



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**EL DELITO DE FRAUDE: DELIMITACIÓN
JURÍDICO-PENAL CON EL FRAUDE CIVIL.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ESTEBAN BARRÓN GUTIÉRREZ

ASESOR: LIC. RAFAEL CHAINE LÓPEZ

ABRIL, 2008.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A mis padres, Esteban y Reyna

Porque siempre fue su convicción que a través del estudio, sus hijos progresáramos y nos desarrolláramos. Por todo el sostén moral, afectivo y económico que me han brindado. Porque éste es también un triunfo de ustedes.

A mis hermanos

Zefe y Quili, porque fueron una luz que me encausó en mi desarrollo académico.

Irma, Ono y Yola, por ese cariño tan especial que me han brindado siempre.

Saúl y Jovy, por su ejemplo, su amistad y su actitud frente a la vida.

Nolbe, por ser además de hermano y amigo, discípulo en la vida profesional y compañero de andanzas.

Reyna, compañera de la infancia y de la juventud, porque siempre nos hemos impulsado para alcanzar nuestras metas y objetivos.

A mis sobrinos y demás familiares

A mis sobrinos, porque veo en ellos la curiosidad ante las cosas, la alegría de la vida, la esperanza del futuro. A mis demás familiares, por todas las vivencias que hemos compartido y que seguramente continuaremos compartiendo.

A Magda

Por todo el apoyo y cariño que me ha brindado; porque siempre me ha motivado a continuar adelante, y con la plena seguridad de que en la vida logrará triunfos muchos mayores.

A mis amigos

Porque han hecho ameno el camino recorrido, porque en todas y cada una de las etapas que he vivido, siempre ha habido personas que me han otorgado el privilegio de su amistad. Gracias.

AGRADECIMIENTOS

A Dios. Dador de la vida, origen y fin de todas las cosas. Porque me ha permitido vivir y continuar adelante, e ir logrando mis metas y objetivos.

A la Universidad Nacional Autónoma de México. Nuestra máxima casa de estudios. Mi Alma Mater. Porque me cobijó en sus aulas y me hizo ser una nueva persona.

A mis profesores. Que con el único interés de transmitir sus conocimientos, nos impartieron cátedra y coadyuvaron en la consecución de este título.

Al Lic. Rafael Chaine López. El asesor de esta tesis; por su disposición y ayuda para llevar a cabo este trabajo de investigación.

A los Lics. Moisés Moreno Rivas, José Martínez Ochoa, Martín García Martínez y Ernesto Aníbal Rivas Romero, profesores parte del Síno, por su comprensión y valiosas observaciones en el trabajo desarrollado.

A los Lics. Israel Luna Mariscal, Marcelino Sandoval Mancio, María Magdalena Sánchez Mendoza, Gerardo Paredes López y Clotilde García Martínez. Compañeros y amigos de la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, quienes me orientaron y me auxiliaron en los diversos temas que se abordan en este trabajo de investigación.

Al Lic. Carlos Pascual Morales Hernández y demás compañeros y amigos de la Fiscalía para Delitos Financieros de la misma institución, con quienes, durante mi estancia en dicha área, me inicié en el estudio e integración del delito de fraude.

A los Lics. Reyna Barrón Gutiérrez, Norberto Barrón Gutiérrez y Enrique López Mauro, quienes de alguna u otra manera me apoyaron e impulsaron a efecto de que llevara a cabo el presente trabajo.

"Por ello se ha dicho muy certeramente: Quien quiera engañar a hombres, deberá, ante todo, hacer plausible lo absurdo"

Johann Wolfgang von Goethe

"Los hombres, ¿pueden hacer bueno lo que es malo y malo lo que es bueno?"

Marco Tulio Cicerón

"¡Qué sombras somos, y qué sombras perseguimos!"

Edmund Burke

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO PRIMERO EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	1
1.1 El fraude en el mundo antiguo.....	1
1.2 Derecho Romano.....	3
1.2.1 El crimen <i>falsi</i>	4
1.2.2 la <i>actio doli</i>	5
1.2.3 La represión estrictamente penal del engaño fraudulento: el <i>crimen stellinato</i>	7
1.3 Derecho intermedio: las Partidas.....	9
1.3.1 El Fuero Juzgo.....	10
1.3.2 El Fuero Real.....	10
1.3.3 Las Partidas.....	11
1.4 Derecho Mexicano.....	13
1.4.1 En el ámbito civil.....	16
1.4.1.1 Código Civil de 1870.....	16
1.4.1.2 Código Civil de 1884.....	19
1.4.1.3 Código Civil de 1928.....	20
1.4.2 En el ámbito penal.....	23
1.4.2.1 Código Penal de 1871.....	24
1.4.1.2 Código Penal de 1931.....	27
1.4.1.1 Código Penal de 2002.....	30
CAPÍTULO SEGUNDO EL CONTRATO Y LA CONFIGURACIÓN DEL DOLO EN EL CÓDIGO CIVIL.....	33
2.1 El contrato como fuente principal de las obligaciones.....	33
2.1.1 Concepto de obligación.....	33
2.1.2 Concepto de contrato.....	35
2.1.3 Elementos de existencia y de validez.....	37
2.1.3.1 Algunos apuntes sobre la ausencia de vicios del consentimiento.....	46
2.1.4 Clasificación.....	52
2.1.5 Interpretación e integración del contrato.....	54
2.1.6 Término de los efectos del contrato, suspensión y modificación.....	57
2.1.6 Eficacia e ineficacia del contrato.....	60
2.2 Concepto de dolo en el Derecho Civil.....	62
2.2.1 El dolo obligacional.....	67
2.2.1.1 El dolo en el incumplimiento de las obligaciones.....	68

2.2.1.1.1 Efectos del dolo en el incumplimiento.....	71
2.2.1.2 El dolo en la responsabilidad por actos ilícitos.....	72
2.2.2 El dolo como vicio del consentimiento.....	75
2.2.2.1 Concepto.....	75
2.2.2.2 Requisitos del dolo-viceo.....	77
2.2.2.3 Efectos jurídicos del dolo.....	79
2.2.3 Prueba y valoración del dolo.....	79
CAPÍTULO TERCERO DELIMITACIÓN DOGMÁTICO-JURÍDICA DEL DELITO DE FRAUDE.....	81
3.1 Conducta.....	84
3.1.1 El engaño.....	89
3.1.2 El aprovechamiento del error.....	92
3.2 Tipicidad.....	93
3.2.1 El tipo objetivo.....	94
3.2.1.1 Breves apuntes acerca del bien jurídico protegido: el patrimonio.....	98
3.2.2 El tipo subjetivo.....	103
3.2.2.1 El dolo en el delito de fraude.....	114
3.3 Antijuridicidad.....	122
3.4 Culpabilidad.....	127
3.5 Consumación y tentativa.....	132
3.6 Autoría y participación.....	140
CAPÍTULO CUARTO EL DELITO DE FRAUDE Y EL FRAUDE CIVIL. DIFERENCIAS.....	143
4.1 Derecho Penal y Derecho Civil. Divergencias.....	143
4.1.1 En cuanto a su fundamento.....	146
4.1.2 En cuanto a su objeto.....	149
4.2 Distinción entre el dolo civil y el dolo penal.....	155
4.2.1 Posición de la Jurisprudencia nacional al respecto.....	168
4.3 El delito de fraude en las relaciones contractuales. Peculiaridades....	178
4.4 Análisis de los requisitos que conforman el tipo penal del fraude contra los requisitos que conforman el fraude civil.....	182
4.5 Reflexiones finales.....	188
CONCLUSIONES.....	195
BIBLIOGRAFÍA.....	203

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, uno de los temas que ha revestido mayor complejidad dentro de la Ciencia Jurídico-Penal es el relativo a la acreditación del delito de fraude, por cuanto al alcance cognitivo y valorativo de los elementos que lo conforman. Y es que precisamente, uno de los elementos constitutivos del delito de referencia: el engaño, presenta una vastedad y diversidad de facetas verdaderamente impresionante. Ello hace que los límites que distinguen al fraude en relación a otros delitos patrimoniales, tales como el abuso de confianza y el robo, sean también muy tenues.

La situación se complica en aquellos casos en que debemos distinguir al fraude no en relación a otros delitos, sino respecto a otras materias, como ocurre precisamente en materia contractual, perteneciente al ámbito del Derecho Privado, el mundo de las convenciones y que se encuentra sujeto a la voluntad de las partes, soberana para regir las situaciones creadas por virtud de un contrato, y que se encuentra regulada por el Derecho Civil.

No obstante lo anterior, es menester señalar que el legislador también ha considerado el interés de proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas, aprovechando la buena fe de éstas, su ignorancia o el error en que se encuentran, otorgando para ello la tutela penal, mediante el establecimiento de tipos de delito que protejan a la sociedad y repriman tales agresiones, aunque se utilicen sistemas contractuales como medios para enriquecerse ilegítimamente u obtener un lucro indebido.

De acuerdo a lo anterior, si bien es verdad que la voluntad de las partes es soberana para regir las situaciones que han creado por virtud del contrato, la responsabilidad que de él deriva está limitada con relación a las exigencias del orden público, tal como la tutela penal a cargo del Estado. Así, es dable afirmar que 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. En tanto, 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, por ende, un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal.

Precisamente éste constituye uno de los mayores problemas que se presentan en la actualidad en la praxis jurídica, puesto que los litigantes, al momento de presentar sus denuncias de hechos, o bien, sus demandas de cumplimiento o rescisión de contrato, frecuentemente confunden las figuras de referencia y en la mayoría de las ocasiones, pretenden hacer de todo incumplimiento de contrato, una conducta de índole penal; planteando así un grave problema a Agentes del Ministerio Público, Jueces, Magistrados y Ministros, que tiene a su cargo la procuración y administración de justicia, y que deben resolver, en el ámbito de sus respectivas competencias, en qué casos se configura el delito de fraude en materia contractual y en qué casos estamos hablando de hechos eminentemente civiles.

Lo anterior ha arrojado una cantidad considerable de tesis jurisprudenciales emitidos tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como por los Tribunales Colegiados de los diversos Circuitos que integran el país; tesis en las que se busca establecer las bases para la distinción entre el fraude penal y el fraude civil, al través de diversos aspectos, siendo el más importante, el relativo a la naturaleza del dolo, así como a los distintos fundamentos y objetos de los Derechos Civil y Penal.

Por otra parte, la Doctrina se ha ocupado parcialmente del tema en comento, encontrando que los estudios más pródigos en esta materia han sido realizados por autores extranjeros; motivo por el cual, y en virtud de que el delito de fraude presenta peculiaridades muy singulares de acuerdo a cada legislación penal, se justifica plenamente el presente estudio que será relativo a la Delimitación Jurídico-Penal del Fraude Penal con el Fraude Civil, tomando como base las legislaciones tanto civil como penal del Distrito Federal.

Evidentemente, el desarrollar un tema que pertenece a ramas diversas del Derecho, presenta ya de por sí un problema de considerable envergadura; más aún si se pone de relieve las siempre difíciles relaciones existentes entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, o más concretamente, entre la ilicitud civil y la penal.

En efecto, el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal refiere que comete el delito de fraude, el que por medio del engaño o aprovechando el error

en que otro se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero. En tanto, el artículo 1815 del Código Civil para la misma entidad federativa, considera como dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes e invalida el consentimiento en términos del numeral 1812 del mismo ordenamiento.

Por ende, la metodología que utilizaremos en el desarrollo del presente trabajo de investigación y para delimitar correctamente al delito de fraude respecto del denominado fraude civil, será la que a continuación se describe. En primer término, tomaremos como base para iniciar la presente investigación el marco histórico del fraude, refiriéndonos a los antecedentes históricos de dicha figura desde la antigüedad, el Derecho Romano, el Derecho Español y finalmente, en nuestro país, a partir de la regulación que los diversos ordenamientos civiles y penales que han estado vigentes han hecho de la figura jurídica en comento.

En segundo lugar, y toda vez que resultará de suma importancia para el adecuado desarrollo del presente estudio, y más aún, para la correcta delimitación del delito de fraude con el fraude en su triple faceta en el ámbito civil, en el segundo capítulo se proporcionarán las bases necesarias para comprender lo relativo al contrato, su concepto, su naturaleza jurídica, los elementos que lo conforman, su clasificación, interpretación, integración, eficacia e ineficacia, puesto que para entender las peculiaridades del delito de fraude cuando se presenta en las relaciones contractuales, resulta sumamente importante contar con estas bases de Derecho Civil. En dicho capítulo, también nos referiremos al concepto de dolo en el Derecho Civil, visto al través de su triple faceta que presenta como grado máximo de culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones, en la responsabilidad por actos ilícitos, así como vicio del consentimiento en los contratos.

Por otra parte, dedicaremos el capítulo tercero al análisis dogmático-jurídico del delito de fraude, tal y como está regulado por el Código Penal para el Distrito Federal en vigor, para lo cual partiremos del estudio de los diversos elementos del delito de referencia, a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, abordando también los temas de consumación, tentativa, autoría y participación, dada la importancia que tienen en tratándose del delito en

comento. Cabe mencionar que dicho estudio se encontrará limitado, en cuanto los temas y conceptos abordados contribuyan a delimitar y distinguir al fraude penal respecto del civil, razón por la cual, haremos especial énfasis al engaño y al aprovechamiento del error, al bien jurídico protegido: el patrimonio, así como al dolo, como elemento subjetivo del tipo penal de referencia.

Finalmente, en el último capítulo nos abocaremos a establecer las divergencias existentes entre el delito de fraude y el civil; lo cual se efectuará, partiendo de la distinción en cuanto a fundamento y objeto, del Derecho Penal y el Derecho Civil, así como de la distinción, no menos importante, entre el dolo civil y el dolo penal, abordando las peculiaridades que presenta el delito de fraude en las relaciones contractuales; todo lo cual nos permitirá efectuar el análisis de los requisitos que conforman el tipo penal del fraude contra los requisitos que conforman el fraude civil, y de esta manera, lograr la consecución del objetivo del presente trabajo de investigación, mediante la correcta delimitación jurídico-penal del delito de fraude con el denominado fraude civil.

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Como punto de partida para el desarrollo de la presente investigación, nos abocaremos al análisis del fraude a partir de su evolución histórica, iniciando dicho estudio con algunos aspectos relativos al fraude en el mundo antiguo, para continuar con las diversas figuras que castigaban los actos fraudulentos en el Derecho Romano y su posterior adaptación por parte del Derecho Español. Con posterioridad, se analizará la evolución histórica legislativa del fraude en el Derecho Mexicano, a partir del estudio de los diversos ordenamientos en los ámbitos civil y penal que han estado en vigor.

1.1 El fraude en el mundo antiguo

En principio, debemos apuntar que el Derecho surge como una forma de regular la vida del ser humano, un ser social por excelencia. Refiere el maestro Jesús Zamora-Pierce, que *"tan pronto como un hombre poseyó un bien, otro lo codició, y trató de obtenerlo mediante el engaño"*.¹ Ello implica que para encontrar el origen de las conductas fraudulentas, debemos remontarnos al momento en que surge la propiedad, y el hombre empieza a codiciar los bienes ajenos, así como la forma de obtenerlos.

Consecuentemente, surgen las primeras manifestaciones del fraude cuando es indispensable la tutela de la honestidad en las relaciones comerciales, tratando de evitar las alteraciones de calidades, pesas y medidas. Así, el Código de Hammurabi sanciona la venta del objeto robado y la alteración de pesas y medidas. Por su parte, las Leyes de Manú, en la India, asimilan al robo la venta de un objeto ajeno y castigan al que vende grano malo por bueno, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, entre otros.

¹ ZAMORA-PIERCE, Jesús, El Fraude, Porrúa, 9ª edición, México, 2000, p. 3.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye la Biblia, obra en la que se hacen múltiples y diversas referencias al fraude, tal y como lo corrobora la cita que se transcribe a continuación, del libro de Deuteronomio:

“13 No tendrás en tu bolsa pesa y pesa, una grande y otra pequeña.
14 No tendrás en tu casa medida y medida, una grande y otra pequeña.
15 Has de tener un peso cabal y exacto, e igualmente una medida cabal y exacta, para que se prolonguen tus días en el suelo que Yahveh tu Dios te da.
16 Porque todo el que hace estas cosas, todo el que comete fraude, es una abominación para Yahveh tu Dios”.²

Precisamente las leyes Hebraicas castigaban a los que abusaban de los compradores necesitados, así como de los que alteraban y falsificaban pesas y medidas, catalogándolo como una afrenta a Dios, y condenando tales conductas desde los puntos de vista moral y religioso. No obstante ello, encontramos que tales prácticas se extendieron notoriamente conforme el comercio se expandió en el mundo antiguo, y eran muy comunes.

El ingenio de algunos para urdir toda clase de engaños, era admirado, por ejemplo, en la antigua Grecia, tal y como se infiere de la opinión de Homero acerca de Odiseo, calificando al héroe de la Ilíada y la Odisea en los siguientes términos: *“Aquél es el hijo de Laertes, el ingenioso Ulises, que se crió en la áspera Itaca; tan hábil en urdir engaños de toda especie, como en dar prudentes consejos”*.³

El maestro Mariano Jiménez Huerta refiere que en todas estas legislaciones falta una noción técnica, un principio conceptual del fraude. Sólo por razones de oportunidad o necesidad y para hacer posible la represión se previnieron casuísticamente los citados hechos fraudulentos e incluso algunos otros que, aún sin serlo, se estimaban igualmente turbadores del orden en las relaciones comerciales.⁴

² *Deuteronomio 25:13-16* en *La Santa Biblia, Versión de Jerusalén*, Versión electrónica, Nueva York, Estados Unidos de América, 2006, p. 282.

³ HOMERO, *La Ilíada*, Versión electrónica en URL: *www.librodot.com* México, 2006, p. 24.

⁴ (cfr) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano, Tomo IV La tutela penal del patrimonio*, Porrúa, 7ª edición, México, 2003, p. 125.

1.2 Derecho Romano

La referencia al Derecho Romano resulta imprescindible en virtud de constituir la génesis de nuestro sistema jurídico. Así, en la antigua Roma encontramos delitos públicos (*crimina*) y delitos privados (*delicta*). Los primeros ponían en peligro evidente a toda la comunidad; se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con penas públicas, tales como decapitación, ahorcamiento en el *arbor infelix*, lanzamiento desde la roca Tarpeya, entre otros. En cambio, los segundos causaban daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social, pues se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada a favor de ella, mediante el desarrollo del sistema pretorio.⁵

Ahora bien, existían delitos independientes, tratados en procedimiento público o privado, que no se castigaban como delitos de coacción, ni con arreglo a una ley penal privativa. Éstos fueron agrupados por la jurisprudencia bajo la palabra *falsum*, que en el moderno lenguaje es traducido por falsificación, y respecto de la cual, el maestro Teodoro Mommsen nos da la siguiente explicación:

“...Dicha palabra, que por su derivación etimológica (*de fallere*) significa, fraude, y según el uso común del lenguaje quiere decir engaño intencionado de palabra o de obra, podía aplicarse a los más importantes hechos delictuosos conminados en aquella ley... pero no solamente comprendía otros delitos que los enumerados taxativamente en la ley, sino que además, y sobre todo, de los muchos actos que caían bajo el ilimitado concepto de engaño fraudulento”.⁶

El autor de referencia considera que si bien en el Derecho Penal Público se encontraban especificados por la ley los casos de falsificación, en el Privado, en cambio, no se hacía más que citar simplemente la estafa, y en cada caso concreto se hacía depender el derecho de entablar la acción del arbitrio del tribunal; y por ende, no sería posible, a su juicio, dar ninguna definición positiva de la estafa.⁷

⁵ (cfr) FLORIS MARGADANT S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, Esfinge, 19ª edición, México, 1993, p. 432.

⁶ MOMMSEN, Teodoro, Derecho Penal Romano, Temis, Bogotá, Colombia, 1999, p. 418.

⁷ (cfr) *Ibidem*, p. 419.

Por su parte, el doctor José Manuel Valle Muñiz, en su obra “El Delito de Estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil”, pretende ver en el parentesco de la estafa con las falsedades por un lado, y la convivencia con una acción solventable en vía privada (*actio doli*) encaminada a reprimir idénticos o semejantes comportamientos injustos por otro, el embrión de las dificultades para delimitar jurídico-penalmente al delito de estafa del fraude civil.⁸

Lo que hoy entendemos por fraude tiene su precedente más característico, en el Derecho Romano, en el *crimen stellionatus*. Sin embargo, antes de examinar en sus justos términos el delito de stellionato, para la correcta comprensión de sus características, ámbito de aplicación y efectos, se impone estudiar su génesis, esto es, el análisis de las dos figuras jurídicas que provocan su nacimiento, a saber: el *crimen falsi* y la *actio doli*.

1.2.1 El crimen *falsi*

Tal y como ha sido expuesto con anterioridad, la legislación antigua romana no contemplaba como merecedoras de castigo ni las conductas falsarias ni las defraudatorias, quedando como única defensa a las víctimas de tales comportamientos las acciones civiles que en algunas casos podían corresponderles. No obstante, acontecimientos de marcada raíz política, tales como la expoliación de los Gobernadores de las provincias, provoca el nacimiento de la primera *questio*, bajo la dirección de su pretor, juzgando el *crimen repetundarum* (exacciones ilegales), llegando a ser el procedimiento de las *questiones*, un procedimiento penal, que también tenía la facultad de imponer penas, instaurándose así, junto con los delitos privados, los *crimina publica*, regulados en leyes particulares que recogen tanto el tipo delictivo como el procedimiento y la pena.⁹

En este contexto, como crimen público, aparece por obra de Sila, la *Lex Cornelia testamentaria nummaria*, creando y regulando el *crimen falso*. Como su nombre lo indica, el ámbito de aplicación de la ley se ciñó, en un principio, a las falsificaciones en los testamentos y en la moneda. La labor de la jurisprudencia

⁸ (cfr) VALLE MUÑIZ, José Manuel, El Delito de Estafa. Delimitación jurídico penal con el fraude civil, Bosch, Barcelona, España, 1992, p. 23.

⁹ (cfr) *Ibidem*, pp. 25-26.

produce, al cabo de los años, la extensión de la ley a otros hechos tanto propiamente falsarios como fraudulentos, siempre que estos últimos atentaran contra intereses de la comunidad. En este sentido, y respecto del concepto de falsedad, el doctor José Manuel Valle Muñiz opina lo siguiente:

“En la *Lex Cornelia de falsis* y en sus sucesivas ampliaciones es difícil trazar un concepto único del delito de falsedad. La falsificación no es en el Derecho Romano, una idea unitaria más que desde el punto de vista del procedimiento”.¹⁰

En cuanto a la penalidad en la *Lex Cornelia*, se encontraba, en primer término, la pena del destierro, convirtiéndose más tarde en deportación junto con la confiscación de bienes. En supuestos menos graves se imponía la relegación de por vida y la pérdida de la mitad del patrimonio, así como también cabía la posibilidad de sufrir la privación de algún derecho honorífico. A los reos de condición más humilde se les sometía frecuentemente a trabajos forzosos, cuando no a la pena capital, ordinariamente aplicada a los esclavos.

1.2.2 La *actio doli*

La escasa represión de conductas fraudulentas, tanto en lo civil como en lo penal se vio atenuada con la creación pretoria de la acción de dolo. La paternidad de tal acción es reconocida generalmente a Aquilio Galo, aproximadamente en el año 668 de Roma. Esta acción de carácter penal (*ex delicto*) que se interponía y solventaba en vía civil, presenta dos notas esenciales: en primer término, su **carácter genérico**, es decir, la ausencia de determinación de los hechos o conductas que daban lugar a su interposición, puesto que era el magistrado, quien a su arbitrio consideraba o no la procedencia de reprimir penalmente la conducta denunciada. En segundo lugar, la acción de dolo presenta la nota inequívoca de **subsidiariedad**, pues sólo procedía en el supuesto de ausencia de cualquier otro auxilio jurídico, tanto de los provenientes de delito como de los restantes.

Derivado el carácter genérico que presentaba tal acción, resulta por ende difícil definir de manera estricta, la conducta dolosa. Originariamente, el concepto de

¹⁰ Ibidem, p. 26.

dolo se identifica con el transmitido por Cicerón: el *aliud agere, aliud simulare*, o sea, *proceder con ocultación, disimular la realidad tras la apariencia*. Sin embargo, no se tardaría mucho en desbordar los límites de tal definición, puesto que pronto se incluye *cualquier maquinación dirigida a engañar a otro* (Servius) e incluso *cualquier conducta astuta e inmoral en daño o perjuicio de otro* (Labeon).¹¹ Tal proceso de extensión es explicado por Valle Muñiz, en los siguientes términos:

En definitiva, parece correcto admitir un proceso de extensión del círculo de conductas merecedoras de la acción, que pasarían de constituir meros ardides y engaños fraudulentos a ser genéricamente comportamientos que producen intencionadamente un daño, siempre que éste no pueda ser reparado mediante el ejercicio de otra acción".¹²

Consideramos, al igual que el autor de referencia, que la *actio doli* constituye en cierto modo una verdadera figura de delito, si bien con efectos exclusivamente en vía pretoria, puesto que sanciona una responsabilidad nacida *ex delicto*, acción dirigida principalmente a la indemnización del daño producido, pero que lleva aparejada la infamia, lo cual ratifica su contenido penal. Todo ello en los primeros años de aplicación, puesto que en el Derecho Justiniano se introduce la posibilidad de extinguir la acción mediante el pago de lo debido y la transmibilidad a los herederos en la medida de su enriquecimiento, lo que desvirtúa en cierto sentido el carácter penal de dicha acción.

Así, en el Derecho antiguo romano se designa a la *actio doli* como la *intención antijurídica, la deslealtad y el engaño*; se encuentra en contradicción con los conceptos de caso fortuito (*casus*), así como con la conducta normal de las buenas gentes (*fides bona*). Asimismo, es importante mencionar que en la antigua Roma también se conocían el *dolus bonus* y el *dolus malus*, lo que nos muestra claramente que el dolo no era para los romanos una cosa mala en sí sino que algunas veces era lícita y aún recomendable: su sentido genérico no es otro que el del engaño, astucia, artificio, tal y como se desprende de la consideración que realiza, respecto del *dolus bonus*, el maestro Alfonso de Cossío y Corral:

"Se trata de engaños que no son censurables... las astucias y las afirmaciones inexactas encaminadas a engañar a un enemigo o a un

¹¹ (cfr) Ibidem, p. 28.

¹² Idem.

ladrón; igual consideración tuvieron las mañas o malicias del comercio diario, alabando exageradamente las mercancías, resaltando cualidad que no tienen, sin que por ello lleguen a ser fraudulentas, en cuando se trata de artificios más o menos hábiles para conseguir una finalidad lícita".¹³

Sin embargo, la expresión que más aparece en los textos se refiere al *dolus malus*, al *dolo malo facere quominus*, es decir, de "causar daño a otro intencionadamente y sin derecho".¹⁴ Empero, no existe en las fuentes romanas, una terminología precisa y mucho menos una precisión técnica que delimite al dolo de otros conceptos limítrofes relacionados con él, mismos que sólo en la doctrina moderna han sido diferenciados de manera debida, siendo utilizados en sentido análogo, los términos: "consulta", "propósito", "ánimo", "*voluntate*", "*data opera*", "premeditación", mismos que aparecen confundidos en los textos.

No obstante, en todo caso, el *dolus malus* supone para los juristas romanos *la intención consciente de dañar, a la cual se añade, además la idea de inmoralidad*, o lo que es lo mismo que el dolo supone "*intención consciente de producir un daño antijurídicamente*".¹⁵

1.2.3 La represión estrictamente penal del engaño fraudulento: el *crimen stellionato*

En la época del Imperio se llega a penar el fraude como crimen extraordinario bajo el nombre de *stellionatus*, denominación que encuentra su origen del *stellion* o salamanquesa, reptil que posee color indefinible por su variabilidad con los rayos del sol, y que parece ser el inspirador de los jurisconsultos romanos al crear la figura del *stellionatus*, fluctuante entre el hurto y el *falsum*, participando de las características de ambos pero no siendo ni uno ni otro.¹⁶

La creación de dicha figura se debe a la doctrina y a la jurisprudencia y debe ser enmarcado, en definitiva, en el progresivo carácter público que, bajo el Imperio, adquiere el Derecho Penal Romano. En dicho crimen, se mantienen las notas de

¹³ COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, *El Dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, España, 2005, p. 3.

¹⁴ Ibidem, p. 4.

¹⁵ Idem.

¹⁶ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 28-29.

auxiliariedad y subsidiariedad, características de la acción privada de dolo. Respecto de su concepto, el doctor Valle Muñiz explica lo siguiente:

“Nos encontramos con un concepto vago que admite tanto comportamientos fraudulentos mediante artificios engañosos como otros sensiblemente dispares... en vía de ejemplo encontramos: empeñar, vender, permutar o dar *in solutum* una cosa ya obligada, haciéndole creer libre al acreedor, comprador o permutante; sustituir las mercancías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición, lucrándose indebidamente con el precio...”.¹⁷

EL dibujo de los mecanismos legales encargados de reprimir conductas fraudulentas es, pues, bastante confuso. Comportamientos consistentes en lucrarse indebidamente mediante el error producido a otro por engaño, podrían encontrar cabida en el crimen de *falsi* por un lado y sobre todo, la *actio doli* y el crimen extraordinario de *stellionato* por otro. Por lo general, la doctrina reconoce la superposición normativa en la represión de los engaños fraudulentos; sin que ello implique que siempre que proceda la acción pretoria estemos ante un caso de *stellionato*, sino que se debe retener la subsistencia del *stellionato* siempre que con artificios se engañe a un tercero en provecho propio o de otro.

Normalmente la Doctrina, al hablar de delitos privados existentes en Roma, menciona también el *fraus creditorum*, consistente en el fraude de acreedores, cuando un deudor con toda intención realizaba actos que aumentarían o provocarían su insolvencia en perjuicio de sus acreedores.¹⁸ Los pretores romanos buscaron reprimir esta conducta peligrosa del deudor, mediante la creación de acciones para que los acreedores recuperaran la posesión de las cosas transmitidas por el deudor, surgiendo así la *actio pauliana*. Sin embargo, dicha acción no era infamante ni daba lugar a una multa privada, por lo cual es dudosa su clasificación como “delito privado”, pues se trataba más bien, de una acción rescisoria de índole civil, que teóricamente podría proceder aún en casos en que tanto el deudor como un tercero hubiesen obrado de buena fe. Floris Margadant explica la teleología de dicha clasificación, en virtud del hecho comprobado

¹⁷ Idem.

¹⁸ (cfr) VENTURA SILVA, Sabino, Derecho Romano, Porrúa, 11ª edición, México, 1992, p. 393; y FLORIS MARGADANT, Op Cit, p. 443.

estadísticamente, de que la acción pauliana se utilizara casi siempre para corregir situaciones originadas por la mala fe del deudor y de algún tercero.¹⁹

Luego de esta exposición y en relación a la tarea que nos hemos trazado en la presente investigación, consistente en delimitar el fraude civil y el penal, el jurista español José Manuel Valle Muñiz, opina lo siguiente:

“Parece evidente que ya en el Derecho Romano se representa la difícil tarea de delimitar las conductas fraudulentas reprimidas en vía civil en virtud del dolo, y aquellas otras merecedoras de castigo penal mediante la figura del *stellionatus* (máximo precedente de nuestra estafa). Las características del orden jurídico romano, en tanto en cuanto existe una represión penal pública y otra privada (no menos importante) dan origen a esta difícil cuestión que, aún hoy, carece de soluciones óptimas”.²⁰

Nosotros agregaríamos a la anterior cita, que la dificultad de delimitar las conductas fraudulentas en el Derecho Romano se incrementa si tomamos en cuenta, además de las figuras del *stellionatus*, la *actio doli* y el *crimen falsi*, la *actio pauliana* que se deriva del fraude de acreedores, y que si bien es catalogado como un delito privado, lo cierto es que no se impone pena alguna, sino que es más bien una acción rescisoria de índole civil; pudiendo existir por ende, en un caso concreto la superposición normativa en la represión de los engaños fraudulentos.

1.3 Derecho intermedio: las Partidas

Dada la conquista de nuestro país por parte de España y la consecuente trasplante de sus instituciones políticas y jurídicas a nuestra nación, resulta imperativo efectuar una breve referencia a los antecedentes históricos del fraude en el Medievo español. En dicho terreno, hemos de reconocer la ausencia de una regulación estricta y sistematizada de las conductas fraudulentas: se reproducen y agravan aún más, las confusiones que se advertían en el Derecho Romano. La falta de claridad y delimitación entre las conductas falsarias y fraudulentas persiste en dicha época. Aún más, en gran parte de los supuestos se identifican —a efectos de pena por lo menos—, con otros delitos contra el

¹⁹ (cfr) FLORIS MARGADANT, Op Cit, p. 443.

²⁰ VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 30.

patrimonio como el hurto y el robo, tal y como se infieren de los 3 ordenamientos que serán revisados en el presenta apartado, a saber: el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas.

1.3.1 El Fuero Juzgo

En principio, debe apuntarse que el Fuero Juzgo es una traducción del *Liber iudiciorum* visigodo y contempla abundantes disposiciones de carácter penal, aunque sin ninguna estructura concreta, forzando de este modo, la deducción de algunos principios generales de la disposición de casos concretos.

Obviamente, no encontramos en dicho ordenamiento legal ninguna definición del fraude. Muy al contrario, parece ser la tendencia general del viejo Fuero asimilar tales conductas a las falsarias, tal y como se infiere, por ejemplo, de la Ley III, Tit. XII, Lib. VII en la que se especifica que: "*Quien toma oro por labrar, é lo falsa ó lo ennade otro meral qualquiere, sea iusticiado cuemo ladron*".²¹

Tal es la tónica general del Fuero Juzgo: la preeminencia de lo falsario sobre lo defraudatorio y asimilación a los hurtos y robos. La posible razón que apunta Valle Muñiz para ello, es el notable influjo eclesiástico que aboga por la unificación de las formas comisivas, dada la unidad del precepto divino infringido (en este caso, el patrimonio).

1.3.2 El Fuero Real

El Rey Alfonso X, el Sabio promulgó el Fuero Real en un intento de unificación legislativa, dada la dispersión reinante en el territorio español. Si bien dicho ordenamiento constituye el primer intento por recibir el Derecho Romano, lo cierto es que en el mismo encontramos análogas deficiencias a las examinadas en la legislación visigoda, puesto que continúa la preeminencia de lo falsario y las asimilaciones con los hurtos: "*Quien oro é plata tomare de otro, é lo falsare, mezclándole con otro peor, haya la pena que es puesta de los hurtos: é si no*

²¹ *Cit.* por *Ibidem*, p. 31.

*mezclare, y alguna cosa dello furtare, haya esta pena sobredicha” (Ley VIII, Tít. XII, Lib. IV).*²²

Por otra parte, determinadas conductas defraudatorias se regulan en parte no dedicada a materias penales: verbigracia, la doble venta y la enajenación viciosa encuentran cabida en la Ley IX, Tít. XIX, Lib. III, dedicado a materia civil: *“Defendemos que ningún home no tema empeños cosa agena, ni la suya non la empeñe en dos lugares, ni la cosa que tuviere empeñada, no la empeñe a otro por más, ni en otra gisa, sino como la él tuviere”.*²³

1.3.3 Las Partidas

Las Partidas fueron dadas también por Alfonso X y la influencia del Derecho Romano es muy notable: suponen el mayor adelanto en materia penal de la época; si bien tuvieron que pasar varios siglos para que su vigencia fuese efectiva.

En el título XVI de la Partida VII se da a las conductas fraudulentas el nombre de “engaños”. Los engaños se hacen de muchas maneras, pero las principales son dos: la primera es cuando se hacen por palabras mentirosas o arteras; la segunda es cuando preguntan a algún hombre sobre alguna cosa y él callase engañosamente, no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas. Se admite pues, el aprovechamiento del error y en la acción se separa la simulación de la disimulación.²⁴

De hecho en el encabezamiento del título citado, encontramos un parco y tímido intento de definición del delito de engaños: *“Dolus en latín, tanto quiere decir en romance como engaño: é engaño es enartamiento que facen algunos omes los unos á los otros, por palabras mentirosas ó encubiertas é coloradas, que dicen con intención de los engañar é de los decebir”.*²⁵ Sin embargo, tal definición no tiene una finalidad acotadora de los casos de engaño, puesto que a continuación se enumeran a título de ejemplo varios supuestos ilustrativos, dejando la puerta

²² *Cit.* por Ibidem, p. 32.

²³ *Cit.* por Idem.

²⁴ (cfr) *Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX*, Francisco Seix, Barcelona, 1982, p. 59.

²⁵ *Cit.* por VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 33.

abierta a la incriminación de conductas análogas, al señalar que *“non podría ome contar en quantas maneras fazen los omes engaños los unos a los otros”*; sistema alabado por Carrara aludiendo a la sabiduría del legislador que se dio cuenta de la imposibilidad de una enumeración taxativa.²⁶

Al igual que el *setellionato*, que por su carácter de crimen extraordinario no contenía pena cierta, los engaños en las Partidas adolecen de idéntica indeterminación: *“porque los engaños de que gablamos en las leyes deste título, non son yguales, ni los omes que los fazen, ó los que lo reciben, non son de una manera, por ende non podemos poner pena cierta en los escarmientos, que deven recibir los que los fazen”* (Ley XII, tít. XVI, P. VIII).²⁷

Por otra parte, además de la indeterminación de las conductas engañosas con respecto a las falsarias, la falta de un concepto válido y, por ende, la inseguridad que produce el sistema de “tipificación ejemplificativa”, perpetúa de algún modo, el mayor problema que, nos parece, presentan las conductas fraudulentas, esto es, la falta de una delimitación nítida con el fraude civil.

Poco o nada se avanzó en la legislación española posterior a los textos alfonsinos. Casi se podría sostener que en la Nueva y Novísima recopilación de difuminan aún más los conceptos defraudatorios y falsarios, amén de la ausencia del menor interés sistemático. De hecho, con la monarquía absoluta, el proceso de unificación del Derecho Penal no exento de dificultades, no aportó, ciertamente, luz a la problemática que nos ocupa, antes bien, las conductas fraudulentas y falsarias fueron objeto, al igual que la mayor parte de los delitos, de una severa represión.²⁸

Sin embargo, no debe criticarse por la falta de claridad al Derecho Español única y exclusivamente, pues en la Edad Media, no tuvo mejor suerte la regulación del delito de fraude en otras tierras. En el Derecho alemán, por ejemplo, se encuentran sólo algunos casos desperdigados y la Carolina lo desconoce. Tal confusión prevalecerá hasta el siglo XIX, tal y como se verá en los apartados subsecuentes.

²⁶ (cfr) *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Op Cit, p. 59.

²⁷ *Cit.* por VALLE MUÑIZ, Op Cit, pp. 33-34.

²⁸ (cfr) *Ibidem*, p. 34.

1.4 Derecho Mexicano

A partir del siglo XVIII, se va a considerar cada vez con mayor fuerza, que la ley es la única fuente legítima del derecho, única capaz de expresar la voluntad general, y por ello se impone por encima de cualquier otra forma de producción jurídica, debilitando a las demás. En palabras del autor mexicano Óscar Cruz Barney, “*el viejo pluralismo jurídico, que tenía a sus espaldas, aunque con varias vicisitudes, más de dos mil años de vida, se sofoca en un rígido monismo*”.²⁹

En este sentido, la división de poderes será el cimiento para asignar la producción jurídica al Poder Legislativo, que se identifica como titular de la soberanía popular. Así, la voluntad general será expresada a través de la representación y ésta se expresa a través de la ley, fundamento material de su lugar en la jerarquía normativa. Por ende, la codificación sostiene la idea de superar el particularismo jurídico y afirma la autoridad del Estado, tal y como lo expresa Cruz Barney en la siguiente cita:

“La codificación devino como un símbolo de la modernidad en el mundo occidental, fuente de prestigio personal para el soberano y en este sentido se le puede ver como una expresión del poder del gobernante y como la expresión de un «derecho nacional» al que afirma, y que intenta ser más vigoroso y eficiente que el «*ius commune*»”.³⁰

La codificación del derecho es un proceso iniciado en el siglo XVIII y desarrollado a plenitud en el XIX, que lleva a la supresión de las estructuras jurídicas del antiguo régimen basado en el *ius commune*, sustituyéndolo por un nuevo régimen jurídico. Se inicia con el humanismo y prosigue con el iusnaturalismo racionalista. No obstante, a decir de Cruz Barney, no significó innovación en los contenidos del derecho, sí en cambio de sus modos de creación, conservación, manifestación y fijación; lo que nos permite considerar que aunque la codificación moderna se presentó como una ruptura con la tradición romanística, ésta fue sólo parcial: mucho más formal que material, toda vez que habría sido una operación destinada a sustituir al *ius commune* en cuanto a su forma y reexpresarlo

²⁹ CRUZ BARNEY, Óscar. La Codificación en México: 1821-1917, Una aproximación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p. 4.

³⁰ Idem.

aprovechando su materia en los nuevos códigos, y con ello, el latín dejó de ser la lengua universal del jurista europeo e iberoamericano al mantener la redacción de la legislación y ahora de la doctrina en las lenguas nacionales.³¹

Cabe mencionar que el fundamento filosófico-jurídico de la codificación se encuentra constituido por dos ideas básicas: en primer término, la posibilidad de obtener un derecho materialmente justo por su conformidad con la razón universal, así como por la idea de sistema del derecho sobre la base de un plan lógico axiomático-deductivo. En segundo lugar, representa la ideología política del código, individualista liberal e igualitarista, expresada con un cabal sentido jurídico. Precisamente fue la base del Código Civil de Napoleón de 1804, que constituye un parteaguas en la historia del Derecho moderno, al haber sido el código más influyente, que tuvo gran trascendencia en Europa (en España también por supuesto), así como en Latinoamérica.

Ahora bien, resulta obvio que para entender el proceso de codificación existente en nuestro país, debe tocarse también como antecedente la codificación en el Derecho español, puesto que durante 3 siglos el orden jurídico español fue el que rigió en nuestro territorio y después de la independencia alcanzada por nuestro país, en 1821 continuó rigiendo hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XIX, cuando se empezaron a expedir en nuestro país los primeros ordenamientos nacionales, en las materias civil y penal.

Con la independencia alcanzada en 1821, se hace presente en México el problema de la transición hacia un nuevo orden jurídico, pudiéndose analizar desde dos puntos de vista: uno, la sustitución del orden jurídico, y dos, la manera de administrar justicia. Esto implica la necesidad de modificar las leyes y elaborar nuevos ordenamientos. Tal sustitución del ordenamiento, de acuerdo a Cruz Barney, obedecía a 3 razones fundamentales:

- ★ El derecho vigente en México en el momento de la independencia y aún después era el castellano-indiano y había sido dictado por el rey;

³¹ (cfr) *Ibidem*, pp. 6-7.

- ★ Una gran parte de ese derecho ya no correspondía a las ideas de un gran número de mexicanos, cuyo gobierno a lo largo del siglo XIX emitió y ejecutó diversas leyes nacionales; y
- ★ Debido a que la realidad se fue modificando a ritmo acelerado.³²

Este proceso se inicia inmediatamente después de consumada la independencia y toma su perfil definitivo con la expedición del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1870, para concluir en la primera década del siglo XX, cuando se completó la sustitución del antiguo orden jurídico al dictarse los códigos federales de procedimientos en materia civil y en materia penal.

Es interesante referirnos al orden de prelación del derecho indiano adoptado en nuestro país a raíz de su independencia y de la supervivencia del derecho español, estructurado de la siguiente manera:

1. En los estados, las leyes de los congresos que cada uno ha tenido; pero en el Distrito y Territorios, las leyes generales.
2. Decretos de las Cortes de España y reales cédulas de 1811 a 1821.
3. La Ordenanza y Reglamento de Indias del Cuerpo de Artillería del 10 de diciembre de 1807.
4. La Ordenanza del Real Cuerpo de Ingenieros del 11 de julio de 1803.
5. La Ordenanza General de Correos del 8 de junio de 1794.
6. La Real Ordenanza Naval para el servicio de los baxeles de S.M. de 1802.
7. La Ordenanza de Intendentes del 4 de diciembre de 1786.
8. La Ordenanza de Minería del 25 de mayo de 1783.
9. Las Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejercitos del 20 de septiembre de 1769.
10. La Ordenanza de Milicia Activa o Provincial del 30 de mayo de 1767.
11. Las Ordenanzas de Bilbao del 2 de diciembre de 1737.
12. La Recopilación de Indias de 1680.
13. La Novísima Recopilación de Castilla.
14. La Nueva Recopilación de Castilla.
15. Las Leyes de Toro.
16. Las Ordenanzas Reales de Castilla.

³² (cfr) *Ibidem*, p. 44.

17. El Ordenamiento de Alcalá.
18. El Fuero Real.
19. El Fuero Juzgo.
20. Las Siete Partidas.
21. El Derecho canónico.
22. El derecho romano.³³

Este orden de prelación estuvo vigente mientras se promulgaban los códigos de carácter nacional. El parteaguas en esta sustitución fue el Código Civil de 1870, pedido por todos, ya que era imposible manejar tal cantidad de disposiciones sin perderse.

1.4.1 En el ámbito civil

En materia civil, el primer ordenamiento moderno aparece en 1804 y lo constituye el Código Civil Napoleónico, que tuvo gran influencia no sólo en Europa sino también en América Latina, en países como Bolivia, Venezuela y México. En el caso específico de nuestro país, la influencia del código francés se deja sentir de manera muy temprana en el Código Civil de Oaxaca en los años 1827-1828, que sigue sustancialmente el modelo francés. Aunque se dieron varios proyectos para un Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, por lo convulsionado de la época no fue posible la expedición de dicho ordenamiento, y fue hasta 1870 en que se expide dicho código.

1.4.1.1 Código Civil de 1870

El proyecto definitivo del Código Civil de 1870 fue aprobado por el Congreso de la Unión el 8 de diciembre de ese mismo año e inició su vigencia a partir del 1º de marzo de 1871 en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Dicho Código coincidió con el triunfo del modelo político liberal que se consolidaría con el de 1884. Cabe mencionar que fue expedido un Código Procesal Civil el 13 de agosto de 1872, mismo que entró en vigor el 15 de septiembre de 1872.

³³ (cfr) *Ibidem*, pp. 46-47.

El Código Civil en comento se encuentra dividido en 4 libros: el Libro Primero es relativo a las Personas; el segundo se refiere a los bienes, a la propiedad y a sus diferentes modificaciones; el Tercero trata de los contratos en general, y finalmente, el Cuarto se ocupa de temas sucesorios.

EL libro que a nosotros en lo particular nos interesa es el Tercero. Trata de los contratos en general, de las diversas clases de obligaciones, de la ejecución de los contratos, de la extinción de las obligaciones, de su rescisión y nulidad, de la fianza, de la prenda y anticrédito, de la hipoteca, de la graduación de acreedores, del contrato de matrimonio en cuanto a los bienes, de la sociedad, del mandato, del contrato de obras o prestación de servicios, del depósito, de las donaciones, del préstamo, de los contratos aleatorios, de la compraventa, de la permuta, del arrendamiento, de los censos, de las transacciones y del registro público.

Ahora bien, siguiendo el orden de los temas a que haremos referencia en el capítulo siguiente relativo al Contrato y la configuración del Dolo en el ámbito civil, a continuación, nos referiremos a los preceptos del Código Civil de 1870 que tocan dichos temas, a efecto de contextualizarlos y contar con un marco que nos permita analizar la evolución que han tenido tales figuras.

En principio, el artículo 1388 del Código Civil en estudio define al Contrato como *"un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen alguna obligación"*.³⁴ Tal concepto encuentra su origen en el Derecho Romano y en algunos códigos europeos como el francés y el español; de ahí la concisión que presenta en relación a la definición que realiza nuestro Código Civil actual.

