situación desventajosa de la que hubiera aceptado sin mediar el error por dolo." (53)

Hasta aquí hemos tratado de desglosar y describir el contenido y las variantes del error. Sólo nos bastaría mencionar que, en algunos casos, el sujeto supera el error, y en otros no supera el error. Esto permite distinguirlo en: ERROR SUBSISTENTE; y, b) ERROR SUPERADO.

Asimismo, el error subsistente se deriva de:

1.- Omisión dolosa: Al hablar de la omisión dolosa, tenemos que hacerlo en término de MALA FE, tal y como lo regula el artículo 1815: "Se entiende por... Mala Fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."

En esta hipótesis el contratante o un tercero se abstienen de hacer saber al sujeto el estado de error en que se encuentra -respecto al acto jurídico que pretende celebrar-.

"Esta es la disimulación de error por parte de un contra-

tante una vez conocido, para que el otro se obligue; bajo esa - falsa creencia; es decir, en la mala fe no se provoca el error; simplemente el contratante se aprovecha del que advierte la -- otra parte, y esta actitud pasiva para aprovecharse del error - de la otra parte y obtener ventajas indebidas, se equipara al - dolo por cuanto también origina la nulidad del contrato, siem-- pre y cuando el error en que incurrió voluntariamente la parte contratante, sea determinante de la voluntad. Es decir, el do- lo es activo; implica maquinaciones o artificios para inducir - al error. La mala fe es pasiva; simplemente se aprovecha, un - contratante, del error en que la otra parte está incurriendo, y no le advierte esa circunstancia, con la dañada intención de -- aprovecharse de ella." (54).

2.- Acción dolosa: Se presenta cuando el cocontratante - o un tercero llevan a cabo actividades tendientes a mantener al sujeto en el error en que se encuentra -respecto al acto jurídi- co que desea celebrar-. Esta clase de error está regulada, tam- bién, en términos del artículo 1815: "Se entiende por dolo en - los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee pa- ra... mantener en el error a alguno de los contratantes."

I) Por el propio sujeto cuando despliega el análisis idóneo del acto jurídico que celebra.

II) Por acción de la otra parte contratante, cuando, como es debido, efectúa las aclaraciones pertinentes para despejar el estado de error que padece el sujeto con quien contrata-

III) Por acción de un tercero, que siendo ajeno a un acto jurídico que se celebra, acude al mismo para despejar la falsa creencia que tiene una de las partes.

#### LA VIOLENCIA.

Como hemos podido constatar, para la integración del primer elemento de existencia del contrato, es decir, el consentimiento, es necesario que haya un acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones, o sea, una manifestación exterior de voluntades.

La manifestación exterior de la voluntad (pensemos en el asentamiento de una firma ológrafa o de una huella digital en un documento), puede en algunos casos estar viciada por intimidación. Al respecto el artículo 1819 del Código Civil dispone: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que - importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la-

salud o una parte considerante de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

Nótese que el artículo 1819 se refiere a la violencia física intimidatoria y a las amenazas, no así a la vis absoluta o fuerza física irresistible.

La violencia física intimidatoria se despliega sobre el cuerpo del contratante para producir un dolor físico tal que lo intimida hasta el punto de doblegar su ánimo.

"La sola violencia física no es un vicio del consentimiento, que desde luego queda viciado... Sin dejar de reconocer -- que la víctima pudo optar por soportar el dolor que se le produjo antes de suscribir un documento... El dolor físico, podemos afirmar, es una causa psicológica que vicia la voluntad contractual siempre y cuando otra persona aproveche esta situación dolorosa y la obligue a celebrar el acto jurídico (aunque esta no haya producido el dolor)."<sup>(55)</sup>

La amenaza es el anuncio de un mal que doblega el ánimo -

55.- Quintanilla García, Miguel Ángel. "Derecho de las obligaciones." 2a. Edición. México, Cárdenas Editores y Distribuidores, 1981 p. 68.

del contratante y, como consecuencia, lo decida a realizar el -  
acto que le impone.

"... Conviene señalar que nuestro Código Civil expresamen-  
te reconoce en su artículo 1819 a este vicio del consentimien-  
to, al que nosotros denominaremos TEMOR, y puesto que nos dice  
en lo que consiste, nos haremos la siguiente pregunta: ¿Cual---  
quier temor será un vicio de la voluntad?. Desde luego que no,  
sólo será el que sea grave y fundado, de un mal injusto y nota-  
ble, y debe ser de tal naturaleza que impresione a una persona  
sensata o como dijera STOLFI: 'A quien no sea héroe ni pusiláni-  
me'... Así pues quedan desterrados como vicios del consentimien-  
to el temor leve o ligero y el reverencia . Para calificar el  
temor habrá que tomar en cuenta la edad, sexo, condiciones de -  
la persona, su posición social, su grado de cultura y educa---  
ción, dejando desde luego al prudente arbitrio del juez las cir-  
cunstanCIAS que motivaron el contrato para saber si éste fue ce-  
lebrado bajo el imperio del temor." (56)

La fuerza física irresistible o vis absoluta, es la fuerza  
muscular que recae sobre el cuerpo del contratante y lo doblega  
-al cuerpo- y, como consecuencia, se producen movimientos corpo-

rales sin el concurso de la voluntad.

" ... No es propiamente un vicio de la voluntad, ya que un elemento psicológico como lo es la voluntad no puede ser viciada por un hecho físico: La violencia, sin caer en una ficción jurídica no solo es innecesaria sino perjudicial, según lo ha expresado el maestro MANUEL BEJARANO SANCHEZ.

Tratandose pues de la fuerza física insuperable, adoptamos el pensamiento de CASTAN TABENAS: Qué la violencia o fuerza material excluye totalmente la voluntad en cuanto priva al violentado de toda posibilidad de querer. (57)

La primera hipótesis, violencia intimidatoria (fuerza física, en el lenguaje del artículo 1819), es un caso de vicio de la voluntad, generador de nulidad del acto jurídico.

La segunda hipótesis: Amenazas (amenazas, en el artículo 1819), también es un acto de voluntad viciada, que produce la nulidad del acto.

En la tercer y última hipótesis: Fuerza física irresistible es inexistente la voluntad, pues la fuerza muscular doblega no el ánimo sino el cuerpo del contratante; por tanto, no es causa de nulidad, sino de inexistencia del acto jurídico por falta del consentimiento.

#### LA LESION.

"Otro de los vicios que puede afectar al contrato bilateral, oneroso y comutativo, consiste en la desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico. Esta figura jurídica se encuentra contemplada en el artículo 17 del Código Civil en los siguientes términos: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo o sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año. " (58)

Por su parte, el maestro ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ la define como: "... El vicio de la voluntad de una de las partes originado por su inexperiencia, extrema necesidad o sumamiseria, en un contrato conmutativo... Pero ese vicio de la voluntad de una de las partes, debe producir el efecto de que la otra parte obtenga un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que ella por su parte se obliga, - pues si el contrato se llegara a otorgar bajo ese estado de - inexperiencia, extrema necesidad, o suma miseria, pero no resulta la desproporcion en las prestaciones no se dará la le - sion." (59)

Asimismo, al autor en cita señala que existen tres té - sis que tratan de explicar como opera la lesion, siendo pues, las siguientes:

a) LA LESION COMO VICIO SUBJETIVO DE LA VOLUNTAD, esta - se refiere a que cuando una persona acepta recibir, en un con - trato conmutativo, una prestacion desproporcionada en su de - trimento a la que se obliga, indudablemente adolece de un vi - cio en su consentimiento ya que no es posible imaginar que - alguien en uso pleno, consciente y libre de su voluntad acep -

te tal contrato. Así pues, cuando un contrato presente vicios- como ya se ha visto en una de sus voluntades no produce efectos de validez.

En esta teoría no interesa tanto el ver la desproporción- material en las prestaciones a que se obligan las partes, si - no lo que se trata es de ver si estas fueron otorgadas libre - mente al exteriorizarse o si algún elemento influyó en las vo- luntades para su otorgamiento. Y en este caso sería igual a - que si la voluntad fuese arrancada por error o violencia, pues solo así puede concebirse que exista una desproporción tan mar- cada en las obligaciones pactadas.

b) LA LESION COMO VICIO OBJETIVO DE CONTRATO, en esta co- rriente no interesa si la voluntad estuvo viciada o no al mo - mento de integrar el consentimiento a la celebración del con - trato. Lo que REPUGNA es la marcada desproporción en las obli- gaciones pactadas a su celebración, de donde resulta que la - lesión surge como un vicio objetivo en el contrato. Se habla - de que esta teoría surgió desde la época de los Romanos y que - el Derecho Civil Español lo contempla en algunos de sus precep - tos jurídicos, y que aún más el Derecho Civil Mexicano en los - Códigos de 1870 y 1884, lo contemplaba en igual sentido.

c) LA LESION COMO VICIO OBJETIVO-SUBJETIVO. Los defensores de esta teoría señalan que para que se produzca la lesión se requiere que se dé una manifiesta desproporción entre la prestación y la contraprestación pactadas; pero asimismo, además se requiere de un elemento subjetivo, siendo a saber la explotación de: LA SUMA IGNORANCIA NOTORIA INEXPERIENCIA O LA MISERIA.

En este orden de ideas, para que la lesión se de se requieren de dos elementos.

Objetivo.- Integrado por la desproporción en las prestaciones y,

Subjetivo, representado por un elemento interno en la voluntad de la parte perjudicada.

Esta doctrina, perteneciente a los sistemas Suizo y Alemán, fue la que inspiró al Código Civil vigente para el Distrito Federal de 1928 para la regulación de la figura de la lesión en los términos del ya transcrito artículo 17.

"Los efectos alcanzados por la lesión se pueden obtener por otros medios de los ya aceptados por la ley, como es el error fortuito o el inducido, y la violencia, pues através -

del error se puede considerar el mismo efecto que la suma ignorancia y la notoria inexperiencia, y através de la intimidad se dan resultados iguales a los de la extrema miseria." (60)

"El Código Penal, en auxilio del Código Civil, para hacer más efectiva la sanción de nulidad del acto, y multiplicar sus efectos, para que no se abuse de los ignorantes y débiles, determina en su artículo 387-VIII que: Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán VIII.- Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulan réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.... La sanción prevista por el acto viciado por lesión es una nulidad relativa, y así en el propio artículo 17 se aprecia como el acto se puede convalidar por caducidad al no ejercitarse la acción respectiva dentro de un año; este criterio se confirma además por el texto de los artículos 2228 y 2230." (61)

(60) Gutiérrez y González, Erenesto. Op. Cit. p. 317

(61) *Ibid*, p. 317.

## LICITUD DEL MOTIVO O FIN.

El ya citado artículo 1795 del Código Civil, en su fracción III establece como otro requisito de validez, para que un acto jurídico puede producir plenamente sus efectos, que su objeto, motivo o fin sean lícitos.

Y a mayor abundamiento, en el artículo 1813 del mismo Ordenamiento se establece que: "El fin o motivo determinante del contrato tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público a las Buenas costumbres." Y en el artículo que antecede lo citado se da el concepto legal de ilicitud en los siguientes términos: " Art. 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres.

En este punto al hablar del objeto" ... Me refiero sólo al consistente en prestar hechos o realizar abstenciones, pues respecto de las cosas materiales no cabe hablar de ellas sean lícitas o ilícitas, no es elemento de existencia, es sólo un requisito de validez que exige la ley, ya que no obstante que sea ilícito no deja de ser objeto posible de contrato, independientemente de las consecuencias que de ella derivan.

Un hecho o abstención imposible no pueden permitir la formación del contrato en que se pretendiera fueran objeto, en cambio un hecho o abstención ilícitos si pueden, no obstante su ilicitud, participar como elementos esenciales del contrato." (62)

Ahora Bien, el artículo antes mencionado prevé dos clases de conductas ilícitas: a) Las que van contra las leyes de orden público; y, b) Las que van contra las buenas costumbres.

"Cuando el sujeto crea un contrato, una declaración unilateral de voluntad o culaquier otro acto jurídico que se oponga a lo prescrito por la norma general obligatoria, dicho acto no surtirá efecto alguno porque nunca podría prevalecer sobre el mandato de la ley... El derecho concede a los particulares de facultad de crear actos jurídicos y reglar con ellos su propia conducta, así como el poder de modificar su esfera jurídico-económica gozando de cierta libertad de acción por el ejercicio de su voluntad autónoma.

Esa autonomía tiene por límite la ley, el orden jurídico pues el objeto de los actos jurídicos, el fin que induce a su celebración y las condiciones que en ellos se impongan, no debe contradecir o contrariar a las normas contenidas en la ley -

(63)

(63) Bejarano Sánchez Manuel Op. Cit. p. 117

Por su parte, el LICENCIADO ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ establece que por lo que hace a la conducta ilícita por ir en contra de una ley de orden público. Esta ley puede ser: 1) Supletoria o permisiva; 2) Prohibitiva; y 3) Preceptiva.

"Las leyes supletorias se aplican siempre que los sujetos no han previsto, total o parcialmente, las consecuencias de su proceder; por tanto, sólo cuando es defectuosa la declaración expresa de la voluntad.