Asimismo, el artículo 1395 del mismo ordenamiento señala como circunstancias esenciales para la validez de los contratos la capacidad de los contrayentes, el mutuo consentimiento, así como el objeto lícito. En lo que atañe al consentimiento, partiendo del contenido del artículo 1402 del ordenamiento civil en comento, Manuel Mateos Alarcón, en su interesante obra "Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870", comenta que según el

³⁴ MATEOS ALARCÓN, Manuel, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, Tomo III Tratado de Obligaciones y Contratos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 3.

sistema adoptado por dicho ordenamiento, puede considerarse al consentimiento como la adhesión de uno a la voluntad de otro, o el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento.³⁵

Pero no basta que el consentimiento se otorgue en los términos que señalan la reglas establecidas para que exista el contrato, sino que además es necesario que esté exento de todo vicio, esto es, de aquellas circunstancias que, si bien es cierto no destruyen enteramente la voluntad, sí la hacen imperfecta e ineficaz para producir una obligación exigible. Tales vicios son el **error**, el **dolo** y la **violencia**, que aunque permiten de hecho la existencia del contrato, lo hacen anulable. Asimismo, debe destacarse que los vicios en el consentimiento que prevé el sistema de este código es muy similar al que contempla el código vigente, con la única adición, en el caso de éste último, de la lesión.

Ahora bien, el artículo 1414 de este ordenamiento define al dolo en los contratos en los siguientes términos:

“Artículo 1414. Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplea para inducir o mantener en él a alguno de los contrayentes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contrayentes una vez conocido”.³⁶

Como se infiere del contenido del precepto legal transcrito, el Código Civil de 1870 (inspirado en sus antecesores franceses y españoles, especialmente en el artículo 1109 del Código Napoleón), definía al dolo en materia contractual, exactamente en los mismos términos que lo hace el Código Civil actual en su artículo 1815. Ello se debe probablemente a que es en el Derecho Civil donde se formula más tempranamente un concepto del término en comento, y su definición y determinación de su naturaleza jurídica en el Derecho Penal es más tardío.

Finalmente, en este sistema, se hace derivar las obligaciones de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos, de los cuasidelitos o delitos de culpa así como de la ley. En este sentido, es importante mencionar que si bien en la exposición de motivos de dicho ordenamiento se señala la obligación de quien causa a otro

³⁵ (cfr) *Ibidem*, p. 27.

³⁶ *Idem*.

daños y perjuicios de reparar aquéllos; no obstante, la responsabilidad civil proveniente de delitos se regula en el Código Penal de 1871 y no en el ordenamiento civil en comento.³⁷

1.4.1.2 Código Civil de 1884

El 14 de diciembre de 1883, el Congreso facultó al Poder Ejecutivo para que llevara a cabo las reformas correspondientes; el 31 de marzo de 1884 se expidió y el 24 de mayo del mismo año se aprobó un nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que estuvo vigente hasta 1932. El Código Civil de 1884 fue una reproducción casi literal del anterior de 1870, salvo algunas leves modificaciones, que no afectaron sustancialmente la materia contractual.

Ahora bien, ya entrando en materia, encontramos que el Código de 1884, no hace una enumeración de los vicios del consentimiento, pero sí se considera al error y a la intimidación, en el capítulo que tiene por rubro “Del consentimiento mutuo”. El error llamado fortuito es puramente casual, derivado de equivocación de la propia víctima. Sin embargo, el vicio del consentimiento puede provenir, exclusivamente de actos o actitudes del otro contratante o de un tercero, en cuyo caso, se hablaría de dolo y la mala fe, a los cuáles Manuel Borja Soriano considera como causa del error.³⁸

“**Artículo 1296.** El error de hecho anula el contrato... **III.** Si procede de dolo o mala fe de uno de los contratantes. **IV.** Si procede de dolo de un tercero que pueda tener interés en el contrato”.

“**Artículo 1297.** Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplea para inducir o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido”.³⁹

Tal y como se desprende de los preceptos antes transcritos, el código en cita define al dolo y a la mala fe exactamente en los mismos términos que su

³⁷ (cfr) BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Porrúa, 14ª edición, México, 1995, p. 346-351.

³⁸ (cfr) *Ibidem*, p. 220.

³⁹ *Idem*.

correlativo de 1870. Cabe señalar que, al igual que nuestro ordenamiento actual, cuando hay dolo o mala fe, el contratante que ha incurrido en error puede pedir la nulidad, aunque al celebrar el contrato no haya declarado el motivo determinante de su voluntad, ni ese motivo se pruebe, precisamente por las circunstancias del mismo contrato.

Finalmente, en cuanto a los hechos ilícitos, es importante mencionar que el ordenamiento en comento se aparta de su predecesor, que dejaba al Código Penal la regulación de la responsabilidad por hechos ilícitos y establece en el artículo 1458, como causas de responsabilidad civil: a) La falta de cumplimiento de un contrato; y b) Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la Ley. La falta a que se refiere la primera de las hipótesis mencionadas se denomina **culpa contractual**, en tanto que los actos u omisiones a que alude el segundo supuesto, constituyen la responsabilidad o culpa extracontractual.

Dicho código, en su artículo 1478, establece el principio de que es causa de responsabilidad civil cualquier acto ilícito en sí mismo, pero en cuya ejecución haya habido culpa o negligencia del cual resulte un daño.⁴⁰

1.4.1.3 Código Civil de 1928

El Derecho Civil tuvo importantes modificaciones durante la revolución. Los principios de la nueva Constitución Política de 1917 hicieron necesaria la revisión del Código Civil. El Código Civil de 1928 fue elaborado por una comisión redactora integrada por los abogados Ángel García Peña, Ignacio García Téllez, Fernando Moreno y Francisco H. Ruiz. Fue promulgado el 30 de agosto de 1928 con el título de Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Se publicó en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928; iniciando su vigencia el día 1º de septiembre de 1932. Actualmente, sólo sigue vigente para el Distrito Federal, puesto que ha sido expedido ya, un Código Civil Federal, toda vez que con fecha 29 de mayo de 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el que se expide el Código Civil Federal.

⁴⁰ (cfr) *Ibidem*, p. 352.

Un gran número de artículos del Código de 1870 están incorporados en el actual: aproximadamente más de la mitad de aquél, y en la mayoría de las ocasiones, se encuentran reproducidos en forma literal o casi literal. En nuestra materia, encontraríamos como una de las innovaciones que trajo este nuevo ordenamiento, además de la parte relativa al daño moral (que sufrió recientemente algunas modificaciones legales), la responsabilidad objetiva extracontractual, prevista en el artículo 1913, dentro del capítulo correspondiente a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos.

“Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Si bien en el capítulo subsecuente se expondrán con mayor amplitud diversas cuestiones relacionadas con el fraude civil, haciendo por ende, constante referencia al ordenamiento sustantivo aplicable, no obstante, y a efecto de no perder la secuencia en la estructura de esta investigación, en el presente apartado, citaremos de manera general, algunos de los preceptos legales más trascendentes en el tema. Quizá sea importante referir, en principio, que de acuerdo con el numeral 1793 del citado Código Civil, los contratos son *“ convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos ”*. Para su existencia, se requiere del consentimiento, así como de que el objeto que pueda ser materia del contrato, en términos del artículo subsiguiente.

En términos del artículo 1803, el consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultara de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente. No obstante lo anterior, pueden existir vicios en el consentimiento, y este ordenamiento, a diferencia de sus predecesores, los enumera en el precepto que se transcribe a continuación.

“Artículo 1812. El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”.

Ahora bien, salvo la sustitución del término “contrayente” por el de “contratante”, el artículo 1815 del Código Civil en comento, define tanto al dolo y a la mala fe, exactamente en los mismos términos que lo hicieron sus antecesores de 1870 y 1884, de lo que se puede inferir que el concepto de dolo en materia civil, quedó precisado y acotado con mayor anterioridad que el dolo penal.

“Artículo 1815. Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplea para inducir o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido”.

De igual forma, y en términos del numeral 1816 del mismo ordenamiento, el dolo o mala fe de una de las partes, así como el dolo proveniente de un tercero, sabiéndolo una de las partes, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de dicho acto jurídico; en tanto que si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.

Ahora bien, por lo que atañe al dolo en las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, además de la responsabilidad extracontractual u objetiva, prevista en el numeral 1913, a la cual ya se hizo referencia, nuestro Código Civil, en los artículos 1910 a 1912 prevén la obligación de reparar los daños cuando éstos han sido causados dolosamente.

“Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

“Artículo 1911. El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922.

“Artículo 1912. Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.

El capítulo V “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos” inserto en la Primera Parte del Libro Cuarto “De las obligaciones” del Código Civil para el Distrito Federal vigente, regula también otros supuestos más específicos, tales

como el daño moral, así la obligación de las personas morales, el Estado, los padres o tutores, los patronos, etcétera, de responder por los daños y perjuicios causados en el ámbito que respectivamente les corresponde. Un análisis minucioso de tales temas excedería, por su extensión los límites de este apartado, por lo cual, se abundará con mayor amplitud respecto de algunas de dichas cuestiones que más tengan relación con la presente investigación, en el capítulo siguiente.

1.4.2 En el ámbito penal

Como punto de inflexión en la historia del Derecho Penal mexicano, podemos mencionar la Constitución de Cádiz que aunque tuvo muy corta vigencia en nuestro país, introdujo una serie de reformas en materia penal, consecuencia de todo el movimiento liberal ilustrado europeo de los siglos XVIII y XIX. Aunque después de la independencia, se continuaron aplicando las leyes españolas previas a la Constitución de Cádiz, podemos decir que hasta 1857, el problema más importante en materia penal es el de Derecho Procesal, pues la mayor parte de las disposiciones se referían a jurisdicción y a hacer más efectiva la represión de los delitos; si bien se hizo patente la necesidad de un “código ilustrado criminal”, dado que las compilaciones españolas continuaban rigiendo en una nación que tenía una tradición y forma de vida muy distinta a la época para la que fueron realizadas, además de que diversas leyes aisladas regulaban la materia penal sin lograr una unidad legislativa, por lo cual cada vez se hacía más imperante la necesidad de unificar el Derecho Penal.

Ahora bien, en el caso específico del delito de fraude, si bien hemos analizado que tuvo su origen en el Derecho Romano, el desarrollo de dicho delito y su completa estructuración sólo se alcanza cuando a partir de la mitad del siglo XIX, el comercio jurídico y el tráfico mercantil se desarrollan intensamente en las relaciones humanas. A decir de Mariano Jiménez Huerta, *“es un producto malo de nuestra civilización que únicamente en la actualidad adquiere sustantividad técnica y autonomía típica”*;⁴¹ alcanzando dicha sustantividad y autonomía primero en Europa y con posterioridad, en nuestro país, tal y como se infiere de los ordenamientos que serán analizados a continuación.

⁴¹ JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 126.

1.4.2.1 Código Penal de 1871

La Constitución de 1857, al establecer una serie de garantías que interesaban a la materia penal, creó las bases mínimas fundamentales sobre las cuáles edificar el Derecho Penal Mexicano. Restablecida la República, Juárez integró una comisión redactora del futuro Código Penal, recayendo dicho nombramiento en las personas de Antonio Martínez de Castro (por ello se denomina al ordenamiento penal resultado de dicha actividad, "Código de Martínez de Castro"), Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio María Ortega e Indalecio Sánchez Gavito.

El trabajo final se presentó el 15 de marzo de 1870, y se promulgó el Código el día 7 de diciembre del mismo año, entrando en vigor el 1º de abril de 1872, en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. El Código tomó como modelo el Código Penal español de 1850, y su reforma de 1870, y en punto a doctrina la Comisión refirió haberse guiado por Ortolán, para la Parte General (Libro I y II), y por Chaubeau y Hélie, para la Especial (Libro III). Como su arquetipo español, el Código de 1871 está admirablemente redactado. Su principal defecto es la extensión, dado que consta de 1152 artículos.⁴²

En principio, resulta interesante, dada la fundamentación clásica del Código, la definición que da, en su artículo 4º del delito como "*la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda*";⁴³ clasificando, en su artículo 6º, a los delitos como intencionales y de culpa. A los primeros hace referencia en el numeral 7º en los siguientes términos: "*Llámesese delito intencional: el que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión en que consiste son punibles*";⁴⁴ de donde podemos inferir que se hace referencia únicamente al elemento cognitivo del dolo.

Es importante mencionar que en el ordenamiento penal de referencia se menciona al dolo, aunque no se le da la significación que tiene el mismo en la Ciencia Jurídico-Penal actual, tal y como se desprende del contenido del artículo 9º, que se encuentra redactado en los siguientes términos:

⁴² (cfr) HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón, Código Penal de 1871, Porrúa, México, 2000, p. XX.

⁴³ Ibidem, p. 31.

⁴⁴ Idem.

“Artículo 9º. Siempre que á (*sic*) un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo; á no ser que se averigüe lo contrario, ó que la ley exija la intención dolosa para que haya delito”.⁴⁵

El precepto legal antes citado nos corrobora la confusión que prevalecía en aquella época, en lo que al concepto de dolo se refiere, pues estatuye una presunción de una conducta dolosa, con el simple hecho de que se haya infringido una ley penal, confundiendo al dolo con la culpabilidad, además de que se olvida de los delitos de culpa, que el propio ordenamiento regula en artículos subsecuentes; ello con independencia de que establece una diferenciación entre “dolo” e “intención dolosa”.

Ahora bien, el delito de fraude se encuentra contemplado dentro del Libro Tercero “De los Delitos en particular”, Título Primero “Delitos contra la propiedad” (encontrándose clasificado, por ende, en los mismos términos que su par español), Capítulo Quinto, como “Fraude contra la propiedad”. Resulta interesante mencionar que este ordenamiento, como ningún otro ordenamiento penal lo ha hecho en nuestro país, establece al fraude, como un delito genérico, así como a la estafa como una especie del fraude; tal y como se desprende del contenido de los preceptos que a continuación se enuncian:

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

“Artículo 414. El fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, 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”.⁴⁶

En estricto sentido, podemos afirmar que la única diferencia que existe entre la descripción típica que hacen del fraude, el Código Penal de 1871 y el Código actual, es que mientras el primero exige que el lucro indebido sea obtenido por el autor del delito, el ordenamiento actual deja abierta la posibilidad de que el

⁴⁵ Ibidem, p. 153.

⁴⁶ Ibidem, p. 135.

lucro indebido sea en beneficio propio o de un tercero; siendo en lo demás, prácticamente similar.

Ahora bien, en relación a la estafa, cabe hacer un par de comentarios sobre su peculiaridad como una especie de fraude. En primer término, como una reminiscencia del *stellionatus* romano, se distingue de la falsedad; es decir, presenta rasgos distintivos en relación a este último delito; y precisamente lo que lo distingue son las **maquinaciones y artificios**, considerándose que las maquinaciones existen, cuando el autor del delito realiza uno o varios actos, con la intención dolosa de apoderarse precisamente de una cantidad de dinero o de una cosa mueble, es decir, con el fin de lesionar el derecho de propiedad, desapoderando al agraviado, sin causa jurídica o sin motivo legal.

ESTAFA. Tratándose del delito de estafa, debe justificarse plenamente en el auto de formal prisión, y el juez ha de calificar las pruebas del delito si que esto pueda diferirse hasta al sentencia definitiva. Conforme a la ley, son elementos del cuerpo del delito de estafa hacerse de una cantidad de dinero en numerario o de cualquiera otra cosa mueble ajena y lograr la entrega del dinero o de la cosa, por medio de maquinaciones o artificios que no constituyen un delito de falsedad; pero las maquinaciones sólo es posible decir que existen, cuando el delincuente realiza uno o varios actos, con la intención dolosa de apoderarse de una cantidad de dinero o de un objeto mueble, es decir, con el fin de lesionar el derecho de propiedad, desapoderando a la víctima, sin causa jurídica o sin motivo legal.

1a. TOMO XXV, Pág. 2165. Loarca J. Jesús.- 23 de abril de 1929. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo XXV. Pág. 2165.⁴⁷

De igual manera, en el capítulo de referencia, se describen diversos tipos de fraudes específicos, lo que corrobora el hecho de que, a pesar del transcurso del tiempo, no ha podido superarse el viejo problema que data de la época romana y medieval, consistente en la tendencia de elaborar una relación enunciativa más que una definición nítida de la figura en comento que englobe dichas hipótesis. Ejemplo de ello lo es el artículo 416 del ordenamiento penal en comento:

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

⁴⁷ Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. Con Legislación Federal, *Software Visual*, México, Marzo, 2007.

- I. Al que, por título oneroso, dé una moneda o enajene una cosa como si fueran de oro o de plata, sabiendo que no lo son;
- II. Al que, por un título oneroso, enajene una cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo; si ha recibido el precio de alquiler, la cantidad en que la gravó, o una cosa equivalente;
- III. Al que en un juego de azar o de suerte se valga de fraude para ganar; sin perjuicio de las otras penas en que incurra si el juego fue prohibido;
- IV. Al que defraude a alguno una cantidad de dinero, o cualquiera otra cosa, girando a favor de él una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta, o contra otra que el girador sabe que no ha de pagarlas;
- V. Al que entregue en depósito algún saco, bolsa o arca cerrada, haciendo creer falsamente al depositario que contienen dinero, alhajas, u otra cosa valiosa que no se halla en ellas; sea que defraude al depositario demandándole aquél o ésta después, o sea que consiga por este medio dinero de él o de otro;
- VI. Al que compre una cosa mueble ofreciendo pagar su precio al contado, y rehúse después de recibirla, hacer el pago y devolver la cosa; si el vendedor le exige lo primero dentro de tres días de haber recibido la cosa el comprador;
- VII. Al que venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o raíz, y reciba el precio de ambas. Esto se entiende sin perjuicio de que devuelva el precio al que, con arreglo al Derecho Civil, se quede sin la cosa".⁴⁸

1.4.2.2 Código Penal de 1931

La revisión del Código Penal de 1871 se inició en 1903, y duró hasta 1912, teniendo como finalidad incorporar las nuevas doctrinas que pudieran beneficiar y ajustarse a la situación social. Los resultados de esa tarea revisora no pudieron verse reflejados en el Código de manera inmediata, debido al estallido de la revolución. El Proyecto de Reformas al Código Penal de 1871 se publicó en 1914 en donde se señalan los cambios propuestos. El 30 de septiembre de 1929, fue expedido un nuevo ordenamiento bajo el título "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales", que entró en vigor el 15 de diciembre del mismo año, y que fue obra del jurista José Almaraz Harris.

Código Penal de 1929

A decir de Cruz Barney, este Código fue un texto ampliamente criticado por su complejidad y extensión (comprendía 1228 artículos más cinco transitorios),

⁴⁸ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Op Cit, pp. 135-136.

calificado de “*disparatadísimo y voluminoso, que da la sensación de estar escrito para otro planeta*”,⁴⁹ lo que motivó la revisión del mismo y finalmente la elaboración de uno nuevo; siendo el brevísimo lapso de vigencia que tuvo, el motivo por el cual, no le dedicamos a dicho ordenamiento un apartado específico en el presente trabajo de investigación, sino únicamente nos limitamos a enunciar los preceptos que se refieren a la Estafa, siguiendo la tradición europea, especialmente la española.

“**Art. 1151.** Hay estafa: I. siempre que engañando a una persona o aprovechándose del error en que se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel. II. Cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel o moneda o en billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble logra que se entreguen por medio de maquinaciones, engaños o artificios.

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

“**Art. 1169.** Cualquier otra estafa que no sea de las especificadas en este artículo, se sancionará con una multa igual del duplo de la cantidad que resulte estafada”.⁵⁰

Código Penal de 1931

Ahora bien, los trabajos para preparar el nuevo código que sustituyó al de 1929 los llevó a cabo una comisión integrada por Alfonso Teja Zabre. Ernesto G. Garza, Luis Garrido, Ernesto G. Garza, José Ángel Ceniceros, José López Lira y Carlos Ángeles. Fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 1931, entrando en vigor el 17 de septiembre de ese mismo año.

Dicho ordenamiento tuvo una larga vida, puesto que no fue abrogado, sino hasta la expedición del Nuevo Código Penal del año 2002. Su importancia es tal, que la mayoría de Doctrina y Jurisprudencia nacionales relativas al fraude, existentes

⁴⁹ CRUZ BARNEY, Op Cit, p. 77.

⁵⁰ *Cit.* por PAREDES LÓPEZ, Gerardo, Análisis comparativo del Delito de Fraude previsto en el artículo 386 párrafo primero del Código Penal para el Distrito federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, con el artículo 387 del mismo Código, Tesis de Licenciatura, UNAM, ENEP Acatlán, México, 1998, Anexos V y VI.

hasta la fecha, se basan en dicho ordenamiento. A continuación transcribimos el artículo 386, que contiene la descripción del fraude genérico:

“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 meses a tres años o multa de cien a trescientos días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de quinientas veces el salario mínimo.

II. Con prisión de tres a cinco años y multa de trescientos a mil días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas, pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y

III. Con prisión de cinco a doce años y multa de mil a tres mil días multa, si el valor de lo defraudado fuere mayor de cinco mil veces el salario mínimo”.⁵¹

Como comentario al artículo precedente, debemos mencionar que es a partir de la expedición del presente Código, en que el delito que nos ocupa toma de manera definitiva y permanente el nombre de “fraude”, y no se vuelve a hacer referencia alguna al de “estafa”, que preveía como nombre genérico para este delito, el Código de 1929, así como el Código de 1871 para una subespecie de fraude; cuestión que distingue a nuestro país de otras naciones como el caso de España, donde el delito es conocido como “Estafa”.

Asimismo, y en cuanto a la descripción típica mencionada, en relación a su sucesor de 2002, observamos que ha sufrido mínimas modificaciones, por lo cual, los diversos criterios jurisprudenciales y doctrinales relativos a la figura del fraude durante la vigencia del ordenamiento penal en comento, continúan siendo válidos y vigentes para su correlativo actual.

Por su parte, el artículo 387 del mismo ordenamiento contiene diversas modalidades del fraude, conocidos como “fraudes específicos”. Cabe mencionar que el análisis de todos y cada uno de dichos tipos, excedería los límites del presente trabajo de investigación, motivo por el cual nos ceñiremos únicamente

⁵¹ Código Penal para el Distrito Federal, Isef, México, 2000, p. 86.

al denominado “fraude genérico”, contemplado en el numeral 386 del ordenamiento en cita. Mención especial merecen también los delitos de Administración Fraudulenta, así como de Fraude en perjuicio de acreedores, previstos en los artículos 388 y 288 BIS del ordenamiento en comento.

De igual manera, diversas cuestiones que se relacionan con la materia de la presente investigación, tal es como el relativo el concepto de dolo, la participación y autoría, tentativa, consumación y tentativa, entre otras, tal y como las regulaba este ordenamiento, serán analizadas o relacionadas en nuestro capítulo tercero.

Finalmente, de conformidad con el artículo 399 BIS de dicho ordenamiento, el fraude se reputaba delito perseguible por querrela de parte ofendida; señalándose como única excepción el caso en que existieran varios particulares ofendidos, en cuyo caso se procedería de oficio, pudiendo el juez prescindir de la imposición de pena cuando el agente hubiere reparado los daños y perjuicios causados a los ofendidos y no existiera oposición de cualquier de éstos.

1.4.2.3 Código Penal de 2002

El Código Penal de 1931 se abrogó en 2002 por un nuevo Código Penal que consta de dos libros, 32 títulos, 147 capítulos y 365 artículos. El Nuevo Código, aprobado en junio y promulgado el 11 de julio de 2002, entró en vigor en noviembre de ese mismo año. Se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002.

El delito de fraude se encuentra contemplado dentro del Libro Segundo, Parte Especial, Título Decimoquinto, “Delitos contra el patrimonio”, Capítulo III, destinado exclusivamente al delito de Fraude, encontrándose la administración fraudulenta y la Insolvencia fraudulenta en perjuicio de acreedores en capítulos diversos, de donde se puede inferir que ya no son tipos especiales —que si bien se derivan de un tipo básico, incluye otros elementos que le dan autonomía o vida propia—, sino ya son tipos básicos.

“**Artículo 230.** Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo;

III. Prisión de dos años seis meses a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo;

IV. Prisión de cuatro a seis años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil pero no de diez mil veces el salario mínimo; y

V. Prisión de seis a once años y de ochocientos a mil doscientos días multa cuando el valor de lo defraudado exceda de diez mil veces el salario mínimo.

Cuando el delito se cometa en contra de dos o más personas, se impondrá además las dos terceras partes de las penas previstas en las fracciones anteriores”.

Asimismo, cabe mencionar que en el artículo 231 del mismo ordenamiento, se encuentran contemplados 25 fraudes específicos, que corresponden en su mayoría, a los que preveía el artículo 387 del Código Penal de 1931. En relación a los mismos, es importante mencionar que de acuerdo con los criterios jurisprudenciales más recientes que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para la configuración de los expresados fraudes específicos, no se requiere la acreditación de los elementos del tipo penal del fraude genérico, previsto en el artículo 230 del mismo ordenamiento.⁵²

En cuanto al requisito de procedibilidad para el delito de fraude, en términos del artículo 246 del ordenamiento en comento, se determinó su persecución por querrela, estableciéndose como excepción, los casos en que el monto del lucro o valor del objeto excediere de cinco mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, o cuando se cometieren en perjuicio de dos o más ofendidos. No obstante lo anterior, aún en estos casos, el delito podría ser

⁵² (cfr) Contradicción de tesis 89197, con el rubro “FRAUDE ESPECÍFICO. ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE, PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 319, FRACCIÓN XII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SONORA Y 381, PÁRRAFO DÉCIMO TERCERO, DEL CÓDIGO PUNITIVO PARA EL ESTADO DE OAXACA”. a./J. 34/2000; en Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. *Con Legislación Federal*; Op Cit.

perseguido por querrela, cuando hubiere sido cometido por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, pareja permanente o parientes por afinidad hasta el segundo grado.

En fecha 9 de junio de 2006, se reformó el precepto legal ya invocado, a efecto de establecer que el sentenciado ejecutoriado por el delito de fraude, puede obtener su inmediata libertad cuando cubra la totalidad del daño y una vez que la autoridad judicial decreta la extinción de la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, siendo suficiente para tal efecto, la manifestación expresa del querellante o denunciante de que el daño patrimonial ocasionado le ha sido resarcido.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO Y LA CONFIGURACIÓN DEL DOLO EN EL CÓDIGO CIVIL

El presente capítulo lo dedicaremos al estudio de la parte civil de nuestro tema de investigación, y por ende, se abordarán diversos aspectos del fraude civil, que nos permitirán contar con las bases para estar en aptitud de diferenciar el mismo respecto del fraude penal. Tal estudio se efectuará al través de la revisión de temas tan importantes como el contrato y el concepto de dolo en el Derecho Civil.

2.1 El contrato como fuente principal de las obligaciones

En primer término, se abordará el tema relativo al contrato, en virtud de que el estudio del mismo, nos hará contar con los elementos mínimos necesarios que nos permitan el adecuado tratamiento de otro tema de capital importancia para la presente investigación, a saber: el dolo. Por tanto, su análisis se realizará mediante la revisión de su concepto, así como el de obligación, los elementos de existencia y validez (con especial énfasis en la ausencia de vicios del consentimiento), la clasificación del contrato, interpretación e integración y término de los efectos, suspensión y modificación.

2.1.1 Concepto de obligación

EL Derecho Civil se refiere a la persona, entre otras cosas, en relación con su actividad económica y esto puede ser en un plano de exclusividad o en un plano de colaboración. Así, cuando los actos económicos se realizan en exclusividad, estamos en presencia de derechos reales, más cuando la actividad se realiza en colaboración de unos hombres con otros, estamos en presencia de derechos personales que ameritan la distinción entre deudor y acreedor y vínculo que los relaciona.

Precisamente por ello resulta tan importante hablar de "obligación", antes de referirnos al tema del contrato. Debemos recordar que la definición clásica de la

obligación contenida en la célebre *Instituta* de Justiniano, pone el acento en la relación que el derecho constituye entre ambos sujetos, el vínculo jurídico, que constriñe en la necesidad de entregar alguna cosa a otro, según el derecho de la ciudad: "*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*".⁵³

Basándose en la anterior definición clásica, el maestro Manuel Bejarano Sánchez proporciona el siguiente concepto del término obligación:

"Podemos decir que la obligación es la necesidad jurídica que tiene la persona denominada deudor, de conceder a otra, llamada acreedor, una prestación de dar, hacer o de no hacer".⁵⁴

Por tanto, la obligación es, efectivamente, una relación entre personas, sancionada por el derecho objetivo, que somete a una de ellas a la necesidad de observar cierta conducta a favor de la otra, quien está autorizada a exigirla. Así, la persona que tiene la facultad o el derecho de exigir se llama *acreedor*, y la que está en la necesidad de cumplir, la obligada, se llama *deudor*.

El mismo autor continúa refiriendo que el vocablo *necesidad* es efectivamente el que mejor caracteriza a la obligación, pues mientras no está obligado, el sujeto tiene libertad de acción: puede hacer algo o no haberlo. Cuando está obligado ha perdido cierto ámbito de libertad, porque en cambio tiene necesidad de actuar en determinado sentido. Y se trata, en el caso de una necesidad creada por la norma de derecho, de la necesidad jurídica de realizar forzosamente una conducta, ya sea por acatamiento voluntario, o compulsivamente, de buen grado o por la fuerza, pues así se manifiesta la coercibilidad de la norma jurídica.⁵⁵

Como se mencionó, el vínculo nos constriñe en la necesidad de pagar. Por esa razón, el origen jurídico exige que las obligaciones tengan una fuente de donde nazcan; siendo fuentes de las obligaciones, de acuerdo con el Título Primero, Primera Parte del Libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal, los contratos, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los actos ilícitos y el riesgo profesional; coincidiendo en

⁵³ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford, 5ª edición, México, 1999, p. 4.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁵ (cfr) *Ibidem*, p. 6.

términos generales con la clasificación romana de hechos generadores de vínculo jurídico: los contratos, los cuasi-contratos, los delitos y los cuasi-delitos.

En el Diccionario Jurídico 2003, se apunta atinadamente que en el Derecho Civil Mexicano, encontramos no sólo las fuentes de obligaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo precedente, sino también deben ser tomadas como fuentes de obligaciones, las relaciones familiares, que producen obligaciones cuyo contenido es, en ocasiones, a la vez patrimonial y extrapatrimonial.⁵⁶

En todo caso, en términos del artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, las obligaciones pueden ser de 3 tipos: de dar, de hacer y de no hacer. Asimismo, son obligaciones de dar aquéllas cuyo objeto es: a) la traslación de dominio de cosa cierta; b) la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta; c) la restitución de cosa ajena; y d) el pago de cosa debida; todo ello en consonancia con los artículos 2011 a 2026 del ordenamiento legal precitado.

2.1.2 Concepto de contrato

Entre los sucesos que el Derecho toma en cuenta para atribuirles efectos jurídicos destaca el acto o negocio jurídico, que puede ser concebido como una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin es engendrar con apoyo en una norma jurídica o en una institución jurídica en contra o a favor de una o varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o por el contrario, un efecto de derecho limitado consistente en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

Se ha considerado al contrato como el tipo más caracterizado del acto jurídico y el Código Civil acepta dicha postura, pues en su artículo 1859 dispone que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos.

⁵⁶ (cfr) Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Centro de Investigación, Compilación y Aplicación de Software Jurídico, México, 2003, voz "*Obligación*".

Ahora bien, en cuanto al concepto de "contrato", en el Diccionario Jurídico 2003 se enuncia el siguiente:

"(Del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contrahere*, reunir, lograr concertar). Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada."⁵⁷

Dicha definición pertenece a la llamada **concepción estricta**, que separa a la convención del contrato, siendo la primera el género y el segundo la especie, y es la que ha seguido nuestro Derecho Positivo mexicano; y que diverge de las concepciones **amplia**, que identifica al contrato con la convención o acto jurídico bilateral, y de la cual podrían ser ejemplos clarificadores, las definiciones que hace Valverde en el Derecho Español, según el cual, "*contrato es toda convención que produce obligaciones jurídicas*";⁵⁸ **intermedia**, que acepta que el contrato, siempre con contenido patrimonial, no sólo se dirige a la constitución de derechos y obligaciones, sino que además sirve para extinguirlos o modificarlos, tal y como se infiere de la definición que da el jurista español Puig Pena, "*...es aquel acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, o modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial*";⁵⁹ y finalmente, **novísima**, según la cual el contrato nace del acuerdo de dos o más voluntades que representaban intereses contrapuestos o al menos distintos, y que por ello, si en la relación tales intereses eran paralelos y tendían a conseguir un mismo fin, faltaba aquel antagonismo clásico en que se apoyaba la idea contractual.⁶⁰

Complementando la definición proporcionada en el Diccionario Jurídico apuntado, debemos decir que en base al Código Civil para el Distrito Federal, el **contrato** es una especie de convenio. En términos del artículo 1792 del ordenamiento legal precitado, "*Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones*"; en tanto que "*los*

⁵⁷ Ibidem, voz "*Contrato*".

⁵⁸ (cfr) *Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo V*, Francisco Seix, Barcelona, 1985, p. 311.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ (cfr) Idem.

convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos"; tal y como lo prevé el numeral 1793 del mismo código. Por exclusión, los convenios que modifican o extinguen derechos y obligaciones se llaman convenios *stricto sensu* y no pueden ser considerados contratos, en términos de nuestro Código Civil.

Consecuentemente, es dable afirmar junto con Manuel Bejarano Sánchez, que el contrato como todo convenio, es un acto jurídico, una manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley.

Al consistir el contrato en una doble manifestación de voluntad, la de ambos contratantes que se ponen de acuerdo, es un acto jurídico bilateral o plurilateral: su integración y existencia dependen forzosamente de la concertación de dos o más voluntades jurídicas, lo que en derecho se conoce como el consentimiento.⁶¹

2.1.3 Elementos de existencia y de validez

El propio Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 1794, los elementos de existencia del contrato, en tanto que en el numeral siguiente, 1795, menciona los requisitos de validez:

“Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

“Artículo 1795. 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;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”.

Si bien algunos autores, introducen variaciones a la anterior clasificación, tal como Ramón Sánchez Medal, quien añade a los elementos de existencia y de validez, un tercer tipo de elementos, los elementos de **eficacia**, constituido por un solo elemento, consistente en la **legitimación** para contratar que la ley exige

⁶¹ (cfr) BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, p. 27.

en cada una de las personas que celebran un determinado contrato;⁶² consideramos pertinente basarnos en la clasificación que realiza el legislador, y por ende, la situación que prevalece en el Derecho Positivo Mexicano, además de que es criterio casi uniforme de la Doctrina, referirse únicamente a dos clases de elementos: de existencia y de validez; ello con independencia de que el término "legitimación" tenga connotaciones relacionadas con el Derecho Procesal, y que por ende, estimemos parte de un nivel de análisis distinto al que se realiza en la presente investigación.

ELEMENTOS DE EXISTENCIA. Son dos elementos que conjuntamente debe tener un acto jurídico para ser contrato, de manera que la ausencia de cualquiera de esos dos elementos impide que haya contrato. Tales elementos de existencia son el consentimiento y el objeto; si bien algunos autores, como Bejarano Sánchez agregan un tercer elemento de existencia, consistente en la solemnidad, en la presente investigación no haremos referencia al mismo, al no estar contemplado por el numeral 1794 del Código Civil, además de que estimamos que resultaría insólito hallar actos solemnes en el Derecho Civil patrimonial, que es el que interesa a la presente investigación.⁶³

Consentimiento. Constituye el primer elemento de existencia del contrato. Aunque se defina genéricamente al consentimiento como "*el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier convenio o contrato*";⁶⁴ lo cierto es que dicha concepción resulta incompleta, puesto que, de acuerdo con el maestro Sánchez Medal, debe entenderse en dos sentidos: como *voluntad del deudor para obligarse* y como *concurso o acuerdo de voluntades*.⁶⁵

El consentimiento, en su primera acepción, o sea como voluntad del deudor para obligarse, exige que en el deudor exista:

A).- *Una voluntad real*, que no existe en el infante, en el ebrio, en el hipnotizado, en el drogado y en el demente.

⁶² (cfr) SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, Porrúa, 21ª edición, México, 2005, pp. 25-26.

⁶³ (cfr) BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, pp. 65-66.

⁶⁴ Diccionario Jurídico 2003, Op Cit, voz "*Consentimiento*".

⁶⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Op Cit, p. 27.

B).- Que la voluntad sea *seria y precisa*, puesto que una promesa por simple juego o de broma, o en escena, o con fines didácticos, o un comportamiento simulado, no constituyen la voluntad de obligarse.

C).- Que dicha voluntad se *exteriorice*, sea en forma expresa, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos, sea de manera tácita, si resulta de hechos o actos que así lo presupongan, como en el caso de la tácita reconducción en el arrendamiento, caso único en que el simple silencio implica consentimiento (artículo 1803 del Código Civil).

D).- Que esa voluntad tenga un *determinado contenido*, entendiéndose por esto, la voluntad interna declarada, esto es la indagación de la intención de los contratantes para interpretar un contrato, pero en todo caso, de la intención que se exteriorice, pues es la que tiene relevancia jurídica.⁶⁶

El consentimiento, en su segunda acepción, esto es, como **acuerdo de voluntades**, no existe cuando no hay coincidencia en las dos voluntades. En relación al consentimiento como acuerdo de voluntades, el maestro Manuel Bejarano Sánchez, en su obra "Obligaciones Civiles", plantea lo siguiente:

"...la voluntad de celebrar el acto es su motor principal. En los contratos, esa voluntad se llama consentimiento y es un elemento complejo formado por la integración de dos voluntades que se conciertan. Es un acuerdo de voluntades: dos querer que se reúnen y constituyen una voluntad común."⁶⁷

Ahora bien, para su formación, el consentimiento requiere dos emisiones de voluntad sucesivas, dos declaraciones unilaterales: la oferta (o propuesta) y la aceptación. Por ende, el consentimiento, para efectos del contrato, no es la oferta ni es la aceptación sola, puesto que ambas se reúnen y se funden; así, el acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente.⁶⁸

⁶⁶ (cfr) Ibidem, p. 27-28.

⁶⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, p. 47.

⁶⁸ (cfr) Idem.

El primer elemento del consentimiento, la oferta es una manifestación unilateral de voluntad que contiene los elementos esenciales característicos del acto jurídico que se desea celebrar. Se dirige a otra persona determinada (a alguien en particular) o indeterminada (a cualquiera que desee aceptarla y reúna los requisitos fijados), se encuentre ésta presente (en comunicación inmediata con el oferente) o no presente (en comunicación mediata). Por su parte, la aceptación es también una declaración unilateral de voluntad, en plena concordancia con los términos de la oferta.⁶⁹

Objeto del contrato. El segundo elemento de existencia del contrato es el objeto. Aunque el objeto directo e inmediato del contrato lo es la creación o transmisión de obligaciones o derechos, por una elipsis proveniente del Código Napoleónico, se menciona como "objeto de contrato", *lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él.*⁷⁰ El objeto indirecto o mediato del contrato, puede ser o la transmisión de una cosa o la cosa misma; o bien, la prestación de un hecho o el hecho mismo, motivo por el cual, optaremos en el presente trabajo, por utilizar la misma terminología que emplea el doctor Sánchez Medal en su obra "De los Contratos Civiles", a saber: **objeto-cosa** y **objeto-hecho** del contrato.⁷¹

La **prestación de cosa** puede consistir en la **traslación** de dominio de cosa cierta (ejemplo, la venta de una cosa); en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta (ejemplo, el arrendamiento); o en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida (ejemplo, devolución de la cosa depositada). Todo ello en términos del artículo 2011 del Código Civil.

La **prestación de hecho** puede consistir en que el deudor **haga** algo determinado, o que **no lo haga** (artículos 2027 y 2028 del mismo ordenamiento). Ejemplo de la primera, es la obligación del inquilino de usar la cosa arrendada conforme al destino convenido o a la naturaleza de dicha cosa, y ejemplo de la segunda, es la obligación del depositario de abstenerse de usar la cosa depositada.

⁶⁹ (cfr) Ibidem, pp. 49-50.

⁷⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Op Cit, p. 35.

⁷¹ (cfr) Idem.

A).- El objeto-cosa del contrato. En términos del artículo 1825 del multicitado Código Civil, debe existir en la naturaleza, sea determinado o determinable, y estar dentro del comercio.

- * *La cosa debe existir*, dado que si la cosa ya pereció antes del contrato, no habría objeto para el mismo, en términos del numeral 2224 del Código Civil. Sin embargo, las cosas futuras pueden ser objeto del contrato (artículo 1826), con la sola excepción de la herencia de una persona viva, aún y cuando ésta preste su consentimiento.
- * *La cosa debe ser determinada o determinable*, pero no sólo en cuanto a su especie, sino también en cuanto a su cuota o cantidad, cuando el objeto del contrato es un género. La cosa puede consistir en un cuerpo cierto y concreto, en un género y en dinero.
- * *La cosa debe estar en el comercio*, entendiéndose que están fuera del comercio, las cosas que por su naturaleza no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, o que por disposición de la ley no pueden ser adquiridas en propiedad por un particular (artículos 748 y 749). Tampoco pueden ser objeto contrato ni el estado civil de las personas (artículo 2948), aunque si los efectos pecuniarios derivados del mismo (pago de alimentos anteriores o determinación del monto de los futuros) (artículos 2949 y 2951), ni la comisión de un delito futuro (artículo 2950 fracción I).⁷²

B).- El objeto-hecho del contrato. Éste debe ser positivo (hacer una cosa), como llevar a cabo la construcción de una determinada casa, o negativo (no hacer una determinada cosa), como la obligación de no vender a determinada persona (artículo 2301 del Código Civil); y además, el hecho debe ser posible y lícito (artículo 1827).

El hecho debe ser **posible natural y jurídicamente**. No obstante, no debe confundirse el hecho legalmente imposible, con el hecho ilícito. El primero no es hacedero, no puede suceder, en tanto que el segundo es posible, pero está prohibido: es lo factible vedado. Así, mientras el contrato que tiene por objeto

⁷² (cfr) Ibidem, pp. 34-37.

un hecho jurídicamente imposible es inexistente (artículos 1794 fracción II del Código Civil), el que tiene por objeto un hecho ilícito existe, pero es nulo (artículo 1795 fracción III del Código Civil).

ELEMENTOS DE VALIDEZ. También llamados por Sánchez Medal, elementos de **inmunidad**, son cuatro elementos que conjuntamente debe tener el contrato ya existente para no estar afectado de nulidad, de manera que la falta de uno de esos cuatro elementos hace que el contrato en cuestión resulte privado de efectos jurídicos. Tales elementos de validez del contrato, de **exoneración de nulidad** son: la capacidad de las personas autoras del mencionado consentimiento; la ausencia de vicios del mismo consentimiento; que el objeto sea lícito, es decir, no contrario al orden público ni a las buenas costumbres; y finalmente, la forma libre o la señalada por la ley para la expresión exterior de dicho consentimiento.⁷³

Capacidad para contratar. La capacidad jurídica es la *aptitud que la ley reconoce a la persona para adquirir y tener derechos* (capacidad de goce), o *para usar o poner en práctica tales derechos* (capacidad de ejercicio). El maestro Sánchez Medal considera que respecto de la capacidad jurídica, nuestro Código Civil tiene 2 principios, a saber:

- * La capacidad de goce la tiene toda persona, sin excepción, desde el momento de su concepción hasta el momento de su muerte (artículo 22 del Código Civil).
- * La capacidad de ejercicio la tiene también toda persona, pero con las excepciones expresas de la ley, principio que a propósito de los contratos enuncia el artículo 1798 del Código Civil al referir que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.⁷⁴

Así, se puede considerar que la capacidad para contratar pertenece a la capacidad de ejercicio y es una de las manifestaciones de ella. Precisamente, el maestro Ramón Sánchez Medal, retomando a Mesineo, elabora el siguiente concepto de la capacidad para contratar:

⁷³ (cfr) *Ibidem*, p. 25.

⁷⁴ (cfr) *Ibidem*, pp. 44-47.

“Consiste... en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de substitución o de asistencia de otras personas”.⁷⁵

En consecuencia, carecen de la capacidad para contratar, aquellos que, en términos del artículo 450 del Código Civil, tienen incapacidad natural y legal, a saber:

- * Los menores de edad; y
- * Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Finalmente, resulta importante distinguir con claridad los conceptos de legitimación y de capacidad de ejercicio, puesto que mientras ésta última es la aptitud para usar o poner en práctica derechos; en cambio, la legitimación consiste en las condiciones especiales que la ley exige para adquirir y tener determinados derechos, o bien para ejercitar éstos.

Ausencia de vicios del consentimiento. Aunque exista el consentimiento en un contrato, éste puede ser deficiente por falta de conocimiento o por falta de libertad, esto es, por un vicio que afecte a la inteligencia (**error o dolo**) o por un vicio que afecte a la voluntad (**violencia**) o por un vicio que afecte a una y a otra facultad (la **lesión**). La presencia de cualquiera de estos vicios puede invalidar el contrato, en términos del artículo 1795 fracción II del Código Civil y lo hiere de nulidad relativa, en términos del artículo 2228 del mismo ordenamiento jurídico.

Cabe mencionar que, dada la importancia de los vicios del consentimiento para el presente trabajo de investigación, dedicaremos un apartado completo a su estudio, motivo por el cual, en este espacio, únicamente mencionamos su existencia y será en el apartado en comento, en el cual, procederemos a desarrollar tal tema.

⁷⁵ Ibidem, p. 47.

Licitud en el objeto y en el motivo o fin. El artículo 1830 del Código Civil indica que *"es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"*. A *contrario sensu*, un hecho es lícito cuando es acorde con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

De acuerdo con Sánchez Medal, por **normas de orden público**, debemos entender *"las relativas a la organización política, a la organización judicial, al régimen de bienes inmuebles, a la capacidad y al estado civil de las personas y, en general, las normas de Derecho Público o las normas de Derecho Privado que tengan el carácter de imperativas o de prohibitivas"*. En tanto, en relación a las **buenas costumbres**, las define menos afortunadamente como *"las directivas y los conceptos morales en que se inspira nuestro actual derecho positivo y que coinciden con el sentir del común de las personas equilibradas, intelectual y emocionalmente maduras y de criterio sano"*; ⁷⁶ siendo este último concepto tan permeable, que la doctrina rehuye fijar este concepto sociológicamente, dejando su apreciación a los tribunales.

En términos del artículo 1795 fracción III del Código Civil, tanto el objeto como el fin o motivo determinante de un contrato deben ser lícitos. No obstante, debe tomarse en cuenta que el objeto del contrato (que cuando recae sobre una prestación de hecho, esto es, el objeto-hecho, debe ser posible y lícito) es un concepto muy distinto del fin o motivo determinante del contrato (que también debe ser lícito). El multicitado Ramón Sánchez Medal, nos explica tal cuestión, con el siguiente ejemplo:

"En un contrato de obra a precio alzado, un arquitecto se obliga a construir unas oficinas (objeto perfectamente lícito del contrato), pero el fin o motivo determinante que ambos contratantes se proponen de acuerdo con lo que declaran o hacen constar de otra manera, es establecer en tales oficinas una distribuidora de drogas enervantes (fin o motivo determinante ilícito del contrato)". ⁷⁷

Finalmente, de acuerdo con el mismo autor, la inclusión de la licitud en el fin o motivo determinante del contrato, como un elemento de validez del mismo contrato, no atenta contra la seguridad de las transacciones, ni entraña en el

⁷⁶ Ibidem, pp. 40-41.

⁷⁷ Ibidem, p. 69.

terreno jurídico la aceptación de la reserva mental o de los motivos internos que haya tenido cada parte para celebrar un determinado contrato, ya que en aquel elemento de validez, al igual que para la existencia del error (artículo 1813 del Código Civil), para que el fin o motivo determinante del contrato tenga trascendencia jurídica, es menester que se haya declarado expresamente tal motivo al celebrarse el contrato, o bien que de las circunstancias que rodean la celebración del contrato, aparezca que se celebró por este motivo y no por otro.