De esto se sigue que un acuerdo de voluntades contrario a las leyes supletorias no constituyen un hecho ilícito.

Las múltiples relaciones sociales, en derecho civil se orientan a través del principio de que: Todo lo que no está prohibido está permitido.

Así las leyes PROHIBITIVAS restringen la libertad individual en aquellos actos cuyo objeto es lesivo para el orden social.

Estas leyes protegen gran variedad de bienes jurídicos cuyo interés social, individual o colectivo varían según sea la intensidad del contenido valorativo que le asigna una colectividad.

Por lo mismo existe una graduación en las sanciones correspondientes, que afectan a los actos jurídicos en sí o los autores del mismo.

La actividad del Estado no se agota con establecer prohibiciones; también recurre a leyes preceptivas, en donde ordena la observancia de conductas determinadas, preceptúa u ordena lo que se debe hacer en atención al orden social, y si los particulares celebran un contrato que tenga por objeto una conducta contraria o tienda a alterar las situaciones tuteladas por esas leyes, estarán realizando una convención con objeto ilícito." (64)

Si la ley prohibitiva protege bienes jurídicos de interés tan sólo para determinadas persons la sanción que afecta al acto jurídico será la nulidad relativa por la ilicitud del objeto.

Si la ley prohibitiva protege bienes jurídicos de interés general o de orden público, la sanción en unos casos será la nulidad absoluta afectará al acto y en otros, recaerá directamente sobre el autor del acto.

(64) Gutiérrez y González, Ernesto Op. cit. p. 259

Al respecto el artículo 8 del Código Civil dispone: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

Cuando la sanción no recae sobre el acto sino sobre el autor, el acto producirá todos sus efectos, ya que no hay nulidad relativa ni absoluta, la sanción para el autor será de otra índole. Ejemplos los casos a que se refieren los artículos 158.

El artículo 1830 del Código Civil señala, además que la conducta también es ilícita cuando va contra las buenas costumbres.

"Las buenas costumbres, con esta expresión se entiende el concepto de moralidad prevaleciente en una comunidad, en un tiempo y un espacio determinado.

Y: lo que el concenso general de los habitantes de una sociedad humana, determinada juzga moral, no se trata de moral individual, sino de moral social.

No es tampoco la de cierto credo religioso, sino la conciencia que predomina como el común denominador. Por tanto, será contraria a las buenas costumbres toda conducta que la opinión prevaleciente reprueba como inmoral, lo que es ofensiva contra el sentido público de la moralidad y que por ello suscita reprobación, de ahí que se trata de una idea que varía de un lugar y de una época a otros.

Para ser lícitos, los actos jurídicos deben ser congruentes con las buenas costumbres." (65)

"En conclusión, el determinar que un hecho o una abstención que constituyen el objeto de un contrato, son ilícitos por ir en contra de las Buenas costumbres, quedará sujeto a un recto criterio judicial, que variará de pueblo a pueblo y de época a época, y aun de región a región de un mismo país." (66)

LA FORMA.

Las partes contratantes deben externar su voluntad con -

(65) Bejarano Sánchez Manuel Op. cit. p. 118.

(66) Gutiérrez y González Ernesto Op. cit. p. 267.

sentimiento acatando la forma exigida por las leyes relativas así lo señala a CONTRARIO SENSU la fracción IV del artículo - 1795 del Código Civil.

Al respecto, el artículo 1803 del Ordenamiento en cuestión dice: "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por - signos inequívocos.

El tácito resultará de hechos o de actos que lo pre - supongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos - en que la ley o por convenio la voluntad deba manifestarse - expresamente.

El texto del artículo transcrito conduce a suponer y - así es en realidad que las normas jurídicas reguladoras de - las diversas clases de contrato señalan formas distintas, que deberán observarse en cada caso para la validez del acto ju - rídico específico que se celebre.

El primer supuesto que debe considerarse, según el ar - tículo 1803, es el de aquellos contratos que admiten tanto -- la forma expresa comola tácita; ejemplo; las voluntades del - operador y del usuario de un autobús urbano pueden manifestar se expresa o tácitamente.

En este primer supuesto, en realidad no hay forma alguna.

Un segundo supuesto es el de la forma expresa. Si la norma relativa al contrato específico que se desea celebrar exige a los contratantes exteriorizar sus voluntades expresamente, surge entonces una forma, que puede ser verbal, escrita o por signos inequívocos.

Aquí la norma jurídica excluye la manifestación tácita de la voluntad, aún cuando admite las tres variantes de manifestación expresa.

Un tercer supuesto es la forma escrita, la cual por su puesto excluye tanto a la manifestación tácita como a la expresa verbal o por signos inequívocos tal es el caso de la constitución o transmisión de derechos reales a que se refiere el artículo 2317 del Código Civil.

El cuarto y último supuesto es el de los contratos que deben hacerse constar en documento público.

Ejemplo: El artículo 2320 del Ordenamiento Civil establece: "Si el valor del inmueble excede de quinientos pesos, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317"

Cuando no se cumpla con la forma, el acto adolecerá de nulidad relativa. Así lo establece el artículo 2228 del Código Civil: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

La nulidad relativa del acto jurídico, derivada de la falta de forma exigida por la ley, puede superarse mediante confirmación, o sea, mediante el cumplimiento de la forma. Así lo expresa el artículo 2231 del ordenamiento en consulta, que dice: "La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida".

## V

"EL FRAUDE PENAL Y EL FRAUDE CIVIL"

## 5.1.- PROBLEMATICA.

Como hemos podido notar, existe una identidad perfecta entre la conducta que integra el tipo del llamado, propiamente, - FRAUDE PENAL, y la conducta DOLOSA O DE MALA FE, vista como VICIO en el consentimiento de las voluntades para crear el contrato y mismo que es sancionado por las normas jurídicas del Derecho Privado, y que hemos denominado FRAUDE CIVIL. Uno y otro - se incluyen en el mismo concepto, consistente en MALICIOSO ENGAÑO, APROVECHAMIENTO DE UN ERROR y esto con el fin de obtener - una injusta ventaja o beneficio indebido, Asimismo, y observando lo dictaminado por nuestra Carta Magna, el problema se toma

más enconado, toda vez que en su artículo 17 párrafo Primero, - determina: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil..." Y si nos apegamos estrictamente a lo previsto por el Derecho Civil, tendríamos que reconocer que estamos ante una conducta regulada por este ordenamiento en su correspondiente capítulo de OBLIGACIONES; pero por otro lado, esta misma conducta (engaño para un aprovechamiento injusto) está regulada por él, ya analizado, artículo 386 del Código Penal, - que lo tipifica con la denominación de FRAUDE, y esto dentro - del apartado de los DELITOS PATRIMONIALES, asimismo el mismo ordenamiento, en su artículo 7 párrafo inicial, dogmatiza que: - "Delito es el acto u omisión que SANCIONAN LAS LEYES PENALES".

Es por todo lo anterior que surge la gran duda ¿Existirá ilícito civil no coincidente con el ilícito penal?. Al respecto el maestro MARIANO JIMENEZ HUERTA señala que: "La cuestión - más ardua y más discutida y que más ha fatigado a los juristas de todas las épocas y de todas las escuelas, es la que se refiere a los límites entre el fraude civil y el fraude penal. La --tendencia que se manifiesta como prevalente desde el Derecho Romano a nuestros días y que por esto presenta una cierta conti-nuidad tanto histórica como doctrinal, considera que esta indignación no es absolutamente de Derecho, sino que implica, casi - exclusivamente, una apreciación de hecho." (1)

Por su parte FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA escribe que: - "siendo la esencia jurídico-doctrinaria del delito de fraude - propiamente dicho -salvo casos especiales tipificados expresamente por la ley- el engaño, o sea la mutación o alteración de la verdad, y presentándose a menudo en materia de obligaciones civiles esta falacia, los autores encuentran obstáculos para - una certera distinción entre el dolo y el fraude puramente civiles, originadores de sanciones privadas de nulidad, rescisión - o indemnización, y el fraude delictivo. GARRAUD zanja prolongada discusión con los siguientes magistrales conceptos: 'Es necesario separar por una línea suficientemente precisa el fraude - o el dolo civiles y el fraude puramente civiles (originadores - de sanciones privadas de nulidad, rescisión o indemnización) -- que abren simplemente a la persona lesionada a una acción de reparación del perjuicio, del fraude penal o dolo penal, que hace incurrir, además, al que lo emplea, en una pena pública. La demarcación entre el dominio del Derecho Criminal y el del Civil es tan difícil de fijar que los juristas de todos los siglos lo han ensayado sin éxito.'" (2)

Las opiniones recabadas sobre tan importante debate las - hemos resumido en dos únicas corrientes: a) Aquéllas que esti--

man que existe diferencia esencial entre el fraude civil y el fraude penal; y, b) Aquellas que estiman que no existe diferencia esencial entre el fraude civil y el fraude penal.

5.2.- OPINIONES QUE ESTIMAN EXISTE DIFERENCIA ESENCIAL -  
ENTRE EL FRAUDE CIVIL Y EL FRAUDE PENAL.

"El Derecho Romano afirmó que para que existiera criminalidad necesario era un engaño magno (MAGNA CALLIDITA), y los prácticos de Consuno exigieron que el engaño por su entidad pudiera embaucar y burlar a un PRUDENTE PADRE DE FAMILIA. Posteriormente, y en el mismo sentido se dan las siguientes opiniones:

CARMIGNANI hallaba la diferencia en que la impostura pudiera o no escapar un prudente padre de familia.

GIULIANI en que el engaño fuere de tal entidad que pudiere ilusionar a un diligente padre de familia.

PESSINA consideraba elemento necesario del fraude penal la ordinaria prudencia de que, dado su grado intelectual, la víctima debió hacer uso y con la que hubiere fácilmente evitado el engaño.

BOCCHIALINI concluía que había un fraude penal si el engaño era de tal naturaleza y entidad que impidiera a la víctima - valerse de cautela privada para defenderse."<sup>(3)</sup>

Respecto a estas posturas, FRANCISCO PAVON VASCONCELOS estima que: "... Como lo hizo notar IMPALLOMENI, choca contra los principios del mismo Derecho Penal, que protege con mayor severidad la menor defensa del individuo."<sup>(4)</sup>

"La tesis de la ESCISION ha sido postulada. Decía HEGEL que el hecho antijurídico doloso importa la necesidad lógica de la sanción penal, y no constituye jamás ilícito puramente civil.

Esto contradice francamente el Derecho Positivo, que somete a la exclusiva sanción civil una serie de hechos antijurídicos dolosos, al mismo tiempo que hechos antijurídicos meramente culposos. Al adoptarse el criterio hegeliano, desde el punto de vista de un ulterior progreso jurídico, o como una idea del porvenir se tendría que concluir que, en el futuro, la sensibilidad del legislador penal llegaría al extremo de castigar las mínimas infracciones dolosas de la LEX PRIVATA de los contratos, cuando lo cierto es que la tendencia del pensamiento jurídico - universal se da en el sentido de evitar el abuso de las sanciones penales."<sup>(5)</sup>

3.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. p. 137.

4.- Op. Cit. p. 146.

5.- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XII (FAM-GARA). Argentina, Driskill, S.A., 1980 p.p. 690-691.

FRANCESCO CARRARA, al tratar este punto estima que: "Al estudiar las jurisprudencias extranjeras encontramos que las Cortes de Casación de París sancionó como solución del problema la distinción entre artificios materiales y artificios verbales. Al declarar culpables a algunos acusados y no culpables a otros, ha establecido esa Corte, de modo señaladísimo, el principio de que el fraude no debe consistir en simples palabras mentirosas, sino que para haber delito se requiere algo material, una especie de aparato escénico, de MISE EN SCENE; un hecho externo o la intervención de una tercera persona que dé crédito a las palabras. Según esta doctrina no bastaría, por ejemplo, que alguien afirmara ser caballero si no lleva la insignia en el ojal; ni bastaría que uno, al darle a otro un pedazo de cobre como si fuera oro, le afirmara que era oro, si no hubiera usado algún artificio para que ese trozo de cobre imitara el colorido del oro.

... Creo que esta fórmula puede aceptarse como solución del problema teórico; y creo también que debe ciertamente aceptarse ante el Código Penal Toscano, que no hace consistir el elemento material del fraude únicamente en las palabras mentirosas sino en los artificios, maquinaciones y engaños que exige literalmente el artículo 404, I, Letra F..."<sup>(6)</sup>

"La anterior doctrina es inaceptable pues, como IMPALLOME NI ha puesto de relieve, confunde la esencia del fraude con la naturaleza del medio empleado. La naturaleza del medio empleado podrá ser de interés para indagar la consistencia de intensidad del fraude en cuanto al engaño, pero no constituye la esencia ontológica del fraude penal y el dato que diferencia del -- fraude civil." (7)

"IMPALLOMENI (Codice Penale Illustrato, III, p.p. 289 y s.s.), tratando de encontrar la distinción buscada, afirmó la existencia del fraude criminal cuando el error de la víctima recae sobre el ser o la identidad del objeto; en tanto la del -- fraude puramente civil se da cuando el error recae sobre las -- cualidades accesorias del objeto. El propio autor desconoció -- más tarde esa solución, confesando que no existe diferencia entre ambos fraudes, de manera que la acción penal puede ejerci--tarse aun cuando también lo sea la acción civil." (8)

"MITTERMATER señala en su fórmula que el distinguir el - fraude penal del dolo civil debía deducirse de la opinión popular y definirse según las diversas costumbres de los pueblos, - y esta es una verdad confirmada por la historia.