En vista de lo anterior, para que el fin o motivo ilícito produzca la nulidad o sea causa de invalidez del contrato, es menester que las dos partes y no una sola de ellas hayan coincidido y hayan exteriorizado el mismo fin o propósito, bien sea porque así lo hayan declarado expresamente, o porque de las circunstancias que acompañaron al contrato resulte que fue ése el único motivo que se tuvo en cuenta por ambas para contratar.⁷⁸

Forma. Si el acto jurídico es una manifestación unilateral de voluntad, la forma es la manera como se exterioriza dicha voluntad: es el conjunto de elementos sensibles que envuelven a la expresión de voluntad. En tal sentido, todo contrato tiene necesariamente una forma. El maestro Manuel Bejarano Sánchez lo expresa en los siguientes términos:

“Por forma de un negocio jurídico, debemos entender la manera en que éste se realiza: verbalmente, por escrito, por mímica (signos inequívocos) o por comportamiento o conducta (tácitamente). Y como es innegable que todos los negocios tienen un modo, una manera especial de celebrarse (de palabra, por escrito, etc.), podemos afirmar que no hay uno solo que carezca de forma”.⁷⁹

Ahora bien, el legislador declara, como forma para todos los contratos por antonomasia, la consensualidad (artículos 1832 y 1796 del Código Civil), y señala como excepción también teórica, la formalidad para la celebración de determinados contratos. Sin embargo, como bien advierte el maestro Sánchez Medal, parecer ser que en la especie, la regla general es la excepción y la excepción es la regla general, si se toma en cuenta que la mayoría de contratos regulados por el ordenamiento sustantivo en comento, son contratos formales

⁷⁸ (cfr) Ibidem, p. 73.

⁷⁹ BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, p. 67.

(los previstos en los artículos 2246, 2317, 2320, 2344, 2345, 2406, 2407, 2552, 2555, 2618, 2627, 2656, 2671, 2690, 2740, 2776, 2860, 2917 y 2945 del Código Civil).⁸⁰

Como motivos de ese renacimiento del formalismo, no se encuentra el valor autónomo que se concedía a la forma en el Derecho Romano, sino más bien el interés público en evitar los litigios, dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia, inducir a mayor reflexión a las partes contratantes, ventajas todas éstas que explican la formalidad exigida en la mayor parte de los contratos reglamentados.

Ahora bien, nuestro Código Civil señala la forma como elemento de validez del propio contrato, puesto que la omisión de dicha formalidad hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa (artículos 1795 fracción IV y 2228 del Código Civil). Sin embargo, el mismo ordenamiento, en su artículo 2231, permite también purgar en un contrato el vicio de la falta de forma exigida por la ley, a través de la ratificación expresa, mediante la reiteración del contrato con las formalidades legales omitidas, extinguiéndose así por confirmación la acción de nulidad, o bien a través del cumplimiento voluntario, mediante su ratificación (artículo 2234). En ambos casos, son las dos partes las que convalidan el contrato que se celebró sin la formalidad exigida por la ley.

En cuanto al caso de que sólo una de las partes pretenda hacer valer la nulidad relativa del contrato celebrado con omisión de la forma exigida por la ley, se está conforme a lo establecido por el numeral 1833, que a la letra refiere que *"cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario, pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal"*.

2.1.3.1 Algunos apuntes sobre la ausencia de vicios del consentimiento

A).- El Error. En ocasiones, el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto; más no todo error produce tal

⁸⁰ (cfr) SÁNCHEZ MEDAL, Op Cit, pp. 66.

consecuencia jurídica; es decir, no todo error tiene trascendencia para el derecho. No cualquier error es relevante, pues hay algunos que dejan incólumne el contrato.

En principio, citamos diversas acepciones que del error han hecho también diferentes autores clásicos, y que han sido recogidas por Borja Soriano y Sánchez Medal:

“El error es una creencia no conforme con la verdad (Hémard), un estado psicológico en discordancia con la realidad objetiva (Demogue), una noción falsa (Baudry-Lacantinerie)”.⁸¹

“Se entiende por error la opinión subjetiva contraria a la realidad (Mazeaud) o la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada (Saleilles)”.⁸²

De acuerdo con lo preceptuado por el Código Civil, Borja Soriano hace la siguiente clasificación de especies de error:

- * De aritmética, o sea de cálculo: El error material de aritmética sólo da lugar a que se rectifique (artículo 1814 del Código Civil).
- * De hecho. Éste recae sólo sobre hechos materiales.
- * De derecho. Que recae sobre una regla de derecho.

El error de hecho. Puede presentar tres grados de gravedad, según los cuáles sus efectos varían: ya impide la formación del contrato, ya lo hace simplemente anulable, ya carece de influencia sobre él. En el primer caso, se dice que hay error-obstáculo, en el segundo error-nulidad, en el tercero error-indiferente.⁸³

Error obstáculo. Impide la reunión de las voluntades. Produce la inexistencia del contrato porque recae sobre un aspecto tan importante y trascendente para la volición, que impide la formación del acuerdo de voluntades de los contratantes y obstaculiza la integración del consentimiento. Un ejemplo de lo anterior: X₁ desea dar una cosa en arrendamiento y X₂ supone que se le está ofreciendo en

⁸¹ Cit. por BORJA SORIANO, Op Cit, p. 216.

⁸² Cit. por SÁNCHEZ MEDAL, Op Cit, p. 52.

⁸³ (cfr) BORJA SORIANO, Op Cit, p. 216.

comodato, es decir, gratuitamente; así sus voluntades no se conciertan y falta el consentimiento.⁸⁴

Error nulidad. Es el que vicia la voluntad. Produce la nulidad relativa del acto jurídico. En nuestro derecho, es el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente, en términos del artículo 1813 del Código Civil:

“**Artículo 1813.** 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 éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”.

De lo anterior se infiere que el error relevante como vicio del contrato, consiste en la creencia inexacta, respecto de algún dato que se valora como motivo principal del negocio, conforme a la conducta de las partes contratantes, en las concretas circunstancias del acto jurídico celebrado; siendo importante también, no confundir el motivo determinante que se tuvo para celebrar el contrato, con el móvil interno que condujo a su celebración. Un ejemplo de dicho error sería que X₁ compra una pintura que ostenta la firma de Siqueiros, lienzo que, según descubre con posterioridad, es sólo una hábil falsificación: su voluntad fue desviada por el error, pues de haber conocido la verdad no habría contratado. El contrato podrá anularse si el motivo erróneo es evidente.

Error indiferente. No ejerce influencia alguna sobre el acto. Recae sobre circunstancias accidentales o sobre los motivos personales secretos que no trascienden en la celebración del acto, por lo cual es indiferente para la vida de dicho negocio. Un ejemplo sería que X₁ inscribe a sus hijos en un colegio en la ciudad de Veracruz, en la creencia errónea de que obtendría un buen trabajo en dicha población; en tal caso, el error sobre tales motivos no provoca la nulidad del acto.⁸⁵

Error de derecho. Éste consiste en “*la falsa comprensión de las consecuencias jurídicas de la obligación*”.⁸⁶ Dentro del error de derecho se explica también el

⁸⁴ (cfr) BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, pp.75-76.

⁸⁵ (cfr) Ibidem, pp. 74-76.

⁸⁶ SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge A, Introducción al Derecho Mexicano. Derecho Civil, UNAM, México, 1981, p. 91.

principio de ignorancia de la ley, que prácticamente todas las legislaciones rechazan: *nadie puede, so pretexto de desconocer la ley, impedir la aplicación de una norma en concreto*. Al efecto, debe decirse que el Código Civil atempera la negación de dicho principio en su artículo 21:

“Artículo 21. La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público”.

Si bien Sánchez Cordero Dávila considera que el error de derecho no es causa de nulidad del contrato,⁸⁷ atendiendo al numeral 1813 del Código Civil, si anularía el contrato, siempre y cuando versare sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan. Así, el error de derecho concierne a la representación errónea del objeto y ello conduce a un error de hecho; es decir, es el inicio de un razonamiento falso y es la conclusión de ese razonamiento la que conduce a un error de hecho.

B).- El Dolo. Dada la importancia de este tema, dedicaremos la segunda parte del presente capítulo, exclusivamente a su análisis y estudio. Por ahora, sólo diremos que varios autores explican al dolo en función del error: la noción del dolo no es una noción independiente, sino que se explica en función de la de error,⁸⁸ puesto que en términos del artículo 1815 del Código Civil, el dolo se entiende como *“la sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes”*.

C).- La Violencia. De acuerdo con la distinción romana, hay violencia física o *vis absoluta*, así como violencia moral o *vis compulsiva*. En la primera se emplea la fuerza física o algún agente material que priva de libertad al contratante, como llevarle la mano para que escriba, moverlo a través de hipnotismo o de la embriaguez total, en cuyos supuestos no hay consentimiento y no se trata propiamente de un vicio del consentimiento. En cambio, existe violencia moral o

⁸⁷ (cfr) Idem.

⁸⁸ (cfr) Ibidem, p. 92; BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, pp. 78-79; y BORJA SORIANO, Op Cit, p. 220.

intimidación, cuando por medio de amenazas o de fuerza física se coloca a un contratante en esta disyuntiva: o aceptar en ese momento un mal presente o futuro para él o para personas muy allegadas al mismo, o bien celebrar el contrato; no se suprime la voluntad, sino que sólo se le vicia, orillándola a que prefiera una cosa a la otra "*coacta voluntas est voluntas*".⁸⁹

Como requisito objetivo para que la violencia constituya un vicio del consentimiento, es necesario que las amenazas sean ilegítimas o contrarias a derecho, por lo que las consideraciones sobre los provechos y perjuicios que puedan resultar de celebrar o no un determinado contrato no constituyen o engendran este vicio de la voluntad (artículo 1821 del Código Civil). Con todo, para que la coacción sea legítima es preciso que exista una relación directa entre el derecho que el autor de la violencia amenaza ejercer y el contrato que obtiene bajo esa amenaza.

"Artículo 1819. 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 considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

Debe entenderse que tal enumeración es meramente ejemplificativa y no exhaustiva. Por otra parte, en el aspecto subjetivo se requiere que la amenaza sea seria, de tal naturaleza que pueda impresionar a una persona razonable. No se considera como violencia el temor reverencial de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto (artículo 1820 del Código Civil).

En cuanto a sus efectos, la violencia da origen a la nulidad relativa del contrato, nulidad que sólo puede invocar quien sufrió aquella (artículo 2230 del Código Civil). Además, este vicio del consentimiento, una vez que ha cesado y siempre que no exista otra causa de invalidación, es susceptible de ser purgado tanto merced a la confirmación como al través del cumplimiento voluntario o ratificación tácita (numerales 1823, 2233 y 2234 del Código Civil).

⁸⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Op Cit, p. 59.

Finalmente, hasta que cesa este vicio del consentimiento empieza a correr el término de seis meses para la prescripción negativa de la acción para invocar dicha nulidad (artículo 2237 del mismo ordenamiento).

D).- La Lesión. Existe divergencia entre los autores respecto de si debe considerarse a la lesión como vicio del consentimiento o no. En la doctrina mexicana se tiende a clasificarla también como vicio del consentimiento, en atención a que el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal constituye una solución conciliatoria entre las concepciones objetiva y subjetiva de la lesión:

“Artículo 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que 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”.

La lesión en un sentido amplio es el perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte. Por regla general, tal desproporción no invalida el contrato, pues es casi imposible que las prestaciones obtenidas por las partes sean siempre iguales. Ahora bien, el jurista mexicano Ramón Sánchez Meda define a la lesión en sentido estricto, en los siguientes términos:

“La lesión en su sentido estricto o restringido es la causa de invalidez total o parcial de un contrato conmutativo, establecida en forma excepcional por el legislador, bien sea por la importancia objetiva del mencionado perjuicio resentido por el contratante que recibe una prestación de valor muy inferior a la que él proporciona, o bien por la situación subjetiva de debilidad o de miseria en que contrata dicha parte, o bien por una y otra de esas dos razones”.⁹⁰

En el fondo, la lesión plantea al legislador una disyuntiva entre salvaguardar la seguridad y la estabilidad de las transacciones, o de velar por la justicia y la equidad en esas mismas transacciones. La presencia de lesión en la formación de un contrato produce la nulidad relativa del mismo, en términos de los artículos 1812, 1813, 1816 y 2228 del Código Civil.

⁹⁰ Ibidem, pp. 61-62.

2.1.4 Clasificación

A efecto de llevar a cabo la clasificación de los diversos tipos de contratos que existen, nos apoyaremos en lo expuesto por el maestro Manuel Bejarano Sánchez en su obra "Obligaciones Civiles", dado que el Código Civil para el Distrito Federal únicamente señala dos criterios para ello (artículos 1835 a 1838).

1.- Contratos civiles, mercantiles y laborales y administrativos

- * **Civiles.** Se conciertan entre particulares, o aún entre el particular y el Estado cuando éste interviene en un plano de igualdad, como si fuera un sujeto privado. Será regido por el Código Civil.
- * **Mercantiles.** Las partes que intervienen están realizando un acto de comercio, y los intereses que inducen a su celebración son también privados, siendo regidos por el Código de Comercio.
- * **Laborales y Administrativos.** Corresponden al Derecho Público, siendo su rasgo distintivo, la heterorregulación de las relaciones públicas, las cuales se rigen por leyes imperativas de orden público, que implica la necesidad de ser regulado por otro (por el Estado).

2.- Contratos preparatorios y definitivos

- * **Contrato preparatorio, preliminar o preparatorio.** Es aquél que tiene por objeto la celebración de un contrato futuro; las partes que lo conciertan se comprometen en él a celebrar otro contrato, que será el definitivo, dentro de cierto plazo.
- * **Definitivo.** Consigna el cumplimiento necesario de otras prestaciones.

3.- Contratos bilaterales y unilaterales

- * **Contratos bilaterales o sinalagmáticos.** Los que generan recíprocamente obligaciones para ambos contratantes: todos quedan obligados a conceder alguna prestación (artículo 1836 del Código Civil).

- * **Contratos unilaterales.** Solamente generan obligación a cargo de una de las partes y la otra no asume compromiso alguno (artículo 1835 del Código Civil).

4.- Contratos onerosos y gratuitos

- * **Contrato oneroso.** Es aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos (artículo 1837 del Código Civil). Está presidido por un *animus* egoísta, donde ambas partes contratantes celebran el acto con la intención de obtener de la otra una contraprestación de valor equivalente a la que dan.
- * **Contrato gratuito.** Aquél en que el provecho es solamente de una de las partes, la otra no tiene gravamen alguno, sino sólo beneficios (artículo 1837 del Código Civil). En dicho contrato hay un *animus* liberal, altruista.

5.- Contratos aleatorios y conmutativos. Esta clasificación constituye una subdivisión de los contratos onerosos.

- * **Contratos conmutativos.** El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deban las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste (artículo 1838 del Código Civil).
- * **Contratos aleatorios.** Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice (artículo 1838 del Código Civil).

6.- Contratos principales y accesorios

- * **Contrato principal.** Tiene su razón de ser y su explicación en sí mismo; surge en forma independiente y no es apéndice de otro contrato, pues cumple autónomamente su función jurídico-económica.
- * **Contrato accesorio.** No tiene existencia independiente; se explica referido a otro contrato (o acto) del cual es apéndice. Sólo se justifica como parte complementaria de otro acto.

7.- Contratos instantáneos y de tracto sucesivo

- ★ **Contratos instantáneos.** Se forman y deben cumplirse inmediatamente. Se agotan en un solo acto. Su creación y su extinción (por el pago) son una sola cosa.
- ★ **De tracto sucesivo.** Son aquéllos que se cumplen escalonadamente a través del tiempo. La vida del contrato se prolonga porque las prestaciones que genera son entregadas periódicamente dentro de cierto lapso. Estos contratos forzosamente están sujetos a término.

8- Contratos nominados e innominados

- ★ **Contratos nominados.** Son aquéllos que están instituidos en las leyes, reglamentados en el Código Civil u otros ordenamientos legales y sus consecuencias están prefijadas en tales normas generales. Son también llamadas típicos.
- ★ **Contratos innominados.** No se encuentran instituidos en la ley, son los que las partes diseñan originalmente para satisfacer sus intereses y necesidades particulares. Son *atípicos* para la doctrina alemana.⁹¹

2.1.5 Interpretación e integración del contrato

Cuando las fórmulas utilizadas por los contratantes son claras y congruentes, no hay en realidad problema de interpretación; el problema se plantea cuando la voluntad de las partes no ha sido expresada en forma precisa o cuando hay una discrepancia entre la voluntad que ha sido manifestada y la verdadera voluntad de las partes que no fue transmitida con propiedad: o sea, que hay una voluntad exteriorizada, una declaración de voluntad que parece contener el querer de las partes y otra intención que no trascendió al exterior y que está en abierta contradicción con la declaración.

⁹¹ (cfr) BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, pp. 27-39.

Si se opta por proteger a los contratantes y respetar sus propósitos, debe predominar la voluntad real o interna sobre los términos de la declaración y no debe considerárseles ligados por una voluntad declarada que no era el fiel reflejo de sus deseos. En este caso estaríamos hablando de la **teoría de la voluntad real o interna o interpretación subjetiva**.⁹²

Como reacción a la tesis anterior, surgió en Alemania la **teoría de la voluntad declarada o interpretación objetiva**, que mantiene el punto de vista antitético al afirmar que, en caso de divergencia entre la voluntad real y la que ha sido exteriorizada, es esta última la que debe predominar, puesto que ha sido la única que ha podido ser conocida, ya que la voluntad interna está fuera del campo del Derecho. La tesis tiende a proteger a los terceros que confiaron en la declaración de voluntad y se atuvieron a sus términos conocidos.⁹³

Ninguna de las dos tesis ha sido adoptada en su integridad por las legislaciones. En concordancia con la idea de la hegemonía de la voluntad evidente de las partes (que trata de conciliar la protección a los designios verdaderos de las partes con la tutela al interés de los terceros y salvaguarda de la seguridad contractual), el Código Civil para el Distrito Federal establece una serie de reglas de interpretación en los artículos 1851 al 1857.

En términos del artículo 1851, si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Por su parte, el artículo 1852 estipula que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberá entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar. Asimismo, si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, en términos del artículo 1853.

⁹² (cfr) *Ibidem*, p. 115; y SÁNCHEZ MEDAL, *Op Cit*, p. 76.

⁹³ (cfr) *Idem*.

Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, de conformidad con el numeral 1854.

El artículo 1855 señala que las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquélla que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

El uso o la costumbre del país, se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, tal y como lo prevé el artículo 1856.

Finalmente, tal y como se infiere del precepto legal contenido en el numeral 1857, cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

La integración del contrato. Es muy raro que las partes al celebrar el contrato tengan presentes todas las consecuencias, alcances y efectos que va a tener el contrato, por lo que es indispensable integrar el contrato, completando con normas supletorias establecidas por el legislador, las omisiones o lagunas que las cláusulas convenidas por las partes hubieren dejado.⁹⁴

Si las cláusulas convenidas entre las partes y las normas supletorias establecidas por la ley, a propósito de cada contrato en especial resultaran insuficientes, la integración deberá continuarse con las consecuencias que deriven de la buena fe, del uso, o de otras disposiciones legales (artículo 1796 del Código Civil), y finalmente con los principios generales del derecho (artículo 19) y en especial los fundados en la equidad (artículos 20 y 1857 fracción I). A dicha interpretación suele llamársele **interpretación integradora** del contrato.⁹⁵

⁹⁴ (cfr) SÁNCHEZ MEDAL, Op Cit, p. 79.

⁹⁵ (cfr) Ibidem, p. 80.

2.1.6 Término de los efectos del contrato, suspensión y modificación

Efectos del contrato. Éstos son "*las consecuencias jurídicas que dimanen del contrato*",⁹⁶ efectos que se producen ordinariamente al momento mismo en que se perfecciona el contrato (nacimiento o transmisión de obligaciones y transmisión o constitución de derechos reales); pero que también se generan en ocasiones hasta que se ejecuta el contrato. Tales efectos son los siguientes:

a).- **La obligatoriedad del contrato.** El primer efecto que produce el contrato consiste en su carácter obligatorio, o sea que el acuerdo de voluntades de los contratantes tiene, a decir, del maestro Sánchez Medal, **fuerza de ley** entre las partes. Dicho autor explica la expresión aludida en los siguientes términos:

"La mencionada expresión que equipara la ley general al contrato como una ley de las partes, hay que aceptarla sólo en forma metafórica, en el sentido de que ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el mismo contrato, sino que ha de cumplirlo y respetar la palabra dada "*pacta sunt servanda*".⁹⁷

b).- **La intangibilidad del contrato.** Derivado de la obligatoriedad, el efecto de la intangibilidad consiste en que no puede una de las partes, por voluntad unilateral, disolver o modificar el contrato, salvo los casos específicamente previstos por la ley.

c).- **La relatividad del contrato.** Ésta consiste, a decir de Sánchez Medal, en que el contrato sólo aprovecha o perjudica directamente a las partes y sólo también para ellas crea derechos u obligaciones (artículo 1796 del Código Civil), conforme al principio "*res inter alios acta, aliis neque prodesse, neque nocere potest*" (lo hecho entre unos no puede perjudicar ni producir efectos para otros). Por otra parte, para el autor de referencia, partes en un contrato son "*las personas que han emitido su voluntad en la policitud o en la aceptación y cuya coincidencia de ambas constituye el acuerdo de voluntades de ese contrato, y que a la vez son también los titulares del interés o de la relación jurídica materia de dicho contrato*".⁹⁸

⁹⁶ Ibidem, p. 83.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Ibidem, p. 85.

d).- **La oponibilidad del contrato.** Ésta ha sido destacada por Bejarano Sánchez, como una característica esencial de los derechos reales, que se manifiesta como el poder de hacerlos valer frente a todos, *erga omnes*. Si bien el aludido autor aclara que sería un error suponer que solamente los derechos reales son oponibles a los terceros, pues también los derechos de crédito constituyen una realidad que existe para ellos y que se refleja a menudo en el círculo económico jurídico de quienes no han sido partes de la relación crediticia.⁹⁹

Término de los efectos del contrato. Normalmente, el contrato deja de producir efecto cuando las partes han cumplido respectivamente sus prestaciones (pago). Sin embargo, con independencia de lo anterior, los efectos del contrato pueden terminar por otra serie de causas, las cuáles únicamente se mencionarán, puesto que un análisis minucioso y exhaustivo de dicho tema, evidentemente rebasaría, por su extensión, los límites de este trabajo recepcional. Debe mencionarse, asimismo, que en la literatura civil nacional no se estudia este tema en específico, así como nuestro Código Civil tampoco contempla un apartado específico de las causas de terminación de los efectos del contrato, sino que las mismas se infieren tanto de algunas de las causas de extinción de las obligaciones, así como de otras figuras como la nulidad e inexistencia.

Para guiar dicha relación, nos guiaremos en lo expuesto por el Dr. Luis Riera Aisa en su artículo "Contrato" en la Nueva Enciclopedia Jurídica, autor que considera que el contrato puede terminar sus efectos por las siguientes causas:

- * Mutuo disenso.
- * Condición resolutoria expresa.
- * Incumplimiento de una de las partes.
- * Nulidad o inexistencia.
- * Resolución del contrato por efecto del término.
- * La muerte o la incapacidad de obrar de una de las partes.
- * El desistimiento unilateral.
- * La revocación unilateral del contrato.
- * Renuncia al contrato.¹⁰⁰

⁹⁹ (cfr) BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, p. 133.

¹⁰⁰ (cfr) Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo V, Op Cit, pp. 337-338.

Suspensión del contrato. El instituto llamado suspensión de la prestación, consiste en que "*ante determinadas circunstancias puede operarse el efecto de que en la forma establecida por la ley se suspenda el cumplimiento de la obligación de una de las partes*".¹⁰¹ Tal figura proviene del Derecho Civil italiano, en cuyo código, concretamente en su artículo 1461 se refiere que cada una de las partes contratantes puede suspender la ejecución de la prestación si la condición patrimonial de la otra ha llegado a ser tal, que se pone en el evidente peligro la consecución de su contraprestación, a menos que se preste garantía suficiente.

El Código Civil para el Distrito Federal, si bien no contempla una disposición de carácter tan general como lo hace su par italiano, si establece, en el caso específico de la compraventa (artículos 2286 y 2287), que el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que se haya establecido un plazo, o si habiéndolo establecido, después de la venta se descubra que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza de pagar el plazo convenido.

Modificación del contrato. Finalmente, debemos hacer una alusión a otro punto ya tocado aunque sea someramente con anterioridad, respecto a si, en determinadas circunstancias, y ante hechos previstos o no verdaderamente impuestos, puede o no modificarse el contenido del contrato y, por tanto variar los efectos del mismo. Tal modificación, que puede afectar tanto al contenido de las prestaciones como a su forma de pago, plazo, duración del contrato, etc., puede ser conseguida de mutuo acuerdo de las partes —caso que no amerita mayor problema—, o de voluntad de una de ellas (en los casos en que esté investido de este derecho protestativo o por reserva contractual o por disposición de la ley) o por imposición legal o judicial.¹⁰²

Al efecto, debemos recordar la existencia del principio latino *pacta sunt servanda*, de acuerdo al cual, el contrato obliga a los contratantes y debe ser cumplido sin excusa ni pretexto. Sin embargo, se ha opuesto a dicho principio, la

¹⁰¹ Ibidem, p. 338.

¹⁰² (cfr) Ibidem, p. 339.

cláusula *rebus sic stantibus*, de origen canonista, de acuerdo a la cual, a decir del maestro Bejarano Sánchez:

“Todo contrato bilateral conmutativo de tracto sucesivo, las partes han dado por sobreentendida una cláusula, en el sentido de que se consideran obligadas siempre que las circunstancias permanezcan como están en el momento de concertar el acto, siempre que las cosas estén igual. Si por el contrario, las cosas han cambiado por causas imprevistas, las partes deben ser exentadas de cumplir el contrato”.¹⁰³

En nuestro país, se ha admitido la imprevisión expresamente en algunos códigos civiles de los estados como los de Jalisco, Aguascalientes y Veracruz, y se ha olvidado en la mayoría de ellos, incluyendo el Código Civil para el Distrito Federal.

2.1.7 Eficacia e ineficacia del contrato

Más que de nulidad la literatura jurídica contemporánea emplea el término de ineficacia. El contrato es ineficaz si en el momento de su formación le falta uno de los elementos de existencia, caso en el cual la sanción específica es de inexistencia, o bien, uno de los requisitos de validez, situación en la cual la sanción específica es la nulidad. La sanción genérica es pues de ineficacia y las específicas son la inexistencia (artículo 2224 del Código Civil), la nulidad absoluta (artículos 2225 y 2226) y la nulidad relativa (artículo 2227).¹⁰⁴

Sin embargo, tal distinción tiene sólo efectos didácticos, ya que la inexistencia no tiene un valor propio y se absorbe en la nulidad absoluta. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado que aún cuando el Código Civil emplee la expresión “acto jurídico inexistente” en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio Código Civil da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede constatarse en los artículos 1427, 1433, 1434 y 1826 en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779 del mismo ordenamiento, en los que técnicamente, se trata de inexistencia por falta de objeto, no obstante el Código Civil la trata como nulidad, y en los casos de los

¹⁰³ BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, p. 130.

¹⁰⁴ (cfr) SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Op Cit, p. 98.

artículos 1802, 2182 y 2183, en los que la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el ordenamiento legal en comento la trata como nulidad.¹⁰⁵

Dado que el Código Civil para el Distrito Federal adoptó la teoría de Bonnecase, conviene hacer una breve referencia a la misma. Dicho jurista acepta y perfecciona la teoría tripartita clásica. Respecto de los actos nulos explica que son aquellos realizados de un modo imperfecto en alguno de sus elementos orgánicos aunque estén completos. Este acto viciado produce todos sus efectos, como si fuera regular, mientras no han sido suspendidos o destruidos por una sentencia judicial generalmente aplicada en forma retroactiva.

Dicho autor hace la distinción entre **nulidad absoluta** y **relativa**, explicando que el acto afectado por la primera viola una regla de orden público pudiendo ser invocada por cualquier interesado, dicho acto no puede ser convalidado y la acción de nulidad es imprescriptible. Y por la segunda viola una regla de orden privado pudiendo ser invocada sólo por personas determinadas, el acto puede convalidarse y la acción puede prescribir.

Asimismo, la **inexistencia** del acto jurídico presupone la falta de los elementos esenciales u orgánicos indispensables para que dicho acto esté dotado de vida jurídica. Tales elementos continúa, son de dos tipos: subjetivos o psicológicos (voluntad) y objetivos o materiales (objeto y solemnidad). Las características de esta figura son: el acto afectado por ella no produce efecto alguno; no puede convalidarse; puede hacerse valer por cualquier interesado, y no necesita declararse judicialmente. Añade este autor que los efectos que pudiere producir un acto inexistente son meros hechos materiales y no efectos jurídicos.¹⁰⁶

El Código Civil recoge esta teoría en sus artículos 2224, 2226 y 2227, estableciendo que son causas de **nulidad relativa** los vicios en el consentimiento (*error, dolo, violencia y mala fe*), la incapacidad y la falta de forma en los actos no solemnes (artículo 2228 del Código Civil). Por su parte el artículo 8º del mismo ordenamiento, establece que los actos ejecutados contra el

¹⁰⁵ (cfr) Tesis de jurisprudencia 296, con el rubro "NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS." en Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. Con Legislación Federal, Op Cit.

¹⁰⁶ (cfr) Diccionario Jurídico 2003, Op Cit, voces "*Nulidad*" e "*Inexistencia*".

tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos excepto en los casos en que la ley ordené lo contrario. Este ordenamiento, en los artículos 2229 al 2242, señala las características de la nulidad relativa dependiendo del vicio de que se trate.

Así, las acciones y la excepción de nulidad por falta de forma pueden ejercitarse u oponerse por cualquier interesado, en cambio aquellas provenientes de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo pueden invocarse por el directamente afectado, el que ha sufrido los vicios del consentimiento, ha sido perjudicado por la lesión o el incapaz (artículo 2230 del Código Civil); en tanto que la nulidad de un acto jurídico por falta de forma se extingue por la ratificación del acto realizándolo en forma omitida; si la falta de formalidades vicia un acto irrevocable y ha quedado constancia indubitable de la voluntad de las partes, cualquier interesado puede exigir judicialmente que el acto se otorgue en la forma prescrita (artículos 2231 y 2232).

Tratándose de actos anulables por incapacidad, violencia o error, pueden ser confirmados cuando la causa de nulidad cese. Esta confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto siempre que no perjudique a terceros (artículos 2233 y 2235).

Los plazos para que opere la prescripción son: a) tratándose de incapacidad, los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto; b) tratándose de error, los mismos términos excepto si el error se conoce antes de que éstos transcurran, en cuyo caso la acción prescribe a los sesenta días, contados a partir de que el error fue conocido; y c) tratándose de violencia, la acción prescribe a los seis meses, contados desde que el vicio cesó (artículos 2236 y 2237 en relación con el 638 del Código Civil).

2.2 Concepto de dolo en el Derecho Civil

En principio, al abordar el tema del dolo, es menester señalar que aparece como sumamente dudoso que se pueda llegar a la construcción de un concepto de una manera unitaria, pues posiblemente se envuelven en el mismo diversas significaciones, que interesa mantener perfectamente distintas. Por ello se

requiere probablemente, y de manera muy general, una breve referencia a la evolución de tal concepto, así como también a la pluralidad de sus acepciones.

Así, en el Derecho antiguo romano se designa a la *actio doli* como la *intención antijurídica, la deslealtad y el engaño*; se encuentra en contradicción con los conceptos de caso fortuito (*casus*), así como con la conducta normal de las buenas gentes (*fides bona*). Asimismo, es importante mencionar que en la antigua Roma también se conocían el *dolus bonus* y el *dolus malus*, lo que nos muestra claramente que el dolo no era para los romanos una cosa mala en sí, sino que algunas veces era lícita y aún recomendable: su sentido genérico no es otro que el del engaño, astucia, artificio, tal y como se desprende de la consideración que realiza, respecto del *dolus bonus*, el maestro Alfonso de Cossío y Corral:

“Se trata de engaños que no son censurables... las astucias y las afirmaciones inexactas encaminadas a engañar a un enemigo o a un ladrón; igual consideración tuvieron las mañas o malicias del comercio diario, alabando exageradamente las mercancías, resaltando cualidad que no tienen, sin que por ello lleguen a ser fraudulentas, en cuando se trata de artificios más o menos hábiles para conseguir una finalidad lícita”.¹⁰⁷

Sin embargo, la expresión que más aparece en los textos, se refiere al *dolus malus*, al *dolo malo facere quominus*, es decir, de “*causar daño a otro intencionadamente y sin derecho*”.¹⁰⁸ Empero, no existe en las fuentes romanas, una terminología precisa y mucho menos una precisión técnica que delimite al dolo de otros conceptos limítrofes relacionados con él, mismos que sólo en la doctrina moderna han sido diferenciados de manera debida, siendo utilizados en sentido análogo los términos: “*consulta*”, “*propósito*”, “*ánimo*”, “*voluntate*”, “*data opera*”, “*premeditación*”, mismos que aparecen confundidos en los textos.

No obstante, en todo caso, el *dolus malus* supone para los juristas romanos “*la intención consciente de dañar, a la cual se añade, además la idea de inmoralidad*”, o lo que es lo mismo, el dolo supone “*intención consciente de producir un daño antijurídicamente*”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ COSSÍO Y CORRAL, Op Cit, p. 3.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 4.

¹⁰⁹ Idem.

Ahora bien, volviendo a la contraposición existente entre los conceptos de dolo y buena fe, si admitimos que quien no procede de buena fe, procede dolosamente, resulta indudable que habremos de dar al concepto de dolo un sentido verdaderamente amplio. Por ello se impone separar perfectamente de un concepto genérico de dolo, relativo a cualquier maquinación, engaño, artificio o fraude, otro concepto más específico que se limita a "*cualquier actuación conscientemente encaminada a producir antijurídicamente un daño a otro*",¹¹⁰ que caracteriza al hecho delictivo y permite plantear el problema de la distinción entre dolo civil y penal.

Ahora bien, otra concepción del dolo, elaborada desde un punto de vista amplio es la que a continuación se describe:

"Genéricamente la palabra dolo connota la deliberada intención de causar injustamente un mal a alguien; es decir, la acción encaminada a lograr ese fin ha de ser violatoria del deber jurídico de ajustar nuestra conducta a las normas de rectitud y la buena fe que informan la virtud secular de la justicia. En este sentido amplio, la denotación del vocablo comprende el concepto de dolo en su sentido a la vez civil y penal".¹¹¹

Casi en este mismo sentido, Gutiérrez Alviz en su obra "Diccionario de Derecho Romano" define al dolo descriptivamente diciendo que es "*el propósito intencional de causar daño o perjuicio a otro; consiste en toda maquinación o maniobra fraudulenta encaminada a mantener en el error o en el engaño a la persona con quien se va a celebrar un negocio jurídico*".¹¹² No obstante, podemos realizar como crítica a dicha definición, el hecho de que la misma se enfoca únicamente al dolo como vicio del consentimiento, dejando de lado el concepto de dolo obligacional, en su doble faceta, esto es, en el incumplimiento de las obligaciones así como en la responsabilidad por actos ilícitos; crítica que también es válida para la definición que hace del término en comento el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1815.

De las definiciones antes transcritas se infiere que en el dolo concurre la intención de lesionar el derecho de otro, con un fin antisocial y antijurídico. De hecho, Cossío y Corral, cree ver en tales definiciones la idea de inmoralidad,

¹¹⁰ Ibidem, p. 7.

¹¹¹ *Diccionario Jurídico 2003*, Op Cit, voz "*Dolo civil*".

¹¹² *Cit.* por COSSÍO Y CORRAL, Op Cit, p. 1.

considerando que el dolo es algo más que tiene que ver con la intención del actor, usando dicho criterio para delimitar al dolo del concepto de fraude:

“De lo dicho pudiéramos concluir que el dolo es algo que afecta o se refiere a la voluntad del agente, y que, por lo tanto, tiene un carácter eminentemente subjetivo y personal, en tanto que el fraude, en los casos señalados, no es sino el resultado de la acción dolosa, algo de naturaleza objetiva”.¹¹³

En todo caso, y a pesar de que el autor de referencia considera que el concepto del dolo es común a todas las ramas del derecho, y que lo único que difiere son las consecuencias que en cada una de ellas produce o causa, también opina que resulta muy controvertido elaborar un concepto de dolo que abarque todas sus facetas.¹¹⁴ Cabe mencionar, que el Derecho Civil sólo se ha ocupado de manera secundaria del estudio del dolo, sin que exista hasta el momento una verdadera doctrina del dolo civil, puesto que, únicamente ha sido abordado por los civilistas de la escuela francesa de modo indirecto, al estudiar el dolo como vicio del consentimiento, es decir, en una coyuntura que sólo afecta a las representaciones psicológicas de la voluntad contractual. En tanto, los autores del sistema germánico, han aludido al dolo únicamente en relación a la teoría general de los actos jurídicos, y más concretamente en la eficacia jurídica de las transgresiones civiles. Por su parte, los penalistas, sólo se han referido al dolo civil, de una manera incidental y en la medida necesaria para determinar el alcance del momento intencional en el delito penal.¹¹⁵

Ahora bien, del análisis de los preceptos del Código Civil para el Distrito Federal, en los que se refiere al dolo, podemos clasificar en 3 grandes grupos los artículos que hablan del dolo, a saber: a).- Como vicio del consentimiento en testamentos y contratos (artículos 1487 y 1815); b).- Como fuente de responsabilidad (artículo 1910) y c).- Como causa de pérdida de derechos hereditarios (artículo 1316 fracción X). No obstante lo anterior, existen no pocos preceptos que sin hablar directamente del dolo, se establecen principios y consecuencias con él relacionados.

¹¹³ Ibidem, p. 9.

¹¹⁴ (cfr) Ibidem, p. 18.

¹¹⁵ (cfr) Ibidem, p. 13.

Por su parte, la Doctrina, en un plano más general, acostumbra estudiar al dolo en la Parte General del Derecho Civil, y más concretamente en la Teoría General del Contrato, como vicio del consentimiento; así también, como grado máximo de la culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones, dentro de la Doctrina General de la Culpa; completando el estudio tripartito del dolo, la Teoría del Acto Ilícito, que analiza al dolo, en la responsabilidad por actos ilícitos. No obstante, es importante mencionar que la Teoría del Acto Ilícito, de ascendencia germánica, pretende estudiar también las 3 diversas facetas del dolo en el Derecho Civil, si bien nosotros consideramos pertinente utilizar dicha teoría para analizar únicamente el dolo en la responsabilidad por actos ilícitos y estudiar las otras 2 facetas al través de la Teoría General de Contrato y la Doctrina General de la Culpa.

Precisamente, tomando en consideración un estudio bipartito del dolo —al partir del análisis del dolo como vicio del consentimiento al tratar de la formación de los contratos o como grado supremo de la culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones, es decir, omitiendo el estudio del dolo en la responsabilidad por actos ilícitos—, el doctor Federico Puig Peña, en su monografía acerca del Dolo Civil, nos ofrece la siguiente opinión:

“... En realidad, entre ambos hay algo más de común, pues entiendo que uno y otro no son más que facetas de la misma figura. El dolo es siempre el mismo: **la voluntad consciente de producir un acto injusto**. Este acto injusto será, en unos casos, el nacimiento de una obligación que en el terreno de la buena fe no debió venir a la vida; y, en otros el incumplimiento de un vínculo obligatorio que también en el campo de la buena fe no debió producirse. Lo que hay es que en el segundo caso se puede manifestar en forma enérgica; y, en cambio, en el primero, lógicamente tiene que hacerse de modo insidioso, pues si el nacimiento del contrato fuese obligado, no habría dolo, sino violencia o intimidación”.¹¹⁶

Ahora bien, para el análisis del dolo en el Derecho Civil, nosotros seguiremos una metodología similar. En primer término, abordaremos al dolo obligacional, a partir de dos distintas facetas, a saber: en el incumplimiento de obligaciones y en la responsabilidad por actos ilícitos; y en segundo lugar, al dolo como vicio del consentimiento, al partir del estudio de su concepto, requisitos y efectos

¹¹⁶ Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Francisco Seix, Barcelona, 1985, p. 684.

jurídicos; dedicando la última parte del presente apartado a una breve referencia acerca de la prueba y valoración del dolo.

2.2.1 El dolo obligacional

La idea de responsabilidad no constituye una noción autónoma independiente de toda premisa; ella es complementaria de un noción previa: de la obligación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que la expresión "responsabilidad", define "*la situación en que se encuentra el que ha faltado a su deber, o a una obligación prescrita por una norma, y se ve expuesto a consecuencias penosas*".¹¹⁷

De acuerdo con lo anterior, la responsabilidad no es otra cosa que la situación jurídica que sobreviene a consecuencia de la violación de una obligación. La existencia de la responsabilidad está condicionada, por una parte, a una **obligación preexistente** y, por otra, a un acontecimiento posterior, a saber, la **violación o inejecución de un deber**.

La obligación legal es una regla de conducta fijada por el legislador, que constriñe a hacer o a no hacer una cosa. La obligación coloca al deudor en la necesidad jurídica de cumplirla; pero esa necesidad jurídica no es algo que fatalmente imponga el cumplimiento, pues deja al obligado en la posibilidad de faltar a la obligación. Así, la violación del deber tiene una sanción, que no es otra cosa que la medida que toma el legislador, para asegurar el respeto a la norma, en caso de que sea violada.

La sanción es algo indispensable a la norma, porque un mandato desprovisto de sanción, es vano. El que ha violado un deber jurídico, se enfrenta a una disposición legal y provoca la reacción del poder encargado de mantener el orden jurídico en la sociedad. La calidad de autor del daño, sólo sirve para designar al individuo que se ha enfrentado a la norma legal.¹¹⁸

¹¹⁷ Tesis, con el rubro "RESPONSABILIDAD POR CULPA. NATURALEZA JURÍDICA DE LA." (3ª. Sala, Semanario Judicial de la Federación, 5ª. Época, Tomo LXVI, pág. 316) en Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. Con Legislación Federal; Op Cit.

¹¹⁸ (cfr) BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, pp. 170-171.

Ahora bien, como ya se mencionó, el incumplimiento de la obligación puede resultar de dos distintas órdenes de causas: unas, dependientes directamente de la voluntad del deudor, como lo es el **dolo**, o indirectamente, como la **culpa**; y otras completamente independientes de la voluntad del deudor, como el **caso fortuito** o **fuerza mayor**. La buena fe en el obrar, excluye siempre el dolo, pero no excluye la imprudencia, la negligencia o la impericia. El que no obra con dolo sino con simple culpa, es un imprudente o negligente que peca por falta de previsión. La falta jurídica existe no solamente en el caso en que el agente viola voluntariamente la norma jurídica (falta voluntaria o dolo), sino también cuando su acto tiene como consecuencia causar un daño que no ha querido producir, si no ha obrado con la prudencia y diligencia necesarias.

Sentadas las premisas a que hicimos referencia en el apartado anterior, parece conveniente, como ya advertimos, estudiar separadamente el dolo vicio del consentimiento y el dolo obligacional, diferenciando, en este último caso, el supuesto en que la conducta dolosa infringe un vínculo obligacional ya preestablecido, del supuesto en que tal conducta acarrea el nacimiento, *ex novo*, de una obligación de indemnizar daños y perjuicios.

2.2.1.1 El dolo en el incumplimiento de las obligaciones

En el Título Cuarto del Libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal, concretamente en los artículos 2104 y 2106, se regula la obligación de reparar los daños y perjuicios causados dolosamente, derivados del incumplimiento de las obligaciones:

“Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención”.

“Artículo 2106. La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula”.

Así pues, consideramos que el dolo aparece en dichos preceptos legales como una de las modalidades de conducta que, en el cumplimiento de las obligaciones, dará lugar a indemnización de daños y perjuicios causados. Al comentar el contenido del artículo 1.101 del Código Civil español, de redacción muy similar a los ya citados de nuestro ordenamiento local, Valle Muñiz refiere que es requisito esencial, la existencia de una obligación previa, puesto que:

“La responsabilidad encuentra su origen en la concurrencia de un vínculo jurídico-obligacional preexistente. Esta relación jurídica impone a una de las partes el deber de adecuar su conducta al cumplimiento exacto de una obligación. Pues bien, *la infracción de este deber jurídico dolosamente es el presupuesto de la indemnización por daños*”.¹¹⁹

Siguiendo al autor de referencia, así como al doctor Federico Puig Peña, parifican al dolo en el incumplimiento de las obligaciones con la mala fe: no aquella considerada vicio del consentimiento, sino la contrapuesta a la buena fe. Ello lo hacen en virtud del contenido del artículo 1.107 del Código Civil español, en el cual se contraponen precisamente al concepto de dolo el de buena fe; sin que en nuestro ordenamiento exista un precepto similar, no obstante lo cual, tanto en la Doctrina como en algunos criterios jurisprudenciales emanados de nuestros Tribunales Federales si se equiparan los conceptos de mala fe y dolo, contraponiendo a éste último con el de buena fe.¹²⁰

Ahora bien, tratando de conceptualizar al dolo, encontramos que éste pertenece a la esfera interna de la actuación antijurídica del sujeto. Éste, al no acomodar su conducta al cumplimiento exacto de la obligación, comete un acto antijurídico. Esto es, el incumplimiento del deber jurídico que el vínculo obligacional le impone. Cuando dicho incumplimiento se debe a una falta de diligencia del deudor, estaremos ante un incumplimiento culposo, en cambio, la transgresión voluntaria y consciente del deber jurídico lo convierte en dolo.

Consecuentemente, existe dolo cuando el deudor *transgrede voluntaria y conscientemente la obligación*.¹²¹ En dicho planteamiento, vertido por el doctor

¹¹⁹ VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 43.

¹²⁰ (cfr) Ibidem, p. 43-46, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Op Cit, p. 684; y Tesis con el rubro “RESPONSABILIDAD POR CULPA. NATURALEZA JURÍDICA DE LA.” en Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. Con Legislación Federal, Op Cit.

¹²¹ VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 46.

Valle Muñiz, el dolo aparece como una modalidad de incumplimiento y, entonces, como forma de antijuridicidad. Ello en contraposición a los autores (como en nuestro país Bejarano Sánchez), que sostienen que el dolo, junto con la culpa constituyen una forma de culpabilidad. Aquí encontramos reproducida la vieja disputa que en el campo penal han sostenido finalistas y causalistas respecto de la ubicación o no del dolo en la culpabilidad; encontrando, en este sentido, que los propugnadores de la escuela alemana, que han formulado la teoría del acto ilícito, ubican al dolo como una modalidad de incumplimiento y como forma de antijuridicidad, en tanto que la escuela italiana ubica por su parte, al dolo, junto con la culpa, en la culpabilidad o culpa *lato sensu*.

En términos de los artículos 2104 y 2106 de nuestro Código Civil, el dolo fundamenta la responsabilidad por los daños y perjuicios que *conocidamente* se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. La responsabilidad por dolo será una responsabilidad obligacional. Valle Muñiz considera que tampoco es parte del dolo la consciencia de la antijuridicidad, aclarando su opinión en este punto en los términos siguientes:

“El conocimiento del deudor doloso va referido a los elementos de hecho de la conducta antijurídica. La consciencia de que su obrar está prohibido por el derecho será el elemento que, junto a la imputabilidad, conformará el juicio de culpabilidad sobre el deudor. Esto es, el reproche personal por la conducta antijurídica, la imputación de un sujeto concreto del obrar ajeno al derecho”.¹²²

Ahora bien, de acuerdo con el doctor Puig Peña, el dolo en el incumplimiento contractual “*es la negativa consciente y voluntaria del deudor a cumplir su obligación sabiendo que realiza un acto injusto*”.¹²³ De tal definición se infiere que el dolo requiere un elemento intelectual y un elemento volitivo. El elemento intelectual supone que en la mente del autor exista el conocimiento del hecho, así como de la significación del acto o abstención que realiza.

Ello supone, a su vez, que el obligado tenga conocimiento perfecto (no con una perfección absoluta) de la obligación que sobre él pesa, del acto o abstención que va a realizar y de las consecuencias que ello produce; verbigracia, si una

¹²² Ibidem, p. 47.