7.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. p. 140.

8.- Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit. p. 148.

Pero de esta verdad se deduce: Que los que intentan dic--  
tar una fórmula apodfctica de limitación NODUM IN SCIRPO QUAE--  
RUT (buscan nudos en los juncos, es decir, le buscan cinco pies  
al gato)."(9)

"Según UNGER, en caso de haber violación de un derecho --  
subjetivo (facultas agendi), se tiene un ilícito civil; y si, --  
por el contrario, ocurre una violación del derecho objetivo en  
sí (norma agendi), se tiene un ilícito penal.

La objeción de MERKEL, reproducida por HEYSSLER y MANZINI,  
es decisiva, es inconcebible la existencia de un derecho subje--  
tivo sin la correspondiente norma de derecho objetivo. La le--  
sión de uno implica necesariamente la del otro. Derecho objeti--  
vo y derecho subjetivo son dos aspectos de una misma reali-----  
dad." (10)

"GARRAUD estima que los dominios del derecho civil y del  
derecho penal quedan claramente trazados, si se abandonan al --  
primero los artificios, maquinaciones y demás procedimientos en  
gañosos surgidos en materia de convenciones y se consideran de--

9.- Francesco Carrara. Op. Cit. p. 425.

10.- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Op. Cit. p. 690.

lictivos los que sirven para obtener el bien de otros.

Esta distinción calificada de magistral por GONZALEZ DE -- LA VEGA, no encierra en realidad mas que vacuas palabras, pues - olvida, en primer término que el delito de fraude se perpetra -- casi siempre al SOCAIRE de una convención propia del tráfico co- mercial; y en segundo lugar, que en el llamado fraude civil de - naturaleza causal, también el engaño sirve de medio antijurídico para obtener la cosa." (11)

"STAHL y VENEZIAN proponen el criterio de la irreparabili- dad potencial en la caracterización del ilícito penal.

Es este un criterio que no se concilia con el Derecho Posi- tivo, que si bien es cierto que deja fuera de la órbita penal un gran número de hechos antijurídicos reparables, no lo es menos - que conmina con penas a otros que también lo son (por ejemplo, - los delitos contra el patrimonio) y hasta algunos que ningún da- ño efectivo ocasionan (delitos frustrados, delitos formales o de mero peligro, contravenciones)." (12)

"CHAUVEAU Y HELIE, la diferenciación que quisieron estable- cer fue a base de asignar al fraude civil todas aquéllas astu---

11.- Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. p. 138.

12.- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Op. Cit. p. 691.

cias y artificios que, aunque reprobables en sí mismos, son empleados, más que con el fin de perjudicar a otro, con el de servir los intereses de quienes lo practican y al fraude penal --- aquellos otros que sólo tienen por fin el de perjudicar los intereses ajenos.

En la integración del Delito de fraude es totalmente extraña esa supuesta intención de dañar los intereses ajenos a que -- CHAUVEAU y HELIE hacen referencia. La finalidad única que impulsa la conducta engañosa del estafador es la de lograr un lucro o enriquecimiento ilegítimo. Nuestro Código Penal subraya claramente este torticero beneficio cuando en su artículo 386 expresa - que por el engaño o el aprovechamiento del error en que la víctima se halla, el defraudador SE HACE ILICITAMENTE DE ALGUNA COSA O ALCANZA UN LUCRO INDEBIDO, y al mismo tiempo deja en las más profundas tinieblas esa supuesta intención de dañar los intereses ajenos que según CHAUVEAU y HELIE, constituye la nota específica del llamado fraude penal." (13)

"Se ha pretendido sostener también que el ilícito penal es la violación del derecho de obediencia del Estado (violación de derechos subjetivos públicos), al paso que el ilícito civil sólo

ofende derechos privados.

Pero es que hay delitos que, además de negar el derecho -- del Estado a la obediencia, atacan derechos subjetivos privados (por ejemplo, los delitos contra el patrimonio)."<sup>(14)</sup>

PUGLIA pretendió cimentar la diferencia en la posibilidad de la reparación del daño. Según este autor, cuando el estafa-- dor o el que engaña, devuelve la cosa, o repara íntegramente los perjuicios es responsable de un dolo civil; pero cuando no resti-- tuye la cosa ni cumple con las reparaciones pertinentes, es res-- ponsable de un dolo penal. En el último caso, comete una ESTA-- FA; en el primero, una INFRACCION CIVIL.

Esta doctrina no ha sido aceptada. Conduciría a que los -- estafadores capitalistas escaparan a toda sanción penal, quedan-- do sólo sujetos a ella los que no disponen de recursos para in-- demnizar los perjuicios causados; y, además, olvida que el de-- lito se consuma con la entrega de la cosa y que la reparación -- que se verificara del daño, posteriormente a la consumación, po-- drá constituir una circunstancia atenuante del mismo, pero -- no dará lugar a la desaparición jurídica del delito." (15)

(15) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Op. Cit. p. 690.

"ROCCHIALINI: El fraude es siempre puramente civil cuando el artificio o maniobra dolosa no afecta a la substancia de la convención libremente celebrada entre las partes, y no produce un lucro ilegítimo.

Aparte de la hipótesis del DOLUS BONUS, indiferente al derecho, concebir un fraude patrimonial sin la obtención de un lucro indebido o ilícito, es tan absurdo como afirmar la "cuadratura del círculo" (16)

"NELSON HUNGRIA expresa que desde el punto de vista del -  
JUS POSITUM, no hay que vacilar en la respuesta afirmativa.  
Hay una serie de hechos antijurídicos sujetos exclusivamente -  
a sanción civil: el daño culposo, el hurto o la apropiación -  
indebida de uso, el despojo de inmuebles sin violencia o sin -  
concurso de agentes, el incumplimiento de obligación contrac -  
tual (salvo casos excepcionales), la demanda por deuda no ven -  
cida, el abuso del derecho, la seducción de mujeres mayores de edad, el recibimiento culposos de lo indebido. En la diversi -  
dad de tratamiento de los hechos antijurídicos la ley no obe -  
dece a un criterio de rigor científico, o fundado en una dis -  
tinción antológica entre tales hechos, sino simplemente a un -

(16)Ibid. p. 694.

punto de vista de conveniencia política, variable en el tiempo y en el espacio. En principio, o bajo el prisma de la lógica pura, la voluntaria transgresión de la norma jurídica debería importar siempre la aplicación de una pena (stricto sensu). Pero esto, prácticamente, sería demasiado. El legislador es un oportunista, que sólo se preocupa, inspirado por las exigencias del medio social, por asegurar en una época determinada el orden jurídico mediante sanciones adecuadas. Si el hecho contra jus no es capaz de provocar una intensa alarma colectiva, se concreta con la aplicación de meras sanciones civiles (resarcimiento de daños, ejecución forzada. Restitutio in pristinum, nulidades del acto). El Estado sólo debe recurrir a la pena, cuando la conservación del orden jurídico no se puede obtener con otros medios de reacción, esto es, con los medios propios del Derecho Civil (o de otra rama de Derecho extrajudicial). La pena es un mal no solamente para el reo y su familia sino también desde el punto de vista económico es explicable que éste se abstenga de aplicarla fuera de los casos en que tal abstención represente un mal mayor. Es lo que justamente advierte BINDING: "Como el Estado sólo debe llegar a un mal para evitar otro mayor, así debe servirse de la pena solamente cuando el mal de su no aplicación sea mayor que el de su aplicación."

La ilicitud jurídica es una sola, del mismo modo que un solo, en su esencia, es el deber jurídico. Decía BENTHAM - que las leyes son divididas sólo por comodidad de distribución, pero que todas podían ser, por su identidad substancial, dispuestas sobre un mismo plano, sobre un solo mapa - mundi". En lo que tienen de fundamental, coinciden del delito civil y del delito penal. Uno y otro constituyen una - rebeldía contra el orden jurídico. Consisten ambos en el hecho exterior del hombre, antijurídico imputable a título - de dolo o culpa. La única diferencia entre ellos está en la mayor gravedad del delito penal, que por eso mismo provoca una más extensa e intensa perturbación social. Diferencia - puramente de grado o cantidad. A este criterio relativo y - solamente a él, es que atiende el Derecho Objetivo del Estado en la diversidad formal de su acción defensiva contra la rebeldía de la voluntad individual. Desde el punto de vista histórico, en base al Derecho Legislativo, lo que decide - entre la aplicación de la simple sanción civil y la reforzada sanción penal, en el reajustamiento del orden jurídico - es la mayor o menor intensidad de la violación de ésta, apreciada por el legislador, bajo la influencia del mudable ambiente social. Nada más. No hay por qué recurrir a principios generales y mecánicos en la distinción entre el injusto que incide y el que no incide sub-pena.

No se puede llevar la cuestión al terreno de un derecho ideal, con (abstención) abstracción del derecho positivo. No se atienen a la realidad del derecho como emanación del complejo de las leyes, las teorías que buscan una razón filosófica o estrictamente científica en la diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito civil." (17)

### 5.3.- OPINIONES QUE ESTIMAN NO EXISTE DIFERENCIA ESENCIAL ENTRE EL FRAUDE CIVIL Y EL FRAUDE PENAL.

"La quiebra patente de todas estas distinciones y el fracaso convicto de cuantos esfuerzos dialécticos se han hecho para fijar la distinción entre el llamado fraude civil y el denominado fraude penal, evidencia la imposibilidad de establecer una separación antológica entre estas pretendidas provincias del amplio territorio de lo ilícito. Esta imposibilidad antológica no es una particularidad surgida en el ámbito antijurídico de lo fraudulento, sino es la que informa y preside todo el territorio de lo ilícito." (18)

(17) Ibid. P. 691

(18) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. p. 141.

"GIUSEPPE MAGGIORE anota que el fracaso de todas las teorías para distinguir el ilícito civil y el ilícito penal, nos fuerza a concluir que esta distinción en el campo jurídico es imposible. La solución que sitúa esa diferencia en la sanción no es el fondo sino la confesión de dicha imposibilidad, pues da por definido lo que se debía definir. El delito se reconoce por la pena anexa, pero la pena es, a su vez, la sanción que se aplica al delito. Conviene, pues, reconocer que la distinción entre las dos especies de delito no es intrínseca o sustancial, sino extrínseca y legal. Toca al legislador, según los criterios mutables del daño objetivo, de la alarma social, de la repetición, de lo irreparable o reparable del daño, de la forma de violación, de la insuficiencia de otras sanciones, establecer si un delito determinado debe ser reprimido penalmente, demarcar, podemos decir, en el campo de lo ilícito, una zona distinta, que es la del ilícito penal. Y hacer que la pena siga al ilícito penal, como retribución y explicación; y que al ilícito civil sigan las otras sanciones (nulidad, caducidad, revocación, rescisión, restitución-reparación, resarcimiento, etc) que toman el nombre de sanciones civiles." (19)

(19) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Op. cit. p. 696.

"BELING afirmaba que no hay una sola antijuricidad que lo sea tan sólo para el Derecho Penal y no para el ordenamiento jurídico general." (20)

"Es única, en todo caso la noción del dolo y la de la culpa, tanto para el Derecho Penal como para el Derecho Civil, como es natural. Pero no todo hecho doloso o culposo produce las mismas consecuencias jurídicas.

Existen en verdad, hechos dolosos o culposos que no importan ninguna consecuencia de Derecho, porque no son tomadas en consideración ni por el Derecho Penal ni por el Derecho Civil (dolo o culpa meramente moral).

Otros hechos dolosos o culposos determinan exclusivamente consecuencias de Derecho Privado, porque solamente este Derecho los toma en consideración, mientras que el Derecho Penal - resultan indiferentes (dolo o culpa civil).

Algunos hechos dolosos o culposos, finalmente, ocasionan consecuencias tanto de Derecho Civil como de Derecho Penal, - porque ambos ordenamientos jurídicos los reprimen (dolo o culpa Civil y Penal).

(20) Jiménez Huerta, Mariano Op. cit. p. 142

Respecto a todos estos casos la noción del dolo y de la culpa sigue siendo en sí misma idéntica, mientras el sostener que tal noción es, en cambio, diversa, es pretensión tan absurda que no podría imaginarse otra mayor. No se trata de una causalidad diversa, sino de la misma causas que diversamente valorada, determina efectos jurídicos diversos.

O el llamado fraude civil es al mismo fraude penal, o no es fraude en sentido propio. Nosotros no sabríamos imaginar un caso en el que una persona, induciendo a otra a error mediante artificios o engaños, y haciéndose así causa voluntaria de la lesión del derecho ajeno en beneficio propio, pueda quedar sujeta a simple responsabilidad civil.

En suma, no existe un fraude puramente civil; el mismo es solamente un hábil hallazgo curialesco. Todos los hechos que se determinan solamente responsabilidad civil, son fraude en sentido técnico, no obstante la impropia terminología del lenguaje común." (21)

"NAGLER subraya que no existe una antijuricidad específica del Derecho Penal, y que con la afirmación contraria se

(21) BELING, Citado en: Enciclopedia Jurídica OMEBA, Op. Cit. P. 692.

incide en inseguridad metódica y en olvido del principio de -  
unidad del ordenamiento jurídico.

ANTOLISEI afirma que el fracaso de todas las teorías -  
que han sido formuladas para distinguir el injusto penal del-  
civil o administrativo, induce a concluir que no existe entre  
ellos una diversidad sustancial." (22]

"Nosotros aceptamos el carácter unitario de lo injusto -  
y negamos la distinción entre el ilícito civil y penal. El -  
delito como la infracción civil, caen en el ámbito común de -  
lo injusto culpable; o sea, que lo injusto civil, administra-  
tivo o penal tienen un mismo origen y sólo se separan al lle-  
gar a las consecuencias.

RICARDO C. NUNEZ expresa que debe sostenerse firmemente-  
el concepto de la unidad de la antijuridicidad en todo el cam -  
po del Derecho, sin distinción de sus temas. Un hecho es o -  
no es antijurídico en sí mismo, sin que pueda serlo para una-  
rama jurídica y no serlo para otra. Esto, sin perjuicio de -  
que siendo antijurídico el hecho, produzca efectos en una de-  
ellas y en otras no; la unidad de la antijuridicidad del he -  
cho resulta de la unidad de la norma jurídica de valuación -

(22).- Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit. p. 142

que regula su compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho con prescindencia de que por su tipificación penal o por sus efectos civiles, se le atribuyan consecuencias jurídicas de una u otra índole o ambas. Lo que choca contra la necesaria unidad del orden jurídico objetivo, es que mientras una de sus ramas considere lícito un hecho, otra en las mismas circunstancias, lo considere ilícito; pero en unidad fundamental no se quiebra porque a un hecho se le asignen en todos, los mismos efectos jurídicos. Aquí entra en juego la especificidad de cada uno de los sectores del Derecho. La figura delictiva es el único medio con que cuenta el Derecho Penal liberal para asignarle las consecuencias que le son propias, a un hecho antijurídico." (23)

EUSEBIO GOMEZ señala que: "La identidad entre el dolo civil y el dolo penal en nuestro Derecho, es de toda evidencia - se alude aquí al dolo principal, es decir, a aquel que puede ser la causa de la nulidad de un acto. Para demostrar la existencia de la identidad señalada basta comparar el artículo 172 del Código Penal con las disposiciones del Código Civil relativas a LOS HECHOS PRODUCIDOS POR DOLO.

(23) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Op. Cit. p. 697.

El artículo 931 dice que ACCION DOLOSA PARA CONSEGUIR LA-EJECUCION DE UN ACTO, ES TODA ASERCION DE LO QUE ES FALSO O -DISIMULACION DE LO VERDADERO CUALQUIER ARTIFICIO, ASTUCIA O MAQUINACION QUE SE EMPLEE CON ESE FIN... Y concluyendo, del cotejo de los artículos 172 del Código Penal y 931 del Código Civil, se deduce que, entre la estafa que reprime al primero, y la acción dolosa que define al segundo, no existe sino esta diferencia que, por cierto, no atañe a lo esencia: en tanto que, para que el dolo pueda ser causa de la nulidad de un acto es necesario que HAYA OCASIONADO UN DAÑO IMPORTANTE para que exista el delito de estafa basta la producción de un daño, patrimonial, cualquiera que sea su importancia." (24)

SEBASTIAN SOLER expresa que es falsa la "distinción entre dolo civil y dolo criminal, a la que con frecuencia se recurre especialmente en temas de defraudación, pretendiendo que el dolo criminal reviste ciertos aspectos que acreditan en el autor una especial perversidad característica (MAGNA ET PRAVACALLIDITAS). Ello envuelve una lamentable confusión entre la noción de dolo, que no otra cosa significa que lo que dejamos expuesto, y las exigencias de ciertas figuras delictivas como la estafa, delito doloso, en el cual se requiere la existencia de un ardid. La teoría sobre el dolo como elemento subjetivo -

(24) Op. Cit. P. 198.

del delito, es absolutamente distinta de la teoría del ardid, - que es un elemento objetivo de la estafa, al cual corresponde también una determinada figura subjetiva propia de este delito.

El Código Civil usa la expresión DOLO para significar MAQUINACION FRAUDULENTE, en los artículos 931 y siguientes, es decir, en el sentido de artificio para inducir al error, lo cual es muy otra cosa de la que aquí hemos tratado, pues el problema era para nosotros investigar el contenido subjetivo del hecho ilícito... En derecho civil se comete, en realidad, un abuso, del lenguaje cuando se dice que el dolo es un vicio de la voluntad. La voluntad sólo se vicia por error y coacción. El error a veces es maliciosamente determinado por otro, que obra pues, con dolo. Pero el dolo no vicia la voluntad de éste al contrario, para que alguien pueda imputársele dolo necesitamos que obre con discernimiento y con libertad, comprendiendo lo que hace, y haciendolo SPONTESUA. No existe, desde este punto de vista, ninguna diferencia sustantiva entre el dolo civil y el dolo penal, porque la teoría del dolo forma parte de la teoría de la conducta jurídica general." (25)

(25) Op. Cit. p. 209.

"MANZINI sostiene que la distinción entre fraude civil y penal no sólo es superflua y arbitraria sino también productora de confusiones perjudiciales, pues induce en el error de hacer creer que no obstante concurrir en un hecho todos los requisitos del delito de estafa, puede el hecho ser considerado, como base en una de las innumerables teorías formuladas al respecto como un mero fraude civil." (26)

Y por último el maestro MARIANO JIMENEZ HUERTA postula que - "La diferenciación se hace imposible conforme al ordenamiento vigente, habida cuenta de que los elementos estructurales del llamado FRAUDE CIVIL y del denominado FRAUDE PENAL son semejantes, como se comprueba si se relacionan y comparan los artículos 1815 del Código Civil que describe el fraude contractual y el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal e incluso si se nos exigiera una mayor precisión en nuestras afirmaciones podríamos agregar que quizá son más intensos los elementos integradores que según el artículo 1815 del Código Civil se exigen en el fraude contractual que los constitutivos del delito de fraude simple, descrito en el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal. Pues en tanto que en este último basta el simple engaño, se necesita en aquel, alternativamente con -

(26) Jiménez Huerta, Mariano, Op. Cit. p. 141.

la sujestión engañosa, el artificio, y mientras que en el primer se requiere del mantenimiento en un error, esto es, una actividad agresiva, en el segundo es suficiente el simple aprovechamiento del error, o séase, una inactividad astuta.

El delito de fraude constituye contempofaneamente un fraude civil. Y cuando en un hecho concurren los elementos propios de dicho delito, ningún interés; o valor tienen las diversas teorías, plenas de doctrinarismo escolástico, elaboradas para dividir, metafísica y artificiosamente, en regiones diversas el ámbito de lo ilícito." (27)

#### 5.4. CONSIDERACIONES PARTICULARES.

Lo que pretendemos patentizar en la realización del presente estudio es el indagar si el tipo penal denominado FRAUDE es diferente o no a lo que es un vicio en el consentimiento que se otorga para la celebración de un acto jurídico, llamado, FRAUDE CIVIL. Observando los criterios de los doctrinarios que estiman que sí hay diferencia entre un fraude penal y un fraude civil, debemos advertir que no se valen de razonamientos que

(27).- Ibid. P. 142.

atiendan a la naturaleza intrínseca de las figuras en examen. Pretenden considerar que fraude penal es aquél que siendo una conducta de carácter civil, el legislador quiso señalarla una pena corporal; o que siendo una conducta regulada por el precepto civil, el legislador decidió erigirlo en tipo penal por la reiteración constante de la conducta deshonesta entre los contratantes. Esto, en definitiva, no da la solución adecuada al problema que nos atañe; además dichos tratadistas, no atienden jamás a los elementos del tipo, por un lado, ni a los elementos de existencia ni requisitos de validez del acto jurídico, por otro lado.

En cambio, los autores que aluden a que no existen diferencias en las ya mencionadas, conductas, simple y sencillamente precisan que en ambas conductas el común denominador es el DOLO. Criterio del que diferimos, toda vez que el artículo 1815 del Código Civil da la definición de lo que debe considerarse como DOLO CIVIL, pero no debemos entender esta definición como la misma para el DOLO PENAL; ya que dicho precepto parte de la base de que el dolo se presenta únicamente en y para la CELEBRACION de un contrato o acto jurídico; y por otro lado, el artículo 386 del Código Penal, si bien contempla a la sugestión o artificio (antes artificio y maquinaciones) como presupuestos de la manifestación externa del do-

lo en la celebración del contrato (la previa representación - en la mente del activo del resultado y los medios), también - es cierto que distingue del dolo civil en que, en aquél la - simulación o celebración del contrato sirve como MEDIO para - obtener el LUCRO INDEBIDO O HACERSE ILICITAMENTE DE UNA COSA. En tanto que esté dicha celebración es el FIN mismo del dolo - y es ahí (en la concertación donde se consuma, por así decir - lo, la conducta ilícita, civilmente hablando. Y en el tipo - penal de fraude se consuma el delito hasta el momento poste - rior a la celebración del acto, y más precisamente, al CUMPLI - MIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

En resumen, por su ubicación metodológica o sistemática - en un ordenamiento jurídico no se puede diferenciar una con - ducta civil de una conducta penal; asimismo, tampoco puede di - ferenciarse una conducta penal de una conducta civil por el - simple hecho de que el legislador le aplique a un precepto - una sanción corporal, tal y como hemos podido constatar con - el devenir histórico del tipo denominado FRAUDE.

Tal vez, y desentrañando la intención que tuvo el legis - lador de tipificar penalmente la conducta fraudulenta, este - mos queriendo diferenciar algo que legislativamente podría - ser imposible; por tanto, quizás desde el punto de vista his -

tórico legislativo el fraude penal es igual al fraude civil. De cimos quizás en razón de que el órgano judicial, en el dictado de sus sentencias correspondientes, diferencian, aunque no con una técnica clara y depurada, así como sistemática, el fraude civil y el fraude penal, y esto se refleja en las JURISPRUDENCIAS, mismas que en el capítulo correspondiente trataremos.

El planteamiento, pues, resulta difícil de resolver, y más aún en el fracaso de los tratadistas que lo intentaron sin embargo y en forma por demás modesta, trataremos de establecer nuestra opinión al respecto, aun corriendo el riesgo de incurrir en errores de apreciación y omisiones jurídico prácticas.

Definitivamente tenemos que reconocer que la única opción que nos queda es recurrir a la fuente denominada DOCTRINA para tratar a este estudio. Visto lo anterior, es significativo y de gran importancia para el desarrollo de esta investigación el que recordemos el concepto de lo que en materia penal, se entiende por DOLO ( elemento constitutivo de la culpabilidad en el delito, y asimismo elemento característico del tipo penal), para de alguna manera, sentar la base de nuestra postura. Así pues, dolo, para FERNANDO CASTELLANOS TENA es "El actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. " (28]

Y para el DOCTOR EUGENIO RAUL ZAFFARONI es "La voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto." (29]

Como podemos observar, ambos autores contemplan dos elementos valorativos que integran a este elemento de la culpabilidad siendo el primero el CONOCIMIENTO de que se quebranta un deber jurídico, y el segundo la VOLUNTAD de realizar el acto como conducta]. En otras palabras, pero con igual sentido, el Código Penal en sus artículos 8 Fracción primera y 9 Párrafo inicial contemplan el dolo (denominado en este cuerpo legal como DELITO INTENCIONAL] en los siguientes términos:

"Artículo 8º.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales..."

"artículo 9º.- Obra intencionalmente el que, CONOCIENDO las circunstancias del hecho típico, QUIERA O ACEPTE el resultado prohibido por la ley..."

29.- Zaffaroni, Raúl Eugeni. "Manual de Derecho Penal". México, Cárdenas, Editor y Distribuidor 1986, p. 428.

Asimismo, los tratadistas que hemos consultado coinciden en clasificar al Dolo en:

I.- DOLO DIRECTO, que consiste en:

"Que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer-del resultado." (30)

"... El dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente." (31)

"... Es aquél en el cual la voluntad del agente se encamina directamente al resultado a al acto típico." (32)

"... Es aquél en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el fin directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener ese fin." (33)

(30) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. p. 240

(31) Cuello Calón citado por Castellanos Tena, Fernando Op. Cit. p. 240.

(32) Villalobos, citado por Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. p. 240.

(33) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 429.

Pués bien, como hemos podido notar, el problema radica-- en que las figuras en trato coinciden en la conceptualización de sus elementos estructurales, mismos que nos hemos atrevido a clasificar en: Elementos subjetivos y elementos objetivos.

Consideramos, salvo error de apreciación, que no es necesario y no viene el caso el tratar de diferenciar el elemento objetivos del fraude penal y fraude civil, toda vez, y dado el análisis de ambas conductas, este elemento constituye el resultado de la conducta desplegada por el sujeto activo, siendo pues, como elemento objetivo la VENTAJA INDEBIDA; misma que, valga la reiteración se deriva de una conducta que dado el ánimo del autor, puede clasificarse en penal civil.