¹²³ Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Op Cit, p. 685.

persona que contrajo una obligación no recuerda la existencia de la misma y se produce el incumplimiento, desaparecerá el dolo, porque no existe en su mente la representación necesaria del vínculo, pero seguirá subsistiendo la imputación a título de culpa, dado que no tomó las precauciones necesarias. En cambio, si una persona que contrajo una obligación tenía el firme convencimiento, dadas las circunstancias que después rodearon el hecho, de que no quedaba obligada, si esta ignorancia era excusable —es decir, invencible—, desaparecerá la imputación culposa y dolosa.

El elemento intelectual del dolo, sin embargo, no es suficiente. Es preciso, además, que junto a aquella representación del hecho y de su significación se sitúe el elemento volitivo, que no supone otra cosa sino que aquel conocimiento aparezca como contenido de la voluntad del agente.¹²⁴

2.2.1.1.1 Efectos del dolo en el incumplimiento

El dolo supone el grado mayor de responsabilidad. Por ello, ya desde el Derecho Romano, a diferencia de lo que ya ocurría con la culpa, la responsabilidad por dolo, siempre era perseguida.¹²⁵ Este mismo criterio sigue nuestro Código Civil, al señalar en su artículo 2106 que *"la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula"*.

Tal situación es de suma evidencia, puesto que de no ser así, la obligación dejaría de existir, ya que quedaría a la voluntad del obligado incumplirla impunemente, y esto como es lógico, no supondría una verdadera obligación, además de que contrariaría lo dispuesto por el numeral 1797 del mismo ordenamiento, que a la letra dice: *"la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*; numeral que si bien se refiere a los contratos, en concordancia con el artículo 6º del multicitado Código, se hace extensiva a las demás obligaciones.

Es importante mencionar que lo que no es lícito es renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo; puesto que si habiendo sido conocido el dolo, el que padeció el engaño ratifica el contrato, no puede reclamar nulidad en lo

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ (cfr) Idem.

subsecuente por tal motivo. Ello se infiere del contenido de los artículos antes señalados, así como de los numerales 1822 y 1823 del Código Civil, que si bien son relativos al dolo-vicio, por analogía, y en términos de los artículos 18 y 19 del Código Civil, son aplicables también al dolo obligacional, máxime que así lo ha considerado también la Doctrina extranjera.¹²⁶

2.2.1.2 El dolo en la responsabilidad por actos ilícitos

El maestro Manuel Bejarano Sánchez, en su obra "Obligaciones Civiles", llama a la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente, **hecho ilícito**, llamando **Responsabilidad civil** a "*la obligación generada por el hecho ilícito, la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros*".¹²⁷

Dicha fuente de obligaciones tiene una importancia considerable por la gran frecuencia con que se presenta en la vida práctica. La causa de obligaciones "hechos ilícitos" puede surgir a propósito de cualquier hecho humano, siempre que se reúnan sus elementos característicos (antijuridicidad, culpabilidad, daño) y, por consiguiente, puede surgir a propósito de las demás fuentes de las obligaciones, pues es un hecho ilícito:

- * El incumplimiento del contrato, que genera la llamada **responsabilidad contractual**.
- * El desacato a lo estipulado en una declaración unilateral de voluntad.
- * La recepción de mala fe por el *accipiens* en el enriquecimiento ilegítimo, y
- * En la gestión de negocios se presenta en los casos de una gestión anormal contra la voluntad del dueño.
- * En suma, cualquier violación culpable de una norma jurídica que cause daño a otro, es un hecho ilícito fuente de obligaciones.¹²⁸

De acuerdo con el maestro Bejarano Sánchez, el hecho ilícito tiene tres elementos, a saber: la antijuridicidad (*el dato que califica a una conducta o a*

¹²⁶ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, pp. 47-49.

¹²⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Op Cit, p. 171.

¹²⁸ (cfr) Idem.

una situación, la cual choca contra lo preceptuado por una regla jurídica),¹²⁹ la culpa (en sentido lato, que implicaría la existencia de culpa *stricto sensu* o dolo) y el daño (*la pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado*).¹³⁰

En principio, debemos recordar que el capítulo V del Título Primero del Libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal se encuentra dedicado a regular las obligaciones que nacen de los actos ilícitos. Por ende, resulta de capital importancia, conocer el contenido de los artículos 1910 y 1912, íntimamente relacionados con el tema en comento, a saber: la responsabilidad por actos ilícitos, también llamada *culpa aquiliana*:

“Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

“Artículo 1912. Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.

Mientras que la responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones descansa en la existencia previa de un vínculo jurídico: vínculo que obliga al deudor al cumplimiento exacto de la obligación, el deber de reparar el daño causado, impuesto en el artículo 1910, deriva de la comisión de un acto ilícito. Así, mientras la culpa contractual se da en vida de la obligación, la extracontractual origina precisamente ésta.

Sin embargo, Valle Muñiz considera que la diferencia entre ambas responsabilidades no es tan abismal como en principio pudiera parecer. Al fin y al cabo, ambas descansan sobre la comisión de un acto antijurídico, bien por infringir la previa obligación, bien por transgredir el principio general de *alterum non laedere*. Ambas, también, se fundamentan en el principio de la culpa, si bien las excepciones al mismo son hoy abundantes, tales como la responsabilidad por riesgo (que en el Código Civil para el Distrito Federal se encuentra regulada por

¹²⁹ Ibidem, p. 173.

¹³⁰ Ibidem, p. 194.

los artículos 1935 a 1937). Asimismo, haciendo abstracción de los daños morales, comúnmente no admitidos en la responsabilidad contractual, el concepto de daños es el mismo.¹³¹

Mientras en otros ordenamientos jurídicos como el Código Civil español (artículo 1.902) se hace referencia a una *acción u omisión antijurídica para causar daño a otro*, en nuestro ordenamiento se hace únicamente mención a “obrar”, sin especificar si esto constituirá una acción o una abstención. No obstante lo anterior, debemos entender que se trata de una acción u omisión y que ésta puede revestir dos modalidades, a saber: la causación de un daño ajeno mediante la omisión de la diligencia debida, pero sin intencionalidad, y en segundo término, la infracción voluntaria del *alterum non laedere* causante de daños. Ésta última constituye, sin duda alguna, la causación dolosa de daños.

En relación a la causación dolosa de daños, el doctor José Manuel Valle Muñiz, en consonancia con su postura respecto del dolo en el incumplimiento de obligaciones, opina lo siguiente:

“El dolo, entonces, también aquí es mala fe. Esto es, la voluntad de infringir el deber jurídico que se infiere de la general prohibición de causar daños ajenos —*alterum non laedere*—. Si bien, en este supuesto, dada la peculiaridad de la obligación violada, el dolo supondrá en la mayoría de los casos la intencionalidad del daño, aunque conceptualmente no se exige tal intención”.¹³²

De acuerdo a la cita anterior, para que exista dolo no se precisa intención de dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico. Sin embargo, en la realidad esta infracción voluntaria del deber jurídico irá acompañada, frecuentemente, por la intención de dañar. Ello implica necesariamente que “*el resultado como parte objetiva de la conducta antijurídica deberá ser querido por el actor doloso*”.¹³³ Es importante mencionar que ello se refiere únicamente al resultado mismo, pues la cuantía de los daños que de él se deriven no es necesario que sean queridos.

¹³¹ (cfr) VALLE MUÑIZ, pp. 50-51.

¹³² Ibidem, p. 52.

¹³³ Idem.

Así pues, de acuerdo con el autor de referencia, la causación dolosa de daños se componen de la infracción voluntaria de un deber jurídico, la producción de un daño y la relación causal necesaria y prevista entre aquél y éste.

2.2.2 El dolo como vicio del consentimiento

Habiendo analizado en la primera parte del presente capítulo, lo concerniente a la principal fuente de obligaciones, los contratos, así como su naturaleza jurídica y sus elementos de existencia y de validez, postergamos el estudio del vicio del consentimiento denominado “dolo”, precisamente para esta parte final, habiendo examinado también al dolo obligacional, en su doble vertiente, tanto en el incumplimiento de obligaciones como en la responsabilidad por actos ilícitos.

2.2.2.1 Concepto

En principio, debemos puntualizar que el numeral 1815 del Código Civil para el Distrito Federal define al dolo en los términos siguientes:

“**Artículo 1815.** Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”.

Ahora bien, complementando la definición plasmada en el precepto legal antes transcrito, el doctor Puig y Peña, en la “Nueva Enciclopedia Jurídica”, nos proporciona los siguientes conceptos del dolo en la formación del negocio jurídico o contrato:

“Dolo, en sentido amplio, es sinónimo de mala fe; en sentido estricto... la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro: es todo fraude encaminado a arrancar a otro el consentimiento en un acto jurídico. Es.. un acto ilícito tomado en consideración como causa que desvía la voluntad de su recta determinación y provoca un error”.¹³⁴

¹³⁴ Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Op Cit, p. 684.

Diversos autores, tales como Manuel Borja Soriano, consideran que tanto el dolo como la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que la Ley los considera como causa del error, que si es uno de esos vicios; siendo los primeros, conductas contrarias a la buena fe que debe existir en todo acto jurídico.¹³⁵ Sin embargo, nosotros estimamos que contrariamente a lo que señalan dichos autores, por disposición del Código Civil para el Distrito Federal, el dolo y la mala fe si están contemplados como vicios del consentimiento, tal y como se infiere del numeral 1812, contenido en el subcapítulo intitulado “Vicios del Consentimiento” y que a la letra dice: “*El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo*”; además de que la Ley no se detiene en el error, que es ya de por sí un vicio, sino que se fija en la causa, y con ello hace posible la anulación del negocio en casos en que el error no lo anularía por recaer en elementos no esenciales o en motivos internos.¹³⁶

Zanjada dicha cuestión, debemos observar que mientras en el Derecho Mexicano se habla (tal y como se infiere del contenido del precepto legal antes transcrito), de dolo y mala fe, por regla general, en la Doctrina extranjera, los tratadistas y la mayor parte de legislaciones se refieren únicamente al dolo, omitiendo la mención de la mala fe como un vicio del consentimiento, al considerarla inmersa en el propio concepto de dolo; y si bien abordan el estudio del concepto de “mala fe” lo hacen como una noción contrapuesta a la “buena fe” y que se identifica esencialmente con el dolo y no como vicio del consentimiento diverso a éste.¹³⁷

En esta tesitura, Manuel Borja Soriano, apoyándose en el jurista portugués Días Ferreira, explica las divergencias entre el dolo y la mala fe:

“El dolo y la mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así, activo y la mala fe pasiva. «Procede con dolo el que procura persuadir al comprador de que el objeto es de oro cuando es de cobre, y con mala fe el vendedor a quien el comprador ofrece un precio como si el objeto fuese de oro y no lo desengaña de que el objeto no es de oro»”.¹³⁸

¹³⁵ (cfr) BORJA SORIANO, Op Cit, pp. 220-221.

¹³⁶ (cfr) Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Op Cit, p. 684.

¹³⁷ (cfr) Ibidem, p. 684 y VALLE MUÑIZ, Op Cit, pp.53-55.

¹³⁸ BORJA SORIANO, Op Cit, p. 220.

Dada la definición que elabora del dolo como “*el engaño fallacia, que puede producirse lo mismo con palabras o actos positivos que por medio de deliberadas omisiones*”,¹³⁹ Ramón Sánchez Medal considera que debido a ello, la reticencia o mala fe se ha equiparado al dolo, o sea al “dolo negativo”. Según dicho autor, el silencio o la reticencia pueden ser constitutivos de dolo en todos aquellos casos en que la buena fe imponga el deber de informar plenamente al otro contratante, sobre los hechos o circunstancias importantes cuyo conocimiento pueda determinarle a desistir de la celebración del contrato. Obviamente, y dependiendo del caso concreto, el quebrantamiento de dicho deber de información, no siempre se traduce en la nulidad del contrato.¹⁴⁰

Por otra parte, tradicionalmente se ha distinguido al dolo en *causante (dolus causam dans)* e *incidental (dolus incidens)*, definiéndose al primero como el que determina a la voluntad de tal forma, que sin él, el negocio no se hubiera verificado; y en el caso del segundo, el negocio se hubiera verificado de todas formas, si bien en condiciones diversas y en general menos onerosas. Al respecto, en la actualidad, se sostiene que dicha distinción es ficticia y capciosa, pues el dolo se emplea siempre para pesar sobre la voluntad del contratante, ya con el fin de impulsarle a celebrar un contrato, ya para hacerle aceptar condiciones distintas de las que hubiese aceptado, si no hubiese sido engañado. Por consiguiente, en ambos casos la verdadera reparación debiera consistir en permitir a la parte perjudicada pedir la nulidad o el ejercicio de las acciones *edilicias*, que les corresponda; verbigracia, el saneamiento por vicios ocultos.¹⁴¹

2.2.2.2 Requisitos del dolo-vicio

Si bien tanto Alfonso de Cossío y Corral como José Manuel Valle Muñiz, en sus respectivas obras enumeran los requisitos, que a su juicio, presenta el dolo como vicio del consentimiento, a nuestro juicio, y en virtud de que a través de su opinión, describe de manera más completa y óptima la naturaleza del dolo-vicio, nos basaremos en la clasificación que realiza el primero de los autores mencionados (si bien nos apoyaremos en algunos puntos en el segundo), aunque,

¹³⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Op Cit, p. 58.

¹⁴⁰ (cfr) Ibidem, pp. 58-59.

¹⁴¹ (cfr) Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Op Cit, p. 684.

obviamente, enderezando tales opiniones a lo preceptuado por nuestro Código Civil.

A.- La existencia de un acto ilícito consistente en el empleo de sugestión o artificio. El acto doloso está caracterizado por ser producto de astucia, maquinación o artificio empleados para engañar a otra persona, por quién pueda beneficiarse del fin propuesto, y con tal injusto procedimiento conseguido. Es, por tanto, producto de un engaño o resultado de falta de verdad y empleado por quien se proponga y lo haya conseguido así, frustrar la ley o privar de los derechos que de la misma se derivan, realizando un fraude, con la consiguiente existencia de perjuicio apreciable; entendiéndose así el dolo por virtud de lo preceptuado en el numeral 1815 del Código Civil para el Distrito Federal.¹⁴²

B.- La intencionalidad de engañar o *animus decipiendi*. El engaño, como elemento objetivo del dolo vicio del consentimiento, debe ir acompañado de un especial elemento subjetivo. Nos referimos, a la intencionalidad de la conducta fraudulenta o *animus decipiendi*. Ello implica que la sugestión o artificio que una de las partes utiliza para inducir a error a la otra, deben ser vertidas o actuadas intencionalmente.

Ello implica que si las mentiras consecuencia de la falsa representación son imputables a culpa, es decir, a un comportamiento negligente o culposo, el contrato no será impugnado por dolo. El engaño intencionado debe ir dirigido a producir error en la contraparte y su consiguiente desviación de la voluntad; siendo por ende, una intención encaminada a viciar el consentimiento.¹⁴³

C.- Que el autor del dolo sea una de las partes del contrato o un tercero (sabiéndolo una de las partes), y no haya mediado dolo recíproco. De acuerdo con el artículo 1816 de nuestro Código Civil, 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 la causa determinante de este acto jurídico; en tanto que el numeral subsiguiente, 1817, refiere que si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.

¹⁴² (cfr) COSSÍO Y CORRAL, Op Cit, pp. 190-191.

¹⁴³ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, pp. 61-62.

D. El dolo debe haber sido la causa del contrato. Para que se produzca el efecto principal del contrato, se hace necesario que haya sido la causa determinante de la declaración de voluntad: *dolus causam dans*;¹⁴⁴ tal y como lo dispone el artículo 1816 antes citado.

2.2.2.3 Efectos jurídicos del dolo

Por cuanto atañe a los efectos jurídicos del dolo en los contratos, debe decirse que en términos del artículo 1816 del Código Civil, anulan el contrato, siempre y cuando reúna los requisitos establecidos en el apartado anterior. La nulidad que produce es la relativa, en términos del numeral 2228, permitiendo siempre que el acto surta provisionalmente sus efectos (numeral 2227), y pudiendo ser únicamente invocada por la parte que ha sufrido esos vicios de consentimiento (artículo 2230). Asimismo, en términos del numeral 2233 del multicitado Código Civil, el contrato nulo puede ser confirmado por las partes cuando cese el vicio o motivo de nulidad; prescribiendo la acción para pedir la nulidad en los términos que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende (artículos 2236 en relación al 638).

2.2.3 Prueba y valoración del dolo

En principio, debe recordarse que en términos del artículo 2230 del Código Civil, la nulidad por dolo sólo puede ser invocada por el que ha sufrido ese vicio del consentimiento, y por ende, a dicha persona correspondería la prueba del dolo. Ahora bien, estamos de acuerdo con Cossío y Corral, en que el problema jurídico de la prueba y valoración del dolo, habrá de resolverse *“mediante la aplicación debida de los preceptos legales, la cuestión de hecho, por la apreciación de las pruebas aportadas”*.¹⁴⁵

No obstante lo anterior, el problema surge aquí, al referir el autor mencionado que el error, como vicio del consentimiento puede ser probado mediante presunciones, toda vez que se trata de probar la existencia de un *hecho psicológico*; cuestión que no considera aplicable al dolo, en virtud de que éste debe traducirse en una conducta exterior, en determinados hechos materiales, y

¹⁴⁴ COSSÍO Y CORRAL, Op Cit, p. 203.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 206.

por ende, es susceptible de prueba directa, pues se debe demostrar la existencia de *sugestiones o artificios*, planteando lo anterior en los siguiente términos:

“Pero del hecho de que el error, como vicio sustantivo del consentimiento, haya de ser probado mediante presunciones necesariamente, no se infiere la misma consecuencia en cuanto al dolo, el cual, al traducirse en una conducta exterior, en determinados hechos materiales, es susceptible de prueba directa: demostrada la existencia de las maquinaciones o artificios, no es necesario establecer presunción alguna, sino que tales actuaciones son suficientes para acreditar la existencia de un vicio de la voluntad”.¹⁴⁶

Sin embargo, consideramos que no le asiste razón al autor de referencia, puesto que si bien entre los requisitos para la configuración del dolo-vicio del consentimiento, se requiere la existencia de hechos materiales, como las sugestiones o artificios, susceptibles de ser probados a través de prueba directa, como lo sería, por ejemplo, la confesión; lo cierto es que, debe acreditarse también un elemento subjetivo, consistente en la intencionalidad de engañar o *animus decipiendi*, que atañe a la psique del individuo, para el cual, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 68/2005-PS, con el rubro “**DOLO DIRECTO. SU ACREDITACIÓN MEDIANTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL**”, ha sostenido que ante la ausencia de confesión, si es susceptible de comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios, consistente en que de un hecho conocido, se induce a otro desconocido, mediante un argumento probatorio obtenido de aquél, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

Lo anterior en virtud de que el juzgador goza de libertad para apreciar en consciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena, siendo un requisito primordial de dicha prueba, la **certeza de la circunstancia indiciaria**, que se traduce en que una vez demostrada ésta, es necesario referirla, según las normas de la lógica a una premisa mayor en la que se contenga en abstracto la conclusión de la que se busca certeza.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Ibidem, p. 207.

¹⁴⁷ (cfr) Tesis de jurisprudencia 296, con el rubro “**DOLO DIRECTO. SU ACREDITACIÓN MEDIANTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL.**”; con datos de localización: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIII, Marzo de 2006. Pág. 205, en Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. *Con Legislación Federal*, Op Cit.

CAPÍTULO TERCERO

DELIMITACIÓN DOGMÁTICO-JURÍDICA DEL DELITO DE FRAUDE

En el presente capítulo de este trabajo de investigación realizaremos el estudio dogmático del delito de fraude, a través del análisis pormenorizado de todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo penal referido. Cabe mencionar que, en virtud de que la finalidad de esta investigación se concreta en la delimitación jurídico-penal del delito de fraude respecto al fraude civil, no se abordarán todas las cuestiones que pudieran plantearse del estudio exhaustivo del delito en comento, sino sólo aquéllas que posean una incidencia real sobre su delimitación jurídico-penal.

Ahora bien, a manera de preámbulo, debemos apuntar que el maestro Mariano Jiménez Huerta refiere que el delito de fraude es hoy "*la más frecuente y rutilante estrella de la constelación forjada por las defraudaciones patrimoniales*".¹⁴⁸ En nuestro Código Penal, se encuentra ubicado dentro del Título Décimo Quinto, "De los Delitos contra el Patrimonio"; si bien para una adecuada comprensión de dicho delito, se requiere, en primer término, hacer referencia a la raíz etimológica del fraude, *fraus*:

"La raíz griega de la palabra fraude connota quiebra, rompimiento, violación, engaño. Se opone a la artesanía o natural articulación de los elementos constitutivos de una cosa".¹⁴⁹

Trasladada la idea contenida en la cita antes transcrita, al plano del derecho, resulta fácil advertir que toda presencia de fraude importa un quebrantamiento, una manifestación de un *quid* que contradice el regular desenvolvimiento de la vida jurídica, sea en las relaciones de sujeto a sujeto, sea frente a la norma objetivamente considerada. Sin embargo, quizá su nota distintiva es que no es una transgresión, un *contra legem agere* franco, abierto, sino que supone el empleo de medios indirectos, ardides, falacias, que produzcan una apariencia engañosa.

¹⁴⁸ JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 125.

¹⁴⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y PORTE PETIT MORENO, Luis O, El Delito de Fraude (Reflexiones), Porrúa, 4ª edición, México, 1998, p. VIII.

Abundando respecto de lo anterior, el maestro Jiménez Huerta considera que la verdadera esencia antijurídica del delito de fraude, radica en los engaños, ardises, artificios y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumergir en un error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial; considerando que esta genuina esencia del delito trasciende a la consideración penalística en los diversos sistemas y criterios conceptuales seguidos por los Códigos.¹⁵⁰

Las notas esenciales que singularizan esta especie típica consisten, pues, en la obtención de una cosa o en el logro de un lucro indebido a través de engaños, maquinaciones o artificios, como elocuentemente se pone de relieve en el Código Penal para el Distrito Federal, al establecerse en el artículo 230, "*...Al que por medio de engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero...*".

Ahora bien, a efecto de realizar la delimitación jurídico-penal del delito de fraude, debe hacerse referencia, necesariamente, a la Teoría General del Delito, misma que se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito. Hay características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito, correspondiendo el estudio de tales características a la Teoría General del Delito; en tanto que el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas de los delitos —como en la especie, el fraude—, corresponde a la Parte Especial.

En este sentido, resulta importante realizar algunas breves anotaciones acerca de los elementos y estructura del concepto de delito, puesto que será en base a éste, como se desarrollará el presente capítulo y será en general, el sustento fundamental de nuestra tesis.

Tras un minucioso análisis del Derecho Penal Positivo, la Dogmática jurídico-penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el

¹⁵⁰ (cfr) JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 128.

autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama **injusto** o **antijuridicidad**, en tanto que al segundo, **culpabilidad** o **responsabilidad**. De acuerdo con el doctor Francisco Muñoz Conde, "*Injusto o antijuridicidad es, pues, la desaprobación del acto; culpabilidad, la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo*".¹⁵¹

De acuerdo al doctor Muñoz Conde, en estas dos grandes categorías, antijuridicidad y culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito. En la primera se incluyen la acción u omisión, los medios y formas en que se realizan sus objetos y sujetos y su relación causal y psicológica con el resultado. En la culpabilidad, se contienen las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su hacer y la exigibilidad de un comportamiento distinto.¹⁵²

Pero no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es delito. De toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen, el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables, y las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la ley penal. A dicho proceso de selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama **tipicidad**. La tipicidad es, pues "*la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de hecho se hace en la ley penal. Es una consecuencia del principio de legalidad, dado que sólo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio nullum crimen sine lege*".¹⁵³

Consecuentemente, la **tipicidad**, la **antijuridicidad** y la **culpabilidad** son características comunes a todo delito. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues sólo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal, puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después la indagación sobre la antijuridicidad, es decir, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a Derecho. Un hecho típico no es antijurídico si existe una causa de

¹⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, *Parte General*, Tirant lo blanch, 5ª edición, Valencia, España, 2002, p. 199.

¹⁵² (cfr) Idem.

¹⁵³ Ibidem, p. 200.

justificación que lo permita. Una vez comprobado que el hecho es típico y antijurídico hay que ver si el autor de ese hecho es o no culpable, es decir, si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho y hacerle responsable penalmente del mismo.

Por ende, y expuesto lo anterior, el doctor Muñoz Conde define al delito como *“la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible”*.¹⁵⁴ Tal definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra, por lo que han de tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Cabe mencionar que cada una de estas categorías contiene, pues, a su vez, criterios valorativos propios con distinta trascendencia teórica y práctica, que estudiaremos en relación al fraude, a lo largo de este capítulo, al realizar el estudio dogmático del delito de referencia.

3.1 Conducta

El doctor Francisco Muñoz Conde refiere en su *“Derecho Penal, Parte General”* que *“la conducta humana, base de toda reacción jurídico-penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones”*.¹⁵⁵ Ambas formas de comportamiento son relevantes para el Derecho Penal: de ahí la distinción que el numeral 15 del Código Penal para el Distrito Federal recoge entre **acciones** y **omisiones**. Sobre ambas realidades ontológicas se construye el concepto de delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan.

Frecuentemente se han utilizado otras palabras, tales como *“acto”, “hecho”, actividad* o *“acción”* para hacer referencia al elemento fáctico. Preferimos la expresión *“conducta”* en el desarrollo del presente trabajo de investigación, en primer término, porque nuestro ordenamiento penal así lo denomina (artículo 29 fracción I), además de que no sólo es el término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido y el

¹⁵⁴ Ibidem, p. 201.

¹⁵⁵ Ibidem, pp. 210-211.

fin que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico.

“Dicha expresión gramatical es, en efecto, lo suficientemente amplia para recoger en su contenido con exactitud las diversas formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad, esto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquéllas que implican inactividad, inercia o inacción”.¹⁵⁶

Acción. Interpretando *a contrario sensu* el artículo 29 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, podemos concebir a la acción como “*todo comportamiento dependiente de la voluntad humana*”. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad, puesto que no se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. Por ende, el contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin.

De acuerdo con Muñoz Conde, la dirección final de la acción se realiza en dos fases: una interna y otra externa, a saber:

a).- En la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin, seleccionándose los medios necesarios, a partir del fin; es decir, sólo cuando el autor está seguro de *qué es lo que quiere*, puede plantearse el problema de *cómo lo quiere*. Cabe mencionar que en esta fase interna, tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone, lo cual puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos medios seleccionados para ello. Pero una vez que los admita como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.

b).- Fase externa. Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo. Pone en marcha, conforma a un plan, el proceso causal dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta.

¹⁵⁶ Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Op Cit, voz “*Conducta*”.

Es importante mencionar que la valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo, y por ende, serán los tipos legales, los que deciden que partes o aspectos de la acción son o no penalmente relevantes.¹⁵⁷

Omisión. El comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante, puesto que la conducta que sirve de base a la norma penal y que ésta regula, puede consistir tanto en un **hacer** como en un **no hacer**. El doctor Muñoz Conde explica la esencia de tales delitos en los siguientes términos:

“El Derecho Penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. *Lo que el legislador castiga en éstos es la no realización de una acción*”.¹⁵⁸

De acuerdo con el autor en comento, la omisión en sí misma no existe; la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer, y por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. Por ende, el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción. Si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión: “*Omisión no es un simple no hacer nada, sino realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer*”.¹⁵⁹

Es importante mencionar que todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (voluntariedad, finalidad y causalidad) deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Así las causas que excluyen la acción son también, al mismo tiempo, **causas de exclusión de la omisión**. La posibilidad de acción es, por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción como a la omisión.

¹⁵⁷ (cfr) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, pp. 211-213.

¹⁵⁸ (cfr) Ibidem, pp. 211-213.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 238.

Es importante mencionar que el delito omisivo consiste siempre en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar. Consecuentemente, el delito de omisión, es siempre estructuralmente, un delito que consiste en la **infracción de un deber jurídico**, pudiendo ser dicho deber genérico (que incumbe a cualquier persona por el hecho mismo de la convivencia) o bien específico (que sólo obliga a un determinado círculo de personas).

Ahora bien, la Doctrina reconoce como clases de omisión penalmente relevantes, los delitos omisivos propios y los de omisión impropia o de comisión por omisión. En relación a éstos últimos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero que, a decir del doctor Muñoz Conde, *"la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalente desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido"*.¹⁶⁰

El artículo 7º del Código Penal de 1931 atribuía en los delitos de resultado material —como el fraude—, el resultado típico al que omitiere impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En tales casos se consideraba que el resultado era consecuencia de una conducta omisiva, cuando el que omitiere impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su **propio actuar precedente**, a pesar de que tales fuentes no eran las más recomendables por los problemas que generan al momento de su aplicación. La doctrina, casi en forma unánime, las ha descartado, en virtud de que la ley es una fuente tan amplia que abarca toda la normatividad jurídica existente, lo que propicia inseguridad jurídica; el contrato origina problemas de existencia y validez, por lo que en caso de controversia, primero tendría que interiorizarse a la solución de los problemas de índole civil, para poder hacer frente a la problemática penal; en tanto que el actuar precedente, debe limitarse, necesariamente a su realización culposa o fortuita, en razón de que el actuar precedente doloso configura, por sí mismo una comisión por acción dolosa.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 242.

Por lo apuntado, de acuerdo con la Exposición de Motivos de las diversas iniciativas de Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 16 del ordenamiento precitado, se regulan como fuentes de calidad de garante:

- a) Circunscritas relaciones de parentesco, garantizadoras de específicos bienes jurídicos, en lugar de la ley;
- b) Aceptación efectiva de la custodia de bienes jurídicos, en lugar del contrato;
- c) El propio actuar precedente, expresamente limitado a su realización culposa o fortuita; y
- d) La voluntaria pertenencia a una comunidad que afronta peligros de la naturaleza, en lugar de la situación de formar parte de especiales comunidades de vida o de peligro que propone la doctrina.¹⁶¹

Lo anterior, tal y como se desprende del contenido del precepto legal aludido, cuyo texto se transcribe a continuación:

“Artículo 16. (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:
I. Es garante del bien jurídico;
II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo”.

Ausencia de conducta. El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción I establece como causa de exclusión del delito, a la **ausencia de conducta**, es decir, cuando la actividad o la inactividad se realice sin

¹⁶¹ (cfr) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y VARGAS CASILLAS, Leticia, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado, Tomo I, Porrúa, México, 2006, pp. XXIV, XXV y LXXVII.

intervención de la voluntad del agente. A decir de Francisco Muñoz Conde, el Derecho Penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, por lo que no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad, sucediendo esto en 3 grupos de casos, a saber:

- a) **Fuerza irresistible.** Es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente
- b) **Movimientos reflejos.** No constituyen conducta, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.
- c) **Estados de inconsciencia.** También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc.¹⁶²

3.1.1 El engaño

Doctrinalmente, se considera que una **conducta falaz** es el punto de partida del proceso ejecutivo en el delito de fraude. Dicha conducta se encuentra presidida por un elemento de naturaleza predominantemente psíquica, pues en esencia consiste en determinar a otro, mediante engaños a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente.¹⁶³

Tradicionalmente, se consideraba que sólo integraban el fraude aquellas conductas en que, para sumergir en error al sujeto pasivo, se ponían en juego **maquinaciones** o **artificios** (como ocurría en los Códigos Penales de 1871 y 1929, al momento de definir el delito de estafa, así como en el de 1931, hasta el año de 1981). Con posterioridad, se admitió que el simple **engaño**, aunque no fuere acompañado de aquel aparato externo y corpóreo, bastaba para inducir en error; y en la actualidad, algunos códigos como el mexicano, admiten que el aprovechamiento del error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo, ya es suficiente para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude.

¹⁶² (cfr) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, pp. 216-219.

¹⁶³ (cfr) JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 137.

Ahora bien, si bien para el maestro Francisco González de la Vega, el engaño es la esencia jurídico-doctrinaria del delito de fraude, y lo concibe como "*la mutación o alteración de la verdad*",¹⁶⁴ es su homólogo Mariano Jiménez Huerta, el que realiza una descripción más amplia y completa del contenido conceptual del engaño:

"La frase «engañando a uno»... proyéctase sobre todo comportamiento positivo en el que se falsee la verdad en lo que se hace, dice o promete y encierre una concreta y adecuada potencialidad psico-causal para sumergir a otro de un error y despertarle una creencia ilusoria".¹⁶⁵

El referido concepto no abarca por ende, la sola puesta en marcha de un medio idóneo para poner ante el entendimiento del sujeto pasivo una notoria desvirtuación de la verdad, sino también la causación de este resultado, esto es, el error en que queda inmerso el sujeto pasivo como efecto de la conducta engañosa que le determina a efectuar el acto de disposición patrimonial.

En consecuencia, se actúa engañando, siempre que se engendra o refuerza en el sujeto pasivo del engaño, un convencimiento o un sentimiento erróneo que ilusoriamente lo determina a la **disposición patrimonial**. Por ende, a decir del autor en comento, la expresión "engañando" ha de ser entendida como "*un influjo que obra ilusoriamente sobre la inteligencia o sobre el sentimiento erróneo que ilusoriamente determina al sujeto pasivo a la disposición patrimonial*".¹⁶⁶

Reseñar o describir las innumerables formas en que el engaño puede manifestarse en la vida real, sería una empresa que superaría las posibilidades humanas. Sin embargo, el maestro Jiménez Huerta, tomando como base fáctica del engaño, la alteración o falseamiento de la realidad exteriorizada, estipulada, prometida y ofrecida, distingue los engaños que se exteriorizan en hechos, de aquellos otros que se manifiestan en falsas peticiones o promesas expresas o en tácitos e inequívocos ofrecimientos.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano, Los Delitos*, Porrúa, 32ª edición, México, 2000, pp. 244.

¹⁶⁵ JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 155.

¹⁶⁶ Idem.

a).- **Hechos capciosos.** La forma más corpórea en que encarna el engaño consiste en entregar a virtud de un título obligatorio, un objeto diverso —en su identidad, sustancia, cantidad o calidad— de aquel que debía ser entregado. Ejemplos: la entregas de mercancías faltas de peso o medida, clase o calidad inferior a la estipulada; la venta o arrendamiento de cosas de las que no se puede disponer; las enajenaciones como libres de cosas propias gravadas, entre otras. Según Jiménez Huerta, en estos casos, *“el engaño puede entrar en juego tanto en el momento de concertarse la convención jurídica como en el instante de darle cumplimiento. Empero, la consumación del delito se opera cronológicamente en esa última ocasión”*.¹⁶⁷

b).- **Peticiones, ofrecimientos y promesas ilusorias.** El engaño puede consistir en falsas y expresas peticiones o promesas o en tácitos e inequívocos ofrecimientos. Las falsas y expresas peticiones o promesas encarnan en las mentiras engañosas puestas en juego por el sujeto activo para inducir en error al sujeto pasivo de la conducta y lograr la entrega de la cosa. Los tácitos ofrecimientos se externan en las actividades asumidas por el sujeto activo, manifestativas de una dirección de voluntad que tienen el alcance de un valor entendido. Ejemplos: obtener dinero ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado si no se efectúa aquella; explotar las preocupaciones, superstición o ignorancia del pueblo, por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones.¹⁶⁸

Finalmente, es dable subrayar, junto con el doctor Francisco Muñoz Conde, que la conducta engañosa debe ser bastante para producir un error en otra persona, implicando que la producción del error sea consecuencia de la acción engañosa y se cause una suposición falsa, es decir, la acción engañosa debe ser causa de dicho error; debiendo existir pues una relación de causalidad, tal y como se ampliará más adelante, al momento de referirnos al nexo causal. Al efecto, es importante mencionar que el engañado, a consecuencia del error, debe realizar una **disposición patrimonial**, es decir, la entrega de una cosa o la prestación de un servicio, pudiendo consistir en un hacer o en un omitir, siendo éste un hecho que diferencia claramente al fraude en relación con los delitos de apoderamiento, puesto que el perjuicio se causa por este acto de disposición

¹⁶⁷ Ibidem, p. 156.

¹⁶⁸ (cfr) Ibidem, pp. 164-165.

realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente, aunque con una voluntad viciada.¹⁶⁹

3.1.2 El aprovechamiento del error

En la mayoría de legislaciones europeas, tales como la española, francesa e italiana, se señala casi como exclusivo medio idóneo de comisión para el delito de estafa, el engaño. Sin embargo, en nuestro país, el deseo de llevar la tutela penal hasta los más extremos límites, en un afán de hacer imperar en las relaciones humanas los más estrictos principios éticos, se señala también como medio de comisión de este delito, el **aprovechamiento del error**, respecto del cual, González de la Vega nos da el siguiente concepto:

“El aprovechamiento del error es, por el contrario, una acción negativa, mejor dicho, de abstención por parte del protagonista del fraude; supone que la víctima de antemano tiene un concepto equivocado, erróneo, falso, de las circunstancias que recaen en los hechos o cosas objeto del delito; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente, conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa”.¹⁷⁰

El maestro Jiménez Huerta refiere que con el aprovechamiento del error se estructura expresamente un tipo de fraude con base en la infracción del deber jurídico que dicho artículo impone, de realizar la acción adecuada para remover el error en que se encuentra inmerso el sujeto pasivo; y de esta guisa, a decir del autor mencionado, se configura un delito de fraude por omisión impropia o comisión por omisión.¹⁷¹ En la especie, la calidad de garante del bien jurídico lo constituiría la hipótesis prevista en el contenido en el inciso a), fracción III del artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, a saber que **aceptó efectivamente su custodia**, derivado del deber jurídico de declarar defectos o circunstancias —que, de ser conocidas hubieren impedido la contratación—, en virtud de vínculos contractuales o del principio de lealtad y buena fe entre las

¹⁶⁹ (cfr) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 14ª edición, Valencia, España, 2002, pp. 414-415.

¹⁷⁰ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Op Cit, p. 253.

¹⁷¹ (cfr) JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 175.

partes,¹⁷² que se desprenden de la concatenación armónica de los preceptos legales contenidos en los numerales 807, 1796 y 1859 del Código Civil distrital.

Tal y como se ha mencionado, el aprovechamiento del error se manifiesta múltiples veces en el silencio que asume el sujeto activo y con el cual asiste al error en que la víctima se hallaba inmersa. Aunque el silencio es un hecho de signo ambiguo, en determinadas circunstancias está henchido de finalidad fraudulenta y desvalor antijurídico. Un ejemplo de fraude es este tipo es cometido por quien en la taquilla de un cine entrega un billete de cien pesos para pagar el boleto, secundando y contribuyendo en el error del sujeto pasivo si recibe la cantidad que correspondería si el billete entregado hubiere sido de quinientos pesos, sin advertir a la taquillera la equivocación sufrida.

3.2 Tipicidad

La tipicidad es la categoría más relevante desde el punto de vista jurídico-penal. De acuerdo con el maestro Muñoz Conde, la **tipicidad** es "*la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal*";¹⁷³ lo cual implica que por imperativo del Principio de Legalidad, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales; de ahí que ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, si no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

Ahora bien, la diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes, siendo ficha figura conceptual el **tipo**, el cual puede ser definido como "*la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal*".¹⁷⁴

¹⁷² (cfr) MUÑOZ CONDE, Op Cit, p. 413.

¹⁷³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 253.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 254.

Para determinar si una conducta es típica, debe realizarse el juicio de tipicidad, el cual se realiza constando el tipo objetivo y el tipo subjetivo, de los cuales nos ocuparemos a continuación.

3.2.1 El tipo objetivo

El tipo objetivo se compone de elementos objetivos y de criterios normativos, los cuales, a decir del doctor Enrique Díaz Aranda, se agrupan bajo el nombre de “teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta”.¹⁷⁵

ELEMENTOS OBJETIVOS. Son aquellas descripciones lingüísticas que hace el legislador en la ley sobre un sujeto, una conducta y, generalmente, un resultado, y que los reconocimientos a través de nuestros sentidos: vista, oído, tacto, olfato y gusto. Es decir, los elementos objetivos son *aprehensibles sensorialmente*.¹⁷⁶

Conducta. Hemos definido a la conducta como *todo comportamiento dependiente de la voluntad humana*; y en el caso concreto del fraude, la conducta consiste en el “engañar” y el “aprovecharse” del error, cuestiones que ya han sido estudiadas previamente, con detalle, dentro de este mismo capítulo. Sólo cabe hacer un par de comentarios: primero, en el sentido de que en la actual Dogmática Jurídico-Penal, se prefiere estudiar a la acción u omisión dentro de la tipicidad; y segundo, que en referencia a la conducta, clasificamos al fraude por engaño como un delito de acción, en tanto que al fraude por aprovechamiento del error, como un delito de comisión por omisión.

Resultado. Existen tipos penales que exigen para su integración la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior, producido por un movimiento corporal de activo que realiza la acción.¹⁷⁷ En el caso concreto del delito de fraude es un delito material o de resultado, pues su integración conceptual presupone el desplazamiento o la disminución patrimonial que implica el acto de disposición.

¹⁷⁵ (cfr) DÍAZ ARANDA, Enrique, Derecho Penal, *Parte General*, Porrúa, 2ª edición, México, 2004, p. 195.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ (cfr) DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría General del Delito, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 2ª edición, México, 2001, p. 119.

Nexo causal. El nexo causal en el fraude, tal y como se desprende de la propia estructura típica del artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, 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 dichas instantes o fases: la frase “al que por medio del engaño o aprovechando el error”, hace referencia concreta al primer momento, en tanto que “se haga ilícitamente de alguna cosa obtenga un lucro indebido” alude al segundo. Así, la consumación material del fraude queda integrada cuando las dos fases concurren.

Ahora bien, al igual que en el caso del patrimonio —cuya naturaleza para el Derecho Penal será analizado en ulterior inciso—, existe una perspectiva estrictamente penal del acto de disposición, de acuerdo a la cual, el acto de disposición del engañado aparece como el vehículo utilizado por el agente para conseguir el enriquecimiento injusto, es decir, el acto de disposición debe ser capaz de causar el daño patrimonial. Constituye el nexo causal entre el engaño y el perjuicio, el cual, sin dicha disposición no podrá ser imputado a la conducta engañosa, al menos a título de fraude, tal y como se desprende de la siguiente cita:

“El acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido, entonces, genéricamente, como aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error que llevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero”.¹⁷⁸

Es importante mencionar que la Teoría del Nexo Causal, que utiliza bases naturales, está siendo reemplazada por la Teoría de la Imputación Objetiva, que se sustenta en bases jurídicas y que sostiene esencialmente que “*un resultado podrá serle objetivamente imputable a un individuo cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado... entendiéndolo en un sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de normas*”.¹⁷⁹

¹⁷⁸ VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 214.

¹⁷⁹ DAZA GÓMEZ, Op Cit, pp. 115-116.

Sujeto activo. De acuerdo con Eduardo López Betancourt y Luis O. Porte Petit Moreno, por sujeto activo debemos entender "*la persona física que comete el delito o que participa en él*".¹⁸⁰ Por ende, en la especie, sujeto activo sería el que realiza la figura delictiva de fraude o participa en su realización, a saber: el que engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de una cosa, o bien, para alcanzar un lucro indebido. Por ello, el fraude se clasificaría como delito común o indiferente, al no requerir calidad alguna en el sujeto activo, punto de vista en el que hay absoluto acuerdo doctrinal.

Sujeto pasivo. En el ilícito de fraude, es sujeto pasivo, toda persona física o moral que sufre un daño patrimonial por virtud del engaño o aprovechamiento del error, clasificándose consecuentemente, a este delito como impersonal, desde el punto de vista de la calidad del sujeto pasivo. Asimismo, es importante mencionar que en este delito, el sujeto pasivo puede ser cualquiera, siempre que sufra el perjuicio en su patrimonio, provocado por el error a que fue inducido o en el que fue mantenido, ocurriendo en ocasiones que la persona engañada no es la perjudicada sino el patrimonio de un tercero; en cuyo caso, éste último será el sujeto pasivo del delito y el primero sería el sujeto pasivo del error.¹⁸¹

Bien jurídico protegido. En la especie lo constituye el patrimonio. Es cardinal señalar que dada la importancia de este tema, será analizado en posterior y específico subapartado.

Objeto material. En la especie lo constituiría la cosa de la que se hace ilícitamente el defraudador o el lucro que alcanza. Al efecto, Zamora Pierce considera que "*lucro es la ganancia o provecho que se saca de una cosa. Lucramos cuando adquirimos una cosa, un bien o un derecho, valuable en dinero, gratuitamente, o por un precio inferior al que, en el caso concreto, le corresponde en el mercado*".¹⁸² En el caso específico del fraude, el activo puede mejorar su patrimonio obteniendo cosas muebles o inmuebles, derechos, liberación de obligaciones o prestaciones de servicios, entre otras; es decir, todo el patrimonio de la víctima está pues, abierto a la ilícita conducta del defraudador; en tanto que por cosa debe entenderse cualquier objeto material

¹⁸⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y PORTE PETIT MORENO, Luis O., Op Cit, p. 52.

¹⁸¹ Ibidem, pp. 53-54.

¹⁸² ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 149.

susceptible de apropiación, misma que debe tener un valor económico, estimable en dinero. Planteadas tales premisas, el autor de referencia realiza el siguiente comentario:

“Entendidos así los conceptos de lucro y de cosa, la segunda nos parece una especie del primero, como género, y, en consecuencia, su mención en el tipo resulta inútil y redundante. Toda cosa que obtenga el delincuente constituirá un lucro, es decir, una ganancia o provecho patrimonial. Luego entonces, nada perdería el tipo si elimináramos la mención de la cosa”.¹⁸³

Medios comisivos. Éstos se encuentran constituidos en la especie, por el engaño así como por el aprovechamiento del error; tal y como lo ha considerado la Jurisprudencia mexicana en la tesis que lleva el rubro “FRAUDE. CONCEPTOS DE ENGAÑO Y ERROR COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO”, visible en el Tomo V Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990, página 578 del Semanario Judicial de la Federación.

ELEMENTOS NORMATIVOS. *“Los elementos normativos del tipo objetivo son aquellos que requieren de una valoración jurídica o cultural para establecer si el hecho corresponde a la conducta típica”.*¹⁸⁴

Tradicionalmente se ha considerado que los tipos penales no siempre requieren de elementos normativos. De ahí que el legislador mexicano sólo se refiera a dichos elementos para integrar el cuerpo del delito, en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, cuando la conducta típica lo requiera. No obstante, recientemente, diversos autores, —tales como Claus Roxin, y en nuestro país, Enrique Díaz Aranda—, se han inclinado por considerar que el tipo objetivo siempre requiere para su constatación de elementos normativos; y que para determinar cuál es el radio de prohibición de la norma y establecer si un hecho puede o no subsumirse en el tipo, se requiere de una serie de valoraciones normativas que son fundamentales para realizar tal tarea, en cuyo caso se requiere, además de los elementos normativos expresos, de elementos normativos implícitos, agrupados estos últimos bajo la denominación de “teoría de la imputación objetiva del resultado” o “teoría de la imputación

¹⁸³ Ibidem, p. 150.

¹⁸⁴ DÍAZ ARANZA, Op Cit, p. 198.

normativa del resultado a la conducta". Sin embargo, y en atención a que aún no existe unanimidad en la Doctrina, respecto a los rubros o criterios normativos implícitos, además de que, el texto legal sólo hace referencia a los elementos normativos expresos, en la presente investigación únicamente haremos referencia a los mismos.

De esta manera, en el caso específico del fraude, encontramos que de su descripción típica "*Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa y obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero*" se desprende que los términos "engaño", "aprovechando el error", "cosa" y "lucro indebido", son términos que requieren de valoración jurídica o cultural, tal y como a lo largo de la presente investigación, se indica.

3.2.1.1 Breves apuntes acerca del bien jurídico protegido: el patrimonio

En principio, debemos recordar, en relación al bien jurídico tutelado en el delito de fraude, que en los Códigos Penales de diversos países, tales como España y Argentina, así como en nuestros Códigos Penales de 1871 y 1929, se establecía como bien jurídico protegido en el delito de referencia, la **Propiedad**; lo que, evidentemente, causa una gran cantidad de problemas, puesto que la Doctrina tanto nacional como de esos países, se ha inclinado por considerar al **Patrimonio**, y no a la Propiedad, como el bien jurídico protegido en el delito de Fraude, cuestión que ya ha sido superada por nuestro Derecho Positivo, en plena concordancia con los criterios más avanzados en la Doctrina y Jurisprudencia nacionales e internacionales.