Por otro lado cuando nosotros nos referimos al elemento-subjetivo de los conceptos mencionados tratamos de algún modo, llamar al ANIMO que rige en la conducta del autor para ENGASAR o aprovecharse DEL ERROR en que se encuentra la otra parte.

Tal vez suene extraño el que basemos nuestra diferencia en dicho factor (ánimo), pero consideramos lo siguiente.

Cuando una persona pretende o trata de "celebrar" un contrato con otra y desde antes de su concertación el tiene (subjetivamente hablando) la intención de no cumplir con lo que supuestamente se obliga, y utiliza ese medio o supuesto contrato, no para crear obligaciones ni derechos, sino para hacerse de una cosa, obviamente ilícita o alcanzar un lucro indebido; independientemente de que el tipo penal así lo señala y por lo tanto es un delito penal, debemos de reconocer que dado que el actor desplaza su accionar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado antijurídico y con la plena conciencia de que al hacerse de la cosa ilícitamente o el obtener un lucro indebido va a causar un detrimento patrimonial por su aceptada intención de no cumplir con lo que supuestamente se obliga, su voluntad estará presidida por el elemento de culpabilidad denominado dolo directo, y estimamos que en este tipo de conductas se debe de aplicar una sanción grave y no la simple nulidad del acto jurídico, puesto que, por un lado es, este hecho reúne todas las características dadas por la naturaleza jurídica del derecho penal, y por otro lado no es el contrato lo que va a trascender en el ánimo del activo para obtener o lograr su fin antijurídico.

Por otro lado, cuando una persona actúa con el ánimo (elemento subjetivo), de cumplir, en primera instancia, con lo que se obliga al momento de la creación o constitución del acto, --

pero además preve circunstancias o causas ajenas o propias que puedan impedirlo de cumplir con lo que en ese momento se obliga, y aún así acepta realizar el contrato; al no manifestarle dichas circunstancias o factores a la otra parte incurre en los supuestos contenidos en el artículo 1815 del Código Civil, y -- mismos que guardan similitud, con los elementos subjetivos del artículo 386 del Código Penal, diremos pues, que esta conducta no constituye un tipo penal, puesto que el ánimo del autor es el de cumplir con lo que está pactando y además hay que destacar que si omite sacar del error a la otra parte o lo engaña, es con la intención de crear o transmitir derechos y obligaciones y no de constituir un hecho ilícito.

Fundamentando lo anterior, y ubicándonos en el campo del derecho civil, debemos de recordar la clasificación que la doctrina francesa da sobre el hecho jurídico (siendo hasta hoy la más aceptada por el derecho comparado), visto este en amplio -- sentido, y así tendremos que incluye como elementos componentes al acto jurídico y al hecho jurídico en estricto sentido.

Como acto jurídico se entiende a la acción que realiza una persona con el propósito de obtener efectos en el campo del derecho, esto es, que la persona realiza determinada conducta --- para obtener efectos jurídicos, mismos que son deseados. Cir-- constancia diferente a lo que se conceptualiza por hecho jurídi

co en estricto sentido, donde la persona realiza la conducta in dependientemente de desear o no el efecto jurídico, es más puede no desear la consecuencia de derecho, pero si realizar la -- conducta, y dentro de este apartado se clasifica o se incluye -- al delito penal.

Lo anterior viene a colación en razón de lo siguiente:

En la celebración expresa o tácita de un supuesto acto jurí dico según lo determina la ley, cuyo objeto, motivo o fin son -- lícitos, y en donde las partes gozan de plena capacidad legal y psíquica, y así mismo existe concenso respecto al objeto directo, indirecto y material del contrato, el agente actúa con el -- ánimo y pleno conocimiento de que jamás irá a cumplir con lo -- que está pactando y manifiesta su no efectiva voluntad (se dice no efectiva voluntad porque previamente ha decidido no cumplir\_ con lo que externamente ha pactado), en este caso el agente actúa con un dolo directo ya que quiere la producción del resulta\_ do típico, y a través del engaño o aprovechamiento del error -- se hace lícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido; y bajo ninguna circunstancia jamás deseará o querrá que se produz\_ ca las consecuencias jurídicas que se deriven de su conducta -- fraudulenta. Por lo tanto, por un lado, dado el concepto de ac to jurídico, y por otro lado, dado que no se integra dicho acto jurídico, en razón de que adolece de un elemento de existencia\_ que se llama consentimiento, la conducta no puede ser sanciona-

da por el Código Civil en razón de que es un acto jurídico inexistente y por ello automáticamente debe de ser contemplado por el derecho penal en virtud de la definición de hecho jurídico, y tomando en cuenta que no por ser un acto inexistente no deja de generar consecuencias jurídicas.

Abundando más sobre el punto que antecede en donde señalamos que la conducta deriva de un dolo directo, y que debe de considerarse como hecho jurídico, en estricto sentido o bien como un acto jurídico inexistente, estamos en la posibilidad de decir que se deduce lo anterior en razón de que en el trato sólo una de las partes manifiesta su efectiva voluntad de cumplir con lo que se está obligando, esto es, en una sola de las partes hay concordancia en su voluntad y manifestación exterior; mientras que en el agente del hecho su voluntad es contraria a su manifestación exterior. No hay un acuerdo de voluntades. Así mismo y al revisar el apartado correspondiente, encontramos que las voluntades que integran al consentimiento se derivan de la policitud, propuesta u oferta, por un lado, y por el otro la aceptación; así mismo como concepto del primero, tenemos que se integra por el ánimo de cumplirse en su oportunidad y dada en forma seria; y regresando a la conducta que adolece de dolo directo, vamos a encontrar que nunca se integra el concepto de la oferta. Desde aquí no se da el acuerdo de voluntades. Pensando en el tipo penal del fraude, nos hemos imaginado

que en dado caso la policitación vendría a ser el engaño para hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar el lucro indebido. Respecto a la aceptación hemos encontrado que en su concepto -- también se contempla la situación de que la conducta debe de -- ser seria y con el ánimo de cumplirse en su oportunidad; y nuevamente en una conducta integrada por el dolo directo, podemos imaginar que la aceptación nunca será seria.

En una conducta aceptada de dolo directo el agente actúa -- con el ánimo de celebrar un contrato, no como fin, sino como me -- dio para hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro -- indebido. Es decir que su intención no es en si el contrato -- sino que va más allá del contrato y es el objeto del contrato.

## VI

"JURISPRUDENCIA"

"ACTOS CIVILES PENALMENTE PUNIBLES.- Una conducta hecho o acto jurídico, pueden traer consecuencias tanto en el campo civil como en el penal. Así, tratando - se de una compraventa simulada, la conducta es típica, antijurídica, culpable y punible, si encaja dentro de la figura delictiva de fraude genérico, a la vez que - el acto jurídico de compraventa simulada queda dentro del ámbito civil. Así, si existe sentencia que nulificó las escrituras obtenidas mediante el engaño, dicha sentencia no puede obligar a pensar que la conducta -- sólo encuadra dentro de la materia civil"

Amparo Directo 4532/75 -SALVADOR HERNANDEZ BEDOY.  
29 de Septiembre de 1976 - Unanimidad de 4 votos. Ponente; FERNANDO CASTELLANOS TENA.

Como podemos observar, esta Tesis, definitivamente, no resuelve el problema de saber cuando se está frente a una conducta considerada como FRAUDE PENAL y cuando se está frente a una

conducta considerada como FRAUDE CIVIL. Esto es en razón de que se refiere al caso en que mediante el engaño se obtuvo una escritura pública, es decir, se trata de una simulación de un contrato de compraventa y la tesis exclusivamene alude a que dicha conducta puede ser de naturaleza civil que se identifica con la nulidad del contrato y también se trata de una conducta de naturaleza penal, no se marca fundamento jurídico alguno, para diferenciar o tomar como base de diferencia entre una conducta penal y una conducta civil.

"AUTO DE FORMAL PRISION POR EL DELITO DE FRAUDE (LEGISLACION DEL ESTADO DE QUERETARO).- La fracción 356 del Código Penal del Estado de Querétaro, define una especie de fraude consistente en la obtención de un lucro indebido por sorteos, rifas, loterías, promesas de venta o por cualquier otro medio, operaciones, en las que se haya recibido una determinada cantidad, sin entrega de la mercancías u objeto ofrecido. Ahora bien, si se acredita que el denunciante del delito adquirió del acusado una acción referente a un sistema de entrega de objetos, por sorteos; que abonó las cantidades correspondientes a dos cuotas y que habiendo resultado premiada la acción, el vendedor de esta se negó a satisfacer el premio, esos elementos son bastantes para comprobar la existencia del delito y la presunta responsabilidad del acusado, para el efecto de dictar auto de formal prisión. No obsta en contrario, que el acusado alegue que se trata de un negocio entre particulares, de índole civil y que su acusador adeudaba el segundo abono y que, en esa virtud, había perdido el derecho al premio correspondiente, puesto que esas cuestiones deben ser materia del proceso, en el cual se dilucidará la naturaleza de la operación concertada y la procedencia o improcedencia de tales alegaciones. Nota: El artículo que se cita corresponde al 365 Fracción VII."

Tomo LVI. ORTEGA FELIX. Pág. 203. 8 de Abril de 1938.

Esta tesis hace depender de efectos procesales la calificación de una conducta, aquí se toca el tema en que una persona - participa en un sorteo y sólo paga parte de lo que le corresponde; resulta premiada de ese sorteo y el que organizó el sorteo no le entrega el premio. En esta tesis se dice que debe dictarse auto de formal prisión al encausado y que en todo caso la naturaleza de los hechos, es decir, si se trata de un asunto de carácter civil o de un asunto de carácter penal, será materia - del proceso(?). Esto es incorrecto, por cuanto que el Agente -- del Ministerio Público no puede ejercitar acción penal respecto de una conducta de naturaleza civil, y en caso de ser así, mucho menos un Juez puede dictar auto de formal prisión respecto de una conducta de carácter civil. El seguir esta postura nos - llevaría al resultado de que similar es problemáticas sería, cada una, un atentado contra la garantía que otorga el artículo - 17 Constitucional.

"CONTRATO. SU INCUMPLIMIENTO PUEDE DAR LUGAR AL - DELITO DE FRAUDE.- En los procesos penales que se caracterizan por tener como origen un contrato cuyo cumplimiento no realiza una de las partes, la línea divisoria entre la esfera penal y la civil presenta una sutileza tal que se puede dar a la confusión de dichos - ámbitos. La delimitación existe sin embargo y una conducta con naturaleza aparentemente civil puede tener - por el contrario carácter penal. Para considerar que - el contratante que no cumplió el contrato ha incurrido en una infracción de carácter penal es preciso acreditar que dicha persona desde que celebró el contrato --

había decidido DOLOSAMENTE no cumplirlo, tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil, fue engendrada por el DOLO PENAL de una de las partes. La prueba de ese dolo original sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que, debidamente analizados, en relación con el contrato de referencia, engendren en el juzgador la convicción plena de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir. Si los elementos de prueba sometidos a la consideración del Juez no poseen esa fuerza retroactiva en cuanto a que mediante ellos puedan establecerse la existencia de un engaño en el pretérito, es decir, en la época en que se celebró el contrato, el Juez no puede atribuir al simple incumplimiento carácter penal. Pero, si por el contrario, aquellos elementos permiten estalecer que el contratante, mediante el engaño o aprovechamiento del error, produjo en la otra parte la falsa creencia de que cumpliría con lo convenido, debe considerarse su conducta como penal. En tales casos el incumplimiento no es otra cosa que la consumación de la conducta delictiva. Así, pues, no todo incumplimiento de contrato constituye una mera conducta de carácter civil. Adoptar criterio distinto conduciría a la consideración de que hasta que dos personas celebren una operación regulada en principio por el Derecho Privado, para que su conducta, no obstante la falacia y mala fe de que estén viciadas, no puede ser regulada por el Derecho Penal. Dicha postura desvirtuaría al Derecho Civil convirtiéndolo aberradamente en un escudo para todos aquellos que con el pretexto de celebrar convenios civiles tratan de obtener en forma ilegítima y en perjuicio de otra persona algún lucro indebido y que al amparo del Derecho Privado escaparían con el consecuente perjuicio para la sociedad, a la represión del Derecho Penal, encargado de defenderla?

Amparo en revisión 82/71. OSCAR CASTILLAS HERNANDEZ. 29 de Octubre de 1971. Ponente: VICTOR MANUEL FRANCO. Informe 1971. Tribunal Colegiado del Primer Circuito en materia Penal. Pág. 18.

Esta exposición corrobora nuestra postura, señala que para que se dé el FRAUDE PENAL es necesario que antes de la celebración del contrato, el sujeto activo tenga un DOLO ORIGINAL y que para poder comprobar la existencia de ese dolo es necesario

analizar el contrato mismo, también se señala que el Juez no puede atribuir al simple incumplimiento de contrato un carácter penal. Esto es así porque evidentemente, para que se le dé el carácter penal, es necesario que el sujeto activo, previo a la celebración del contrato, tenga un DOLO DIRECTO de hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido mediante la celebración del contrato y es precisamente en la celebración de ese contrato donde se va a manifestar o el engaño o el aprovechamiento del error.