Otra cuestión importante que refieren los juristas argentinos Edgardo Alberto Donna y Javier Esteban de la Fuente, en su interesante artículo intitulado "Aspectos generales del tipo penal de estafa" en la Revista Latinoamericana de Derecho, es aclarar que en la estafa, el bien jurídico no es, como podría pensarse, la "buena fe en el tráfico" o la "lealtad en las operaciones" sino el patrimonio. Así, el engaño y el aprovechamiento del error, previstos en el tipo como formas de comisión constituyen simplemente los medios con los que se produce el daño patrimonial del sujeto pasivo, de modo que, a decir de dichos autores, "*el quebrantamiento de la buena fe es el modus operandi que va a*

determinar la lesión jurídica patrimonial, pero no el objeto de la tutela, ni directa ni indirectamente".¹⁸⁵ Al efecto, los autores de referencia apuntan también que si la buena fe fuese el bien jurídico amparado, la consumación del delito debería producirse con la sola realización del engaño, sin necesidad de que ocasione perjuicio patrimonial alguno, solución que resulta inaceptable desde el punto de vista legal.¹⁸⁶

Ahora bien, el concepto de "patrimonio" tiene su cuna en el Derecho Civil. No obstante, el ordenamiento positivo no define ni contiene concepto general alguno del patrimonio. No obstante lo anterior, la doctrina iuscivilista, en base a la reconstrucción dogmática de sus preceptos, ha definido al patrimonio como "*el conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona*".¹⁸⁷ En dicha concepción, se utiliza la expresión poderes y deberes en razón de que no sólo los derechos subjetivos y las obligaciones pueden ser estimadas en dinero, sino que también lo podrían ser las facultades, las cargas y, en algunos casos, el ejercicio de la potestad, que se pueden traducir en un valor pecuniario.

De acuerdo a esta perspectiva, el patrimonio tiene dos elementos: uno activo y otro pasivo. El activo se constituye por el conjunto de bienes y derechos y el pasivo por las cargas y obligaciones susceptibles de una apreciación pecuniaria. Los bienes y derechos que integran el activo se traducen siempre en derechos reales, personales o mixtos y el pasivo por deberes personales o cargas u obligaciones reales. El haber patrimonial resulta de la diferencia entre el activo y el pasivo, cuando aquél es superior a éste, mientras que el déficit patrimonial surge cuando el pasivo es superior al activo; en el primer caso se habla de solvencia y, en el segundo, de insolvencia.

Sin embargo, no existe unidad ni consenso doctrinal entre los civilistas respecto a la naturaleza del patrimonio; tal y como lo prueba el hecho de la existencia de dos principales teorías, la primera calificada como clásica o teoría del patrimonio-personalidad y la segunda, la teoría moderna o del patrimonio

¹⁸⁵ DONNA, Edgardo Alberto y DE LA FUENTE, Javier Esteban, Aspectos generales del tipo penal de estafa, en "*Revista Latinoamericana de Derecho*", Año I, número 1, enero-junio de 2004, Buenos Aires, Argentina, p. 41.

¹⁸⁶ (cfr) *Ibidem*, pp. 41-42.

¹⁸⁷ Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Op Cit, voz "*Patrimonio*".

afectación; concibiendo la teoría clásica el patrimonio como una emanación de la personalidad, pues entre persona y patrimonio existe un vínculo permanente y constante; en tanto que la teoría moderna desvincula las nociones de patrimonio y personalidad y evita su confusión, sin que esto signifique negar una obvia relación.¹⁸⁸

Derivado de lo anterior, tomando en consideración la ausencia de una definición de patrimonio en el Código Civil y la escasa utilización del término en dicho texto, provocan en la doctrina civilista cierta inseguridad y precariedad en torno a la elaboración del concepto, generando también problemas como el de si pertenecen o no al patrimonio las obligaciones o si la posesión forma parte del mismo, encuentran antagónicas respuestas en el seno de las distintas elaboraciones científicas; motivo por el cual, José Manuel Valle Muñiz considera que el Derecho Penal no puede adoptar un concepto de otras ramas del Derecho que, como el de patrimonio, adolezca de una clara configuración dogmática, puesto que *" los fines político-criminales que se pretenden en lo penal requieren una definición precisa de los objetos que constituyen los bienes jurídicos"*.¹⁸⁹

Lo anterior ha motivado que los penalistas, especialmente en la doctrina germánica, aborden el tema relativo al patrimonio, desde un punto de vista estrictamente penal. Al efecto, han predominado 3 corrientes, que se analizarán sucintamente, a saber: una concepción jurídica del patrimonio, una visión puramente económica del mismo y una tendencia explícita o implícitamente intermedia, entendiéndolo en un sentido económico-jurídico.

Concepción jurídica del patrimonio. Estos autores ven en el patrimonio un conjunto o suma de derechos subjetivos patrimoniales, y por ende el patrimonio no consiste en bienes o valores económicamente apreciables, sino en posesiones jurídicas, en derechos reconocidos; tal y como se infiere de la definición que Binding del patrimonio en los siguientes términos:

"El patrimonio es un sujeto jurídico formado por la suma de todos los derechos y deberes patrimoniales (*sic*). Donde no hay ningún derecho no hay ninguna estafa".¹⁹⁰

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 79.

¹⁹⁰ Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Op Cit, p. 67.

Consecuentemente, la pérdida o gravamen de derechos sobre cosas o bienes constituirá perjuicio patrimonial. No importa que la cosa sea valorable o no económicamente; y por ende, también las cosas dotadas de un mero valor sentimental o de afección forman parte del patrimonio. Por tanto, de acuerdo con estas teorías, sólo existe lesión de derechos patrimoniales, no de posiciones económicas jurídicamente protegidas y, además, hay perjuicio tanto si la cosa objeto del delito carece de valor económico, como si la contraprestación tuviere un valor económico completamente equivalente.

Concepción económica del patrimonio. En esta concepción, la predominante en la doctrina alemana, el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables, y no los derechos, constituyen el patrimonio de una persona.¹⁹¹ Con ello se resalta la necesaria valoración económica del patrimonio. En este sentido, de acuerdo con dicha posición, *"el Derecho Penal no puede hacer objeto de un delito patrimonial a cosas u objetos que, desprovistos de todo valor económico, sólo posean una apreciación afectiva o sentimental. Será entonces, una cuestión exclusivamente civil"*.¹⁹²

El gran inconveniente de la teoría económica es su enorme permeabilidad cuando integra en el patrimonio posiciones en el tráfico económico que, susceptibles de valoración, adolecen de reconocimiento por parte del Ordenamiento Jurídico. El Dr. José Antón Oneca, en su interesante monografía acerca de la estafa, ilustra las consecuencias de aplicar exclusivamente y a rajatabla dicho criterio:

"Si aceptamos el [concepto] económico, habrá estafa siempre que disminuyan los valores económicos de esta naturaleza, ya sean efectivos, ya en perspectiva, aunque no gocen de reconocimiento por parte del Derecho; así habrá defraudación cuando no se pague al estraperlista el precio abusivo prometido, sino el reglamentario; y cuando el ladrón sea burlado en el reparto del botín que tenía en su poder; porque en ambos casos hay disminución de la situación económica del perjudicado".¹⁹³

Concepción mixta o económico-jurídica. En la actualidad, parece imponerse el abandono de posiciones extremas y la necesaria limitación de las posturas antes mencionadas. De este modo, admitiendo la valoración económica de los bienes

¹⁹¹ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 81.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Op Cit, p. 68.

patrimoniales, se hace referencia a su vinculación con el ordenamiento; y por ende, el patrimonio de una persona estará compuesto por la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del Ordenamiento Jurídico. Por tanto, Valle Muñiz refiere que el patrimonio como bien jurídico protegido en el delito de estafa debe ser entendido en un sentido económico-jurídico, suponiendo en primer lugar, que los bienes o valores que lo integran sean susceptibles de cuantificación económica y, en segundo lugar, que la relación del sujeto con los mismos esté protegida jurídicamente, aún cuando su asiento sea la mera apariencia jurídica. Afirma que en caso contrario, *"la exigencia de un reconocimiento de las posiciones económicas por parte de la totalidad del Ordenamiento Jurídico, a nuestro entender, nos sitúa demasiado cerca de la trasnochada concepción jurídica pura del patrimonio"*.¹⁹⁴

Los penalistas argentinos Donna y De la Fuente sostienen que en el delito de fraude, el bien protegido es el patrimonio, pero **globalmente** considerado, es decir, en su totalidad como *universitas iuris*, de modo que el delito va a perfeccionarse cuando la conducta se haya traducido en una disminución del valor económico patrimonial de la víctima. Tales autores se inclinan también por la teoría mixta, con la acotación de que *"únicamente pueden considerarse incluidos en la tutela aquellos bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el Derecho, pero que no contradigan el sistema de valores de nuestra Constitución y del orden jurídico en general"*.¹⁹⁵

En este sentido, Valle Muñiz refiere que es más coherente entender el patrimonio como conjunto o suma de bienes, aclarando su postura al referir que es evidente que el objeto material del delito sólo puede ser un elemento determinado integrante del patrimonio. Ello supone que el ataque se instrumentaliza a través de la lesión de un concreto bien o valor patrimonial, producto de la cual, obviamente, aparecerá una pérdida o disminución económica cuantificable.¹⁹⁶

Por otra parte, a decir de José Antón Oneca, el patrimonio:

¹⁹⁴ VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 87.

¹⁹⁵ DONNA y DE LA FUENTE, Op Cit, p. 45.

¹⁹⁶ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 88.

“Comprende todos los elementos materiales, valorables en dinero, del perjudicado con tal de que tengan reconocimiento por parte del Derecho, tanto los existentes de facto, como los que forman expectativas para el porvenir; o sea lo que vulgarmente se llama la fortuna de una persona, constituida por cosas muebles o inmuebles, derechos reales y personales”.¹⁹⁷

Consecuentemente, en esta noción de patrimonio deben incluirse:

- a) Las cosas, bienes y créditos con valor económico.
- b) Los derechos reales, personales e intelectuales.
- c) La posesión obtenida lícitamente.
- d) Las expectativas o ganancias futuras.¹⁹⁸

En el punto relativo a la fortuna o expectativas, el doctor Valle Muñiz acota la anterior consideración, apuntando que para admitir a las expectativas como parte del patrimonio, deben poseer una base jurídica preexistente, no futura e incierta. Consecuentemente, para este autor, *“sólo el patrimonio entendido en un sentido amplio, esto es, como la suma de relaciones jurídico-patrimoniales susceptibles de valoración económica, es apto para aglutinar en su seno los diferentes objetos jurídicos que las figuras delictivas... tutelan”*.¹⁹⁹ En nuestro país, la Doctrina predominante parece ser partidaria de esta última posición.²⁰⁰

3.2.2 El tipo subjetivo

El **tipo de injusto** (que describe la conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal y que después va a ser objeto del juicio de antijuridicidad), no se encuentra compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa, sino también debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc.). Por ello, como ya se mencionó, el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado **tipo objetivo**), como subjetiva (el llamado **tipo subjetivo**), incluyéndose en esta última el contenido de la voluntad que rige la acción. Es importante mencionar que esta vertiente subjetiva es mucho más difusa y difícil de probar,

¹⁹⁷ Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Op Cit, p. 68.

¹⁹⁸ (cfr) DONNA y DE LA FUENTE, Op Cit, pp. 45-46.

¹⁹⁹ VALLE MUÑIZ, Op Cit, pp. 83-84.

²⁰⁰ (cfr) JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, pp. 11-13; LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y PORTE PETIT MORENO, Luis O., Op Cit, p. 50; y GONZÁLEZ DE LA VEGA, Op Cit, pp. 151-152.

ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no se puede observar.²⁰¹

El tipo subjetivo admite, por ende, gradaciones entre los supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo y aquellos otros en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir; existiendo diferencias evidentes que merecen una distinta valoración. De ahí la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre tipo de injusto realizado **dolosamente** y tipo de injusto realizado **culposamente**.

A efecto de establecer la distinción entre dolo y culpa, a continuación transcribimos la cita del doctor Muñoz Conde, en las que explica las divergencias entre los mismos y que justifican el estudio por separado del tipo de injusto del delito doloso y el tipo de injusto del delito imprudente; y que motivan que en el presente trabajo únicamente se haga referencia al primero.

“... El nivel de exigencia, para la imputación objetiva de un resultado es menor en el delito doloso que en el imprudente... en todo caso, hay una diferencia fundamental entre el delito doloso e imprudente; pues en el primero siempre cabe la posibilidad de castigar la tentativa, si el resultado producido no se puede imputar; mientras que en la imprudencia si el resultado no se puede imputar objetivamente, el hecho permanece impune. Y ello explica también que aunque el desvalor del resultado sea el mismo... en el delito doloso existe siempre un mayor desvalor de acción que en el delito imprudente...”

EL delito dolo, supone, pues, una rebelión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es sólo la falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico; por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito...”²⁰²

Por otra parte, no debemos perder de vista que el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 18 refiere que *“las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”*; precepto legal que, concatenado con el contenido en el numeral 3º del mismo ordenamiento que a la

²⁰¹ (cfr) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 267.

²⁰² Ibidem, pp. 268-269.

letra reza: "*para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente*"; constituye el llamado Principio de la Prohibición de la Responsabilidad Objetiva.

Dado que el delito de fraude es, como se verá con posterioridad, doloso, en la presente investigación nos ocuparemos del análisis del **dolo**, haciendo también una breve referencia a los elementos subjetivos específicos, omitiendo el estudio de la culpa, dado que como ya vimos anteriormente, el tipo de injusto culposo presenta una estructura diferente a la del tipo de injusto doloso.

Concepto de Dolo. Para Claus Roxin, "*la realización del plan constituye la esencia del dolo: un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva*";²⁰³ definiendo así al dolo como "*el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos objetivos del tipo*"²⁰⁴

Casi todas las definiciones modernas del dolo, a partir de la teoría de la acción final, de Hans Welzel, describen al dolo en el mismo sentido, esto es, eliminando la referencia al conocimiento de la antijuridicidad; y haciendo referencia a sus elementos intelectual y volitivo.

Así, para Maurach, "*el dolo... es el querer, regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo... el dolo se presenta como la voluntad de la acción dirigida al resultado; el dolo no es más que una finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo*"²⁰⁵ y Muñoz Conde plantea un concepto que consideramos, dada su claridad y concisión, el más adecuado para referirnos al dolo, pues lo entiende simplemente como "*consciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito*".²⁰⁶

Elementos del Dolo

²⁰³ ROXIN, Claus, Derecho Penal, Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Civitas, Madrid, España, 1997, pp. 416-417.

²⁰⁴ Ibidem, p. 308.

²⁰⁵ Cit. por DAZA GÓMEZ, Op Cit, pp. 123-124.

²⁰⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 269.

a).- **Elemento intelectual o cognitivo.** Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Verbigracia: en el delito de fraude, debe saber que engaña para hacerse de un lucro indebido. Sin embargo, no es necesario, que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuridicidad o a la culpabilidad, pues el conocimiento de tales elementos puede ser necesario a otros efectos, como por ejemplo, calificar la acción como antijurídica o culpable, pero no para calificarla como típica.

Cabe hacer dos acotaciones más acerca del elemento en análisis. En primer término, el elemento intelectual del dolo se refiere a los elementos que caracterizan objetivamente a la acción típica, es decir, elementos objetivos del tipo: sujeto, acción, resultado, objeto material, relación causal o imputación objetiva, etc. Asimismo, el conocimiento del dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial; es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo; siendo también un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de tales elementos.²⁰⁷

b).- **Elemento volitivo.** Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, **querer** realizarlos. Este querer no se confunde con el deseo o con los móviles del sujeto. Muñoz Conde lo ejemplifica con el atracador que mata al cajero para apoderarse del dinero, probablemente no desea su muerte, incluso preferiría no hacerlo, pero, a pesar de ello, quiere producir la muerte en la medida en que no tiene otro camino para apoderarse del dinero. Los móviles sólo tienen significación típica en casos excepcionales, y por lo general sólo inciden en la determinación de la pena como circunstancias o atenuantes.

El elemento volitivo supone voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar. Si el autor aún no está decidido a realizar el hecho no hay dolo, bien porque el autor no quiere todavía, bien porque no puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades. De algún modo, el querer supone además el saber, ya que nadie puede querer realizar algo que no

²⁰⁷ (cfr) *Ibidem*, pp. 270-271.

conoce.²⁰⁸ Complementando lo anterior, Daza Gómez refiere que "*querer la realización del tipo es algo más que desearlo. La voluntad presupone no sólo un previo momento cognoscitivo, sino además una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo*".²⁰⁹

Clases de dolo. Según sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual o del volitivo, Muñoz Conde distingue entre **dolo directo** y **dolo eventual**. Sin embargo, otros autores, principalmente Claus Roxin, y en México, Enrique Díaz Aranda y Carlos Daza Gómez, distinguen 3 clases de dolo, siendo la diferencia sustancial en relación a la clasificación aludida en primer término, la subdivisión de dolo directo en **dolo de primer grado** o **intención** o **propósito**, y **dolo directo de segundo grado** o **dolo indirecto**.²¹⁰

a).- **Dolo Directo.** En el *dolo directo de primer grado*, el autor persigue la realización del delito. Precisamente por eso, Roxin designa también a esta clase de delito como "**intención**" o "**propósito**"²¹¹. Es indiferente en él que el autor sepa seguro o estime sólo como posible que se va a producir delito; así como que ello sea el único fin o no que mueve su actuación; el delito puede seguirse sólo como medio para otros fines, y seguirá habiendo dolo directo de primer grado.²¹² En palabras de Muñoz Conde, "*el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad)*".²¹³

En tanto, en el *dolo directo de segundo grado*, el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro (o casi seguro) que su actuación dará lugar al delito. Aquí el autor no llega a "perseguir" la comisión del delito, sino que ésta se le presenta como consecuencia necesaria (o prácticamente necesaria). Pero no bastaría un "saber" no actualizado en la consciencia del

²⁰⁸ (cfr) Ibidem, p. 271.

²⁰⁹ DAZA GÓMEZ, Op Cit, p. 126.

²¹⁰ (cfr) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, pp. 272-273; ROXIN, Claus, Op Cit, pp. 414-417 y DÍAZ ARANDA, Enrique, *Dolo, Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México*, Porrúa, México, 2004, pp. 143-146.

²¹¹ (cfr) ROXIN, Claus, Op Cit, p. 417.

²¹² (cfr) DÍAZ ARANDA, *Dolo*, Op Cit, p. 144.

²¹³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 272.

sujeto: no bastaría un saber olvidado o del que no fuera consciente el sujeto al actuar.²¹⁴

Muñoz Conde considera que en el dolo directo de segundo grado el autor no quiere directamente una de las consecuencias que va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende, incluyendo esa consecuencia en su voluntad. No obstante, las diferencias psicológicas no significan necesariamente diferencias valorativas penales, pues "*tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una consecuencia necesariamente unida a la principal que se pretendía (robar)*"²¹⁵ En este sentido, es importante mencionar que el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 18 no hace diferencia alguna entre dolo directo de primer o de segundo grado, refiriéndose únicamente a dolo directo y dolo eventual.

b).- Dolo eventual. En éste, tal y como expone Muñoz Conde, en la cita que se transcribe a continuación, cabe hablar también de dolo, aunque el querer del sujeto no esté referido directamente a ese resultado:

"En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado pero «cuenta con él», «admite su producción», «acepta el riesgo»...".²¹⁶

Con las expresiones entrecomilladas de la cita anterior, se pretende describir un complejo proceso psicológico en el que se entremezclan elementos intelectuales y volitivos, conscientes o inconscientes, de difícil reducción a un concepto unitario de dolo. Por ende, el dolo eventual constituye la frontera entre el dolo y la culpa, sobre todo con la llamada culpa consciente. Dentro de esa zona fronteriza se hace difícil determinar qué procesos psicológicos son incluíbles en una u otra forma de imputación subjetiva, pero dado el diverso tratamiento jurídica de una y otra categoría, se han formulado principalmente dos teorías para realizar tal distinción, a saber:

²¹⁴ (cfr) DÍAZ ARANDA, *Dolo*, Op Cit, p. 144.

²¹⁵ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 272.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 273.

i.- *La teoría de la probabilidad.* Parte del elemento intelectual del dolo. Dado lo difícil que es demostrar en el dolo eventual el elemento volitivo, el querer el resultado, la teoría de la probabilidad admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, siendo indiferente que admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá culpa consciente o con representación.

ii.- *La teoría de la voluntad o del consentimiento.* Atiende, por el contrario, al contenido de la voluntad. Para esta teoría no es suficiente con que el autor se plantee el resultado como de probable producción, sino que es preciso que, además se diga: «aún cuando fuere segura su producción actuaría» (fórmula de Frank). Hay, por el contrario, culpa si el autor, de haberse representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar.²¹⁷

La teoría de la probabilidad deja sin valorar una parte esencial del dolo: el elemento volitivo. Por ello, consideramos que resulta preferible la teoría de la voluntad, ya que además de tener en cuenta el elemento volitivo, delimita con mayor nitidez el dolo de la culpa. En todo caso, coincidimos con el criterio de Claus Roxin, en el sentido de que "*el dolo es «realización del plan» mientras que la imprudencia consciente es sólo «negligencia o ligereza»*".²¹⁸

Finalmente, el doctor Enrique Díaz Aranda, retomando a Claus Roxin, explica que para determinar concretamente cuando un sujeto se ha decidido por ir en contra del bien jurídico y por tanto ha actuado con dolo eventual, se toma en cuenta si adoptó las medidas necesarias para evitar el resultado lesivo y, por otra parte, si tomó en serio la posibilidad de provocar el resultado. Por tanto, si el sujeto no tomó las medidas para evitar el resultado y tomó en serio la probabilidad de lesionar el bien jurídico, entonces se decidió a ir en contra de éste y su actuar es doloso.²¹⁹

Elementos Subjetivos Específicos. Normalmente, el tipo de injusto de los delitos dolosos sólo requiere, en el ámbito subjetivo, el dolo. Sin embargo, en algunos

²¹⁷ (cfr) Idem.

²¹⁸ ROXIN, Claus, Op Cit, p. 425.

²¹⁹ (cfr) DÍAZ ARANDA, Dolo, Op Cit, p. 153.

delitos específicos se requiere, para constituir el tipo de injusto, además, la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo. Sin embargo, tales elementos no coinciden con el dolo, puesto que, a decir de Muñoz Conde, “se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito”.²²⁰ Precisamente, Enrique Díaz Aranda, nos explica con toda claridad y precisión las diferencias entre dolo y estos elementos subjetivos:

“No se debe confundir entre dolo y elementos subjetivos distintos del dolo. El dolo consiste en el conocimiento y el querer del sujeto de todas las circunstancias en las cuales está actuando, las cuales, valoradas por un jurista, se adecuan a un tipo penal; mientras que los elementos subjetivos distintos del dolo son específicos ánimos, intenciones, fines previstos en el tipo penal. Así, mientras que el dolo se encuentra presente en todos los tipos penales de la parte especial del Código Penal (sic) y de las leyes penales, los elementos subjetivos distintos del dolo sólo se encuentran previstos en muy pocos tipos”.²²¹

La importancia en estos elementos subjetivos se revela en que, si no concurren, no se da el respectivo tipo de injusto, de modo que, o se da el tipo de otro delito o el hecho queda impune por atípico. Podemos decir que la causa eficiente de tales elementos lo constituye el **Principio de Legalidad**, plasmado en los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna, así como 1º del Código Penal para el Distrito Federal y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, preceptos legales estos dos últimos, que dada su importancia se transcriben a continuación.

“Artículo 1º. (Código Penal para el Distrito Federal). (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señalare la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren legalmente establecidas en ésta”.

“Artículo 122. (Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). ...El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal...

²²⁰ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 280.

²²¹ DÍAZ ARANDA, Derecho Penal, Op Cit, p. 292.

...En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito..."

Lo anterior implica que el elemento subjetivo específico debe aparecer expresamente incorporado a la descripción típica, para que sea considerado un elemento constitutivo esencial. Ahora bien, de acuerdo al Código Penal para el Distrito Federal, comete el delito de fraude el que "*por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero*"; sin que de dicha descripción se desprenda se encuentra explicitado algún elemento subjetivo específico alguno; contrariamente a lo que sucede en los Códigos punitivos alemán, suizo y español, y en forma específica, en el caso de éste último, en su numeral 248. 1, se indica que "*cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*". Es decir, en el ordenamiento hispano si se hace referencia al elemento subjetivo distinto del dolo, "ánimo de lucro", en tanto que en el ordenamiento mexicano no, y por ende, en base al Principio de Legalidad, parecería a primera vista que de acuerdo con nuestro Derecho Positivo, no se requiere el mismo.

Ello no obsta para que nos aboquemos al análisis —del cual se han ocupado la Doctrina y la Jurisprudencia— respecto de si, a pesar de que el ánimo de lucro no se encuentre explícito en nuestro Código Penal, **si se encuentra implícito en la voluntad del defraudador**. En este sentido, en la Doctrina extranjera, el Dr. José Antón Oneca, en su interesante monografía acerca de la Estafa, escrita en el año 1982 —es decir, un año antes de que se introdujera como elemento subjetivo específico de la estafa el ánimo de lucro en España—, consideraba que "*además del dolo general, es necesaria en la estafa el ánimo de lucro injusto para el mismo engañador o para otra persona... Este requisito no está explícito en el Código español, debiendo ser supuesta su inclusión en el verbo defraudar empleado en estas figuras de delito. A causa de tal elemento específico, la estafa no se puede dar por imprudencia*".²²²

²²² Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Op Cit, p. 70.

Ahora bien, la Doctrina nacional es coincidente unánimemente en el sentido de que el delito de fraude, requiere además del dolo directo, la existencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de lucro: así lo expresan López Betancourt y Porte Petit en su obra "El Delito de Fraude".²²³ Zamora Pierce considera que no basta, en el fraude, la presencia del dolo genérico, pues el Derecho exige un fin determinado, una meta precisa, un dolo específico (*sic*) en la voluntad del estafador, que es el ánimo de lucro, o sea el propósito de obtener un provecho económico; y apoyándose en Carrara, pasa a explicar su postura en los siguientes términos:

"Carrara afirmaba que, no existiendo el fin de lucro, falta la agresión patrimonial, que es indispensable para ese delito, pues un fraude puede urdirse con fines de injuria, para poner a otro en ridículo, o para difamar a una mujer, haciéndola pasar como deshonesto; y puede urdirse con fines sexuales, con el fin de liberar a un preso o de llevar a término una conjuración. Pero en todos esos casos, y en otros semejantes, la inexistencia del fin de lucro impide que pueda pensarse, ni por un instante, en el delito de fraude".²²⁴

Por su parte, Jiménez Huerta considera que un elemento finalístico está ínsito en la conducta engañosa constitutiva del delito de fraude. Dicho elemento, aunque aparentemente soterrado en la descripción típica del delito, aflora en la frase "*se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido*", pues aunque dicha expresión refleja el desplazamiento patrimonial cosustancial al delito, *sub intelligenda*, denuncia también la finalidad o tendencia interna que ha de presidir la conducta desde su inicio hasta que cerrando el círculo ejecutivo, a través del desplazamiento y del perjuicio, se materializa en la ventaja patrimonial. Por ende, de acuerdo al autor de referencia, "*hacerse de una cosa o alcanzar un lucro o, de otra manera dicho, obtener una ventaja patrimonial, constituye el fin de la conducta*".²²⁵

Incluso, la Doctrina argentina, en cuyo país la descripción típica de la estafa tampoco señala explícitamente el elemento subjetivo específico del ánimo de lucro (artículo 172 del Código penal argentino), parece convenir en la necesidad acreditar, junto con el dolo, dicho ánimo, para la configuración del delito en

²²³ (cfr) LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y PORTE PETIT MORENO, Luis O., Op Cit, pp. 56-57.

²²⁴ ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 76.

²²⁵ JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 192.

comento, puesto que *"partiendo de un concepto de dolo como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, en el caso de la estafa, se exige que el autor conozca y tenga la voluntad de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial, obrando además con una motivación especial que es el ánimo de lucro"*.²²⁶

Valle Muñiz considera que el ánimo de lucro en la estafa es esencial para afirmar la tipicidad y su ausencia conllevaría la atipicidad de la conducta, lo que no implica su licitud. Ello es válido por lo menos en el ordenamiento español. Continúa refiriendo que unas maniobras engañosas en el seno de una determinada relación contractual sin ánimo de lucro (con propósito, por ejemplo, de ridiculizar a la otra parte), no serán, ciertamente, constitutivas de estafa, pero semejante comportamiento será objeto de calificación como ilícito civil y, en consecuencia, la parte dañada podrá interponer la acción de anulabilidad del vínculo y, en su caso, exigir el resarcimiento por daños y perjuicios.²²⁷

El autor aludido señala, por tanto, que *"el lucro ha de definirse como la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico"*;²²⁸ por lo cual, continúa, el lucro debe ser contrapartida del daño patrimonial, y por ende, resulta evidente la connotación económica que el lucro debe de presentar, cuestión que expresa en los siguientes términos:

"Así pues, la conducta del sujeto agente en el delito de estafa debe estar presidida por el propósito de obtener un beneficio que, por ser la consecuencia directa (contrapartida) del perjuicio patrimonial, se configura como económicamente valorable".²²⁹

El ánimo de lucro imprescindible en el tipo en comentario, no debe confundirse con los motivos o intenciones del autor, puesto que la obtención del beneficio no tiene que haber sido el único fin ni el fin fundamentalmente perseguido, basta más que nada con que *"el beneficio fuese perseguido por el autor como fin necesario para otra finalidad subyacente"*.²³⁰

²²⁶ DONNA y DE LA FUENTE, Op Cit, p. 90.

²²⁷ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 275.

²²⁸ Ibidem, p. 277.

²²⁹ Idem.

²³⁰ Idem.

Es importante mencionar que la vinculación del lucro con el perjuicio patrimonial permite que la ausencia de ese ánimo no sea obstáculo para apreciar, en su caso, un ilícito civil; puesto que, del contenido del artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal, no se desprende que el daño patrimonial sea un elemento configurador del dolo civil, y por ende, el elemento "lucro" y el ánimo referido a él, devienen en absolutamente indiferentes para la existencia del ilícito civil, dado que el fundamento de la anulabilidad del vínculo no es el perjuicio ni el lucro perseguido, sino los obstáculos para la libre formación de la voluntad contractual.

Consecuentemente, estimamos al igual que los autores de referencia, que efectivamente el "ánimo de lucro" se encuentra implícito en el desplazamiento patrimonial cosustancial al delito e implica la finalidad o tendencia interna que ha de presidir la conducta desde su inicio hasta que cerrando el círculo ejecutivo, a través del desplazamiento y del perjuicio, se materializa en la ventaja patrimonial; y resulta sumamente esclarecedor para comprender la naturaleza del delito de fraude.

Por los motivos apuntados, resultaría conveniente su inclusión como elemento subjetivo específico dentro de la descripción típica plasmada en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, puesto que, como elemento esencial del delito de fraude, asume una función delimitadora, no sólo en relación a otras figuras delictivas, sino, y sobre todo, con el denominado fraude civil.

3.2.2.1 El dolo en el delito de fraude

El Dr. José Antón Oneca considera que *"el dolo en la estafa consiste en la consciencia y voluntad de engañar a alguien, causando un perjuicio patrimonial al engañado o a otra persona"*.²³¹ En el mismo sentido, Valle Muñoz refiere que *"el dolo en la estafa debe comprender la representación y voluntad de la realización del tipo objetivo. Así este elemento subjetivo se proyecta sobre la conducta engañosa, el error del engañado, la disposición patrimonial y el perjuicio, imprescindibles para la obtención del lucro deseado"*.²³²

²³¹ Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Op Cit, p. 70.

²³² VALLE MUÑOZ, Op Cit, pp. 261-262.

Habida cuenta de las divergencias existentes entre el delito de estafa español y el de fraude mexicano, agregaríamos a la anteriores citas, que el dolo en el fraude debe comprender, efectivamente, la representación y voluntad de la realización del tipo objetivo; y que este elemento subjetivo se proyecta sobre la conducta engañosa (el engaño o aprovechamiento del error), el propio error en que se hace incurrir al pasivo, la disposición patrimonial y el perjuicio, imprescindibles para la obtención del lucro deseado.

En el caso del fraude por engaño, el agente es consciente y quiere engañar por medio de manifestaciones falsas (la creencia en la veracidad de las mismas excluye, por tanto, el dolo, tal y como se ampliará más adelante). Asimismo, debe representarse el fruto ineluctable de su conducta, esto es, la inducción al desprendimiento patrimonial (fruto del error provocado) y el consiguiente perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo. Ello implica, por tanto, el dominio en la provocación del resultado en condiciones de imputación objetiva.

Caso similar ocurre con el fraude por aprovechamiento del error, en el cual el agente se abstiene de hacer saber al pasivo la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para su finalidad dolosa, para llegar al resultado antijurídico; es decir, el agente sólo se vale de esa situación para lograr el fin que de antemano se propuso, tal y como se desprende de los criterios jurisprudenciales contenidos en las tesis que se enuncian a continuación:

DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO. PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO.

Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo un resultado típico que previó confiando en que

no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la consciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. I.2o.P.48 P. Amparo directo 582/2000. 15 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Estrever Escamilla. Secretario: Alfonso Pérez Daza. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIV, Octubre de 2001. Pág. 1118. Tesis Aislada.

FRAUDE. CONCEPTOS DE ENGAÑO Y ERROR COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO. El fraude es un delito material por requerir un resultado de la misma índole (la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurren en ella, así como la obtención de un lucro o un beneficio indebido), con independencia de los medios comisivos, engaños o aprovechamiento del error, entendiéndose el primero como la actividad mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción, o sea una acción falaz positiva para lograr la obtención de la cosa o el logro de un beneficio indebido; en el aprovechamiento del error, no es necesario en todo caso, una actividad del sujeto activo, quien se aprovecha de la falsa concepción que una persona tiene sobre un hecho cualquiera para llegar al resultado antijurídico, y a diferencia del engaño que constituye el medio comisivo para provocar el error, en el aprovechamiento de éste que existe con anterioridad, el agente sólo se vale de esa situación para lograr el fin que de antemano se propuso, ya que en estas circunstancias el activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima, sino únicamente se abstiene de hacer saber al pasivo la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para su finalidad dolosa.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. T.C. Amparo en revisión 234/89. Horacio Ruiz Samayoá. 5 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: Jorge Farrera Villalobos. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo V Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990. Pág. 578. Tesis Aislada.²³³

Debe decirse que existe acuerdo en la Doctrina y Jurisprudencia sobre la imposibilidad de comisión culposa del delito de fraude: a).- El primer argumento a favor de dicha opinión es la estructura marcadamente intencional del delito de fraude, puesto que nos encontramos ante un delito que indudablemente exige la presencia del dolo; b).- En segundo término, el ánimo de lucro que debe presidir la acción del sujeto, carecería de sentido lógico si éste no conociera y quisiera la provocación de un perjuicio a través de la inducción errónea a la realización de

²³³ Disco Óptico: Jurisconsulta SCJN. *Con Legislación Federal*, Op Cit.

un acto de disposición patrimonial; c).- Desde la perspectiva político-criminal, tampoco es aceptable la comisión culposa, puesto que la causación no intencional de un perjuicio en un patrimonio ajeno, puede encontrar adecuada respuesta en el ámbito del Derecho Civil, evitándose así la transgresión del principio de mínima intervención a que está sujeto el Derecho Penal; y d).- Ni el dolo ni el ánimo de lucro se pueden presumir *iuris tantum*.²³⁴

Error de tipo. Sentado que el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto, cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo [artículo 29 fracción VIII inciso a) del Código Penal]. Por eso se le llama *error de tipo*, pues el error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuridicidad o culpabilidad), carece de relevancia para efectos de tipicidad.

El error de tipo, igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse por tanto, a cualquier de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una valoración paralela en la esfera del profano para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo.²³⁵

Zamora Pierce, toma del jurista francés Lambert, el ejemplo de diversas sentencias dictadas por los tribunales franceses, en el caso de curanderos acusados de fraude, llegando a la conclusión de que la buena o mala fe de éstos es esencial en este tipo de casos, puesto que si el activo creía en la eficacia de sus procedimientos, en su quimérico poder, si consideraba que la suma que le entregaba su consultante era la justa remuneración por el servicio que estaba convencido de prestarle, entonces sus maniobras, por estúpidas y estériles que puedan ser, por ser ejecutadas de buena fe, no son maniobras fraudulentas. La diferencia, por tanto, estriba en que, en tanto algunos creen sinceramente en el valor de sus prácticas más o menos misteriosas, otros son conscientemente

²³⁴ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, pp. 262-263.

²³⁵ (cfr) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 277.

charlatanes; agregando que ello es aplicable respecto a cualquier otro acusado de fraude, en los siguientes términos:

“Para tipificar el delito de estafa es absolutamente indispensable que haya abuso de credulidad, lo cual no puede ocurrir sino cuando se prueba que el acusado sabía que engañaba con sus promesas y con las esperanzas que creaba, y que aquellos con quienes trataba ignoraban que su adversario les hacía falsas promesas, les hablaba de falsas empresas y les provocaba esperanzas quiméricas; pues no abusamos de la credulidad de una persona cuando creemos ciertos los hechos que le afirmamos”.²³⁶

En todo caso, y como consecuencia de lo antes expuesto, podemos considerar que, en tratándose de un error de tipo invencible, sobre la naturaleza de la acción o la relación de causalidad, o de manera general, sobre cualquier elemento objetivo de la descripción típica, se excluirá el delito; siendo importante mencionar, que en tratándose de un error vencible, se excluye el dolo, en términos del artículo 83 del Código Penal para el Distrito Federal, y tomando en consideración que el tipo de injusto del fraude es eminentemente doloso, consecuentemente no se configuraría el mismo, pues nos encontramos ante la **atipicidad de la conducta**, teniendo en consecuencia únicamente un hecho de carácter civil, dando lugar a las acciones de inexistencia o nulidad correspondientes, ya se trate de error-obstáculo, error-nulidad, o bien, error-indiferente. Consecuentemente, en la especie nos encontramos una vez más en la frontera que delimita al delito de fraude y al fraude civil.

El fraude como delito de dolo directo: rechazo de la comisión por dolo eventual. Finalmente, y una vez que hemos dejado sentada la naturaleza eminente dolosa del tipo de injusto del fraude; sólo nos resta indagar acerca de la clase de dolo que acepta el delito de fraude: directo o bien eventual. En este sentido es importante mencionar que no existe un criterio uniforme en la Doctrina, si bien consideramos que la tendencia que imponen las posiciones más novedosas, misma que sostenemos, es de considerar al dolo en el delito de fraude como directo, sin admitir el dolo eventual en dicho delito.

i).- Abundando respecto del dolo directo, Claus Roxin indica que existe intención, *“cuando lo que le importa al sujeto es el resultado que persigue... aún cuando la producción del resultado no se represente como segura, sino sólo como*

²³⁶ DÍAZ ARANDA, Derecho Penal, Op Cit, p. 292.

posible".²³⁷ No obstante lo anterior, y siempre de acuerdo con el precitado autor, la representación de la posibilidad ha de alcanzar el grado que haga posible un riesgo jurídicamente relevante y por tanto, una imputación del resultado.

Cabe mencionar que cuando se exige una intención, ésta sólo abarcará el correspondiente resultado y no además las circunstancias que legalmente lo acompañan (es decir, la antijuridicidad). Por ende, en el caso del delito de fraude, sólo debe ser intencionado el lucro o la obtención de la cosa. De esta guisa, Roxin aclara que la intención no debe significar el motivo, la finalidad última del sujeto, sino que la intención típica concurre aún cuando el resultado perseguido sirva para la consecución de ulteriores fines de otra índole del sujeto.

"Así, existe ánimo o intención de lucro o enriquecimiento antijurídico y por tanto también estafa, aún cuando al sujeto, en su producción de un perjuicio patrimonial mediante engaño y en su enriquecimiento, no le importe en última instancia la ventaja patrimonial, sino la satisfacción de su ambición profesional o la lucha contra el capitalismo".²³⁸

Se puede decir, en consecuencia, que los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales, aún cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa. Por otro lado, los resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino sólo posible o probable han de considerarse a lo sumo producidos con dolo eventual.

En el caso concreto del fraude, delito de resultado material, encontramos que el resultado debe ser siempre conscientemente causado y deseado, puesto que la finalidad o tendencia interna que ha de presidir la conducta del agente activo del delito, desde su inicio es la de hacerse una cosa o alcanzar un lucro, hasta que cerrando el círculo ejecutivo, a través del desplazamiento y del perjuicio, se materializa en la ventaja patrimonial.

ii).- En segundo lugar, la existencia del **ánimo de lucro** (que se encuentra implícito en el desplazamiento patrimonial cosustancial al delito de fraude, y

²³⁷ ROXIN, Claus, Op Cit, p. 418.

²³⁸ Ibidem, pp. 418-419.

que implica la finalidad o tendencia interna que ha de presidir la conducta desde su inicio hasta la conclusión de su ejecución, a través del desplazamiento y del perjuicio, y que se materializa en la ventaja patrimonial), en el fraude, es uno de los argumentos que sustentan la inviabilidad del dolo eventual.²³⁹

En este sentido, Claus Roxin sostiene lo siguiente:

“En el primer grupo [de delitos]... el ánimo o intención de lucro o de apropiación es constitutivo de la clase de delitos que con él requiere más que un perjuicio ajeno consciente e incluso intencional. No comete aún estafa quien perjudica a otro mediante engaño (v.gr. para enfadarle), sino sólo quien lo hace con el ánimo o intención de lucro o enriquecimiento antijurídico. La estafa no es por tanto un caso de perjuicio patrimonial artero, sino un delito de enriquecimiento. Pero, si la figura de delito está decisivamente marcada por el ánimo o intención de lucro, parece consecuente rechazar este último cuando el lucro o enriquecimiento se le impone sólo contra su deseo y su voluntad al sujeto, que actúa por otra motivación”.²⁴⁰

Por su parte, Conde-Pumpido Ferreiro, considera que *“la admisión de dolo eventual es incompatible con la exigencia de ánimo de lucro, pues éste sólo es real cuando el sujeto es realmente consciente de su actitud engañosa y pretende obtener un enriquecimiento injustificado”*.²⁴¹ Asimismo, González Rus, refiere que *“el paralelismo entre la estafa y la inducción corrobora el criterio, haciendo que el engaño haya de ser directo, lo que excluye el dolo eventual”*.²⁴²

iii).- José Manuel Valle Muñiz aduce que un Derecho Penal anclado en los postulados político-criminales derivados de un Estado social y democrático de Derecho debe rechazar rotundamente las dosis de inseguridad jurídica que introduce la presunción del injusto doloso eventual, puesto que la admisión del dolo eventual empañaría considerablemente la delimitación de dicho delito con el fraude civil, en atención a las siguientes consideraciones:

“Por su parte, la principal componente subjetiva del delito de estafa, esto es, el dolo, se configura, tal como nosotros lo entendemos, como el conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo. Y, entonces, deberá comprender no sólo los medios sino también el

²³⁹ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, pp. 264-265.

²⁴⁰ ROXIN, Claus, Op Cit, p. 420.

²⁴¹ Cit. por DONNA y DE LA FUENTE, Op Cit, p. 90-91.

²⁴² Cit. por Ibidem, p. 91.

resultado, no sólo la puesta en peligro sino también la lesión del bien jurídico, no sólo el engaño, sino también el daño o perjuicio patrimonial. De esta forma, tenemos que lo subjetivo del fraude civil y de la estafa (dejando ahora de lado el ánimo de lucro) se diferencia por su diverso alcance: el vicio del consentimiento en uno y el perjuicio ajeno en la otra.

Respecto a la finalidad, así como el dolo civil es una asechancia al consentimiento, el dolo criminal es una asechancia al patrimonio ajeno, de tal forma que lo que se pretende de éste, es el perjuicio fraudulento mediante el engaño, mientras que en el civil se persigue alguna ventaja en las contraprestaciones recíprocas".²⁴³

De esta guisa, la admisión del dolo eventual sólo serviría para incriminar a título de fraude, **ilícitos civiles en los que falte la voluntad de ocasionar un perjuicio patrimonial**, sin que la protección civil de la libre formación de la voluntad contractual necesite la ayuda de instituciones penales que, como el dolo eventual, sembrarían en la especie incertidumbre jurídica.²⁴⁴

Por su parte, los penalistas argentinos Donna y De la Fuente justifican la imposibilidad de dolo eventual en el delito de estafa, en los siguientes términos:

"El delito exige el dolo directo y no admite el eventual. La estructura del tipo es marcadamente intencional, el agente es consciente y quiere engañar por medio de manifestaciones falsas, representándose el resultado de su conducta, y obrando con la finalidad especial de obtener un lucro indebido.

Si bien en el dolo eventual el autor también se decide contra el bien jurídico protegido por el tipo, no obra "queriendo" causar el resultado, sino que más bien se representa seriamente su posible producción, y se resigna o conforma con esa eventualidad. Esto parece incompatible con la idea misma de la defraudación, que exige el despliegue de un ardid o engaño destinado a perjudicar a la víctima y al logro de una ventaja patrimonial".²⁴⁵

Como ya se señaló, una buena parte de la Doctrina, con penalistas de la talla de Claus Roxin, González Rus, Valle Muñiz, Donna y De la Fuente y en nuestro país, Eduardo López Betancourt, Zamora Pierce, Porte Petit y Jiménez Huerta

²⁴³ VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 272.

²⁴⁴ (cfr) Ibidem, p. 273.

²⁴⁵ DONNA y DE LA FUENTE, Op Cit, p. 90.

consideran inadmisibles el dolo eventual en el delito de fraude,²⁴⁶ considerando nosotros que precisamente el rechazo de la comisión del delito de fraude por dolo eventual y su confirmación como delito de dolo directo, es uno de los instrumentos más importantes para diferenciar al delito de fraude del ilícito civil.

Atipicidad. Cuando falta alguno de los elementos que conforman los tipos objetivo y subjetivo del delito de fraude, estamos ante el aspecto negativo de la tipicidad, denominado atipicidad. Al efecto, Pavón Vasconcelos, siguiendo a Zamora Pierce, considera que puede darse ausencia de adecuación típica en el fraude en 3 casos, a saber:

- a) *La falta de calidad en el objeto.*
- b) *La falta del medio exigido por la ley.* En la especie, el engaño o el aprovechamiento del error. Refiere asimismo que el engaño no es relevante si es posterior el acto de disposición patrimonial, pues en tal hipótesis no puede ser su causa.
- c) *La falta de elementos subjetivos del injusto.* El autor referido señala entre los elementos subjetivos del injusto de fraude, el ánimo de lucro. Sin embargo, en consonancia con lo revisado, nosotros debemos agregar el dolo, elemento subjetivo genérico del delito de fraude.²⁴⁷

No obstante lo anterior, nosotros consideramos la clasificación antes vertida, muy limitativa y por ende, debemos enfatizar que ante la falta de cualquiera de los elementos que conforman el tipo penal de fraude, nos encontramos ante una conducta atípica, que no tiene relevancia en el ámbito penal, si bien lo puede tener en el ámbito civil. Tal consideración resulta sumamente importante para los efectos de la presente investigación, habida cuenta de que la hipótesis que se sostiene es precisamente, que a nivel de tipicidad, se diferencia principalmente al fraude penal del civil.

3.3 Antijuridicidad

²⁴⁶ (cfr) Idem; VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 274; LÓPEZ BETANCOURT y PORTE PETIT MORENO, Op Cit, pp. 73-75; ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 77; y JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 192.

²⁴⁷ (cfr) PAVÓN VASCONCELOS, Op Cit, pp. 267-268.