"ELEMENTOS DEL FRAUDE.- Según el artículo 386 del Código Penal, son los siguientes: a) Que se engañe a uno o se haga aprovechamiento del error en que este se halle, y b) Alcance un lucro indebido. Es indudable que al referirse la ley penal al elemento engaño o error, se refiere al de naturaleza penal, pues es sabido que existe una forma de error de índole civil, que no da lugar al ejercicio de la acción penal, sino solamente a la rescisión del contrato, con resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Atento lo anterior debe decirse que para que haya engaño o error de naturaleza penal, es necesario que exista en la mente del autor de aquel, una dañada intención que tienda a la obtención ilícita de una cosa o el alcance de un lucro indebido"

Amparo Directo. RICARDO ROMERO CUELLAR. 5 de Abril de 1967. 5 Votos. Ponente: MANUEL RIVERA SILVA.

Aquí se aborda el tema del engaño y del error como medios comisivos en el delito de fraude y también se menciona que el error puede traer consecuencias de naturaleza civil y asimismo de naturaleza penal. Se dice que el error en el fraude penal

es distinto al error en fraude civil; y finalmente se concluye que para que haya engaño o error de naturaleza penal es menester que exista en la mente del sujeto activo una dañada intención - que tienda a la obtención ilícita de una cosa o al alcance de un lucro indebido. Con esta frase se corrobora lo que en un capítulo anterior se ha establecido, es decir, que la celebración de un contrato le va servir al sujeto activo como un medio para lograr un resultado dañino (alcanzar un lucro indebido o hacerse ilícitamente de una cosa); antes de la celebración de un contrato el sujeto debe tener un DOLO DIRECTO, es decir, en su mente debe existir la idea de que va a realizar un "contrato", pero no con la finalidad de cumplirlo o con el fin de hacerse de obligaciones y cumplirlas, la celebración del contrato se utiliza como medio para lograr engañar al sujeto pasivo y de esa forma lograr el resultado delictuoso; lo que quiere decir que en el fraude penal el DOLO debe ser anterior a la celebración del contrato, que este contrato debe ser el medio comisivo del delito y que el DOLO debe ser DIRECTO y no EVENTUAL, esta es la base fundamental para establecer la diferencia entre un fraude penal y un fraude civil. El fraude civil podría admitir un DOLO - distinto al DIRECTO, el fraude civil no requiere que la celebración del contrato sirva como medio, sino que es el fin mismo.

"FRAUDE.- Todos los tratadistas están acordes en que el antiguo delito de estafa, con sus clásicas ma--

quinaciones o artificios-escroquería, en el Código Penal Francés-, que hemos subsumido en el fraude según los Códigos vigentes, está precisamente en la frontera de las ramas del Derecho Civil y del Derecho Penal, como lo demuestra el hecho de que la ley, la doctrina y la jurisprudencia hablan de DOLO CIVIL y DOLO PENAL, de cláusula penal en los contratos civiles y hay sanciones civiles ligadas a procesos. Deslindar tales fronteras y establecer donde termina la habilidad del negociante y empieza el terreno delictuoso, no es cosa sencilla y requiere una evidente desproporción entre condiciones personales, ganancias, prestaciones, etc., de otro modo no habría relación jurídica que no se pudiera convertir a la postre en un asunto penal".

Amparo Directo. 6158/55. ALONSO SANCHEZ VITORIN.- 31 de Julio de 1957. 5 Votos. Ponente: GENARO RUIZ DE CHAVEZ.

Esta postura tampoco ayuda a resolver el problema, simplemente lo plantea y señala que para deslindar las fronteras que pueden existir entre el fraude civil y el fraude penal es necesario establecer donde termina la habilidad del negociante y donde comienza el terreno delictuoso. La tesis señala que no es fácil el presente caso y que requiere una evidente desproporción entre condiciones personales, ganancias, prestaciones, etc., de otro modo no habría relación jurídica que no se pudiera convertir a la postre en un asunto penal. Pero esto, lejos de resolver el problema lo hace más difícil porque el hecho de que se obtengan ganancias desproporcionales puede implicar que se está frente a lo que en materia civil se denomina la LESION. A esta tesis lo que le haría falta, a nuestro modo de ver, es aludir al estudio del DOLO y establecer qué es el DOLO DIRECTO.

"FRAUDE. (LEGISLACION DE JALISCO).- Conforme a la fracción I del artículo 384 del Código Penal del Estado de Jalisco, se impondrá multa de cincuenta a mil pesos y prisión de seis meses a seis años, al que engañando a uno o aprovechándose del error en que se halla se haga ilícitamente de alguna cosa, o alcance un lucro indebido. Ahora bien, no existe el delito de fraude si no se justifica uno de los elementos esenciales para su configuración, como lo es, el engaño, o bien el error, que no se constituye porque el quejoso obtuviera del ofendido un préstamo para establecer un comercio, por el hecho de que la aportación del dinero hubiera servido para constituir una sociedad para explotar un negocio, si el quejoso empleó el dinero efectivamente en el comercio tal y como se lo prometió al ofendido, y aun entregó a este, cuando menos, una parte de las utilidades que produjo el mismo negocio, pues aunque con posterioridad no cumpliera, por haberse puesto mal el negocio, por el robo sufrido a uno de sus hijos y por enfermedades de él y de su familia, o por otras causas, como consta que pagó parte del dinero recibido y que procuró pagar el resto, como dijo, no hubo delito de fraude, sino una operación de carácter civil, que no ha sido cumplida, y tal incumplimiento no puede considerarse delictuoso por falta de pruebas que induzcan a ello. Nota: la tesis citada se refiere a la disposición legal, vigente en el año en que se promovió el amparo respectivo. Ver Código vigente del 2 de Agosto de 1982."

Esta tesis da a entender que efectivamente, para que se configure el delito de fraude es necesario que el sujeto antes de celebrar el contrato tenga el conocimiento o sepa que no va a poder cumplir con las obligaciones que contraiga mediante la celebración del mismo. De acuerdo con esta tesis no es dable hablar del delito de fraude si con posterioridad a la celebración del contrato de préstamo, el que obtuvo dicho préstamo no cumplió por haberse puesto mal en el negocio o por el robo que

sufrió o por enfermedad de él o de su familia o por otra causa. Es decir, un incumplimiento de contrato no significa necesariamente que se esté en presencia de un fraude penal, se estará -- frente a una obligación de carácter civil que consiste en que - el sujeto que incumple con esa obligación cumpla con ella, pero dicho incumplimiento para que sea el resultado de un delito, po demos mencionar de un sujeto que incumple una obligación contraída si antes él sabía que no podía cumplir con la misma, aquí, - pues, entonces sí hay delitos de fraude penal; pero si el suje- to celebra un contrato e incumple por circunstancias posterio-- res, lo que es más, no sabe si va a poder cumplir con él o no, - lo que podría ser un DOLO CIVIL, estaremos ante un fraude ci--- vil. Ejemplo: Una persona le pide a un amigo diez millones de - pesos para comprar juguetes y venderlos en la época navideña: - desde luego que el sujeto que pidió esa ~~cantida~~ cantidad no sabe si va\_ a vender los juguetes, es decir, él los ofrece al público y sa-- be que los tiene que ofrecer para poder venderlos y pagarle a - su amigo el dinero que le prestó, pero no sabe si ese público - los va a comprar, es decir, el sujeto se está arriesgando a re- cuperar esa cantida de diez millones de pesos: sin embargo el - celebra el contrato y le pide a su amigo que le preste la cantidad señalada con la obligación de entregarselos en dos meses, -- y resulta que efectivamente se pone a vender los juguetes en la época navideña, pero nadie le compra y finalmente el sujeto no puede cumplir con la obligación de regresar los diez millones -

de pesos que le fueron prestados. Con este ejemplo se da a entender que el sujeto activo puede tener un DOLO CIVIL, es decir él piensa que probablemente no podrá recuperar esos diez millones, pero aun así le pide a su amigo tal cantidad y se compromete a devolvérsela; esto es un DOLO CIVIL, y no constituye el delito de fraude penal; este DOLO CIVIL da a entender que se está en presencia de un incumplimiento de un contrato por causas que son ajenas al sujeto que se compromete a devolver la cantidad pactada. Es por eso que esta tesis alude a que el sujeto que está siendo procesado no comete el delito de fraude porque aún cuando haya incumplido con posterioridad a la celebración del contrato y ha probado que se puso mal el negocio, que él sufrió un robo, que se enfermó o por otras causas, como en el caso sería el hecho de que no pudo vender los diez millones de pesos en juguete, y por tanto incumplió con una obligación que tenía el sujeto, luego entonces, aquí estaremos en presencia de un fraude civil. Fraude Penal sería en el caso de que el sujeto una vez obtenidos los diez millones de pesos, diciéndole a su amigo que los iba a invertir en la compra de juguete para la época de navidad, se lo gasta y además tuviera, desde ese momento, la intención de jamás regresarlo, aquí hay un DOLO DIRECTO, aquí el sujeto ya tiene la intención DIRECTA de hacerse ilícitamente de una cosa.

"FRAUDE (LEGISLACION DE TAMAULIPAS).- Si en el -

proceso se comprueba que el acusado enajeno, a título oneroso, una finca, CONOCIENDO de que no tenía derecho a disponer de ella, y recibió el precio, y además lo hizo por medio del engaño o aprovechamiento de un error en que se hallaba el adquirente, se comprueban los elementos constitutivos del delito de fraude especificado en la fracción II del artículo 391 del Código Penal del Estado de Tamaulipas; no obstante en contrario la circunstancia de que dicho adquirente haya manifestado no haber resentido perjuicio con la operación, por haber recibido con posterioridad el importe del predio, puesto que la falta de perjuicio posterior podrá tener efectos en lo que respecta a la responsabilidad civil; pero no quita al hecho ejecutado su carácter delictuoso; hecho que se consume al celebrarse la operación de venta fraudulenta. Nota: La tesis citada se refiere a la disposición vigente en el año en que se promovió el amparo respectivo".

ORTA FRANCISCO B. Pág. 2266. Tomo XXXIX. 21 de noviembre de 1933.

Como aspecto sobresaliente de esta tesis podemos señalar - que se emplea el término de CONOCIENDO, esto, a propósito de - que el sujeto activo sabe que no tiene derecho para disponer de una finca antes de venderla. De nueva cuenta y el empleo de ese término da a entender que en el fraude penal es necesario que - antes de la celebración, en la operación de venta fraudulenta, - el sujeto activo tenga el DOLO DIRECTO de hacerse ilícitamente - de una cosa o alcanzar un lucro indebido.

"FRAUDE AL OMITIR DATOS FIDEDIGNOS Y PROPORCIONAR DATOS FALSOS PARA CONSEGUIR UN PRESTAMO REFACCIONARIO, - SE CONFIGURA EL DELITO DE.- La omisión de datos fidedignos y el proporcionar después datos falsos para la obtención de un préstamo refaccionario, son circunstancias que se encuentran vinculadas por la unidad de intención delictuosa del acusado, por ello, la senten

cia que lo declare responsable del delito de fraude, - no infringe garantías en su perjuicio, pues es indudable que aun cuando el préstamo es de carácter civil, - sin embargo, la conducta que se despliega para obtenerlo, cae dentro del ámbito del derecho penal, por haber omitido dar informes veraces y suministrar datos falsos:"

Amparo Directo 7947/66. JOSE PINELO TORRES. 27 - de Marzo de 1967. 5 Votos. Ponente: MARIO G. REBOLLEDO F.

De igual forma que en el punto anterior, esta tesis da a conocer como es que el DOLO constituye un elemento indispensable para diferenciar el fraude penal del fraude civil. Esta exposición se refiere al caso en el que una persona, para obtener un préstamo refaccionario, omite dar informes veraces y suministra datos falsos y, conforme a esta tesis, la circunstancia de que haya obtenido el préstamo mediante tales conductas, si bien puede considerarse de carácter civil, también lo es que entra al campo del derecho penal precisamente por la unidad de intención delictuosa del acusado, esto es, por el DOLO que imperó -- en el acusado al tiempo en que solicitó el préstamo. Lo cual quiere decir que si una persona celebra un contrato y en su celebración, para hallegarse de una cosa o alcanzar un lucro indebido, da informes falsos, en otras palabras, ENGANA, se estará en presencia de un fraude penal y no de un fraude civil, precisamente porque esos medios revelan el DOLO DIRECTO que tiene el activo de hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido.

"FRAUDE. COMPRAVENTA SIMULADA.- Si DOLOSAMENTE el pro- cesado intervino en la simulación de un contrato de - compraventa, cuando tenía pleno conocimiento de que - se trataba de un simple contrato de garantía, y se - aprovechó de tal circunstancia, con perjuicio del -- ofendido, para hacerse indebidamente de las propieda- des, quedaron plenamente comprobados los elementos -- constitutivos del delito de fraude que se le imputa, - independientemente de cualquier situación de carácter civil a que diera lugar la irregular contratación, y es inexacto que la Autoridad Judicial esté impedida - de considerar los hechos como la naturaleza penal sin que previamente se declare la nulidad y simulación -- del título de compraventa respectiva."