Una vez tipificado el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, el siguiente paso es la determinación de la Antijuridicidad, es decir, "*la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto e ilícito*".²⁴⁸

El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del Ordenamiento jurídico. Cabe mencionar que no es un concepto específico del Derecho Penal, sino un concepto unitario, válido para todo el Ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo. El Derecho Penal no crea la antijuridicidad, sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena.²⁴⁹

En la práctica, la función del juicio de antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación. Tal juicio descansa siempre en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (*desvalor de resultado*) producida por una acción también desvalorada (*desvalor de acción*).

Antijuridicidad formal y Antijuridicidad material. Según Muñoz Conde, la primera consiste en la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico; en tanto que la segunda se refleja en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger, constituyendo ésta última la esencia de la antijuridicidad. Cabe mencionar que dicha ofensa al bien jurídico, puede consistir en una lesión o en un peligro, tal y como queda plasmado en el artículo 4º del Código Penal para el Distrito Federal.

"La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material.

El peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda

²⁴⁸ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 303.

²⁴⁹ (cfr) Idem.

ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca”.²⁵⁰

Ahora bien, en Derecho Penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, por cuanto el tipo constituye la materia de prohibición. Sin embargo, en algunos casos concretos, el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. En tales casos, el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuada por la presencia de una causa de justificación, o causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico.

Tales causas de justificación, en términos del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, son las siguientes:

“**Artículo 29. (Causas de exclusión).** El delito se excluye cuando:

...III. (**Consentimiento del titular**). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

IV. (**Legítima Defensa**). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no media provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente, el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

²⁵⁰ Ibidem, pp. 305-306.

V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo...”

En relación al fraude, casi todos los autores coinciden en que las causas de justificación que no se pueden presentar en dicho delito, son la legítima defensa, así como el consentimiento del titular del bien jurídico protegido. En relación a la primera, encontramos más que imposible que a través del engaño se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, y menos aún que exista necesidad de una conducta engañosa tendiente a la obtención de un lucro, como defensa empleada por parte del agredido o de su defensor. En cuanto al consentimiento del titular del bien jurídico en el fraude, encontramos que éste es un consentimiento viciado, y por ende, no puede impedir el nacimiento de la antijuridicidad, en términos del inciso c) fracción III del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por ende, respecto de las causas que pueden funcionar en el delito de fraude, Francisco Pavón Vasconcelos considera las siguientes:

- a) El estado de necesidad;
- b) El Ejercicio de un derecho; y
- c) El cumplimiento de un deber.²⁵¹

Las posibilidades de la presencia de tales causas de justificación se hacen patentes si se considera que en las mismas el sujeto persigue un fin lícito. En el *estado de necesidad justificante*, tal fin no es sino la superación del estado de peligro, sacrificando el bien menor (patrimonio ajeno) para salvar el mayor (la vida o la integridad corporal). Un ejemplo lo encontramos en la célebre novela “Los Miserables” de Víctor Hugo, en la cual el protagonista, Juan Valjean roba un pan para poder sobrevivir, siendo injustamente castigado por ello. Antón Oneca

²⁵¹ (cfr) PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Delitos contra el Patrimonio, Porrúa, 9ª edición, México, 1999, p. 273.

menciona que en algunas ocasiones la insolvencia fraudulenta de quienes comen sin pagar o viajan sin billete o boleto podría quedar amparada bajo esta causa de justificación.²⁵²

Pavón Vasconcelos considera que el **ejercicio de un derecho** puede darse en el fraude, *"al recuperar, por ejemplo, la cosa propia que está en poder de otro, usando del engaño"*.²⁵³ En el mismo sentido, Jiménez Huerta considera que *"no es antijurídica la conducta que persigue o logra obtener la cosa o alcanzar el lucro en una forma que por no ser desaprobada por la comunidad, no ofende sus ideales valorativos, como, por ejemplo, acontece en toda aquella que se basa en una pretensión jurídicamente fundada. No comete, por tanto, fraude el que se vale de un medio engañoso con el fin de obtener el pago de una cantidad que le es debida"*.²⁵⁴

Coincidimos, en principio con lo que refiere el último autor en el sentido de que no será antijurídica la conducta que busca alcanzar un lucro en una forma que no es desaprobada por la comunidad, aunque nosotros aclararíamos, en una forma que no es contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, diferimos en relación a los ejemplos que ambos autores manejan, puesto que consideramos que en dichas situaciones no se elimina la antijuridicidad; puesto que la conducta si es ilícita, dado que como refiere atinadamente Muñoz Conde, *"cualquier tipo de realización del propio derecho, ejercitado fuera de los cauces legales, es antijurídico"*,²⁵⁵ cuestión que se encuentra plasmada en el Artículo 17 Constitucional, en el que se establece que ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar un derecho; así como por el tipo penal de ejercicio ilegal del propio derecho contenido en el artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal; de donde se desprende que cualquier acto de "tomarse la justicia por su propia mano" (esto es, sin ocurrir ante las vías institucionales que el ordenamiento jurídico deja expeditas para reclamar dicho derecho), es **antijurídico** y no puede dar lugar a ningún tipo de causa de justificación, salvo que se den los presupuestos de la legítima defensa o del estado de necesidad.

²⁵² Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Op Cit, p. 85.

²⁵³ PAVÓN VASCONCELOS, Op Cit, p. 273.

²⁵⁴ JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 192.

²⁵⁵ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 346.

Ahora bien, tampoco consideramos que los ejemplos mencionados por los penalistas mexicanos aludidos sean constitutivos del delito de fraude, por la sencilla razón de que en la especie, lo que se excluye es la tipicidad, puesto que la conducta del sujeto que recupera una cosa propia o busca obtener el pago de una cosa que le es debida, mediante engaños, queda siempre fuera del fraude por la ausencia del propósito de enriquecimiento ilícito o de ventaja patrimonial, implícito en el tipo de injusto del fraude.

Sin embargo, el ejercicio de un derecho será susceptible de presentarse en el fraude, como causa de justificación que elimina la antijuridicidad, siempre y cuando el derecho sea ejercitado dentro de los cauces que el orden jurídico señala; de ahí la dificultad que se presenta. Caso análogo acontece en el **cumplimiento de un deber**, en el cual la ilicitud puede emanar directamente de un precepto legal que justifica la acción u omisión del agente, aunque normalmente se deriva de un mandato de autoridad que se apoya en la ley. Un ejemplo que viene a nuestra mente, es la del Actuario Ejecutor comisionado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que dentro del procedimiento administrativo de ejecución, mediante engaños, obtiene una cosa mueble, sobre la que traba formal embargo a favor de su representada y posiblemente sustraerla de su esfera jurídica patrimonial. Sin embargo, aún en dicho caso, existe dificultad para considerar que la no configuración del fraude encuentra su fundamento en una causa de justificación, dado que una vez más, no concurren en dicho caso un lucro "indebido", y por ende, se eliminaría la tipicidad, sin entrar al estudio de la antijuridicidad; por lo que estimamos que para las dos hipótesis mencionadas se hace sumamente complicado que se configuren en el fraude.

3.4 Culpabilidad

La comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho, pues existen casos en que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal, en virtud de la tercera categoría en la Teoría General del Delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena, a saber: la culpabilidad, cuya función consiste, de acuerdo con el doctor Muñoz

Conde precisamente en "*acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena*".²⁵⁶

Los elementos específicos de la culpabilidad, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución que implica son los siguientes:

a).- **La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.** Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.). Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.

b).- **El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.** La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Así, si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tienen ninguna razón para abstenerse de su realización, y por ende, la norma no puede atribuírsele a título de culpabilidad.

c).- **La exigibilidad de un comportamiento distinto.** Normalmente el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. Sin embargo, el Derecho no puede exigir comportamientos heroicos, pues toda norma tienen su ámbito de exigencia, fuera de la cual no puede exigirse responsabilidad alguna.²⁵⁷

Finalmente, deben tenerse en cuenta algunos elementos específicos que aparecen en ciertos tipos de delitos. Estos elementos no sólo fundamentan o agravan el tipo de injusto de un determinado delito, sino que a veces reflejan también una mayor culpabilidad en el autor del delito. Estos elementos, objetiva y subjetivamente configurados constituyen el llamado **tipo de culpabilidad**.

Las causas de exclusión de la Culpabilidad son las siguientes:

²⁵⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 357.

²⁵⁷ (cfr) Ibidem, pp. 366-367.

Inimputabilidad. Podríamos considerar 3 causas: la minoría de edad, así como los trastornos mentales permanentes o transitorios, tal y como se desprende de los siguientes preceptos legales:

“**Artículo 12. (Validez personal y edad penal).** Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad.

Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...VII. **(Inimputabilidad y acción libre en su causa).** Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentra considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código...”

En relación al **menor de edad**, se considera que no se le puede realizar el juicio de reproche penal, puesto que carece de una capacidad psíquica para comprender el hecho y su trascendencia. En todo caso, le serán aplicables las disposiciones legales relativas a la justicia para menores y adolescentes. Asimismo, quien sufre de **deficiencias mentales permanentes o transitorias** no podrá considerarse como imputable dado que no tiene la capacidad psíquica para comprender la trascendencia de sus actos. Atento a lo anterior, quien sufre de deficiencias mentales permanentes o transitorias no podrá considerarse como imputable dado que no tiene la capacidad psíquica para comprender la trascendencia de sus actos.

De acuerdo con Díaz Aranda, el trastorno mental permanente puede tener diferente grados, y ello debe ser valorado por un perito, a efecto de establecer el grado de afectación y así se pueda determinar si su inimputabilidad se excluye por completo o sólo se atenúa, en términos del artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal. Asimismo, en cuanto a los trastornos mentales temporales, éstos deben haber sido provocados por causas ajenas a la voluntad del sujeto,

puesto que si el decidió colocarse libremente en la situación de inimputabilidad, en tal caso ni se excluye ni se atenúa su culpabilidad.²⁵⁸

No exigibilidad de otra conducta. El ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia susceptibles de ser cumplidos por cualquier persona. Sin embargo, más allá de dicha exigibilidad, el ordenamiento no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos; refiriéndose por ende, a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, pues ello comportaría un excesivo sacrificio para él; entrando también el concepto de «miedo insuperable», que manejan la doctrina y la jurisprudencia.

“**Artículo 29 (Causas de exclusión).** El delito se excluye cuando:

...IX. (**Inexigibilidad de otra conducta**). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho”.

Estado de necesidad exculpante o disculpante. Previsto en la fracción V del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados del mismo valor, que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro.

Error de prohibición. El sujeto actúa bajo un error de prohibición cuando cree erróneamente que su conducta es lícita (*error de prohibición directo*) o que se encuentra amparada por una causa de justificación (*error de prohibición indirecto*).

“**Artículo 29 (Causas de exclusión).** El delito se excluye cuando:

...VIII. (**Error de tipo y error de prohibición**). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

²⁵⁸ (cfr) DÍAZ ARANDA, Derecho Penal, Op Cit, pp. 378-382.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código”.

Únicamente el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, puesto que el vencible sólo atenúa la pena, en términos del numeral 83 del ordenamiento penal citado. De acuerdo con Díaz Aranda, “ *el error de prohibición puede ser vencible, cuando con un mínimo de cuidado el sujeto habría podido conocer sobre la licitud de la conducta, y será invencible cuando no es posible exigirle ese conocimiento*”.²⁵⁹

Ahora bien, en el caso específico del fraude, efectivamente pueden presentarse algunas causas de exclusión de la culpabilidad. No se discute la posibilidad de que el activo del delito sea inimputable, por minoría de edad; en tanto que en relación a quien padece trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, deberá ser valorado pericialmente, a efecto de determinar si tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico o de conducirse de acuerdo con esa comprensión; máxime en el fraude, que la conducta engañosa que se requiere desplegar, requiere de una adecuada y alta capacidad de comprensión.

Asimismo, en cuanto al error de prohibición, estimamos que es prácticamente imposible que se dé el directo, puesto que el tipo penal de fraude ya lleva inmerso el propósito de obtención de una ventaja patrimonial, en tanto que posiblemente puede configurarse el error de prohibición indirecto. Situación similar acontece en el caso del estado de necesidad disculpante, puesto que el interés jurídicamente tutelado que se sacrificaría, así como el que se buscaría salvaguardar, por medio de una conducta engañosa, sería el patrimonio. Finalmente, en el caso de dicha causa, así como de no exigibilidad de otra conducta, Díaz Aranda pone como ejemplo el caso de un ejidatario coacusado de la comisión del delito de fraude, junto con un almacenista de las bodegas rurales de la desaparecida Conasupo, S.A. de C.V., quien lo amenazó con no comprarle maíz, si no prestaba a los pagadores de Conasupo, dos comprobantes falsos de ventas de maíz, en cuyo caso no se le podía exigir al campesino que denunciara al empleado, a quien veía como autoridad, dada su carencia de educación y su temor de que sufriera represalias.²⁶⁰

²⁵⁹ Ibidem, p.390.

²⁶⁰ Ibidem, pp. 387-388.

3.5 Consumación y tentativa

Para llegar a su consumación, el hecho punible doloso, recorre un camino más o menos largo (el llamado *iter criminis*), que va desde que surge la decisión de cometerlo hasta la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión, pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico. Muñoz Conde refiere que generalmente, en los tipos delictivos de los delitos de resultado, la consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo.²⁶¹

De esta guisa, el artículo 17 del Código Penal para el Distrito Federal preceptúa lo siguiente:

“Artículo 17. (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:
I. **Instantáneo:** cuando la consumación se gota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;
II. **Permanente o continuo:** cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y
III. **Continuado:** cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo legal”.

Ahora bien, para determinar el momento en que se consuma el fraude, debemos, imperativamente, atender el texto de la ley. El doctor Antón Oneca refiere que la Doctrina alemana, interpretando la descripción típica de la estafa en el Código de ese país, pone el momento de la consumación en la realización del perjuicio, puesto que el tipo penal fija el resultado en el daño al patrimonio, en tanto que el provecho del delincuente o de un tercero queda referido a la intención del sujeto activo. Por el contrario, los penalistas italianos consideran que la consumación no se verifica hasta que tenga lugar el injusto provecho procurado con el daño de otro. Reflexiona el autor de referencia que la Doctrina y Jurisprudencia española, basados en la interpretación del Código español se inclina por la segunda opinión, al considerar que “*desde el momento en que el sujeto activo dispone en su provecho, sustrayéndolas del patrimonio ajeno, cosas*

²⁶¹ (cfr) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 426.

*que el sujeto pasivo le ha entregado mediante artificios o maquinaciones engañosas".*²⁶²

Siendo el fraude un delito de desplazamiento patrimonial, lo normal es la coincidencia del perjuicio y el lucro al pasar las cosas o derechos de uno a otro patrimonio. Sin embargo, no siempre ocurre así. Atendiendo al Código Penal de nuestra entidad, encontramos que éste impone la conclusión de que *el fraude se consume en el instante mismo en que el defraudador alcanza un lucro indebido*. Por ende, considera Zamora Pierce, *"todo fraude quedará en grado de tentativa hasta en tanto el activo no haya obtenido ese enriquecimiento patrimonial"*.²⁶³

Una vez que el defraudador obtiene lucro, el fraude está consumado, careciendo de trascendencia el uso que dé el defraudador a los bienes o derechos obtenidos; tal y como lo han considerado también nuestros Tribunales Federales en las tesis que se transcriben a continuación:

FRAUDE. EL DELITO SE CONSUMA EN EL MOMENTO DEL TRASPASO INDEBIDO DE NUMERARIO DE UNA CUENTA A OTRA, A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS Y TECNOLOGÍAS APLICABLES AL MANEJO NACIONAL E INTERNACIONAL DE VALORES Y DIVISAS, CON INDEPENDENCIA DEL MATERIAL APROVECHAMIENTO DEL LUCRO OBTENIDO. Si bien el delito de fraude es calificado como de lesión, ello no significa que para acreditarlo tenga que evidenciarse el material aprovechamiento del lucro indebido por parte de los activos, esto es, el disfrute específico del producto del ilícito. Por el contrario, la descripción legal del delito contiene expresis verbis los elementos referidos a la conducta (obtener mediante maquinaciones o aprovechamiento del error) y la naturaleza patrimonial de afectación al bien jurídico tutelado (lucro indebido o perjuicio); además, de manera sub intellegentia contiene también la exigencia implícita del elemento subjetivo genérico o dolo; sin embargo, resulta evidente que bajo esa descripción quedan plenamente captados no sólo aquellos supuestos en los que, conforme a una concepción tradicional, se patentice el traslado materializado del monto patrimonial de afectación más allá de la consumación y abarcando, incluso, los fines perseguidos por el delincuente, sino que también se comprenden aquellas hipótesis en las que, dada la marcha evolutiva de los sistemas y tecnologías aplicables al manejo nacional e internacional de valores y divisas por medios electrónicos u otros similares, se logran concretizar, para todos los efectos legales, operaciones de transacción válida; de manera que si éstas se obtienen fraudulentamente nada impide

²⁶² Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Op Cit, p. 86.

²⁶³ ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 207.

considerar la consumación del ilícito de fraude desde el momento en que se traspasa indebidamente el numerario de una cuenta a otra, pues desde ahí se produce el perjuicio para unos y un lucro o beneficio indebido para otros, con independencia de que los activos alcanzaran sus ulteriores fines de aprovechamiento personal del lucro obtenido, pues esto, que no se exige por la descripción típica, queda fuera y más allá de la consumación instantánea del delito en cuestión.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. II.2o.P.137 P. Amparo directo 442/2003. 12 de noviembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIX, Junio de 2004. Pág. 1441. Tesis Aislada.

FRAUDE, CONFIGURACION DEL DELITO DE, AUN CUANDO EL ACTIVO NO DISFRUTE DEL LUCRO OBTENIDO. Para la configuración del delito de fraude, es irrelevante si el activo llegó o no a disfrutar del dinero recibido, debido a su conducta dolosa, por cuanto que desde el momento en que lo tuvo materialmente en su poder, alcanzó un lucro indebido con detrimento del patrimonio de los pasivos, y si no estuvo en la posibilidad fáctica de disponer a su libre albedrío de ese numerario, ello no es un indicativo de que no hubiese alcanzado el lucro indebido; pues no es elemento configurativo de la infracción que nos ocupa la circunstancia objetiva de que el activo pueda usar libremente del lucro alcanzado por el engaño, sino simplemente se requiere la obtención del mismo.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO. T.C. Amparo en revisión 36/80. Pablo Corona Valadez. 28 de julio de 1980. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 139-144 Sexta Parte. Pág. 78. Tesis Aislada.²⁶⁴

De acuerdo a lo anterior, el delito de fraude sería **instantáneo**, puesto que se consuma en el momento en que se obtiene el lucro indebido, esto es, el momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal. Surge controversia, sin embargo, en relación a si el delito de fraude puede ser o no, un delito **continuado**, para el cual, el ordenamiento jurídico exige se cuente con **unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo**. Dicha cuestión es importante en virtud de que en el delito continuado, la consumación acontece cuando se concretan los elementos de un mismo tipo penal, ocurriendo esto con la última acción u omisión delictiva que

²⁶⁴ Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. Con Legislación Federal. Software Visual, Op Cit.

los conforman, según lo ha establecido la jurisprudencia nacional;²⁶⁵ en tanto que en el delito instantáneo, ocurre simplemente, al momento en que se obtiene el lucro.

La doctrina mexicana ha clasificado generalmente al fraude como delito instantáneo.²⁶⁶ Sin embargo, nuestra opinión personal es que es **factible que pueda configurarse un fraude continuado**, si se dan los supuestos establecidos por el artículo 17 de nuestro Código Penal, haciendo hincapié en la unidad de propósito delictivo que debe existir, esto es, el propósito de obtener una ventaja patrimonial, así como la identidad de sujeto pasivo, es decir, debe ser el mismo sujeto pasivo, quien resienta la pluralidad de conductas desplegadas por el activo del delito; sin que sea susceptible, por tanto, de configurarse el fraude continuado en los contratos de compraventa a plazos, puesto que en tal caso, no existe la pluralidad de conductas, sino sólo se da una conducta engañosa, previamente o concomitante a la celebración del contrato, y por ende, lo que se configuraría sería un fraude instantáneo.

Un caso en que se podría presentar el fraude continuado, y que tuvimos la oportunidad de analizar durante nuestra estancia en la Fiscalía para Delitos Financieros de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, es el siguiente:

Los hermanos Fuentes Arreola, propietarios de la empresa CCASA, ofrecían al público —y en forma especial a pensionados, de quienes indagaban el monto total de sus pensiones—, la posibilidad de invertir con la posibilidad de obtener un interés más alto que en el mercado y garantizándose la inversión con títulos de crédito (pagarés); desplegando en la primera entrevista, sus mejores aptitudes a efecto de hacer parecer a los potenciales usuarios, muy atractiva la inversión; y una vez que realizaban la inversión, los inculpados mencionados aparentaban efectuar los pagos de las supuestas utilidades al cliente, convenciéndolos de que reinvirtieran dichas cantidades así como de que invirtieran nuevas cantidades, puesto que era muy buen negocio, y así sucesivamente con los nuevos intereses que supuestamente generaban;

²⁶⁵ (cfr) Tesis IV.2o.P.21 P, con el rubro “DELITOS CONTINUADOS. EL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE LA ÚLTIMA ACCIÓN U OMISIÓN DELICTIVA QUE LOS CONFORMAN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).”; con datos de localización: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XX, Diciembre de 2004. Pág. 1326., en Ibidem.

²⁶⁶ (cfr) LÓPEZ BETANCOURT y PORTE PETIT MORENO, Op Cit, p. 40; PAVÓN VASCONCELOS, Op Cit, p. 255; JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 191; y ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 207.

hasta que finalmente, en diversas remesas, de cientos de miles, algunos clientes llegaban a veces a entregarles más de un millón de pesos; sin que les hubiere hecho entrega real de cantidad alguna, puesto que los supuestos intereses que se habían generado se habían reinvertido al capital de la inversión. Consecuentemente, en la especie, podríamos hablar de un fraude continuado, considerando que existía unidad de propósito delictivo, a saber: el propósito de obtener un lucro indebido o una ventaja patrimonial del usuario, consistente en el monto total de la cantidad entregada; pluralidad de conductas, en virtud de que cada mes, en que el usuario se presentaba a cobrar las cantidades que por intereses supuestamente se generaba, los inculpados desplegaban una y otra vez, la conducta engañosa tendiente a producir el resultado; y finalmente, también existía identidad de sujeto pasivo, puesto que un mismo usuario realizaba la inversión a través de distintas remesas, siendo el mismo, la víctima de la pluralidad de conductas.

Un último punto a abordar, en relación a la consumación del delito de fraude, es la ocurrida en el fraude contractual. Carrara, Ranieri, Rocco, Pettenati, Spizuoco, Cortese, Oliva García, y en nuestro país, Zamora Pierce, sostienen la tesis de que el fraude se consuma en el instante mismo en que se celebra el contrato, pues la disposición de un derecho o la asunción de una obligación resultarían suficientes para lesionar el bien jurídico tutelado y para producir el ilícito lucro del activo; y por ende existiría el perjuicio en el momento de la perfección del contrato en que se contrae la obligación de dar o hacer.²⁶⁷

Sin embargo, dicha postura nos parece inaceptable, en atención a las consideraciones que a continuación se plantean. En primer término, dichas tesis parten de una concepción puramente formal o jurídica del patrimonio. Recordemos que desde una concepción meramente jurídica del patrimonio, éste es concebido como un *conjunto o suma de derechos subjetivos patrimoniales, y por ende el patrimonio no consiste en bienes o valores económicamente apreciables, sino en posesiones jurídicas, en derechos reconocidos*. Sin embargo, frente a dicha postura como a la concepción económica del patrimonio, se ha opuesto, exitosamente, una concepción económico-jurídica del patrimonio, de acuerdo a la cual, el patrimonio es concebido como *la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del Ordenamiento Jurídico*.

²⁶⁷ (cfr) ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 208 y VALLE MUÑIZ, Op Cit, pp. 232-234.

Por ende, estimamos que los citados autores se mueven solamente en el plano jurídico, sin percatarse de la concreta y real afección a los bienes e intereses económicos; máxime que como ya hemos visto, el perjuicio en el fraude requiere de una lesión material y efectiva del patrimonio atacado, pues de otra forma, la consecuencia de retrotraer la consumación del fraude al momento de la celebración del contrato, sería amputar al delito de fraude, convirtiéndolo en un supuesto de mero peligro —en cuyo caso, se establecería en el ordenamiento penal, que el bien jurídico amparado fuere la buena fe en el tráfico o la lealtad en las operaciones, y no el patrimonio—, puesto que, a decir de Valle Muñiz, "*la no exigencia de un daño efectivo, verificable, adelanta la consumación del delito al momento en que se afirma la presencia de un peligro, esto es, de un perjuicio económico potencial... con lo que, en definitiva, se prima al desvalor de acción con respecto al desvalor de resultado*".²⁶⁸

Lo realmente esencial en la conceptualización del daño típico es la presencia de una lesión efectiva del patrimonio atacado y, entonces, la computabilización de una *deminutio patrimonii*. Sustenta nuestro punto de vista lo siguiente:

- La colocación sistemática del fraude entre los delitos contra el patrimonio, conformando a éste como el bien jurídico protegido en sentido estricto y riguroso, es decir, como lesión de bienes económicamente valorables.
- De acuerdo a la concepción económico-jurídica del patrimonio, la lesión de uno de sus elementos integrantes entrañará, sin duda, una disminución del valor económico del mismo.
- De acuerdo al principio de legalidad penal exige una cuantificación tasada del daño patrimonial, es decir, una disminución clara y terminante del patrimonio.²⁶⁹

Tentativa. De acuerdo con el numeral 20 de nuestro Código Penal, "*existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la*

²⁶⁸ VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 235.

²⁶⁹ (cfr) Ibidem, pp. 236-237.

voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado". Muñoz Conde considera a la tentativa como un tipo dependiente, pues necesita de otros tipos penales para su existencia.²⁷⁰

Dado que el fraude es un delito de resultado material, admite la tentativa punible (misma que es castigada, en términos del artículo 78 del ordenamiento precitado, con una pena de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, correspondientes al delito doloso consumado que se quiso cometer), tal y como lo expresa atinadamente el maestro Jiménez Huerta:

"Cuando no obstante los engaños, las maquinaciones o los artificios puestos en juego por el estafador para alcanzar la finalidad indicada el enriquecimiento, no logra hacerse de la cosa u obtener el lucro indebido, el delito queda en grado de tentativa punible, pues la fraudulenta conducta no ocasionó ningún daño patrimonial".²⁷¹

En consonancia con la discusión anterior sobre el fraude contractual, efectivamente, hasta el momento de la celebración de un contrato, por medio del engaño y con el ánimo de lucro, únicamente se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido —el patrimonio—, y suponiendo que no se lograra obtener un beneficio económico, únicamente se configuraría una tentativa de fraude, al no haberse consumado éste último.

Es importante señalar que si bien la Doctrina admite casi unánimemente la posibilidad de tentativa en el fraude por engaño, no ocurre así en el caso del aprovechamiento del error. Concretamente, Francisco Pavón Vasconcelos considera que *"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 del delito"*.²⁷²

Consideramos que efectivamente, la especial estructura del delito de fraude por aprovechamiento del error dificulta la posibilidad de apreciar tentativa, dado que la realización de todos los actos ejecutivos necesariamente llevaría aparejada la ejecución; como es el caso del usuario que al cobrar un cheque en

²⁷⁰ (cfr) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Op Cit, pp. 428-429.

²⁷¹ JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 191.

²⁷² PAVÓN VASCONCELOS, Op Cit, p. 281.

la ventanilla de un banco, recibe una cantidad mayor por parte del cajero, y si la recibe con pleno conocimiento de dicha situación, en tal caso, encontramos que el aprovechamiento del error y el resultado, el lucro indebido, ocurren casi de manera simultánea.

Sin embargo, nuestra opinión es que, a pesar de ser el fraude por aprovechamiento del error, un delito de comisión por omisión, sí es factible que se configure la tentativa. Al efecto, Francisco Muñoz Conde refiere que "*en los delitos de comisión por omisión la tentativa comenzará cuando el sujeto omita las obligaciones inherentes a su posición de garante con el fin de producir el resultado*".²⁷³ En tanto, Rubén Quintino Zepeda, apoyándose en el autor español Enrique Gimbernat Ordeig, sostiene que la existencia de la tentativa en casos de comisión por omisión, no está a discusión.²⁷⁴

Así, en estricto sentido, sí es factible la posibilidad de tentativa en el fraude por aprovechamiento del error. No obstante, en la práctica resulta muy complicado que se pueda acreditar su existencia, en atención, precisamente, a la inactividad del sujeto activo, además de que el dolo es un elemento subjetivo, interno, que se encuentra en la *psiqué* de dicho sujeto; y por ende, resulta sumamente complicado acreditar que la omisión se debió a una intención fraudulenta o a un simple descuido, si no se desplegó acción alguna y aún no se ha producido el resultado. En todo caso, estimamos que podría acreditarse con mayor facilidad, en aquellos casos en que si bien el sujeto activo no causó el falso concepto en que se encuentra la víctima, si realiza actos tendientes a mantenerlo en el mismo, todo ello con la finalidad de obtener un lucro indebido, en su perjuicio.

Cuestión diferente es el desistimiento y arrepentimiento (cuando el sujeto se desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito), pues en tal caso, en términos del artículo 21 del mismo ordenamiento, no se impondrá pena alguna.

Finalmente, Zamora Pierce habla de **tentativa imposible** en el fraude, si "*dado un principio de ejecución, o una total ejecución, con ánimo de lucro, no se*

²⁷³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 441.

²⁷⁴ (cfr) QUINTINO ZEPEDA RUBÉN, Diccionario de Derecho Penal, Magister, 2ª edición, México, 2006, p. 532.

consume el fraude por falta del bien jurídico, del objeto material o porque los medios son inidóneos"; poniendo como ejemplo, que el activo intentara engañar a un individuo acerca de hechos que él conoce perfectamente.²⁷⁵

3.6 Autoría y participación

La participación *lato sensu*, comprende a todos los que intervienen en un hecho delictivo, incluyendo tanto a los denominados **autores**, así como **partícipes**, siendo la participación de los primeros, principal y la de los segundos accesoria. Por ende, podemos decir que la punibilidad no sólo alcanza al autor, sino también a quienes le han prestado ayuda para la realización del delito (cómplices), y a los que han determinado la voluntad de los autores para que cometan el delito (instigadores). El autor, por otra parte, puede inclusive haber obrado acompañado de otros autores.

“Artículo 22. (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

I. Lo realicen por sí;

II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;

III. Lo lleven a cabo, sirviéndose de otro como instrumento;

IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;

V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión;

VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Quiénes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código”.

La fracción I se refiere indudablemente al autor. Hans Welzel propuso el concepto de la **Teoría del Dominio del Hecho**, que consiste en síntesis, en que el **autor** del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio sobre el curso del mismo, dominio que

²⁷⁵ ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 198.

se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho.²⁷⁶

La Doctrina maneja también los conceptos de autor principal y autor primario, entendiendo por el primero, "*quien dentro del ilícito cometido realiza o desempeña una función relevante para recibir tal denominación*";²⁷⁷ y por el segundo, "*quien realiza su propio hecho, obtiene su propio resultado, movido por su propia finalidad*".²⁷⁸

Los **coautores**, mencionados en la fracción II del dispositivo citado, serán todos los que, mediando entre ellos un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realicen algún elemento del tipo. Todo el que realice algún elemento del tipo será coautor, aunque no tenga el dominio del hecho, según opinión de José Cerezo Mir.

El mismo autor considera que con el **autor mediato** [fracción III] se indica al autor que no realiza él mismo la acción u omisión, ni obtiene por su propia dinámica el resultado, sino empleando para ello a otra u otras personas a manera de instrumentos, ya sea porque obran engañadas o porque ignoran los resultados de lo que hacen, o porque son inimputables.²⁷⁹

El **instigador** [fracción IV], dolosamente crea en el instigado la idea de cometer el ilícito; aquí el instigador debe tener plena consciencia del hecho en el cual participa. Tiene que ser a un hecho y a una persona determinada, debe ser eficaz, puesto que no es suficiente un mero consejo o que sea una persona ya determinada a ejecutar el hecho.

Los dos partícipes previstos en las dos últimas fracciones del precepto legal antes transcrito, el cómplice (el que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito) y auxiliador

²⁷⁶ (cfr) *Cit.* por DAZA GÓMEZ, p. 359.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 362.

²⁷⁸ *Idem*.

²⁷⁹ (cfr) *Cit.* por *Ibidem*, pp. 362-364.

(el que con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito), no requieren la cualidad específica del tipo.

Estimamos que el fraude es susceptible de presentar todas las formas de autoría y participación que han sido ya mencionadas; puesto que puede ser cometido por uno o varios autores (en cuyo caso, hablaríamos de coautoría); así como también cabría la autoría mediata, en los casos en que para obtener el lucro indebido, el activo emplea a otras personas a manera de instrumentos, a efecto de engañar o aprovechar el error en que incurre el pasivo. Un ejemplo de ello, lo podríamos ubicar en el caso del sujeto que se vale de personas que presentan desarrollo mental retardado, a quienes, a través del engaño o de la violencia, obliga a vestirse de pordioseros y pedir limosnas a los transeúntes, y a final de cuentas, él se queda con el dinero de referencia. Por cuanto hace a la participación, estimamos que el delito de fraude también admite tanto la instigación como la complicidad primaria y secundaria. Tal y como lo menciona atinadamente Pavón Vasconcelos, en el delito de fraude por aprovechamiento del error, es más difícil que se presente la participación, más sin embargo, no es imposible, como el propio autor enunciado lo refiere.²⁸⁰

²⁸⁰ (cfr) PAVÓN VASCONCELOS, Op Cit, p. 283.

CAPÍTULO CUARTO

EL DELITO DE FRAUDE Y EL FRAUDE CIVIL. DIFERENCIAS

Hemos revisado lo relativo al fraude civil en el capítulo segundo bajo el análisis de las tres vertientes del dolo en el ámbito civil, como vicio del consentimiento, en el incumplimiento de obligaciones y en la responsabilidad por actos ilícitos. De igual manera, en el tercer capítulo hemos realizado el análisis dogmático-jurídico del delito de fraude, al través del estudio de todos y cada uno de los elementos que conforman el delito de referencia. Por ende, en el presente capítulo confrontaremos las diferencias que existen entre ambos, llevando a cabo el análisis de dichas divergencias de la manera que se explica a continuación.

En primer término, analizaremos las discrepancias existentes, en cuanto a su fundamento y objeto, entre el Derecho Penal y el Derecho Civil, centrando dicho estudio en la tan abordada discusión de los ilícitos civil y penal. Posteriormente, revisaremos las diferencias entre el dolo civil y el dolo penal, abordando las posiciones de diversos autores tanto en el ámbito civil como en el penal, haciendo una especial referencia a la opinión de la jurisprudencia nacional al respecto. Finalmente, y una vez estudiadas las peculiaridades del fraude contractual, nos abocaremos al estudio de las diferencias existentes entre el delito de fraude y el fraude civil, derivado de la delimitación jurídico-dogmática que realizamos del delito de fraude, explicando también las razones por las cuales consideramos que dicha delimitación es la mejor manera para distinguir el delito de fraude del fraude civil.

4.1 Derecho Penal y Derecho Civil. Divergencias

Apunta atinadamente el doctor José Manuel Valle Muñiz que la diferenciación entre Derecho Civil y Derecho Penal, y más concretamente aún, entre el ilícito penal y el ilícito civil ha pretendido ser un criterio esclarecedor de los límites entre el fraude penal y el civil. Tal polémica es añeja, tanto entre civilistas como entre penalistas, que se han ocupado por igual de la misma: Castejón, Silva

Melero, Regina, Guarneri, Manzini, Ferrer Zama, Saleilles, Planiol y Laurent, entre muchos otros.²⁸¹

En principio, para el efecto de diferenciar al Derecho Penal y el Derecho Civil, debemos partir de la propia distinción que se hace entre Derecho Privado y Derecho Público. De esta manera, de acuerdo con el Diccionario Jurídico 2003, "*se entiende por Derecho Privado el conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas entre personas que se encuentran legalmente consideradas en una situación de igualdad, en virtud de que ninguna de ellas actúa, en dichas relaciones, investida de autoridad estatal... El Derecho Público se compone del conjunto de normas que regulan el ejercicio de la autoridad estatal, determinando y creando al órgano competente para ejercitarla, el contenido posible de sus actos de autoridad estatal y el procedimiento mediante el cual dichos actos deben realizarse*".²⁸²

Dicha distinción tiene su origen en el Derecho Romano, aunque ha sufrido constantes modificaciones y se han planteado diversas teorías para explicar dicha diferenciación, cuyo análisis exhaustivo rebasaría los límites de la presente investigación. Sólo nos limitaremos a mencionar que quizá el denominador común que prevalece en todas ellas, es el que predica la **subordinación** como elemento esencial de las relaciones de Derecho Público y la **coordinación** de las relaciones de Derecho Privado; expresándose la primera en el Derecho Penal, rama del Derecho Público, en tanto que la segunda rige las relaciones de Derecho Civil.

Ahora bien, el Derecho Civil ha sido definido por el maestro Eduardo García Máynez como "*aquél que determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.)*".²⁸³ Por su parte, el Diccionario Jurídico 2003 concibe al Derecho Civil como "*la rama del Derecho Privado constituida por un conjunto de normas que se*

²⁸¹ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 17 y COSSÍO Y CORRAL, Op Cit, pp. 12-19.

²⁸² Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Op Cit, voz "*Derecho Privado y Derecho Público*".

²⁸³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, 49ª edición, México, 1998, p. 141.

*refieren a las relaciones jurídicas de la vida ordinaria del ser humano, en su categoría de persona”.*²⁸⁴

En las definiciones mencionadas y en general, en la mayoría de conceptos elaborados por los tratadistas, el concepto de Derecho Civil tiende a ser bastante lato, lo que dificulta, en base a los criterios aristotélicos de género aproximado y diferencia específica, elaborar un concepto de Derecho Civil útil, sobre todo, para diferenciarlo con el Derecho Penal.

Consideramos que se puede dar una idea aproximada del Derecho Civil, si se parte de su contenido y de su diferencia específica, con lo cual podríamos decir que el *Derecho Civil constituye la parte fundamental del Derecho Privado que comprende las normas relativas al estado y capacidad de las personas, a la familia, al patrimonio, a las obligaciones y contratos y a la transmisión de los bienes, regulando las relaciones personales o patrimoniales entre personas privadas, tanto físicas como jurídicas, de carácter privado y público; relaciones que son siempre de coordinación, en las cuales las partes actúan siempre desprovistas de imperium.*

Por otra parte, se han esbozado también distintas definiciones del Derecho Penal. Así, para Cuello Contreras, el Derecho Penal es *“el instrumento de control social que persigue la finalidad de proteger bienes jurídicos imprescindibles para la vida social —cuando no hay medios menos drásticos de protección— mediante penas y medidas de seguridad y corrección encaminadas a lograr la reinserción social del delincuente restableciendo la paz social quebrantada”.*²⁸⁵ Como crítica a dicha concepción, Díaz Aranda refiere que la misma puede dar lugar a confusiones al definir al Derecho Penal como un instrumento, y por ende, no podemos hablar que con el término “instrumento” se esté dando un género aproximado de lo que es el Derecho Penal, pues incluso podría confundirse con el Estado mismo.

Por su parte, una vez expuesta la crítica a la definición que antecede, Enrique Díaz Aranda, expone la siguiente definición:

²⁸⁴ Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Op Cit, voz “*Derecho Civil*”.

²⁸⁵ *Cit.* por DÍAZ ARANDA, Derecho Penal, Op Cit, p. 6.

“Desde mi punto de vista, el Derecho Penal es el sistema de normas emitidas por el Estado a través de la ley para dar a conocer a los miembros de la sociedad las conductas consideradas como delictivas, por lesionar bienes fundamentales para la sociedad, con el fin de que eviten su comisión, indicando al juez los presupuestos y sanción, sea pena de prisión o medida de seguridad a imponer a quienes las realicen”.²⁸⁶

La definición antes citada no está, tampoco, exenta de críticas. En primer término, consideramos que se omite la referencia a la finalidad del Derecho Penal —que si se menciona en el concepto elaborado por Cuello Contreras—, puesto que el Derecho Penal como conjunto normativo, cumple una función de mantenimiento y protección de un sistema de convivencia y sólo dentro del sistema y desde ese sistema puede explicarse. En segundo lugar, el autor de referencia, comete el error de señalar dentro de los supuestos de sanción, la pena de prisión y la medida de seguridad, omitiendo, las demás penas, que en términos del artículo 30 de nuestro Código Penal, pueden ser, además de la prisión, tratamiento en libertad de imputables, semilibertad, trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad, sanciones pecuniarios, suspensión o privación de derechos, entre otras.

4.1.1 En cuanto a su fundamento

La naturaleza de las normas que constituyen el Derecho Civil se encuentra íntimamente ligada, quizá como ninguna otra rama del Derecho, a la circunstancia del devenir histórico que a través de los siglos ha influido en la posición ocupada por el hombre en cada época de la humanidad, y así la concepción del Derecho Civil ha dependido siempre de ese dato de historicidad que le han caracterizado siempre. Por otra parte, el Derecho Civil ha conservado un indiscutible sello de continuidad que ofrece sin duda uniformidad y consistencia racional en la solución de los problemas jurídicos debido ciertamente a su tradición romanista y a su milenaria experiencia jurídica en la aplicación de los valores permanentes del Derecho.

Por ende, para encontrar el fundamento del Derecho Civil, hemos de remontarnos, indudablemente, al Derecho Romano: el *ius civile* estaba primitivamente reservado a los *cives* de Roma, es decir, era el derecho de la

²⁸⁶ Ibidem, pp. 6-7.

ciudad y se contraponía al *ius Gentium*. No obstante, con el tiempo, se convertirá en un Derecho Civil abierto y progresivo, de horizonte universal,²⁸⁷ llegando a abarcar las normas emanadas tanto del Derecho Natural como del Derecho de Gentes. Con posterioridad, a la caída del Imperio Romano, en la Edad Media, se distinguió del Derecho Canónico y recibió la influencia de los derechos germánicos, quedando integrado únicamente por normas de Derecho Privado, pues las disposiciones de Derecho Público que rigieron durante el imperio ya no hallaron campo de aplicación en una sociedad que había perdido unidad política en la cual las relaciones entre el señor y sus vasallos, fundadas en la propiedad de la tierra, se regían por los principios de Derecho Privado recogidos en la compilación de Justiniano, ampliados por los comentaristas medievales. Esta identificación entre el Derecho Civil y el Derecho Privado ha perdurado hasta la actualidad.²⁸⁸

Finalmente, y luego de la revolución liberal-burguesa, ocurrida en Francia a fines del siglo XVIII, se inicia un proceso que culmina con la codificación del Derecho Civil, mediante el Código Civil francés de 1804, antecedente de todo el movimiento codificador moderno. La propia naturaleza del Derecho Civil, destinada a regular relaciones de carácter privado, coincide felizmente con los postulados liberales en que se asienta el Estado moderno, y así, no podemos hablar que el Derecho Civil sea producto de este movimiento liberal que en mayor medida acota al poder del Estado absolutista, sino que más bien es retomado el Derecho Romano y adaptado a través de la codificación.

El carácter individualista del Derecho Civil es justificado por la filosofía kantiana, por el principio de autonomía de la voluntad, mismo que va referido a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. Parte de la necesidad de que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad. Así, son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas. Desde esta óptica, podríamos decir que el Estado, a través de los representantes populares, crea la legislación civil, en la que dan principios generales, permitiendo a los gobernados la posibilidad de establecer relaciones jurídicas según su voluntad, como ocurre precisamente con los contratos.

²⁸⁷ (cfr) VENTURA SILVA, Op Cit, pp. XLV-XLVI.

²⁸⁸ (cfr) Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Op Cit, voz "*Derecho Civil*".

Por el contrario, el Derecho Penal moderno, surge esencialmente a partir del Iluminismo y reposa, en grado mayor que ninguna otra rama del Derecho, en el Principio de Legalidad, consagrado constitucionalmente, y conforme al cual sólo puede castigarse por un hecho ya previsto con anterioridad como punible por la Ley.²⁸⁹ Su origen hay que buscarlo en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que, por lo menos a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado por los representantes elegidos por el pueblo y deja de ser un Derecho divino o derivado del más allá. A decir de Muñoz Conde:

“El Derecho Penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el «imperio de la ley». Evidentemente, la vigencia plena de esta idea fue, y es todavía, un deseo loable no siempre satisfecho en la práctica; pero su reconocimiento, siquiera a nivel formal, supuso ya un adelanto irreversible frente al Derecho Penal del Antiguo Régimen”.²⁹⁰

La cuestión de la legitimidad del Derecho Penal o de la legitimidad del Estado para utilizarlo en el establecimiento o mantenimiento de su sistema no puede ser desconectado de un sistema social, político, económico y jurídico de convivencia. Así, un Estado totalitario, negador de los derechos y libertades fundamentales, engendra a su vez un Derecho Penal de esta clase, puramente represivo y perpetuador del *status quo* del modelo de Estado al que sirve. En cambio, un Estado democrático debe dar lugar, a un Derecho Penal más respetuoso con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad, la igualdad y la libertad que son la base de una democracia.²⁹¹

Por ende, y en virtud de que nuestro país se encuentra configurado en términos de nuestra Carta Magna como un Estado social y democrático de Derecho, en el que se propugna por valores superiores como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, consecuentemente, el Derecho Penal debe ponerse en consonancia con esos valores supremos. Por tanto, la legitimidad del Derecho Penal proviene pues, del modelo fijado en la Constitución, las leyes secundarias y

²⁸⁹ cfr) Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Op Cit, voz “Derecho Penal”.

²⁹⁰ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 71.

²⁹¹ (cfr) Ibidem, p. 70.

los Tratados Internacionales, que el Derecho Penal debe respetar y garantizar en su ejercicio.

El maestro Muñoz Conde comenta que en Derecho Penal se ha entrado actualmente, en un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad corre parejo con un aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente, lo cual es más visible aún en nuestro país.²⁹² Por tanto, ante la excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, el problema de los límites al poder punitivo estatal — que se basan en última instancia en la dignidad humana y en la idea de la Justicia misma—, sigue siendo un problema fundamental. Estos límites serán estudiados en el siguiente subinciso, en el entendido de que se encuentran constituidos por 3 principios fundamentales, a saber: el principio de intervención mínima, el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado y el de culpabilidad.

4.1.2 En cuanto a su objeto

Previamente al análisis y confronta del objeto o función del Derecho Civil y del Derecho Penal, y más concretamente aún, entre el ilícito civil y el ilícito penal, consideramos necesario exponer, aunque sólo sea someramente, los principios fundamentales que limitan el poder punitivo del Estado en un Estado social y democrático de derecho.

Al efecto, existe una gran diversidad de clasificaciones respecto a los principios ya mencionados. Díaz Aranda los enumera de la siguiente manera: principio de legalidad, principio de bien jurídico tutelado, de exclusiva incriminación de conductas, de culpabilidad, de igualdad, de última *ratio* o subsidiariedad y de *non bis in idem*.²⁹³ No obstante, por considerar que se adecua mejor a los fines de la presente investigación, además de que engloba en un menor número los principios ya aludidos, nos ceñiremos a la clasificación que realiza Francisco Muñoz Conde, quien los encuadra en tres, a saber: el principio de intervención

²⁹² (cfr) *Ibidem*, p. 71-72.

²⁹³ (cfr) DÍAZ ARANDA, Derecho Penal, pp. 51-93.

mínima, el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado y el de Culpabilidad.

Principio de intervención mínima. El poder punitivo del Estado debe estar regido por el Principio de intervención mínima, lo que implica, a decir de Muñoz Conde, que *" el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga también que el Derecho Penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico"*.²⁹⁴

En efecto, el Derecho Penal, como todo el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esa función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho. Por ello, se habla de *«última ratio»*, puesto que el Derecho Penal constituye el *"último medio, porque existen muchos otros a los que se puede recurrir para prevenir la lesión de bienes jurídicos"*.²⁹⁵

En este sentido, es importante recordar que el Derecho Penal no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico, puesto que prácticamente, todas las ramas jurídicas poseen sus propias sanciones que se aplican en caso de incumplimiento de sus normas. Recordando a Cossío y Corral, Francisco Muñoz Conde refiere que existe una unidad del Ordenamiento jurídico en todas sus ramas y un concepto de ilicitud o antijuridicidad válido para todas ellas, y que lo único que varía son los efectos que se prevén en una o en otra y en que cada una configura autónomamente de acuerdo con sus necesidades.²⁹⁶

Ahora bien, el concepto de bien jurídico ofrece al legislador un criterio bastante aceptable como principio inspirador de sus decisiones en materia penal: sólo las acciones que pongan en peligro o que lesionen un bien jurídico pueden ser objeto del Derecho Penal. Sin embargo, no todas las acciones que atacan bienes

²⁹⁴ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 72.

²⁹⁵ DÍAZ ARANDA, Derecho Penal, Op Cit, p. 86.

²⁹⁶ (cfr) COSSÍO Y CORRAL, Op Cit, p. 14.

jurídicos son prohibidas por el Derecho Penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El Derecho Penal se limita a castigar únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter **fragmentario**, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia, mediante un proceso de incriminación que se realiza con la descripción de estas conductas en los llamados **tipos penales**, que cumplen así la misión de indicar la materia de prohibición.²⁹⁷

En consecuencia, no hay pues, obligación de proteger penalmente todo bien jurídico y mucho menos de protegerlo exclusivamente a través del Derecho Penal, aunque de una política criminal razonable cabe esperar que los bienes jurídicos fundamentales de carácter personalísimo sean objeto de protección penal a través de la tipificación como delitos y consecuente amenaza de pena de los ataques más graves a los mismos.

En este sentido, Muñoz Conde advierte una tendencia a ampliar el ámbito de intervención del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos universales cada vez más inaprensibles y, por ende, difíciles de delimitar. Tal tendencia se pretende justificar argumentando que el Derecho Penal tiene que hacer frente a los problemas característicos de las sociedades modernas. Al efecto, el autor aludido señala lo siguiente:

“Esta funcionalización del Derecho Penal encierra el peligro de que se le asignen tareas que luego en la práctica no puede cumplir, ofreciendo engañosamente a la opinión pública unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se verifican en la realidad”.²⁹⁸

Complementando lo expuesto por el penalista español, consideramos que se debe recordar el carácter de «*última ratio*» que tiene el Derecho Penal y la insuficiencia protectora y motivadora de sus instrumentos, cuando no van acompañadas por otros de carácter preventivo o reparador o éstos no se emplean adecuadamente.

²⁹⁷ (cfr) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, pp. 79-80.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 83.

Principio de intervención legalizada. La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por eso mismo, fundamentales de las personas y el carácter de *última ratio*, que esta intervención tiene, imponen necesariamente, la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo. Tal principio es tradicionalmente designado como **Principio de Legalidad**, y establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general, a decir de Muñoz Conde, "*el principio de intervención legalizada, o de legalidad, sirve, pues, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal*".²⁹⁹

Cabe mencionar que el principio de intervención legalizada no sólo tiene un fundamento político sino también jurídico. En este sentido, puede considerarse que la base jurídica se la dio el penalista alemán Feuerbach, con su célebre formulación latina: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Al efecto, Enrique Díaz Aranda, nos explica el pensamiento de Feuerbach en los siguientes términos:

"La fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* proviene del pensamiento de Feuerbach, quien consideró que el derecho penal debe sustentarse en tres principios fundamentales, a saber: a) la imposición de cada pena presupone una ley anterior (*nulla poena sine lege*); b) la imposición de una pena está condicionada a la realización de una conducta prohibida (*nulla poena sine crimine*); y c) la conducta está prohibida legalmente cuando existe una ley que ordena imponer una pena a quien la realice (*nullum crimen sine poena legali*)".³⁰⁰

Principio de culpabilidad. Como uno de los principios supremos de la política criminal en un Estado social y democrático de Derecho, la culpabilidad se refiere a todo el conjunto de requisitos que permiten **culpar** a alguien por la comisión de un delito.³⁰¹ En palabras de Francisco Muñoz Conde, "*la pena tanto en su fundamento, como en sus límites, depende del grado de participación o responsabilidad subjetiva del sujeto en la realización del delito*".³⁰² Es

²⁹⁹ Ibidem, p. 86.

³⁰⁰ DÍAZ ARANDA, Derecho Penal, Op Cit, p. 57.

³⁰¹ Ibidem, p. 84.

³⁰² (cfr) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, Op Cit, p. 93.

importante mencionar que este principio se encuentra debidamente consagrado en los artículos 3º y 5º del Código Penal para el Distrito Federal.

Ahora bien, una vez que hemos revisado de manera muy concisa, los principios fundamentales del Derecho Penal, nos abocaremos al análisis, de manera también muy general, de la distinción entre el ilícito civil y el penal, al partir de la diversa función atribuida al Derecho Penal y al Derecho Civil. Al respecto, Alfonso de Cossío y Corral sostiene que la diferencia entre el Derecho Civil y el Derecho Penal estriba en "*la diversa función a uno y otro atribuida por el ordenamiento jurídico general: represiva en un caso y meramente reparadora en otro*".³⁰³

De esta guisa, y siempre de acuerdo con el autor de referencia, mientras que el delito penal se caracteriza por una violación del orden público, y concluye en una pena, limitándose la autoridad de la ley a determinar cuando hay atentado al orden público y a imponer la pena; el ilícito civil supone violación de un interés privado, y por lo tanto, obligación de indemnizar, y basta para el carácter ilícito o antijurídico que el hecho material de la violación quede probado y que resulte de una culpa, es decir, de una iniciativa de orden moral que implique responsabilidad del agente. De esta manera, los elementos materiales del ilícito civil, no necesitan fijarse por la ley, puesto que resultan de la violación de un interés privado puesto bajo la protección del derecho.³⁰⁴

Cossío y Corral, retomando a Ferrer Sama, afirma que la distinción entre ilicitud civil o de otra clase (penal, administrativa, etc.), no es una distinción de naturaleza sino de efectos o consecuencias, o sea que, si el ordenamiento señala al hecho sanción civil o sanción penal, ello da lugar a que hablemos de ilicitud de una u otra clase; reiterando lo anterior en los siguientes términos:

"Existe dolo o culpa civil y penal, dice Manzini, en todos aquellos hechos que encierran consecuencias jurídicas tanto civiles como penales; y pretender que respecto a estos entuertos el dolo civil sea diverso del dolo penal, es cosa absurda. Es la misma causa, que evaluada diversamente, da lugar a efectos jurídicos diversos. Abundando en este punto de vista, observa Silva Melero que en los casos de simultánea regulación de la ilicitud por el Derecho Civil y el Penal, es el criterio

³⁰³ COSSÍO Y CORRAL, Op Cit, p. 16.

³⁰⁴ (cfr) Idem.

político que preside la formación de las normas lo que determina la punibilidad de la especie y no del género”.³⁰⁵

En realidad, toda transgresión, cuando afecta a bienes protegidos por el Derecho Civil, determina efectos civiles y, si además encaja específicamente en un determinado tipo definido como delito en el derecho o ley penal, causa efectos penales también. A decir de Cossío y Corral, la única diferencia estriba en que los supuestos de eficacia en uno y otro campo del derecho son distintos: basta la transgresión genérica y la producción de un daño civil, para que actúen automáticamente las normas del Derecho Civil, y se deriven los efectos civiles a tal concepto vinculados; es además necesario que esa transgresión sea específicamente típica, es decir, refleje y contenga los elementos especialmente exigidos por la ley en la definición de un tipo de delito concreto, para que se pueda producir el efecto penal, es decir, la imposición de una pena determinada: *nullum crimen sine lege*. De aquí que el delito penal, determine además una responsabilidad civil, que puede ser exigida con independencia de la pena.³⁰⁶

Expuesto lo anterior, el jurista español Alfonso de Cossío y Corral concluye la discusión relativa a la diferenciación entre los ilícitos civil y penal, de una manera esclarecedora y contundente, tal y como se desprende de la cita que a continuación se transcribe:

“Es pues la **tipicidad** lo que distingue al delito civil del penal, lo que supone una definición previa, determinada por razones políticas: el Estado pena determinados hechos atendiendo a su gravedad y trascendencia, al peligro social que la comisión de los mismos representa. Cuestión distinta es la de determinar, de *iure condendo*, cuáles sean los requisitos que el legislador deba atender para definir como delito específico un tipo de hechos determinado, y si hay hechos que por su intrínseca naturaleza exigen una sanción penal, y otros que la excluyen”.³⁰⁷

Precisamente radica en dicho punto la diferencia esencial entre el ilícito penal y el ilícito civil: la tipicidad es la nota que caracteriza del delito penal, pues únicamente tienen la cualidad de tales, aquellas formas de infracción que están específicamente definidas como tales por la ley penal, y a cuya comisión se

³⁰⁵ *Cit.* por *Ibidem*, pp. 16-17.

³⁰⁶ (cfr) *Ibidem*, p. 19.

³⁰⁷ *Idem*.

vincula la imposición de una pena. El ilícito civil, en cambio, no exige la previa definición legal específica. Es un acto contrario a derecho, para el cual no es preciso que el Código Civil defina la figura concreta, dado que basta que exista un derecho, y que este derecho haya sido lesionado.

Así pues, habiendo revisado las divergencias entre Derecho Civil y Penal, y más concretamente entre los ilícitos civil y penal, y aún más específicamente, entre los diversos efectos o consecuencias jurídicas de éstos últimos, y en relación al tema central de esta investigación, encontramos que si bien, no nos da la solución para distinguir al fraude penal del civil —por lo menos en lo que hace a la antijuridicidad—, su estudio sí nos conduce a una categoría que sí lo hará, a saber: la tipicidad.

4.2 Distinción entre el dolo civil y el dolo penal

Continúa refiriendo el doctor José Manuel Valle Muñiz que un segundo criterio diferenciador entre el fraude civil y el penal se centra precisamente en el análisis de las posibles diferencias entre el dolo civil y el dolo penal.³⁰⁸ Si los ilícitos civil y penal —abordados en el apartado que antecede—, han sido profundamente tratados por penalistas y civilistas, las diferencias entre el dolo civil y penal no son la excepción y han sido también abordados por la Doctrina y la Jurisprudencia tanto nacionales como extranjeras.

A pesar de lo anterior, consideramos que los diversos enfoques que se han utilizado hasta el momento para diferenciar los dolos civil y penal han sido cuando no erróneos, por lo menos incompletos. En primer término, muchos autores cometen el error, imposibilitando de antemano la resolución de dicho problema, de diferenciar al dolo penal únicamente con el dolo-vicio del consentimiento, el cual, como ya hemos visto en la presente investigación, es sólo una de las formas que el dolo puede presentar en el ámbito civil. Por otra parte, la Jurisprudencia nacional ha logrado, con relativo éxito, diferenciar al dolo penal del dolo en el incumplimiento de obligaciones, y más concretamente aún en el incumplimiento de contratos, que constituye otra forma en que se

³⁰⁸ (cfr) VALLE MUÑIZ, Op Cit, pp. 17-18.

presenta el dolo en el Derecho Civil. De igual modo, muchos autores —podríamos decir que la mayoría de penalistas dentro de la Doctrina nacional— también han intentado resolver el problema respecto de si existen o no diferencias entre dolo civil y dolo penal, centrando o circunscribiendo dicho problema en el más general problema de la ilicitud civil y la ilicitud penal, lo que impide una penetración total en la verdadera esencia de la acción u omisión dolosa.

Contrariamente a lo que los autores mencionados sostienen, consideramos que si bien la determinación de las diferencias entre dolo civil y penal no nos brindan la totalidad de la solución que nos permita distinguir al fraude civil del delito de fraude, la contrastación entre el dolo penal y el dolo en la triple faceta que presenta en el Derecho Civil sí nos permite obtener parte de la respuesta. Lo anterior no constituye una retractación de nuestra hipótesis en el sentido de que es en la tipicidad donde diferenciamos al fraude penal del civil, habida cuenta de que como ya se explicó en el capítulo tercero, el dolo constituye el elemento subjetivo genérico del tipo penal del fraude y como tal, se encuentra en la tipicidad.

Ahora bien, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, en su obra “Delitos contra el Patrimonio” refiere que en relación al tema del dolo civil y penal, “verdadero caballo de batalla”, existen diversas opiniones que pueden ser agrupadas en los siguientes 2 criterios:

- a) El de aquéllos que estiman existen diferencias esenciales entre el fraude civil y el fraude penal, y
- b) El de los que opinan que **no existe** entre ambos una diferencia esencial.³⁰⁹

Consecuentemente, procederemos a continuación a exponer las tesis que se plantean en pro y en contra de dicha diferenciación, siguiendo al autor mencionado así como a los principales exponentes en la Doctrina nacional, haciendo la advertencia de que en general, la mayor parte de dichos autores centran dicha diferenciación en el tema más general de la ilicitud civil y penal, al cual nosotros ya nos hemos referido y que abordamos en el apartado precedente. Sólo después de haber efectuado dicha relación, es que

³⁰⁹ (cfr) PAVÓN VASCONCELOS, Op Cit, p. 237.

procederemos, con base a lo abordado en los dos capítulos anteriores a exponer nuestro punto de vista en torno al tema en comento.

Posiciones a favor de la existencia de diferencias esenciales entre el fraude civil y el fraude penal

Carmignani consideraba que la distinción entre el fraude penal y el fraude civil se hallaba en la impostura grande y evidente (la *magna et evidens calliditas* de Ulpiano), apta para eludir la perspicacia de las personas más sagaces, estableciendo por ende, una especie de gradación en el fraude, suponiendo que cuando éste alcanzaba ciertas proporciones de inmoralidad o gravedad surgía ya la acción criminal, quedando para el fraude civil solamente ciertas formas menores y fácilmente vencibles por un sujeto medianamente atento a sus propios intereses.³¹⁰

Por su parte, Carrara, influenciado por la corriente francesa, estimaba que el fraude no debía consistir únicamente en “simples palabras mentirosas”, sino que requería además un hecho exterior que hiciera posible integrar el engaño, y la *mise en scène* (puesta en escena) completaba los elementos, tanto subjetivo como material del delito. Pavón Vasconcelos completa la opinión del penalista decimonónico en los siguientes términos:

“Completa el elemento subjetivo... porque muestra una mayor astucia, una mayor pertinencia, un hombre más temible a la sociedad. Completa el elemento objetivo porque las apariencias exteriores arquitecturadas para acreditar la palabra mendaz, hace más excusable la credulidad de la víctima y agregan al hecho un daño mediático que no surgiría respecto de quien hubiese creído las simples palabras del primer llegado”.³¹¹

Sin embargo, dicha postura es actualmente insostenible en el Derecho Positivo Mexicano, si se toma en cuenta que el simple engaño, aunque no sea acompañado de aparato externo y corpóreo, basta para inducir en error; admitiendo incluso que el aprovechamiento del error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo, ya es suficiente para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude, en tanto que en materia civil también existe una figura análoga: la mala

³¹⁰ (cfr) *Cit.* por *Ibidem*, p. 238 y ZAMORA PIERCE, *Op Cit*, p. 124.

³¹¹ *Cit.* por PAVÓN VASCONCELOS, *Op Cit*, p. 238.

fe, que consiste en la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Impallomeni criticó la agudeza de los puntos de vista ya mencionados, descubriendo en ellos el defecto de subordinar la existencia misma del delito, a la conducta seguida por el agraviado, en vez de localizarla en la naturaleza íntima del acto violatorio del Derecho, 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. No obstante, el propio autor desconoció más tarde dicha solución, confesando que no existe diferencia entre ambos fraudes, de manera que la acción penal puede ejercitarse aún cuando también lo sea la acción civil.³¹²

Por su parte, ya en la Doctrina mexicana, González de la Vega considera que es un error intentar distinguir el dolo penal del civil en base a los medios empleados o utilizados para producir el error; dado que *"el fraude es un error intencionalmente causado con el objeto de apropiarse el bien de otro; todos los artificios, todas las maniobras, todos los procedimientos de cualquier naturaleza que sean propios para llevar a ese resultado entran en la noción general del fraude"*.³¹³

Continúa el citado autor argumentando que lo que la ley penal siempre ha castigado no es la mentira en la conclusión de un contrato o la deslealtad en su ejecución, sino la apropiación de la cosa de otro cometida por ese medio; es la ratería, tomando dicha palabra y por ende, el fraude no es un delito más que cuando sirve para hacerse del bien de otro, expresando tal diferencia en términos de las funciones del Derecho Civil y Penal:

"Los dominios respectivos del Derecho Civil y del Derecho Penal están de esta forma claramente trazados: la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, por engaño, por deslealtad; abandona al Derecho Civil la materia de las convenciones".³¹⁴

³¹² (cfr) *Cit.* por *Ibidem*, pp. 238-239 y ZAMORA PIERCE, *Op Cit*, p. 125.

³¹³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Op Cit*, p. 245.

³¹⁴ *Idem*.

Otro autor que considera que sí existen diferencias esenciales entre el dolo civil y el dolo penal es el autor español Juan Manuel Valle Muñiz. Si bien considera que es en general en la tipicidad, donde se delimita el delito de estafa con respecto al fraude civil, mediante el estudio dogmático de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo penal defraudatorio. Asimismo, considera que *“también ha coadyuvado a presentar el problema como irresoluble, la pretensión de centrarlo en las diferencias entre dolo civil y dolo penal”*.³¹⁵

No obstante lo anterior, dicho autor, siendo consecuente con su postura ya mencionada, sí esboza diversas cuestiones que permiten diferenciar al dolo penal del dolo civil, sin que ello sea contradictorio con su posición, habida cuenta de que el dolo pertenece al ámbito de la tipicidad, y por ende, efectivamente formaría parte de la resolución al problema que nos ocupa. El autor de referencia considera, por ejemplo, que el criterio consistente en considerar que el engaño penal es antecedente y el civil subsiguiente, es válido para diferenciar el delito de estafa del incumplimiento contractual doloso, más no al dolo vicio del consentimiento;³¹⁶ en relación al cual, dicho autor considera correcto delimitar únicamente el elemento subjetivo del ilícito civil, es decir, el *animus decipiendi* del dolo como elemento subjetivo del tipo de estafa. Finalmente, al entrar al estudio de la naturaleza del dolo penal, concluye que se debe tratar de un dolo directo y no de un dolo eventual, tal y como ya se refirió al estudiar al dolo en el capítulo que antecede, lo que se traduce en un criterio claramente diferenciador del dolo civil y el dolo penal.³¹⁷

Posiciones en contra de la existencia de diferencias esenciales entre el fraude civil y el fraude penal

Maggiore considera que entre el fraude civil y el fraude penal, como en general entre el ilícito penal e ilícito civil, no hay ninguna diferencia cualitativa, sino sólo existe una diferencia cuantitativa en el sentido de que la ley penal sólo interviene para reprimir el fraude cuando éste se presenta con aquella intensidad especial que se traduce en el empleo de artificios y embustes idóneos. Cuando existe dicho elemento, establecido por la ley positiva para acriminar el fraude,

³¹⁵ VALLE MUÑIZ, Op Cit, p. 17.

³¹⁶ (cfr) Ibidem, p. 19.

³¹⁷ (cfr) Ibidem, pp. 264-265.

este delito se convierte en estafa. Sin embargo, en dicha transferencia, que el hecho caiga bajo sanciones penales, más que civiles, el fraude no cambia de naturaleza.³¹⁸ Es de importancia señalarse que este autor incurre en el mismo error que Carrara, que ya mencionamos en el presente apartado.

Por su parte, el jurista español Soler estima que la diferenciación entre fraude civil y fraude penal no puede buscarse sobre las bases de suponer una gradación insensible que pase del fraude civil al fraude criminal. Dicha gradación, considera, no resulta correcta, dado que la ley civil (artículo 1270 del Código Civil español, para ser exactos), exige como primera condición para que el dolo sea eficaz, que haya sido grave, y por otra parte, también se define al dolo (artículo 1269 del mismo ordenamiento), como palabras o maquinaciones insidiosas.³¹⁹ En México, sostiene un criterio similar Jiménez Huerta, tal y como se corroborará más adelante.

Por su parte, Cossío y Corral, apoyándose en el pensamiento de Planiol, considera que no puede pensarse en establecer una distinción entre el Derecho Civil y el Penal fundándose en un dolo civil y un dolo penal como conceptos distintos y opuestos. En realidad, el dolo en el delito no es otra cosa que la intención, el propósito de producir un daño antijurídico, o por lo menos, la consciencia de que tal daño ha de producirse como consecuencia de una conducta, que se realiza sin derecho. Y esto mismo, es el dolo civil, en su sentido específico. La única diferencia existente, refiere el autor mencionado, no radica pues en la noción de dolo, sino más bien en la diferente consecuencia jurídica, que se liga a la transgresión en Derecho Civil y en Derecho Penal: indemnizaciones y nulidades en el primero y penas en el segundo;³²⁰ Llegando, consecuentemente, a la conclusión que se enuncia a continuación.

“Existe, por lo tanto, un concepto del dolo común a todas las ramas del derecho, y lo único que difiere son las consecuencias que en cada una de ellas produce o causa, por lo que, a nuestro juicio, no deben plantearse siquiera como problema el de la distinción entre el dolo civil y el dolo penal, en cuanto uno y otro son un mismo dolo, sino más bien hablar de

³¹⁸ (cfr) PAVÓN VASCONCELOS, Op Cit, pp. 239-240.

³¹⁹ (cfr) Ibidem, p. 240.

³²⁰ (cfr) COSSÍO Y CORRAL, Op Cit, p. 14.

los efectos del dolo en el Derecho Civil y los efectos del dolo en el Derecho Penal”.³²¹

Manzini considera la distinción entre dolo civil y dolo penal como superflua y arbitraria, y productora de muchísima confusión, sobre todo en relación con la estafa, puesto que induce fácilmente al error de creer que, no obstante la concurrencia en un determinado hecho de todos los requisitos esenciales del delito de fraude, el hecho mismo puede considerarse sobre la base de una de las innumerables teorías, a propósito escogida, como mero fraude civil.³²² En el mismo sentido, para Von Listz, el delito penal, que ataca de manera por demás peligrosa los intereses protegidos penalmente, no se distingue del civil, respecto a su contenido más que por el mayor peligro de aquél.³²³

Ahora bien, para Mariano Jiménez Huerta, la diferenciación entre fraude civil y fraude penal, se hace imposible conforme al ordenamiento vigente, dado que los elementos estructurales de ambos son semejantes, citando para ello el contenido de los artículos 1815 del Código Civil que, a su parecer describe el fraude contractual, y el párrafo primero del artículo 386 del abrogado Código Penal de 1931, cuyo correlativo en la actualidad sería el 230 del Nuevo Código Penal. Afirma incluso —probablemente retomando a Soler—, que son más intensos, los elementos integradores que exige el precepto civil en comento que los constitutivos del delito de fraude, pues en éste último, basta el **simple engaño**, en tanto que en el primero, se necesita alternativamente con la sugestión engañosa, el **artificio**, y mientras en el primero es necesario el **mantenimiento en un error**, esto es, una actividad agresiva, en el segundo, es suficiente el **simple aprovechamiento del error**, o séase una inactividad astuta.³²⁴

“El delito de fraude constituye contemporáneamente 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”.³²⁵

³²¹ Ibidem, p. 18.

³²² (cfr) ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 125.

³²³ (cfr) COSSÍO Y CORRAL, Op Cit, p. 15.

³²⁴ (cfr) JIMÉNEZ HUERTA, Op Cit, p. 133.

³²⁵ Idem.

A primera vista, parecería correcto el razonamiento esbozado por el ilustre jurista mexicano citado. Sin embargo, de un análisis minucioso del mismo, se desprende que incurre en algunas imprecisiones que vale la pena puntualizar. En primer lugar, el autor confronta el delito de fraude con el dolo-vicio del consentimiento, al que llama indebidamente "fraude civil", pasando por alto, en primer término, que en el artículo 1815 del Código Civil se conceptualiza al dolo y no al fraude civil; así como también pasa por alto el concepto de dolo en sus otras dos diversas manifestaciones, incumplimiento de obligaciones y responsabilidad por actos ilícitos, con lo cual, su visión en la materia es incompleta, pues si se toma en cuenta la triple faceta del dolo en materia civil, no se puede considerar que se requiera necesariamente una sugestión o artificio. Inclusive, y abocándonos única y exclusivamente al concepto de dolo que realiza el precepto legal mencionado, no podemos considerar que forzosamente se requiera el artificio o sugestión, puesto que el autor de referencia olvida que la segunda parte de dicho dispositivo jurídico, define a la mala fe como "*la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido*", lo que muchos civilistas consideran el dolo en su carácter pasivo, y que implica también una inactividad astuta. Por ende, no es en las circunstancias que expresa, donde podemos encontrar criterios diferenciadores del dolo civil y el dolo penal.

Ahora bien, en relación a la cita transcrita del autor de referencia, en el sentido de que el delito de fraude constituye contemporáneamente un fraude civil y que ningún interés tiene dividir los ilícitos penal civil, consideramos que no le asiste razón alguna a dicho jurista, en virtud de que, si bien en algunas ocasiones, un mismo hecho es susceptible de simultánea regulación por parte del Derecho Civil y del Derecho Penal, no siempre es así, ya que no siempre cuando se suscite un fraude penal estaremos en presencia de la existencia de una obligación o de un contrato, ambos de carácter civil, como lo ha determinado en innumerables ocasiones la Jurisprudencia nacional, como sucede por ejemplo, en el caso del juego de "la bolita", las denominadas "tandas" o los sistemas llamados "pirámides".³²⁶ De igual manera, no siempre que nos encontramos una operación

³²⁶ (cfr) Tesis con el rubro "FRAUDE. JUEGO DE LA "BOLITA" en Amparo directo 8114/59; "TANDAS". CONSTITUYEN UNA CONDUCTA DOLOSA DE CARACTER PURAMENTE PENAL (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS)" en Amparo en revisión 413/96; y "LOS SISTEMAS LLAMADOS "PIRAMIDES" NO TIENEN UNA NATURALEZA CIVIL O MERCANTIL, SINO QUE GENERAN UNA RESPONSABILIDAD PENAL" en Amparo en revisión 159/92; en Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. *Con Legislación Federal*, Op Cit.

o contrato civil, estaremos en presencia de un hecho constitutivo del delito de fraude.

Es importante enfatizar, asimismo, que la distinción entre dolo civil y dolo penal, y más aún, entre delito de fraude y fraude civil, reviste la mayor importancia y constituye una discusión doctrinaria, jurisprudencial y legal de primer orden, habida cuenta de que resultaría a todas luces aberrante imponer a quienes cometen un ilícito civil y a quienes cometen un ilícito penal, las mismas consecuencias jurídicas, máxime si se toma en cuenta que el Artículo 17 Constitucional prohíbe la prisión por deudas de carácter civil. De ahí que resulte de capital importancia, determinar los casos en que se configura el ilícito penal y en que casos no, dado que al primero, por considerarse una violación del orden público de mayor gravedad para el Estado, le será aplicada una pena, en términos de la función sancionadora del Estado.

Finalmente, López Betancourt y Porte Petit, Zamora Pierce y Pavón Vasconcelos, en sus respectivas obras, se limitan a enunciar las posiciones de los autores ya mencionados, señalando esencialmente su opinión en el sentido de que no es posible distinguir entre dolo civil y dolo penal,³²⁷ teniendo en ese sentido, particular interés el señalamiento sustentado por Zamora Pierce de que *"en consecuencia, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad pueden permitirnos marcar fronteras ni diferencias entre los ilícitos civiles y los penales. Únicamente en el campo de la tipicidad podemos deslindar lo penal"*,³²⁸ proposición que si bien tiene sentido, nos permite inferir que dichos autores han arribado a la citada conclusión en virtud de que sitúan al dolo dentro de la culpabilidad y no dentro de la tipicidad, como elemento subjetivo genérico del delito de fraude. En todo caso, si dichos autores consideran que dentro de la tipicidad puede deslindarse al fraude penal del fraude civil, consecuentemente, al formar parte el dolo del tipo, deberían aceptar que el citado elemento subjetivo genérico si coadyuva a dicha delimitación.

Ahora bien, a pesar de que al momento de desarrollar la delimitación dogmático-jurídica del delito de fraude, dentro del tipo subjetivo nos referimos al dolo

³²⁷ (cfr) LÓPEZ BETANCOURT y PORTE PETIT, Op Cit, pp. 5-6; ZAMORA PIERCE, Op Cit, pp. 123-125; y PAVÓN VASCONCELOS, Op Cit, p. 240.

³²⁸ ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 125.

como el elemento subjetivo genérico del delito en comento, y que en dicho apartado mencionamos ya algunos puntos específicos que permiten diferenciar al dolo existente en dicho delito del dolo prevaleciente en materia civil, que por otra parte, también ha sido analizado en el capítulo segundo de la presente obra. No obstante lo anterior, y siguiendo la secuencia metodológica y sistemática que marcamos para la presente investigación, a continuación nos abocaremos a la confronta del dolo existente en el delito de fraude y el dolo existente en materia civil, en su multimencionada triple faceta, señalando los aspectos que consideramos, nos permite diferenciar el elemento subjetivo en comento respecto de los ilícitos civil y penal.

Habiendo definido al **dolo en materia penal** como la consciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito, consecuentemente, el dolo en el delito de fraude debe comprender también, tanto la representación como la voluntad de la realización del tipo objetivo; y que este elemento subjetivo se proyecta sobre la conducta engañosa (el engaño o aprovechamiento del error), el propio error en que se hace incurrir al pasivo, la disposición patrimonial y el perjuicio, imprescindibles para la obtención del lucro deseado.

En el caso del fraude por engaño, el agente es consciente y quiere engañar por medio de manifestaciones falsas, debiéndose representar el fruto ineluctable de su conducta, esto es, el lucro indebido o ventaja patrimonial derivado de la inducción al desprendimiento patrimonial y el consiguiente perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo. Ello implica, por tanto, el dominio en la provocación del resultado en condiciones de imputación objetiva. Lo mismo sucede con el fraude por aprovechamiento del error, en el cual el agente se abstiene de hacer saber al pasivo la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para su finalidad dolosa.

También convenimos en que la clase del dolo que acepta el injusto de fraude es únicamente el de tipo **directo**, en el que el autor quiere realizar precisamente el resultado y por ende, en el delito de fraude, delito de resultado material, encontramos que el resultado debe ser siempre conscientemente causado y deseado, dado que la finalidad o tendencia interna que ha de presidir la conducta del agente activo del delito, desde su inicio es la de hacerse una cosa o

alcanzar un lucro, hasta que cerrando el círculo ejecutivo, a través del desplazamiento y del perjuicio, se materializa en la ventaja patrimonial.

Derivado de lo anterior, es que se rechaza la comisión del delito de fraude por dolo eventual. Además de lo expresado en el párrafo anterior, se aducen como consideraciones que apoyan dicho rechazo, la existencia del elemento subjetivo específico, ánimo de lucro, que se encuentra implícito en el desplazamiento patrimonial cosustancial al delito de fraude, así como la inseguridad jurídica que introduce la presunción del injusto doloso eventual, puesto que la admisión de esta clase de dolo serviría únicamente para incriminar a título de fraude, ilícitos civiles en los que faltare la voluntad de ocasionar un perjuicio patrimonial.

Ahora bien: confrontando el **dolo penal** con el **dolo-vicio del consentimiento**, encontramos que efectivamente, en el caso del primero, su existencia implica la consciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito y en el caso específico del fraude, implica que el agente es consciente y quiere engañar o aprovecharse del error, representándose el resultado de su conducta y obrando con la finalidad especial de **obtener un lucro indebido**. Por su parte, uno de los requisitos del dolo-vicio del consentimiento es precisamente la intencionalidad de engañar o *animus decipiendi*, implicando que la sugestión o artificio que una de las partes utiliza para inducir a error a la otra, deben ser vertidas o actuadas intencionalmente. Así, el engaño intencionado va dirigido a producir error en la contraparte y su consiguiente desviación de la voluntad; siendo por ende, una intención encaminada a **viciar el consentimiento**.

De lo anterior se desprende que si bien en ambos casos, existe un elemento subjetivo del engaño, en el caso del delito de fraude, la finalidad o intención, al implicar la realización de los elementos objetivos del tipo, envuelve necesariamente la obtención de un lucro indebido, en tanto que en el caso del dolo-vicio del consentimiento, dicha intencionalidad va encaminada a viciar el consentimiento, es decir, la libre formación de la voluntad contractual. Por ende, esta será la principal diferencia entre ambas clases de dolo, que nos permitirá diferenciar en muchas ocasiones, la existencia o no de un ilícito penal, puesto que no en todos los casos, la existencia de dolo en la formación de un contrato, implicará necesariamente la existencia también de un dolo de carácter

penal. Un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar, por ejemplo, en los contratos a título gratuito, tales como el comodato o de asociación, entre otros.

No obstante lo anterior, es de destacarse que normalmente, coinciden ambas clases de dolo, habida cuenta del carácter preponderantemente económico de la mayoría de los contratos, y que implica por ende, que se vicie el consentimiento, afectándose por una parte, la libre formación de la voluntad contractual, y por la otra, se busque lograr un lucro indebido o una ventaja patrimonial con la celebración de dicho contrato. En tales casos, hemos de convenir en que si se cuenta con esta doble intencionalidad, pueden presentarse de manera simultánea, tanto el delito de fraude como la existencia de dolo como vicio del consentimiento en el contrato y que trae aparejado una acción civil que produce la nulidad del acto jurídico mencionado.

En segundo lugar, encontramos que el campo donde quizá el dolo constituye el mejor criterio diferenciador, es el relativo a la distinción entre **fraude penal** e **incumplimiento de obligaciones**. Debemos recordar que el dolo en el delito de fraude, implica que el agente es consciente y quiere engañar o aprovecharse del error, representándose el resultado de su conducta, consistente en la obtención de un lucro indebido o de una ventaja patrimonial, lograda a través del acto de disposición. Ello implica necesariamente una relación de causalidad, un nexo causal entre la conducta y el resultado, puesto que desde que despliega su conducta, el activo conoce y quiere engañar o aprovecharse del error de otro para hacerse ilícitamente de alguna cosa u obtener un lucro indebido.

Por otra parte, acordamos con anterioridad, que el dolo en el delito de fraude es de tipo directo, en el que el autor quiere realizar precisamente el resultado, y que su naturaleza rechaza el dolo eventual, puesto que si bien en este último, el autor también se decide contra el bien jurídico protegido por el tipo, no obra queriendo causar el resultado, sino que más bien se representa seriamente su posible producción, y se resigna o conforma con dicha eventualidad, siendo por ende, incompatible con la idea misma de defraudación, misma que exige que el despliegue del engaño o aprovechamiento del error esté destinado a perjudicar a la víctima y al logro de una ventaja patrimonial.

En cambio, el dolo en el incumplimiento de obligaciones requiere como presupuesto para su conformación, la existencia de una obligación previa, y esta relación jurídica impone el deber de adecuar su conducta al cumplimiento exacto de una obligación, y por ende, el dolo en este caso es concebido como la negativa consciente y voluntaria del deudor a cumplir su obligación sabiendo que realiza un acto injusto. Sin embargo, en estos casos la obligación ya ha nacido, y por ende, no puede considerarse que al momento de asumirse la obligación, consistente en un dar, un hacer o un no hacer, ya se haya tenido la consciencia y la voluntad de incumplir la misma, puesto que para ese momento no existe aún obligación alguna, sino que dicha intención viene con posterioridad, y por ende, no podemos hablar en dichos casos de un dolo de carácter penal, mismo que implica la consciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo, dentro de los cuales encontramos la conducta, consistente en el caso del fraude, en el engaño o el aprovechamiento del error, y que por ende, debe ser anterior o concomitante a la celebración del acto jurídico que da origen a la obligación, habida cuenta de que ésta debe ser el medio para que el activo engañe o se aproveche del error del obligado con la finalidad de efectuar un acto de disposición y así hacerse de un lucro indebido o una ventaja patrimonial.

Por ende, si la consciencia y voluntad de efectuar la disposición patrimonial se efectúa con posterioridad, no se puede considerar que la misma haya sido a consecuencia de un engaño o aprovechamiento del error, conductas que debieron haber sido desplegadas con anterioridad o al momento en que se contrajo la obligación; y consecuentemente, en tales hipótesis no es factible suponer que se configure el delito de fraude. Es importante mencionar que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia no sólo nacionales sino también extranjeras, han sido coincidentes en torno al presente punto, tal y como se detallará en el subinciso posterior.

Finalmente, en relación al **dolo penal** y el **dolo proveniente de la responsabilidad por actos ilícitos**, si bien ya detallamos en relación al primero que implica que el agente es consciente y quiere engañar o aprovecharse del error, representándose el resultado de su conducta, y obrando con la finalidad especial de **obtener un lucro indebido**, en el segundo, el elemento subjetivo se encontraría constituido por la **intención de dañar**, infringiendo el deber jurídico de la general prohibición de causar daños ajenos. De ahí que se facilite la

distinción entre ambos, al través de dos aspectos fundamentales. Podemos hablar de dolo penal en actos ilícitos, en primer lugar, cuando a través del acto u obrar ilícitos, el activo despliega una conducta engañosa —a través del engaño o el aprovechamiento del error—, siempre y cuando la intención de dañar se encuentre aparejada con la búsqueda de un lucro indebido o una ventaja patrimonial con la comisión de dicho acto ilícito. Sin embargo, estimamos que en la mayoría de actos ilícitos que contempla el Código Civil (Capítulo V, Título Cuarto, Libro Cuarto), se habla de causación dolosa de daños, en la cual resulta extremadamente difícil que se efectúe un acto de disposición de manera voluntaria a consecuencia de una conducta engañosa, y sobre todo que a través de dicho acto de disposición se obtenga un lucro que incremente el patrimonio del activo, puesto que en términos generales un daño tiende a causar un perjuicio en el patrimonio del pasivo, más que a incrementar el del agente activo.

4.2.1 Posición de la jurisprudencia nacional al respecto

Si bien encontramos que normalmente el dolo que más estudia la Doctrina en materia civil, es el dolo-vicio del consentimiento en los contratos, los criterios jurisprudenciales contenidos en las tesis sostenidas por nuestros Tribunales Federales, se han abocado más a la distinción entre el dolo penal y el dolo en el incumplimiento de obligaciones, y especialmente, el incumplimiento de contratos, distinguiendo así el delito de fraude del incumplimiento de contratos, utilizando el criterio ya analizado en el apartado anterior, en el sentido de que para que una cuestión civil derivada del incumplimiento de contratos sea constitutiva del delito de fraude, debe demostrarse que la misma fue engendrada por el dolo penal, consistente en que el momento en que se celebró el contrato tuvo la intención de engañar al pasivo con el específico fin de hacerse ilícitamente de un lucro indebido o una ventaja patrimonial.

FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL. DISTINCIÓN ENTRE. Hay que distinguir el fraude o el dolo civiles, que otorgan simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio del fraude penal o dolo penal, que hace incurrir, además, al que lo emplea, en una pena pública. Aun cuando se ha sostenido que la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, engaño o deslealtad, y abandona al derecho civil la materia de las convenciones cabe observar que el legislador también ha considerado el interés de

proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas, aprovechando la buena fe de éstas, su ignorancia o el error en que se encuentran, y otorga la tutela penal estableciendo tipos de delito que protejan a la sociedad y repriman esas agresiones, aunque se utilicen sistemas contractuales como medios para enriquecerse ilegítimamente 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 responsabilidad que de él deriva está limitada con relación a las exigencias del orden público, tal como la tutela 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 tanto responsabilidad civil como penal.

Amparo en revisión 295/94.-Raymundo Varela Porquillo.-7 de septiembre de 1994.-Unanimidad de votos.-Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.-Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Amparo directo 570/93.-José Juan García de Gacona.-29 de septiembre de 1994.-Unanimidad de votos.-Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.-Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Amparo en revisión 446/96.-Rogelia Sanluis Carcaño.-19 de septiembre de 1996.-Unanimidad de votos.-Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.-Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Amparo en revisión 13/97.-Ricardo Serrano Lizaola.-6 de febrero de 1997.-Unanimidad de votos.-Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.-Secretario: José Mario Machorro Castillo. Amparo directo 339/98.-Ricardo Sergio de la Llave del Ángel.-20 de agosto de 1998.-Unanimidad de votos.-Ponente: Carlos Loranca Muñoz.-Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. VI.2o. J/146. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VIII, Septiembre de 1998. Pág. 1075. Tesis de Jurisprudencia.³²⁹

FRAUDE. CASOS EN LOS QUE UNA CONDUCTA NORMALMENTE CIVIL CONSTITUYE EL DELITO DE. Para que una conducta de naturaleza normalmente civil, como es la que le da vida al contrato de compraventa, pueda constituir el delito de fraude, es necesario que la persona que la llevó al cabo tuviera desde el momento de contratar la dolosa intención de engañar al pasivo con el específico fin de hacerse ilícitamente de algo, por lo que si no se demuestra que ello ocurre, como sucede en el caso de que el análisis de los elementos de prueba que obren en el sumario no permitan, dado su contenido, estimar plenamente demostrado que previo a la celebración del contrato se hubiera tenido la dolosa intención de no cumplir con lo pactado, no

³²⁹ Tanto esta tesis como las demás que se citan a continuación, fueron tomadas del Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. *Con Legislación Federal*. Software Visual, Op Cit.

puede válidamente decirse que los hechos de que se trata sean constitutivos del ilícito en mención.

Amparo en revisión 428/93. Teresa Martínez Ortega. 3 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco. Amparo directo 384/94. Joaquín Serrano Gamboa. 27 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco. Amparo en revisión 216/95. Alberto Martínez Hernández. 21 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra. Amparo en revisión 465/95. Leticia Méndez Conde y otro. 16 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Ramón Zúñiga Luna. Amparo en revisión 133/96. Juez Tercero de Primera Instancia de Veracruz, Veracruz. 21 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Ramón Zúñiga Luna.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO. VII.P. J/18. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo IV, Septiembre de 1996. Pág. 476. Tesis de Jurisprudencia.

FRAUDE. SI EN UNA RELACIÓN CONTRACTUAL NO SE DEMUESTRA PLENAMENTE QUE EL ENGAÑO O EL ERROR DEL QUE FUE VÍCTIMA EL SUJETO PASIVO TENÍA COMO FIN DEFRAUDAR Y OBTENER UN BENEFICIO ILÍCITO NO SE CONFIGURA DICHO DELITO Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA QUE ASÍ OBTENGA EL INculpADO DEBE CONSIDERARSE COMO UNA CUESTIÓN DE CARÁCTER CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). El elemento engaño o error en el delito de fraude a que se refiere el primer párrafo del artículo 324 del Código Penal del Estado de Michoacán, es de naturaleza penal y no civil, y para que se presente en una relación contractual es necesario que exista en la mente del autor una dañada intención que tienda, no sólo a inducir a otro a celebrar un contrato, sino a la obtención ilícita de una cosa o al alcance de un lucro indebido, es decir, que entre la dañada intención del acusado de defraudar y el beneficio ilícito debe haber una relación inmediata de causa a efecto; por tanto, si no se demuestra plenamente que el engaño o el error del que fue víctima el sujeto pasivo tenía como fin defraudar y obtener un beneficio ilícito no puede configurarse dicho delito, por lo que el enriquecimiento sin causa que así obtiene el inculpado debe considerarse como una cuestión de carácter civil, tomando en cuenta, además, la prohibición contenida en el artículo 17 de la Constitución Federal, de que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Amparo en revisión 221/90. 28 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Enrique Castillo Morales. Secretario: José Gutiérrez Verduzco. Amparo en revisión 15/96. 13 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Díaz Ponce de León. Secretario: Gilberto Díaz Ortiz. Amparo en revisión 6/99. 10 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Sahuer Hernández. Secretario:

Gilberto Díaz Ortiz. Amparo en revisión 483/2004. 24 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretario: Pedro Garibay García. Amparo directo 942/2005. 26 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Sahuer Hernández. Secretario: Gustavo Solórzano Pérez.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO. XI.2o. J/30. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIV, Julio de 2006. Pág. 941. Tesis de Jurisprudencia.

Z

FRAUDE, INEXISTENCIA DEL, TRATÁNDOSE DE UN CONTRATO PRIVADO. NO SE PUEDE ATRIBUIR AL INCUMPLIMIENTO CARÁCTER PENAL, SI NO SE PRUEBA LA EXISTENCIA DEL ENGAÑO EN LA ÉPOCA EN QUE SE CELEBRÓ EL CONTRATO. Los límites que en ciertos casos separan al derecho penal y al derecho civil son tan sutiles que pueden determinar la desfiguración del derecho privado para servir, desafortunadamente, a quienes merecen la represión del derecho penal; pero, también por la misma sutileza de las fronteras que median entre ambas disciplinas, puede acontecer lo contrario. En efecto, es explicable que a veces los Jueces penales, al estudiar cuestiones de esta naturaleza, incurran en el error de considerar conductas meramente civiles como delictuosas, desvirtuando en esa forma el derecho penal, el cual queda por ello al servicio de intereses particulares, como son los del contratante que se dice víctima del engaño y que al contratar aceptó el riesgo de que su contratante no cumpliera, lo cual puede suceder y de hecho sucede frecuentemente, a pesar de que la parte que no cumple haya celebrado el contrato con la suficiente buena fe y la intención de cumplir. Adoptar criterio distinto conduciría sin esfuerzo a la consideración de que todos aquellos que incumplan con los contratos serían delincuentes, por lo que debe advertirse con claridad en todo caso, la existencia del elemento engaño al celebrarse el contrato para que pueda proceder la represión penal.

Amparo en revisión 42/95.-María Teresa Espinoza Ramírez y otro.-23 de febrero de 1995.-Unanimidad de votos.-Ponente: Genaro Rivera.-Secretaria: Silvia Marinella Covián Ramírez. Amparo directo 852/96.-Ramón Zapata García.-31 de octubre de 1996.-Unanimidad de votos.-Ponente: Genaro Rivera.-Secretario: José Rafael Coronado Duarte. Amparo directo 436/97.-José del Carmen Arellano Marreño.-19 de junio de 1997.-Unanimidad de votos.-Ponente: Genaro Rivera.-Secretario: José Rafael Coronado Duarte. Amparo en revisión 93/98.-Juez Segundo de Primera Instancia del Ramo Penal del Distrito Judicial de Hermosillo, Sonora.-25 de febrero de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Abraham Calderón Díaz.-Secretaria: María de los Angeles Peregrino Uriarte. Amparo directo 11/99.-Armando Campa Montaña.-13 de mayo de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Lucila Castelán Rueda.-Secretaria: Ydolina Chávez Orona.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. V.2o. J/47. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo X, Julio de 1999. Pág. 733. Tesis de Jurisprudencia.

CHEQUES POSTFECHADOS. FRAUDE. CASO EN QUE SE DESNATURALIZA EL CARÁCTER DE TALES TÍTULOS DE CRÉDITO. En el caso de cheques postfechados bien sabido es que tal circunstancia, aceptada por el beneficiario, desnaturaliza por completo el verdadero carácter de tales títulos de crédito al transformarlos en documentos en garantía, puesto que es de esencia en el cheque que al expedirlo se tengan los fondos necesarios para cubrirlo, y si las partes, por convenio expreso o tácito eliminan este rasgo esencial, cambian la naturaleza de aquél, sin que se requiera entonces de la existencia previa de fondos, ya que se subordina su expedición a la provisión, que si no se hace oportunamente da lugar a acciones civiles que no pueden transformarse en penales por la falta del dolo indispensable en el fraude.

Amparo en revisión 112/94. Leandro Iracheta García. 11 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives. Amparo en revisión 127/94. María Guadalupe García Rivas. 11 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives. Amparo en revisión 320/94. José Julio Castro Morales. 18 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretario: Nicolás Leal Salazar. Amparo directo 115/95. Héctor Trujeque Rodríguez. 19 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez. Amparo en revisión 252/95. Fernando Peláez Dior. 5 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO. VII.P. J/2. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo II, Septiembre de 1995. Pág. 426. Tesis de Jurisprudencia.