Amparo Directo 113/58. J. INES LOERA SORIA. 7 de Mayo de 1959. 5 Votos. Ponente: CARLOS FRANCO SODI.

Se contempla un caso que consiste en que un sujeto simuló un contrato de compraventa cuando en realidad él sabía que se - trataba de un contrato de garantía, y bajo esa simulación pro- dujo un perjuicio en el ofendido por cuanto que se hizo indebi- damente de unas propiedades. Como se puede ver, en esta tésis, - de lo que interesa, es el indagar si el sujeto activo tenía co- nocimiento o no de la naturaleza del contrato que estaba reali- zando; en el presente caso se advierte que el sujeto activo si conocía que estaba simulando un contrato de compraventa. Es de- cir, tenía conocimiento pleno de que aún en la realidad no esta- ba celebrando esa compraventa sino un diverso contrato, lo cual quiere decir que dentro de su mundo subjetivo, dentro de su pen- samiento, y con esto estamos queriendo decir dentro de su DOLO, se evidencia que este tenía la intención de causar un perjui- cio, de tal manera que no es dable confundir esta conducta, que

evidentemente es fraudulenta, con alguna otra conducta que pudiera implicar simplemente un fraude de carácter civil. Se trata pues, de un fraude penal y aquí, de acuerdo con el caso que se presenta en la tesis, no es clara la problemática de diferenciar a un fraude penal de un fraude civil, simple y sencillamente porque se trata, en forma directa, de un fraude penal.

"FRAUDE DEL QUE ADMITE SERVICIO EN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL.- El artículo 379 fracción III del Código Penal para el Estado de Tamaulipas establece que se aplicarán las penas del fraude al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague su importe; una correcta interpretación de este precepto conduce a declarar que la existencia de tal delito implica la de un dolo específico, en cuanto a que, al solicitar alquien alguna cosa o al admitir un servicio en algún establecimiento comercial, sepa que no ha de poder pagar y obra de tal manera que determine la conducta del sujeto pasivo, obviamente, cualquier prueba puede servir para tal efecto y tal vez, preferentemente, la indiciaria puede llevar a la convicción del juzgador en tal sentido, si las probanzas de autos bastan para acreditar tal dolo, porque, según las costumbres comerciales la cuenta por el servicio prestado o los objetos entregados deba ser pagada de inmediato (como cuando se usa un coche de alquiler, o cuando en restaurantes o cantinas se piden las cosas que ahí se sirven, para pagarlas al terminar el consumo); pero si esa acción se repite, durante cierto tiempo y el propietario o encargado del establecimiento sigue prestando servicios o entregando cosas, es indudable que ello sólo puede interpretarse normal o jurídicamente, como el otorgamiento de un crédito, que se abre explícita o tácitamente el consumidor, constituyendo así la falta de pago un simple incumplimiento de obligaciones de carácter civil, que no puede ser erigido en delito, ni amerita prisión, por la categórica prohibición contenida en el artículo 17 Constitucional."

Amparo Directo 3722/67. HECTOR GARCIA HERNANDEZ.

19 de Marzo de 1962, Unanimidad de 4 Votos. Ponente:  
ALBERTO R. VELA.

Se refiere al caso en que una persona consume alimentos en forma reiterada y no obstante la primera ocasión en que los consume, no paga; el encargado del establecimiento le sigue sirviendo, con lo cual, según la tésis, se estará en presencia de un crédito que dicho encargado le está otorgando al cliente y por tanto no se trata del delito de fraude. No obstante hay aspectos de esta Tésis que si pueden ser importantes para analizar y (de algún modo) demostrar nuestra postura: Consiste en que el sujeto activo DEBE SABER que no ha de pagar y obra de -- tal manera que determina la conducta del sujeto pasivo, lo cual quiere decir que si una persona celebra un contrato y sabe de -- antemano que no ha de poder cumplir con las obligaciones que me -- diante él contraiga, estaremos frente al fraude penal y no fren -- te al fraude civil.

"FRAUDE, DELITO DE. (CONVENIOS).- No tiene importancia para desvirtuar el hecho delictuoso, que la -- forma externa del convenio celebrado con los ofendi-- dos haya sido la de un contrato de prestación de servicios profesionales u otro, pues si existe el engaño y se alcanza un lucro indebido, la configuración del -- delito de fraude no está sujeta a la forma que se le -- haya dado al acto o contrato civil celebrado, sino a la actuación dolosa realizada en los términos de la -- ley penal"

Amparo Directo. 65/63. JOSE FRANCISCO CALDERON -  
GARCIA. 26 de Abril de 1965. 5 Votos. Ponente: ANGEL --  
GONZALEZ DE LA VEGA.

Esta exposición corrobora lo que se ha venido comentando.- El delito de fraude no está condicionado a la forma que se le haya dado al acto celebrado, sino más bien a la actuación DOLOSA llevada a cabo en los términos de la ley penal. Es decir, atiende a la intención, DOLO, del sujeto activo con independencia de la forma en que se celebre el contrato, pues como se reitera, el contrato no es otra cosa más que el medio, y este medio puede tener infinidad de formas: compraventa, mutuo, comodato, etc. Lo importante es destacar que el contrato está precedido de un DOLO DIRECTO.

"FRAUDE INEXISTENTE DEUDAS CIVILES.- Si el reo y el ofendido celebraron la operación de compra de semilla al tiempo, o sea, para entregarla al consechar, resulta imposible tener por comprobado el cuerpo del delito de fraude, por el sólo hecho de no haber cumplido el vendedor con su obligación a su vencimiento, pues la tesis contraria llevaría a la conclusión de cabe buscar un aspecto bajo el cual se le dé a esa falta de cumplimiento un aspecto penal, que conduciría directamente a la resurrección de la práctica de imponer penas corporales por deudas de carácter civil cosa que implicaría un atentado contra las garantías constitucionales que expresamente le prohíben"

CHAIRE ANDRES. Pág. 1674. Tomo CX. 29 de Noviembre de 1951. 5 Votos.

Aquí se establece que la mera circunstancia de que se incumpla con un contrato no significa que se está en el caso de un fraude penal y esto es así porque para que exista fraude penal es necesario que el sujeto activo tenga el DOLO de incumplir

con ese contrato o de celebrar un contrato a sabiendas de que no va a cumplir con él para hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido.

"FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL, DISTIN---  
 CION ENTRE.- Hay que distinguir el fraude o el dolo -  
 civiles, que otorgan simplemente a la persona lesiona  
 da una acción de reparación del perjuicio, del fraude  
 penal o dolo penal, que hace incurrir además, al que  
 lo emplea, una pena pública. Aun cuando se ha sosteni  
 do que la ley penal hace delito de todo atentado a la  
 propiedad cometido por sustracción, engaño o deslealtad,  
 y abandonó al Derecho civil la materia de las con  
 venciones, cabe observar que el legislador también --  
 ha considerado el interés de proteger a la sociedad -  
 de quienes atacan el patrimonio de las personas, apro  
 vechando la buena fe de éstas, su ignorancia o el ---  
 error en que se encuentren, y otorga la tutela penal  
 estableciendo tipos de delito que protejan a la socie  
 dad y reprimen esas agresiones, aunque se utilicen --  
 sistemas contractuales como medios para enriquecerse  
 ilícitamente u obtener un lucro indebido. Por ello --  
 se ha expresado que si bien es verdad que la voluntad  
 de las partes es soberana para regir las situaciones  
 que han creado por virtud del contrato, la responsa--  
 bilidad que de él deriva está limitada con relación -  
 a las exigencias del orden público, tal como la tute  
 la penal a cargo del Estado. Así, cabe distinguir: la  
 represión penal se funda en el carácter perjudicial  
 del acto desde el punto de vista social. Su objeto --  
 es que se imponga una pena. La responsabilidad civil  
 se funda en el daño causado a los particulares, y su  
 objeto es la reparación de este daño en provecho de -  
 la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tan  
 to responsabilidad civil como penal!"

Amparo Directo. 1768/64. ALEJANDRO LOPEZ GALLE--  
 GOS. 3 de Marzo de 1966. 5 Votos. Ponente: MANUEL RI--  
 VERA SILVA.

En esta tésis si se toca el problema, pero la solución que se da no es del todo aceptable, porque se dice que una conducta

puede ser erigida en delito, luego entonces, cualquier conducta puede ser erigida como delito. De acuerdo con esta tesis y tan así puede interpretarse, el legislador le otorgó tutela penal a una conducta eminentemente civil estableciendo el delito de fraude. Pero, como ya se mencionó en el capítulo anterior esto no soluciona el problema, porque si esta tesis fuera aceptada, se llegaría al extremo de permitir al legislador que cualquier conducta civil la erigiera en conducta penal. El reconocer que esta es la solución al problema nos generaría otro: el referente a determinar la NATURALEZA JURIDICA propia de cada conducta en cada campo del Derecho: y asimismo no hay que olvidar que el aceptar esta tesis engendraría violación a la garantía que consagra el, ya multicitado, artículo 17 Constitucional.

"FRAUDE POR COSA OPRECIDA EN GARANTIA (LEGISLACION DE CHIAPAS).- Si el acusado se comprometió a pagar a la ofendida cierta cantidad y, para garantizar ese pago, ofreció una casa de su propiedad, y no obstante haber comprometido dicho inmueble, con posterioridad lo vendió a tercera persona, se configura -- así la existencia del delito de fraude que tipifica -- la fracción III del artículo 249 del Código Penal --- aplicable, ya que basta con la demostración de que el acusado sabía que estaba gravada su propiedad, para tener por demostrada la intención de engañar, obteniendo con ese engaño un lucro indebido, pues aunque el agente dispuso onerosamente de un bien suyo, sin embargo, su derecho de propiedad se encontraba disminuido por la existencia de un contrato de garantía -- que, si por su falta de forma no produjo efectos con relación a tercero, si lo produjo entre las partes -- en el documento. Y si quedó demostrado que al vender el inmueble de referencia quedó sin garantía la obligación mencionada, se obtuvo un lucro equivalente a -

la cantidad estipulada, pues el mal que con este delito se causa, adquiere su realización independientemente de que el contrato fraudulento se rodea o no de todas las formalidades extrínsecas de la ley civil. - Por tanto, aun cuando el contrato de garantía no fuera válido conforme a la ley civil, el delito existe, y surgió en el momento en que el reo enajenó el inmueble a sabiendas de que no tenía derecho para disponer del mismo, causando con ello un mal grave a virtud de la insolvencia que se procuró frente a la obligación que tenía.

Nota: La tesis citada se refiere a la disposición vigente en el año en que se promovió el amparo respectivo".

Toca número 2493 de 1954. Pág. 2479. Primera Sala. 13 de Octubre de 1954. 4 Votos. Tomo CXXII.

Presenta el caso en que una persona vende un inmueble que previamente había otorgado en garantía y se dice que en éste -- caso se configura el delito de fraude porque no tenía derecho - el sujeto activo, de vender el inmueble, y aun a SABIENDAS de - tal circunstancia dispone del mismo, de ahí se dice que el sujeto activo cometió el delito de fraude porque él ya conocía que el inmueble que iba a vender se encontraba sujeto a un gravamen, es decir, estaba dado como garantía. Como se puede ver esta tesis parte del supuesto en que, para configurar el delito de fraude, es necesario que el sujeto activo, antes de hacerse de la cosa, SEPA que no tiene derecho a ella: esto se trata, -- pues, de un DOLO; el dolo es el determinante para establecer si se está en presencia del fraude o no; pues de lo contrario se caería en la cuenta de que, si el sujeto activo no supiera que no tenía derecho para disponer del inmueble y lo vendería, sim-

plemente no estaría cometiendo el delito de fraude. En correspondencia con esta tésis, diremos que es importante que el sujeto activo tenga conocimiento de que no puede llevar a cabo la enajenación de un bien y en el momento en que lleva a cabo esa enajenación mediante equis contrato, y con motivo de ello recibe el precio, entonces estará cometiendo el delito de fraude.

"FRAUDE, SERVICIOS NO PAGADOS. (LEGISLACION DE NUEVO LEON).- El delito previsto en la fracción V del artículo 370 del Código Penal se configura cuando alguien se hace servir alguna cosa o admite un servicio en cualquier establecimiento comercial y no para su importe, es decir, dicho ilícito reprime conductas antijurídicas que ponen en manifiesto el malicioso consumo de cosas o servicios. Pero si el propietario de un restaurant-bar había concedido crédito al acusado, este hecho conduce a establecer que, en el caso de unas notas no pagadas, se trata de una deuda civil que no puede ser objeto de represión penal de acuerdo con la prevención del artículo 17 Constitucional que prohíbe la prisión por deudas, en razón de que, como se dijo, no está comprobado el cuerpo del delito de fraude que define la fracción V del artículo 378 del Código Penal, ni, por consecuencia, está comprobada la responsabilidad penal del acusado en la comisión de dicho ilícito. La circunstancia de que el reo haya pagado el consumo de bebidas y alimentos con un cheque posdatado, determinando que el vicio relativo a la posdatación evitara el pago de dicho documento, puede ser constitutivo de otro delito, como lo es el que prevé el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; pero si al respecto, el representante del Ministerio Público no ejerció la acción correspondiente, ello no podía determinar que la jurisdicción represiva condenara al quejoso por el delito de fraude específico de que se hizo mérito, tratándose, como se dijo, de una deuda civil, cuyo pago puede ser efectivo la parte ofendida ocurriendo por la vía legal correspondiente."

Amparo Directo. 1799/56. FRANK NICHOLSON. 10 de Septiembre de 1958. 5 Votos. Ponente: LUIS CHICO GONZALEZ.

Se habla de una conducta que se hace consistir en que una persona consuma alimentos en un restaurant-bar y no los paga, pero esta conducta implica la comisión de un delito de fraude específico; sin embargo en la tesis se señala que no puede constituir delito por cuanto que el sujeto activo tenía crédito con el encargado del restaurante y ese crédito daba a entender que el encargado le otorgaba el consentimiento para consumir alimentos sin pagarlos. De manera que, en nada ayuda esta tesis a solucionar el problema de cuando se está frente a un fraude penal y cuando se está frente a un fraude civil.

En resultado, no existe jurisprudencia alguna que determine las diferencias que existen entre un fraude civil y un fraude penal. Hay tesis que tratan de darle solución al problema, pero desgraciadamente no lo hacen de manera determinante; algunas de ellas parten del supuesto de que el fraude penal se da por el simple hecho de que el legislador quiso establecerlo como un tipo, pero eso tiene el vicio de que al legislador se le dé una libertad amplia para que cualquier asunto de naturaleza civil la eriga en materia penal, de ser esto cierto traería como consecuencia que en algún momento el legislador incurriera en una violación al artículo 17 Constitucional. Como hemos manifestado anteriormente, no basta con el reconocer que el fraude se deriva de una relación entre particulares para establecer que no hay diferencia entre una conducta penal y una civil, en relación al

tipo en cita, sino que debemos de diferenciar en campo de la naturaleza jurídica de cada conducta para poder tener elementos - que sirvan como base para encontrar la divergencia que nos ocupa. Las diversas tesis que se cometan generalmente utilizan la palabra A SABIENDAS, CONOCIENDO, lo cual quiere decir que en la mayoría de la tesis se acepta que, para que un incumplimiento de - "Contrato" se traduzca en un fraude penal, es necesario que antes de la celebración del "contrato" aparezca un DOLO DIRECTO, - en el que se va a utilizar, como medio, la celebración del contrato, y como fin la obtención del lucro indebido o el hacerse - ilícitamente de una cosa. Estas tesis no se adentran a estudiar la naturaleza jurídica de lo que es los vicios de la voluntad, - ni se adentran al estudio de los elementos constitutivos del -- fraude penal, ni mucho menos las formas de culpabilidad del delito de fraude genérico.

### CONCLUSIONES

1.- Históricamente el tipo penal del fraude nace como una necesidad para vigilar la honestidad en el trato comercial entre particulares; esto, para sancionar, de algún modo, con mayor severidad aquellas conductas que por engaño o aprovechamiento de error obtienen, de la otra parte, una ventaja indebida. Sin embargo, y tomando en cuenta la naturaleza jurídica del campo del Derecho Civil y del Campo del Derecho Penal, el conformarnos con esta postura no va a resolver el problema que se analiza en el presente estudio, toda vez de que, genéricamente, existen marcadas diferencias entre una y otra esfera jurídica.

2.- Respecto al criterio adoptado por el Órgano jurisdic--

cional reflejado en las jurisprudencias que hemos consultado no existe una sólo que marque de manera concreta las posibles diferencias existentes entre un fraude civil y un fraude penal. No obstante lo anterior, los casos concretos que se revisaron nos sirvieron para marcar las diferencias, en cuanto al dolo o elemento subjetivo que hay entre una conducta que debe ser sancionada por la ley penal y una conducta que debe ser sancionada por la ley civil.

3.- Como se pudo observar, tanto en la definición del tipo penal de fraude como en el concepto de fraude civil, encontramos que los elementos que integran ambas figuras son exactamente -- los mismos, y estos podemos clasificarlos, básicamente en OBJETIVOS y SUBJETIVOS. Siendo el elemento objetivo, en ambos casos la VENTAJA INDEBIDA; y, el elemento subjetivo, creemos, es el engaño y el aprovechamiento del error en que se encuentra la otra -- parte; y es precisamente la similitud de ambas figuras lo que hace poco fácil diferenciar una conducta de la otra, no tanto por el elemento objetivo sino más bien por el elemento subjetivo.

4.- Tomando como base el párrafo anterior y dado el desglose que se ha tratado de explicar, en el cuerpo del presente trazado, de las figuras en cuestión podemos, estar en posibilidad - de asegurar que el elemento objetivo no constituye mayor problema, ya que materialmente se integra por el resultado de una con-

ducta dolosa, y sería fácil, en este tipo de delito o conducta civil, acreditar, probablemente, con peritos contables o valuadores, la ventaja indebida de que se hizo el sujeto activo, y de igual forma se acreditaría el detrimento patrimonial del sujeto pasivo; esto tomando en cuenta la documentación y elementos de prueba necesarios para dicho fin.

5.- Retomando las anteriores ponencias y al indagar sobre el elemento subjetivo del tipo penal y de la conducta civil, tenemos que ambas se constituyen con los mismos elementos, como son engaño y el aprovechamiento del error, esto en materia penal; y en materia civil, los anteriores se conceptualizan en EL ERROR, EL DOLO (MATERIA CIVIL) Y LA MALA FE, que constituyen un presupuesto similar de los primeramente mencionados. Es precisamente aquí donde reside el punto medular del presente estudio, resultándonos difícil el análisis de dichos elementos ya que la consecuencia jurídica de la figura en discusión es totalmente distinta, toda vez de que en materia penal hablamos de PRIVACION DE LIBERTAD y en materia civil de NULIDAD DEL ACTO JURIDICO.

6.- Es por esto que consideramos que el legislador, en la conceptualización jurídica de las, multicitadas, figuras, debería de ser más preciso en cuanto a describir y deslindar los límites jurídicos del fraude civil y del fraude penal; ya que actualmente esta situación da pie a que el órgano judicial encuen-

tre demasiados elementos para procesar ambas figuras, INDISCRIMINADAMENTE, tanto en materia civil como en materia penal, en una correlativa simultaneidad, TRATANDOSE DE LA MISMA CONDUCTA.

Es por ello que, modestamente, vertimos nuestra opinión - respecto a las diferencias captadas, tratando de ser lo más preciso posible.

7.- Cuando un sujeto actúa con el ánimo, EN PRIMERA INSTANCIA, de cumplir con lo que, previo a la concepción del contrato, se obliga, pero prevee o reflexiona sobre circunstancias, si ustedes quieren ajenas a su voluntad, que pueden impedirle cumplir con lo pactado y aún así (mostrándose indiferente ante tal posibilidad) realiza el contrato sin manifestarle a la otra parte dichas circunstancias que el ya previno, su conducta estará VICIADA por lo que, valga el caso, estaremos ante el llamado -- fraude civil. Lo que se destaca en esta conducta sancionada por la ley civil es que el activo actúa, en principio, CON EL ANIMO DE CUMPLIR CON LO PACTADO.

8.- Contrariamente, cuando desde el primer momento al sujeto activo tiene la firme intención de NO CUMPLIR con lo que supuestamente se está obligando se prevee que el sujeto activo actúa a sabiendas y con la convicción de que realiza una conducta ilícita reflejada en el daño patrimonial de la otra parte su ---

conducta estará calificada con el elemento de culpabilidad (en materia penal) denominado DOLO DIRECTO; ya que su intención no es el celebrar un contrato para crear un acto jurídico, sino es la de obtener una ventaja indebida a sabiendas de que su conducta ocasionará un DAÑO patrimonial. Por tal motivo consideramos que aquellas conductas precedidas de un dolo directo necesariamente deben de ser sancionadas por el derecho penal, ya que no ameritan más que una pena severa.

9.- Es importante el destacar la siguiente observación: el contrato o convenio que celebran particulares, en materia civil, es visto como el FIN mismo del acto jurídico; es decir en materia civil lo que se va a sancionar es el incumplimiento o cumplimiento, la validez o invalidez, la existencia o inexistencia del "CONTRATO". Mientras que el convenio o contrato, en materia penal es visto, no como el fin para producir efectos jurídicos sino para la configuración de un delito tipificado con el nombre de fraude; en el delito del fraude el sujeto activo contempla al contrato como el medio por el cual obtiene el lucro in debido o se hace ilícitamente de una cosa.

10.- Asimismo, dado que, según nuestra apreciación muy particular, no se integran los elementos de existencia del acto jurídico en virtud de que carece del acuerdo de voluntades cuando una de las partes contiene en su parte subjetiva un DOLO DIRECTO

dicho trato no será un acto jurídico, pero no obstante ello este trato si tendrá consecuencias jurídicas y una vez clasificadas como hechos jurídicos en estricto sentido se podrá aplicar la ley penal correspondiente en virtud de que delito penal es parte integral del hecho jurídico en estricto sentido. Por otro lado los conceptos de acto jurídico y hecho jurídico en estricto sentido (en relación a querer o no querer las consecuencias jurídicas de su conducta), el fraude penal jamás será un acto jurídico en virtud de que el sujeto activo, obviamente, nunca querrá que se sancione su conducta; por lo anterior diremos que el fraude civil es un acto jurídico acusado de imperfecciones reguladas por el Organo Legislativo Civil y el fraude penal es un hecho jurídico tipificado y sancionado por el Código Penal.

## B I B L I O G R A F I A

- 1.- Bejarano Sánchez, Manuel. "OBLIGACIONES CIVILES". 3a. Edición. Textos Jurídicos Universitarios, México, 1984.
- 2.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. "CODIGO PENAL ANOTADO". 12a. Edición. Porrúa, México, 1989.
- 3.- Carrara, Francesco. "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL". 2a. Edición. Temis, Argentina, 1966.
- 4.- Castellanos Tena, Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL." 22a. Edición. Porrúa, México, 1986.
- 5.- Cuello Calón, Eugenio. "DERECHO PENAL". 8a. Edición. Bosch, España, 1952.
- 6.- Floris Margadat, Guillermo. "DERECHO ROMANO". 15a. Edición. Esfinge, México, 1985.
- 7.- Foinet, René. "MANUEL ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO". José M. Cajica, México, 1956.
- 8.- García Ramírez, Sergio. "INTRODUCCION AL DERECHO MEXICANO". U.N.A.M., México, 1981.

- 9.- Gómez, Eusebio, "TRATADO DE DERECHO PENAL IV". Compañía Argentina Editores, Argentina, 1947.
- 10.- González de la Vega, Francisco. "DERECHO PENAL MEXICANO".- 7a. Edición. Porrúa, México, 1964.
- 11.- González de la Vega, René. "COMENTARIOS AL CODIGO PENAL".- 2a. Edición. Cárdenas Editores, México, 1961.
- 12.- Gutiérrez y González, Ernesto. "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES". 5a. Edición. Cajica, México, 1984.
- 13.- Jiménez de Asúa, Luis y Oneca. "DERECHO PENAL CONFORME AL CODIGO DE 1928". 1a. Edición. Reus, Madrid, 1929.
- 14.- Jiménez Huerta, Mariano. "DERECHO PENAL MEXICANO". 4a. Edición. Porrúa, México, 1961.
- 15.- Jiménez Huerta, Mariano. "SEGUNDO CURSO DE DERECHO PENAL". Apuntes mimeográficos.
- 16.- Macedo, Miguel S. "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO". Cultura Mexicana, México, 1931.

- 17.- Mesger, Edmundo, "DERECHO PENAL". Editorial Tipográfica. Argentina, 1966.
- 18.- Miranda Basurto, Angel. "LA EVOLUCION DE MEXICO". Herrera, México, 1979.
- 19.- Moreno, Antonio de P. "DERECHO PENAL MEXICANO". Porrúa, México, 1968.
- 20.- Noguera, Eduardo. "CULTURA AZTECA". Herrera, México, 1972.
- 21.- Pavón Vasconcelos, Francisco. "COMENTARIOS DE DERECHO PENAL". 5a. Edición. Porrúa, México, 1982.
- 22.- Quintanilla García, Angel. "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES". - 2a. Edición. Cárdenas Editores, México, 1981.
- 23.- Rojina Villegas, Rafael. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL". 21a. Edición. Porrúa, México, 1986.
- 24.- Sodi, Demetrio. "NUESTRA LEY PENAL". Librería de la Vda. - de Ch. Boret, México, 1917.
- 25.- Soler, Sebastian, "El DERECHO PENAL". 4a. Edición. Tipográfica, Argentina, 1956.

26.- Ventura Silva, Sabino. "DERECHO ROMANO". 4a. Edición. Porrúa, México, 1978.

27.- Zaffaroni, Raúl Eugenio. "MANUAL DE DERECHO PENAL". Cárdenas Editores, México, 1986.