FRAUDE. EL ESPECÍFICO Y PRECONCEBIDO FIN DE OBTENER ALGUNA COSA TOTAL O PARCIALMENTE AJENA CON ANIMO DE DOMINIO, LUCRO O USO EN PERJUICIO DEL PATRIMONIO DEL PASIVO, ES INDISPENSABLE PARA QUE SE CONFIGURE EL ILICITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). El delito de fraude previsto en el artículo 187 del Código Penal para el Estado, que está comprendido en el Título VI del Libro Segundo de dicho ordenamiento legal y que se refiere a los delitos cometidos en contra del patrimonio de las personas, se caracteriza porque a virtud del engaño de que se hace víctima al pasivo o del aprovechamiento del error en que éste se encuentre, el activo persigue el específico y preconcebido fin de obtener alguna cosa total o parcialmente ajena con ánimo de dominio, lucro o uso en perjuicio del patrimonio de aquél, lo que implica que entre la dolosa intención de

defraudar y el beneficio ilícito obtenido debe existir una relación inmediata de causa-efecto.

Amparo en revisión 219/95. Juez Primero de Primera Instancia de Veracruz, Veracruz. 28 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez. Amparo en revisión 468/94. Roberto del Angel Hernández. 10 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Mercedes Cabrera Pinzón. Amparo en revisión 454/95. Maximino Ortega Martínez. 17 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Tomás Sánchez Angeles, en funciones de Magistrado por ministerio de ley. Secretaria: Leticia López Vives. Amparo directo 1/96. Crisóforo Hernández Flores. 28 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. Amparo directo 59/96. Crisóforo Hernández Flores. 28 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO. VII.P. J/20. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo IV, Octubre de 1996. Pág. 394. Tesis de Jurisprudencia.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS, NO SIEMPRE CONSTITUYE UNA MERA CONDUCTA CIVIL. Si el quejoso alega que se trata en el caso de una cuestión civil derivada del incumplimiento de contratos y fue engendrada por el dolo penal, es preciso probar que dicha persona desde el momento en que se celebró el contrato tuvo el ánimo doloso de no cumplir con su obligación, y la manera de demostrarlo es por medio de aquellos elementos que concatenados entre sí al contrato de mérito, puedan influir en el ánimo del juzgador para obtener la convicción plena de que alguna de las partes pactó dicho contrato, a sabiendas que no lo llegaría a cumplir, por lo que no puede estimarse que todo incumplimiento de contrato constituye una mera conducta civil, pues de considerarlo así, se convertiría dicha conducta en un instrumento para todos aquellos que con pretexto de llevar a cabo convenios de carácter civil en forma ilícita y en perjuicio de otras personas para obtener un lucro indebido 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 596/95. Larry Haggard y Patty Haggard. 5 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. VI.2o.46 P. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo III, Febrero de 1996. Pág. 432. Tesis Aislada.

FRAUDE. CONTRATO DE COMPRAVENTA. EL DELITO DE. CARACTERISTICAS. Para que una conducta de naturaleza aparentemente civil pueda tener por el contrario carácter penal, debe necesariamente probarse, que el contratante que realizó la operación civil ha incurrido en una infracción de índole penal, para lo cual es preciso acreditar, que dicha persona desde que celebró tal operación sabía que no podía hacerlo o que no podía cumplir con ella; es decir, demostrar que la operación aparentemente civil, fue engendrada por el dolo penal de una de las partes, con la intención de hacerse ilícitamente de algo, alcanzando con ello un beneficio propio en perjuicio de alguien, lo cual constituye el dolo penal, y la prueba de ese dolo original, sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que, debidamente analizados en relación con la operación de referencia, engendren en el juzgador la convicción presuntiva requerida para estos actos, de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir con la operación, y los elementos de prueba antes reseñados, a juicio de este cuerpo colegiado no poseen esa fuerza retroactiva, en cuanto que mediante ellos pueda establecerse la existencia de un engaño en el pretérito, es decir, en la época en que se celebró la operación de compraventa, ya que de éstos únicamente se desprende la existencia de la transacción consistente en la compra de diez cabezas de ganado, habiéndose cubierto el precio de las mismas en el momento de la operación, conviniéndose que dichos semovientes serían entregados cuando así lo requiera el comprador, y la circunstancia de que se niegue a cumplir con ello, no es motivo suficiente para actualizar el delito de fraude que se le imputa.

Amparo en revisión 501/91. Alberto Suástegui Franco. 21 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: Indalfer Infante González.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO. T.C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca. Tomo IX, Mayo de 1992. Pág. 439. Tesis Aislada.

CONTRATO, REQUISITOS PARA QUE EL INCUMPLIMIENTO PUEDA DAR LUGAR AL DELITO DE FRAUDE. En los procesos penales que se caracterizan por tener como origen un contrato, la línea divisoria entre la esfera penal y la civil presenta una sutileza tal que puede dar lugar a la confusión de dichos ámbitos, por lo que para considerar que una de las partes ha incurrido en una infracción penal, es preciso acreditar que no se ha cumplido con lo pactado y que la persona incumplida, así como quien con ella coadyuva desde que se celebró el contrato habían decidido dolosamente no cumplirlo; tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil fue engendrada con el dolo penal de una de las partes, y la prueba de ese dolo original sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos de convicción que engendren en el juzgador la convicción de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir, para obtener el lucro premeditadamente concebido, por lo que si los elementos de prueba

sometidos a consideración del juzgador no llevan implícitos un incumplimiento ni poseen fuerza retroactiva, en cuanto que mediante ellos pueda establecerse la existencia de un engaño ocurrido en el pasado, es decir, en la época de la celebración del contrato, el juez no puede atribuir a la simple celebración del contrato y sus modalidades, o al incumplimiento, el carácter de penal; así ni el incumplimiento de un contrato ni mucho menos la sola celebración, necesariamente constituyen una conducta penal.

Amparo en revisión 261/93. Rolando Estévez Ramírez. 9 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. T.C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca. Tomo XIII, Marzo de 1994. Pág. 334. Tesis Aislada.

DOLO CIVIL. Si el engaño y el error sólo persiguen el fin de inclinar la voluntad de una persona, induciéndola a celebrar un acto jurídico, que de otro modo concluiría, el dolo tendría carácter civil, y consecuentemente, no provocará la persecución en lo criminal, pues lo que la ley castiga, es el atentado a la propiedad y no el contrato obtenido por engaño o por error, que como vicios de consentimiento se sancionan con la nulidad, en su caso.

1a. TOMO LXXVI, Pág. 5532. Lamadriz y Crespo Francisco de.- 23 de junio de 1943.- Cuatro votos.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca. Tomo LXXVI. Pág. 5532. Tesis Aislada.

FRAUDE. CONCEPTOS DE ENGAÑO Y ERROR COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO. El fraude es un delito material por requerir un resultado de la misma índole (la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurren en ella, así como la obtención de un lucro o un beneficio indebido), con independencia de los medios comisivos, engaños o aprovechamiento del error, entendiéndose el primero como la actividad mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción, o sea una acción falaz positiva para lograr la obtención de la cosa o el logro de un beneficio indebido; en el aprovechamiento del error, no es necesario en todo caso, una actividad del sujeto activo, quien se aprovecha de la falsa concepción que una persona tiene sobre un hecho cualquiera para llegar al resultado antijurídico, y a diferencia del engaño que constituye el medio comisivo para provocar el error, en el aprovechamiento de éste que existe con anterioridad, el agente sólo se vale de esa situación para lograr el fin que de antemano se propuso, ya que en estas circunstancias el activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima, sino

únicamente se abstiene de hacer saber al pasivo la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para su finalidad dolosa.

Amparo en revisión 234/89. Horacio Ruiz Samayoa. 5 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: Jorge Farrera Villalobos.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. T.C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca. Tomo V Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990. Pág. 578. Tesis Aislada.

DOLO DIRECTO Y DOLO EVENTUAL. DIFERENCIAS. Del artículo 8o. del Código Penal Federal, se desprende que los delitos pueden ser dolosos o culposos. El dolo significa la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Por ello, un delito tiene este carácter, cuando el sujeto activo lo comete conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico y, aun así, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. El dolo, a su vez, admite dos modalidades: directo y eventual. El primero se puede asimilar a la intención, lo que el sujeto persigue directamente y abarca todas las consecuencias que, aunque no las persiga, prevé que se producirán con seguridad; mientras que el dolo eventual se presenta cuando el sujeto activo no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.

Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

1a. CV/2005, Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXIII, Marzo de 2006. Pág. 207. Tesis Aislada.

FRAUDE, INEXISTENCIA DEL, SI NO SE PRUEBA EL ELEMENTO ENGAÑO EN LA ÉPOCA EN QUE SE CELEBRÓ EL CONTRATO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). De la exégesis del artículo 171 del Código Penal del Estado de Guerrero, se obtiene que el primer elemento constitutivo del tipo penal de fraude es la existencia del elemento engaño o el aprovechamiento del error en que se encuentre el sujeto pasivo del delito. Tratándose del incumplimiento de un contrato, para que encuadre en el ámbito penal, es indispensable que se compruebe que se actualizó el elemento engaño con que se dice se condujeron los sujetos activos del ilícito, partiendo de la base de que el engaño consiste en provocar mediante argucias, artimañas, maquinaciones o cualquier otro medio, un falso conocimiento en el sujeto pasivo que provoque en este último la determinación de realizar un acto de disposición patrimonial en beneficio de los sujetos activos, y también se hace necesario

comprobar que desde que se celebró el contrato los sujetos señalados como activos habían decidido no cumplirlo, esto es, debe demostrarse que la operación aparentemente civil fue engendrada por el dolo penal de una de las partes contratantes, lo que sólo puede consolidarse por medio de aquellas pruebas que conduzcan al juzgador al convencimiento de que los sujetos activos, en su carácter de contratantes, pactaron con el supuesto ofendido mediante maquinaciones con el conocimiento de que incumplirían lo contratado. De no acreditarse el elemento engaño, es inexistente el tipo penal de fraude, y debe concluirse que se trata de un contrato de naturaleza netamente civil, cuyo incumplimiento sólo trae aparejadas acciones de la misma naturaleza.

Amparo en revisión 416/2001. 4 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Avelar Gutiérrez. Secretaria: Gloria Avecia Solano.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO. XXI.3o.7 P. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XV, Febrero de 2002. Pág. 818. Tesis Aislada.

FRAUDE GENERICO E INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. ELEMENTOS QUE DIFERENCIAN EL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). La circunstancia de que los quejosos hayan ocultado que el inmueble objeto del contrato de compraventa estuviera gravado por una institución bancaria, y luego le indicaran al ofendido que le firmarían las escrituras cuando lo solicitara y que estaría libre de gravamen, no debe entenderse que al no cumplir el quejoso con ese contrato ha incurrido en una infracción de carácter penal, ya que para que esta conducta encuadre en una de ese tipo, se hace necesario acreditar que desde que celebró el contrato había decidido no cumplirlo, esto es, tiene que demostrarse que la operación aparentemente civil fue engendrada por el dolo penal de una de las partes de manera que la prueba de ese dolo original sólo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que, debidamente analizados en relación con el contrato en comento, normen al juzgador la convicción plena de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir. Por tanto, si los datos de prueba sometidos a la consideración del Juez no poseen esa fuerza retroactiva necesaria para establecer la existencia de un engaño en la época en que se celebró el contrato, no puede el juzgador atribuir al simple incumplimiento, carácter penal.

Amparo en revisión 588/95. Gelio López Jiménez y otra. 8 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Horacio Felipe López Camacho. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. XX.58 P. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo III, Marzo de 1996. Pág. 947. Tesis Aislada.

4.3 El delito de fraude en las relaciones contractuales. Peculiaridades

El fraude también puede producirse aprovechando la realización de un contrato o negocio jurídico. No necesariamente debe revestir forma de contrato, pero con frecuencia lo hace. Zamora Pierce refiere que en los fraudes más cuantiosos, los que se cometen en contra de los comerciantes, de los bancos, de las empresas de seguros, de las casas de bolsa o de cambio, el activo logra su lucrativo propósito engañando a los representantes de la empresa para que otorguen un contrato.³³⁰

En este sentido, es importante mencionar que la frecuencia con la que, para cometer el delito de fraude, se hace uso de figuras contractuales, se pone de relieve con el análisis de los fraudes específicos contemplados en el artículo 231 del Código Penal para el Distrito Federal, respecto de los cuales, si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto no requieren la acreditación de los elementos del tipo penal de fraude genérico, teóricamente y al recibir la denominación y encontrarse dentro del capítulo correspondiente a fraude, se supone si deberían de requerir los mismos elementos, ocurriendo que en la realidad así sucede en la mayoría de dichas hipótesis, tal y como lo demuestra de manera brillante Gerardo Paredes López, en su Tesis de Licenciatura intitulada "Análisis comparativo del Delito de Fraude previsto en el artículo 386 párrafo primero del Código Penal para el Distrito federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, con el artículo 387 del mismo Código".³³¹ Por ende, a continuación, transcribimos el contenido del artículo 231 del Código Penal para el Distrito Federal, de cuyas 15 hipótesis estimamos que en todas ellas, salvo las previstas en las fracciones VI, VII, IX y XIV, nos encontramos ante fraudes contractuales, o ilícitos penales en que se usaron de una u otra forma sistemas contractuales para llevar a cabo el delito; en tanto que en la VI y VII se utiliza alguna otra fuente de obligaciones civiles, distinta del contrato.³³²

³³⁰ (cfr) ZAMORA PIERCE, Op Cit, p. 122.

³³¹ (cfr) PAREDES LÓPEZ, Op Cit, pp. 259-274.

³³² (cfr) Contradicción de tesis 89197, con el rubro "FRAUDE ESPECÍFICO. ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE, PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 319, FRACCIÓN XII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SONORA Y 381, PÁRRAFO DÉCIMO TERCERO, DEL CÓDIGO PUNITIVO PARA EL ESTADO DE OAXACA". a./J. 34/2000; en Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. *Con Legislación Federal*; Op Cit.

“Artículo 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:

I. Por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

II. Obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, como consecuencia directa e inmediata del otorgamiento o endoso a nombre propio o de otro, de un documento nominativo, a la orden o al portador, contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo;

III. Venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o inmueble, y reciba el precio de la primera, de la segunda enajenación o de ambas, o parte de él, o cualquier otro lucro, con perjuicio del primero o del segundo comprador;

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado comprobado;

V. En carácter de fabricante, comerciante, empresario, contratista o constructor de una obra, suministre o emplee en ésta materiales o realice construcciones de calidad o cantidad inferior a las estipuladas, si ha recibido el precio convenido o parte de él, o no realice las obras que amparen la cantidad pagada;

VI. Provoque deliberadamente cualquier acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros;

VII. Por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explote las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas;

VIII. Venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que estos últimos resulten insolutos;

IX. Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase, que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente entrega;

X. 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 estipulen réditos o lucros superiores a los vigentes en el sistema financiero bancario;

XI. Como intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren al objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro. Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino o ha dispuesto del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en cualquier

institución facultada para ello dentro de los treinta días siguientes a su recepción en favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado dentro de ese término al vendedor o al deudor del gravamen real o devuelto al comprador o al acreedor del mismo gravamen. El depósito se entregará por la institución de que se trate a su propietario o al comprador.

XII. Construya o venda edificios en condominio obteniendo dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, sin destinarlo al objeto de la operación concertada. En este caso, es aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo de la fracción anterior. Las instituciones y organismos auxiliares de crédito, las de fianzas y las de seguros, así como los organismos oficiales y descentralizados autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción anterior.

XIII. Con el fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o por carecer éste de fondos suficientes para su pago de conformidad con la legislación aplicable. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución de crédito de que se trate;

XIV. Para obtener algún beneficio para sí o para un tercero, por cualquier medio accese, entre o se introduzca a los sistemas o programas de informática del sistema financiero e indebidamente realice operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores, independientemente de que los recursos no salgan de la Institución; o

XV. Por sí, o por interpósita persona, sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes o sin satisfacer los requisitos señalados en el permiso obtenido, fraccione o divida en lotes un terreno urbano o rústico, con o sin construcciones, propio o ajeno y transfiera o prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre alguno de esos lotes”.

Ahora bien, en tratándose de los delitos de fraude cometidos en relaciones contractuales, en la mayoría de los casos, el autor del fraude se vale de la contratación para perpetrar el engaño, de modo que simula un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada pero sin intención de cumplir la suya.

Para Donna y De la Fuente, lo importante es saber diferenciar el posible delito de estafa del mero incumplimiento contractual, asunto que al pertenecer únicamente a la esfera civil o comercial, queda al margen del tipo penal analizado. Así, según los referidos autores, “*se trata de un problema de*

*tipicidad, pues en cada caso habrá que preguntarse si se cumplen o no los elementos que el tipo delictivo exige para la concurrencia de una responsabilidad criminal”.*³³³

Como ya analizamos en el apartado precedente, al confrontar al dolo penal y al dolo en el incumplimiento de obligaciones, para afirmar el delito de fraude es imprescindible la presencia de un **engaño fraudulento inicial a la contratación**: el autor utiliza el contrato como instrumento del delito, sabiendo desde el principio que su intención era no cumplir la contraprestación. Los autores en comento, retoman una sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 19 de junio de 1995, para considerar que:

“Se prostituyen así los esquemas contractuales para instrumentarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio y perjuicio de las víctimas, desplegando unas actuaciones que desde que se planifican prescinden de toda idea de cumplimiento propio, lo que origina el desvalor de la acción del agente y la lesión de un bien jurídico ajeno”.³³⁴

Por otra parte, la jurisprudencia mexicana ha estimado que si bien la materia de las convenciones, y más ampliamente, de las obligaciones, pertenece al ámbito del Derecho Civil —estableciéndose incluso entre las materias civil y penal, una serie de diferencias, que se aprecian incluso desde el nivel constitucional, como es el caso del Artículo 17 Constitucional que establece la prohibición de prisión por deudas de carácter civil—, lo que da lugar obviamente a acciones de carácter civil; sin embargo, considera, rememorando a González de la Vega, que la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, engaño o deslealtad, y que el legislador también ha considerado el interés de proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas, aprovechando la buena fe de éstas, su ignorancia o el error en que se encuentran, y otorga la tutela penal estableciendo tipos de delito que protejan a la sociedad y repriman esas agresiones, *aunque se utilicen sistemas contractuales como medios para enriquecerse ilegítimamente u obtener un lucro indebido*.

³³³ DONNA y DE LA FUENTE, Op Cit, p. 70.

³³⁴ Cit. por Idem.

Por ello, continúa, si bien es cierto que la voluntad de las partes es soberana para regir las situaciones que han creado por virtud del contrato o en general, de una obligación, la responsabilidad que de él deriva está limitada con relación a las exigencias del orden público, tal como la tutela 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 tanto responsabilidad civil como penal, en cuyo caso nos encontramos ante una cuestión de simultánea regulación por parte del Derecho Civil y del Derecho Penal.³³⁵

4.4 Análisis de los requisitos que conforman el tipo penal del fraude contra los requisitos que conforman el fraude civil

En los incisos anteriores hemos mencionado algunos de los criterios diferenciadores que se han utilizado tradicionalmente para distinguir entre el delito de fraude y el fraude civil. Se ha dejado constancia de las polémicas y añejas discusiones que se han desatado en relación a los mismos. Siguiendo la secuencia metodológica y sistemática de la presente investigación, en este apartado nos referiremos a los principales elementos que nos permiten distinguir al fraude penal de su par civil, en base a todo lo abordado en la presente investigación, y en forma particular, lo estudiado en el capítulo tercero, relativo a la delimitación dogmático-jurídica del delito de fraude.

Definimos previamente al delito como *la acción u omisión típica, antijurídica y culpable*. Asimismo, al momento de diferenciar a los ilícitos civil y penal, convenimos que lo que distingue a ambos es la **tipicidad** que presenta el último de los ilícitos mencionados, misma que se constituye en la nota que caracteriza al delito, puesto que únicamente tienen la cualidad de tal, aquellas formas de infracción que están específicamente definidas como tales por la ley penal, y a cuya comisión se vincula la imposición de una pena. Recordemos que definimos a

³³⁵ (cfr) Tesis con el rubro "FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL. DISTINCIÓN ENTRE." en Tesis de Jurisprudencia VI. 2º. J/146; en Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. Con Legislación Federal, Op Cit.

la **tipicidad** como *la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de hecho se hace en la ley penal*; en tanto que al **tipo**, lo concebimos como *la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal*.

De lo anterior se infiere que ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo, no es típico; es decir, si no corresponde a la descripción contenida en una norma penal. Cabe recordar que para determinar si una conducta es típica, debe realizarse el juicio de tipicidad, el cual se realiza constatando el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Ahora bien, en el caso del delito de fraude, éste se encuentra previsto en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, siendo descrito en los siguientes términos: *"al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero"*. Por ende, de manera genérica podemos decir que nos encontraremos ante la existencia del delito de fraude cuando el hecho cometido se adecue a la descripción que hace el Código Penal para el Distrito Federal de dicho delito en su artículo 230.

En este sentido coinciden algunos juristas que han tratado de delimitar al delito de fraude en relación al fraude civil. Así, para Valle Muñoz, *"la única forma posible de delimitar el delito de estafa con respecto al fraude civil será mediante el estudio dogmático de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo penal defraudatorio. A ello deberá confrontársele, obviamente, el análisis de los requisitos que conforman el dolo vicio del consentimiento"*.³³⁶

Por su parte, como ya se mencionó previamente en la obra, López Betancourt y Porte Petit siguen a Zamora Pierce en el sentido de que ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad pueden permitirnos marcar fronteras ni diferencias entre los ilícitos civiles y los penales, y que únicamente en el campo de la tipicidad podemos deslindar lo penal, si bien, como ya lo mencionamos, estos últimos autores incurrir en el error de ubicar al dolo dentro de la culpabilidad, con lo cual, de acuerdo a su perspectiva, el dolo no sería un criterio diferenciador de

³³⁶ VALLE MUÑOZ, Op Cit, p. 18.

los fraudes civil y penal, contrariamente a lo que se ha demostrado en la presente investigación, y al ubicar nosotros al dolo dentro del tipo subjetivo, no tenemos objeción alguna en admitir que efectivamente la tipicidad constituirá el principal criterio que nos permitirá diferenciar al fraude civil del penal, y por ende podemos decir que para determinar si una conducta es constitutiva del delito de fraude, debe realizarse el juicio de tipicidad, constatando el tipo objetivo y el tipo subjetivo del ilícito de referencia.

En este sentido cabe recordar que la tipicidad contiene diversos elementos de carácter objetivo, subjetivo y normativo. No podemos decir que todos y cada uno de ellos sean útiles para diferenciar al delito de fraude del fraude civil. Si bien, durante el desarrollo de la presente investigación si nos referimos a todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo penal de fraude, del análisis de todos y cada uno de ellos y su posterior confronta con los que conforman el fraude civil, hemos ubicado los puntos finos o aspectos esenciales, dentro de la tipicidad, que nos permiten diferenciar al fraude penal del civil. Tales aspectos son los siguientes:

- ☑ **El Concepto penal del patrimonio, distinto del civil.** Dentro del tipo objetivo, encontramos que el bien jurídico protegido en el delito de fraude, lo constituye el patrimonio, concepto que si bien tiene su cuna en el Derecho Civil, lo cierto es que no existe una definición legal del mismo, ni unidad ni consenso doctrinal respecto a su naturaleza, existiendo diversas teorías en el ámbito del Derecho Civil, tales como la del patrimonio-personalidad así como la del patrimonio-afectación. Ante la inseguridad y precariedad que crea la ausencia de una definición de patrimonio en el ámbito del Derecho Civil, es que han surgido, en el campo del Derecho Penal, diversas teorías que pretenden abordar el patrimonio desde un punto de vista estrictamente penal, agrupándose principalmente en 3 grandes grupos o enfoques: el concepto jurídico, el concepto económico y el concepto mixto o económico-jurídico.

Éste último concilia los dos primeros, al considerar que el patrimonio como bien jurídico protegido en el delito de fraude debe suponer, por una parte, que los bienes o derechos que lo integran sean susceptibles de cuantificación económica y por la otra, que tales bienes y valores se

encuentren reconocidos por el Derecho y que no contradigan el sistema de valores de la Constitución y el orden jurídico en general. En el fraude, el ataque se instrumentaliza a través de la lesión de un concreto bien o valor patrimonial, producto de la cual, obviamente, aparecerá una pérdida o disminución económica cuantificable, de ahí que podamos decir que en el delito de fraude, el patrimonio debe ser entendido como *universitas iuris*, es decir, como unidad o totalidad de valor.

- ☑ **Dolo.** Este elemento subjetivo genérico del delito de fraude lo ubicamos dentro del tipo subjetivo y ha sido confrontado y debidamente diferenciado con el dolo en el ámbito civil en su triple vertiente en el apartado que antecede, al cual remitimos para un análisis más profundo del tema. Aquí sólo apuntaremos, en líneas muy generales, la posible diferenciación de los fraudes penal y civil, con base a este elemento subjetivo:

En primer término, el **dolo penal**, al implicar la consciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, envuelve necesariamente la consciencia y voluntad de engañar o aprovecharse del error para la obtención de un lucro indebido, en tanto que en el caso del **dolo-vicio del consentimiento**, la intencionalidad denominada *animus decipiendi*, va encaminada a viciar el consentimiento, es decir, a viciar la libre formación de la voluntad contractual. Por tanto, la consciencia y voluntad de engañar o aprovecharse del error para hacerse de un lucro indebido, existente en el dolo penal, será la principal característica que nos permitirá conocer que nos encontramos en presencia de un dolo penal, y por ende, podremos decir que esa operación aparentemente civil fue engendrada por un dolo de carácter penal. Ello sin perjuicio de que, si coinciden ambas clases de dolo, puedan presentarse de manera simultánea, tanto el delito de fraude como la existencia de dolo como vicio del consentimiento en el contrato y que trae aparejada una acción civil que produce la nulidad del acto jurídico mencionado.

En segundo lugar, se distingue claramente al dolo de carácter penal respecto del **dolo en el incumplimiento de obligaciones**, en virtud de la naturaleza del primero, a saber: directo, inadmitiendo la forma eventual, dado que el agente activo del delito, desde el inicio quiere realizar

precisamente el resultado, o lo que es lo mismo, desde el inicio tiene la finalidad o tendencia interna de obtener un lucro indebido. Por ende, no es susceptible de presentarse el dolo penal en el incumplimiento de obligaciones, en atención a que en dicho incumplimiento, el dolo que se presenta, *requiere forzosamente la existencia de una obligación previa*, y por ende, es posterior al momento en que dicha obligación se adquiere o se contrae, motivo por el cual no puede acreditarse la relación de causalidad que exige el tipo penal de fraude, esto es, que la conducta desplegada consistente en el engaño o el aprovechamiento del error haya sido desplegada para obtener un lucro indebido o una ventaja patrimonial.

Finalmente, es factible hablar de dolo penal en la **responsabilidad por actos ilícitos**, cuando se presenten dos supuestos: primero, que a través del acto u obrar ilícitos, el activo despliega la conducta engañosa —a través del engaño o el aprovechamiento del error—, y segundo, que la intención de dañar se encuentre aparejada con la búsqueda de un lucro indebido o una ventaja patrimonial con la comisión de dicho acto ilícito. Sin embargo, estimamos que en la mayoría de actos ilícitos que contempla el Código Civil (Capítulo V, Título Cuarto, Libro Cuarto), se habla de causación dolosa de daños, en la cual resulta extremadamente difícil que se efectúe un acto de disposición de manera voluntaria a consecuencia de una conducta engañosa, y sobre todo que a través de dicho acto de disposición se obtenga un lucro que incremente el patrimonio del activo, puesto que en términos generales un daño tiende a causar un perjuicio en el patrimonio del pasivo, más que a incrementar el del agente activo.

- ☑ **Ánimo de lucro.** Dentro del tipo subjetivo, ubicamos también a los elementos subjetivos específicos, *especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito*. En el caso concreto del fraude, la Doctrina tanto extranjera como nacional, es coincidente en que, por tratarse de un delito de enriquecimiento, cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio, requiere del ánimo de lucro injusto para el mismo agente activo o para otra persona, puesto que si no existiera el fin de lucro, faltaría la agresión patrimonial, indispensable para la integración de este delito. Así, la inexistencia del ánimo de lucro impide que pueda pensarse en el delito de fraude. En el

Código Penal para el Distrito Federal —a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Código Penal para el Estado de Veracruz—, la descripción típica del fraude no requiere dicho elemento subjetivo específico, sin embargo, consideramos que el mismo se encuentra implícito en la voluntad del defraudador o como dice Jiménez Huerta, *ínsito en la conducta engañosa constitutiva del delito de fraude*. Por ende, el ánimo de lucro en el fraude es esencial para afirmar la tipicidad y su ausencia conllevaría la atipicidad de la conducta, lo que no implica su licitud.

En contrapartida, en el fraude civil, y concretamente en el dolo-vicio del consentimiento, como elemento subjetivo se encuentra la intencionalidad de engañar o *animus decipiendi*, mismo que implica que *la sugestión o artificio que una de las partes utiliza para inducir a error a la otra, deben ser vertidas o actuadas intencionalmente, y deben ir dirigidos a producir error en la contraparte y su consiguiente desviación de la voluntad*; siendo por ende, una intención encaminada a viciar el consentimiento y la libre voluntad de las partes para contratar, pero que en ningún momento requiere ánimo o intención de obtener alguna ventaja patrimonial. Por ende, unas maniobras engañosas en el seno de una determinada relación contractual sin ánimo de lucro, no serán, ciertamente, constitutivas de fraude, pero semejante comportamiento será objeto de calificación como ilícito civil y, en consecuencia, la parte dañada podrá interponer la acción de anulabilidad del vínculo y, en su caso, exigir el resarcimiento por daños y perjuicios.

Caso similar ocurre en el caso del dolo en la responsabilidad por actos ilícitos, en el cual también se requiere, como elemento subjetivo la voluntad o intención de infringir, de manera voluntaria, el principio *alterum non laedere*, que determina la general prohibición de causar daños ajenos, y que en la mayor parte de los casos, se traduce en la **intención de dañar**, sin que la misma lleve inmersa necesariamente, el ánimo de lucro.

Ahora bien, no obstante que ya expresamos los que nosotros consideramos son los puntos finos dentro de la tipicidad del fraude, que nos permitirán distinguir cuando nos encontramos ante hechos constitutivos de dicho delito o, por el contrario, nos encontramos únicamente ante un fraude civil, queremos subrayar

el hecho de que dicha relación no es limitativa, y que para una correcta y completa delimitación dogmático-jurídica, y una vez realizado el juicio de tipicidad, nos hemos cerciorado que estamos ante una conducta típica, deberá comprobarse no sólo si una determinada conducta humana contiene los elementos objetivos, subjetivos y normativos exigidos por el tipo penal del fraude, sino además, y una vez cerciorado que nos encontramos ante una conducta típica, debemos verificar si dicha conducta típica es además antijurídica y culpable; es decir, entrar al análisis de la totalidad de los elementos del delito de fraude.

Por ello, no podemos soslayar en el presente apartado, que dentro de la antijuridicidad, la única causa de justificación que podría auxiliarnos a diferenciar al delito de fraude del fraude civil, sería el estado de necesidad justificante, cuyo fin no es sino la superación del estado de peligro, sacrificando el bien menor (patrimonio ajeno) para salvar el mayor (por ejemplo, la vida o la integridad corporal). Por ende, estamos de acuerdo con el jurista español Antón Oneca, quien menciona que en algunas ocasiones, la insolvencia fraudulenta de quienes comen sin pagar o viajan sin billete o boleto podría quedar amparada bajo esta causa de justificación en materia penal, pero dejaría indemne la acción de reparación en el ámbito civil.

4.5 Reflexiones finales

Como ya hemos revisado a lo largo del presente capítulo, desde que distinguimos al ilícito penal del civil, los sistemas contractuales y las obligaciones, forman parte del Derecho Civil, toda vez que se refieren a la persona en relación con su actividad económica en un plano de colaboración, existiendo por ende, derechos personales que contienen como elementos una persona denominada deudor, otra persona llamada acreedor, así como un vínculo jurídico que los relaciona. También vimos que en el contrato, que podemos concebir como el acuerdo de voluntades que crea y transfiere derechos obligaciones, así como en las demás fuentes de obligaciones, opera el principio de autonomía de la voluntad, extraído de la filosofía kantiana, que va referido esencialmente a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas, es decir, para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad.

Por ende, estimamos que cuando nos encontremos ante una situación, en la que concurren los distintos elementos que la ley civil exige para la existencia de una obligación, o bien de un contrato, evidentemente tendrán que aplicarse, en primer término, las normas del Derecho Civil en relación a las mismas, en plena consonancia con el Principio de Legalidad, pilar del Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual son los individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas, y la función del Estado, presenta dos facetas, en primer término, a través de los representantes populares (Congreso de la Unión), crea la legislación civil, en la que se encuentran plasmados una serie de principios generales en torno a los cuales los particulares deben regir sus relaciones jurídicas, y por otra parte, a través de la función jurisdiccional del Estado, resuelve las controversias y conflictos de intereses que se generen en dichas relaciones.

Por otra parte, y en relación al poder punitivo del Estado, podemos partir de la definición que Max Weber hacía del Estado como el *"instituto político de actividad continua, cuando y en la medida, en que su cuadro administrativo mantenga una cierta pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente... el poder como la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad"*.³³⁷ Por ende, el Derecho Penal puede ser considerado como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la sociedad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el imperio de la ley.

En este sentido, es importante subrayar el hecho de que todo el ordenamiento jurídico tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos, y por tanto, dicha función no es exclusiva del Derecho Penal. Recordemos que en base al principio de intervención mínima que rige al Derecho Penal, éste sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, puesto que las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí el carácter subsidiario del Derecho Penal. Cabe recordar que los "ataques graves" que deben ser sancionados por el

³³⁷ WEBER, Max, Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 36-37.

Derecho Penal, han sido recogidos por el legislador y plasmados en las leyes penales, en los llamados “tipos penales”, y en concordancia con el Principio de Legalidad, que en materia penal encuentra su más cara expresión en el aforismo latino *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. En consecuencia, para que una persona sea sancionada penalmente, se requiere que su conducta se adecue al tipo descrito por la norma penal, y “*aunque la sociedad considere muy reprobable una conducta, ésta sólo podrá ser sancionada penalmente hasta que una ley penal así lo establezca*”.³³⁸

Sentando lo anterior, debemos advertir que no siempre los sistemas contractuales y obligacionales constituirán una mera conducta civil, pues de considerarlo así, éstos se convertirían en un instrumento para todos aquellos que so pretexto de llevar a cabo actos jurídicos de carácter civil, en forma ilícita, atentaran en contra del patrimonio de las personas, a través de sustracción, engaño o deslealtad, enriqueciéndose ilegítimamente u obteniendo un lucro indebido. De ahí que en plena consonancia con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, se han establecido diversos tipos penales, que protegen a la sociedad y reprimen las agresiones referidas, aunque se utilicen sistemas contractuales u obligacionales, otorgando la tutela penal a dichos supuestos, e imponiendo la represión penal a los mismos, dado su carácter perjudicial, desde el punto de vista social.

De esta manera, en el caso concreto del fraude, se encuentra descrito en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, “*al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle...*”. Tal descripción típica, que es muy amplia y que proporciona un concepto general del fraude, en cuya fórmula quedarían comprendidas genéricamente, todas las situaciones fraudulentas,³³⁹ puede englobar, ciertamente, supuestos en los que no necesariamente nos encontramos ante la existencia de una obligación civil o de un contrato, tal y como lo mencionamos previamente, en relación a los casos, por ejemplo, del juego de “la bolita”, las denominadas “tandas” o los sistemas llamados “pirámides”, respecto de los cuales, la Jurisprudencia Nacional ha considerado que son conductas dolosas de carácter puramente penal y que no tienen una naturaleza civil o mercantil.

³³⁸ DÍAZ ARANDA, *Derecho Penal*, Op Cit, p. 59.

³³⁹ (cfr) PAVÓN VASCONCELOS, Op Cit, p. 241.

Sin embargo, consideramos que, dada la importancia de las obligaciones civiles, resulta muy difícil que exista un hecho humano que no tenga consecuencias jurídicas en el Derecho, y más aún en tratándose del engaño, que requiere de una mutación o alteración de la verdad, resulta verdaderamente difícil que una conducta considerada constitutiva del delito de fraude, no sea a su vez, constitutiva de alguna obligación y no traiga aparejada, por tanto, una acción civil.

De ahí la importancia de delimitar en que casos nos encontramos en presencia del delito de fraude y en que supuestos estamos hablando únicamente de fraude civil. A lo largo de la presente obra, hemos realizado un análisis más o menos amplio y extenso acerca del tema, todo lo cual nos ha permitido arribar a la consideración que la respuesta se encuentra principalmente en la **tipicidad**, es decir, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de hecho se hace en la ley penal, y que constituye la nota distintiva del delito o ilícito penal, que lo distingue del ilícito civil o de otra índole. De lo anterior se infiere que ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo, no es típico; es decir, si no corresponde a la descripción contenida en una norma penal. Así, para determinar si una conducta es típica, debe realizarse el juicio de tipicidad, el cual se realiza constatando el tipo objetivo y el tipo subjetivo, y que en el caso del delito de fraude, implica el estudio dogmático de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo penal defraudatorio, confrontándosele, obviamente, el análisis de los requisitos que conforman el fraude o dolo civil.

Así, y luego de efectuar el análisis a que nos referimos en el párrafo precedente, se lograron establecer los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal de fraude que constituyen los puntos finos que nos permiten distinguir o diferenciar al fraude penal del fraude civil. Éstos se encuentran constituidos primordialmente por el concepto penal del patrimonio, así como los elementos subjetivos genérico y específico: el dolo y el ánimo de lucro. De igual manera, en el caso de la antijuridicidad, encontramos como causa de justificación el estado de necesidad justificante, que coadyuvaría igualmente a dicha distinción; y que nos lleva a afirmar que para corroborar que nos encontramos efectivamente ante un supuesto constitutivo del delito de fraude, una vez realizado el juicio de

tipicidad, deberán realizarse asimismo los juicios de antijuridicidad y de culpabilidad.

A continuación mencionamos algunas cuestiones que podrían modificarse, a efecto de coadyuvar a una más clara diferenciación entre el delito de fraude y el fraude civil:

En primer término, y dada la trascendencia del elemento subjetivo específico que lleva *implícito*, *ínsito* e *inmerso* el delito de fraude, a saber, el **ánimo de lucro**, puesto que implica la finalidad o tendencia interna que ha de presidir la conducta desde su inicio hasta que, cerrando el círculo ejecutivo, a través del desplazamiento y del perjuicio, se materializa en la ventaja patrimonial, en base al Principio de Legalidad y al contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que exige que los elementos subjetivos se incorporen en la descripción de la conducta prevista como delito, consideramos necesario que el legislador plasme en la descripción típica del delito de fraude este elemento subjetivo específico, de importancia esencial, no sólo para distinguir el delito de fraude del fraude civil, sino para conocer y comprender mejor la naturaleza del ilícito penal de referencia. En este sentido, debe mencionarse que el Código Penal para el Estado de Veracruz ha avanzado en este sentido, y ha introducido a la descripción típica del delito de fraude el elemento subjetivo específico de referencia, además que otros ordenamientos penales de avanzada, como el suizo y el español también lo han hecho.

En segundo lugar, al igual que el maestro Zamora Pierce, estimamos que en la descripción típica del fraude, podría prescindirse sin problemas del concepto de "cosa", toda vez que el mismo es una especie del concepto más amplio de "lucro", y por ende, su mención en el tipo resulta inútil y redundante, sin utilidad alguna, puesto que toda cosa que obtenga el sujeto activo constituirá un lucro, es decir, una ganancia o un provecho patrimonial. Nada perdería el tipo si se eliminare la mención de la cosa.

Por otra parte, sería deseable, para dar mayor certidumbre legal no sólo en relación al delito de fraude, sino en general, respecto de todos los delitos patrimoniales, que se plasmara en el Código Penal para el Distrito Federal, una definición legal del "patrimonio"; habida cuenta que precisamente el Título

Décimo Quinto del Libro Segundo del citado ordenamiento, protege como bien jurídico el Patrimonio, y tal y como revisamos en la presente investigación, no existe en el Derecho Civil un concepto legalmente elaborado de dicho término, además de que en la Ciencia Jurídico Penal, muchos tratadistas se han ocupado de estudiar dicho tema, arribando en general al acuerdo de que, en primer lugar, el concepto de "patrimonio" desde la perspectiva penal es distinto al que impera en el Derecho Civil, y en segundo lugar, que el término de referencia debe implicar una concepción económico-jurídica, y por ende, ser entendido como una suma de bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el Derecho y por ende, bajo la protección del Ordenamiento Jurídico.

Finalmente, y a pesar de no ser materia de la presente investigación, estimamos que sería deseable una revisión detallada y meticulosa de todos y cada uno de los tipos penales de fraude específico contemplados en el artículo 231 del Código Penal para el Distrito Federal, a efecto de determinar, en base a los elementos que integran el delito de fraude genérico, cuales son constitutivos de dicho delito o llevan implícitos los elementos del tipo básico, y cuales no lo hacen, y reagruparlos y reubicarlos correctamente, a efecto de que sean contemplados en el capítulo correspondiente al delito de fraude, y catalogados como "fraudes específicos", aquellos tipos penales que participen de la misma naturaleza y que compartan, con independencia de su descripción particular, los mismos elementos para el fraude genérico.

Ahora bien, como corolario de la presente investigación, deseamos subrayar el hecho de que sólo el estudio jurídico-dogmático de todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo objetivo y subjetivo del fraude, nos permitirá distinguir correctamente, en los diversos supuestos que se presenten, cuando nos encontramos en presencia del delito de fraude y cuando estamos ante un fraude o dolo de carácter civil. Consideramos de gran importancia para la Ciencia Jurídico-Penal, el estudio, conocimiento y difusión de tales aspectos, así como el desarrollo de trabajos e investigaciones en el tema, y creemos que sólo con ello se logrará contar con las bases para distinguir en la *praxis* jurídica las 2 clases de ilícitos a que hemos hecho referencia, en donde cotidianamente se confunden los mismos, en forma especial, por parte de algunos litigantes, que quieren hacer de todo litigio de carácter civil, una cuestión de índole penal, en clara contravención con lo preceptuado por el Artículo 17 Constitucional.

Es importante apuntar, para finalizar, que derivado de la crítica situación que impera en la actualidad y ante el aumento desmedido de la delincuencia, incrementándose considerablemente la comisión de ilícitos, entre ellos, el de fraude, se observa una tendencia a ampliar el ámbito de intervención del Derecho Penal y que en el caso del fraude se revela en las exigencias cada vez más fuertes de ciertos sectores que pretenden se castiguen penalmente conductas que en realidad son constitutivas únicamente de fraude civil, como el caso de la empresa Publi XIII Moving Publicity, S.A. de C.V., olvidando que no todos los bienes jurídicos son protegidos por el Derecho Penal, sino que existen bienes que pueden ser tutelados por otras ramas del Derecho, como la civil. Es necesario recordar el carácter de *última ratio* del Derecho Penal, que sólo intervendrá en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, mismos que se encuentran descritos en los tipos penales.

Castigar penalmente conductas que no son constitutivas de delito alguno y crear indiscriminadamente más tipos penales que castiguen cuestiones que antes no eran reprimidas penalmente, conlleva el peligro de que el Estado devenga en autoritario y negador de los derechos y libertades fundamentales, y por tanto, en meramente represivo. Consecuentemente, pensamos que como Estado Social y Democrático de Derecho que constitucionalmente nuestro país es, o en última instancia, aspiramos a ser, debe existir un Derecho Penal respetuoso de los derechos y libertades fundamentales, en el cual prive efectivamente el Estado de Derecho y sobre todo, el Principio de Legalidad, y por ende, operen eficazmente las distintas autoridades jurisdiccionales encargadas de administrar justicia en el ámbito civil y satisfagan debidamente las demandas de los defraudados civilmente, dejándose al Derecho Penal la represión de aquellos que adecuen su conducta al tipo previsto en la ley penal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las primeras manifestaciones del fraude se remontan al origen de la propiedad y del comercio, con la tutela de la honestidad en las relaciones comerciales, tratando de evitar las alteraciones de calidades, pesas y medidas. En la India, Babilonia e Israel ya aparecen reprimidas conductas que se podrían catalogar como fraudulentas. No obstante, su precedente más característico lo encontramos en el Derecho Romano, a través del *crimen falsi*, la *actio doli* y el *crimen stellionatus*, constituyendo éste último el antecedente más remoto del moderno fraude penal; encontrando que ya desde entonces el *dolus malus* era considerado como intención antijurídica, deslealtad y engaño, y existiendo también desde entonces superposición normativa en la represión de conductas fraudulentas. Tal anarquía normativa, añadida a la confusión generada entre las conductas engañosas y las falsarias prevalecerá en el Derecho intermedio español, que rigió en nuestro país hasta 1870, año en que aparece el primer Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales y su similar en materia penal en 1871, quedando así separadas y diferenciadas de manera formal y legal ambas materias hasta los ordenamientos vigentes, a saber: el Código Civil de 1928 y el Código Penal de 2002. El desarrollo del delito de fraude y su completa estructuración se alcanzó a partir de la mitad del siglo XIX, primero en Europa y con posterioridad en nuestro país.

SEGUNDA.- La obligación puede ser concebida como la necesidad jurídica que tiene el deudor de conceder al acreedor una prestación de dar, hacer o no hacer, siendo su fuente más importante el contrato, que consiste en el acuerdo de dos o más personas para crear y transferir obligaciones. Éste cuenta con elementos de existencia (consentimiento y objeto posible, es decir, que exista en la naturaleza, sea determinado o determinable en cuanto a su especie y que esté en el comercio), así como elementos de validez (capacidad legal de las partes, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el objeto y forma). Como vicios del consentimiento, el Código Civil para el Distrito Federal prevé el error, el dolo, la violencia y la lesión. En el caso del error, es decir, la opinión subjetiva contraria a la realidad, puede ser de aritmética, de hecho y de derecho, diferenciándose del dolo en que éste último es precisamente causa del primero y ello hace posible la anulación del acto jurídico en casos que el error o lo anularía. El ordenamiento civil sustantivo, siguiendo la teoría de la voluntad

declarada o interpretación objetiva, establece que en el contrato se estará al sentido literal de sus cláusulas y si las palabras parecen contrarias a la intención evidente de los contratantes, ésta prevalecerá sobre aquéllas. En todo caso, el contrato se integrará con las cláusulas convenidas por las partes, las normas supletorias establecidas en la Ley, las consecuencias de la buena fe, del uso, otras disposiciones legales y los principios generales del derecho. El contrato puede concluir por su cumplimiento, su incumplimiento o su nulidad, entre otras causas; si bien la literatura jurídica contemporánea habla de ineficacia, pues si le falta uno de los elementos de existencia la sanción específica será de inexistencia, en tanto que si le falta uno de los requisitos de validez, nos encontraremos ante nulidad absoluta o relativa, aunque el Derecho Positivo mexicano, en algunos casos, les da el mismo tratamiento tanto a nulidades como inexistencias.

TERCERA.- Al hablar de fraude civil nos referimos indudablemente al dolo, que en materia civil tiene 3 vertientes o facetas, a saber: como dolo obligacional en el incumplimiento de las obligaciones, en la responsabilidad por actos ilícitos y como vicio del consentimiento. A pesar de que en el dolo concurre la intención de lesionar el derecho de otro, es decir, de producir un acto injusto, resulta aventurado elaborar un concepto común a todas las ramas del Derecho. En el caso del dolo en el incumplimiento de obligaciones, el Código Civil establece la obligación de reparar los daños y perjuicios causados dolosamente derivados del incumplimiento, y establece como requisito *sine qua non*, un vínculo jurídico-obligacional preexistente, origen de dicha responsabilidad, motivo por el cual, el dolo en el incumplimiento puede ser definido como la negativa consciente y voluntaria del deudor a cumplir su obligación sabiendo que realiza un acto injusto. En el caso del dolo en la responsabilidad por actos ilícitos, también llamada *culpa aquiliana*, la obligación generada por el hecho ilícito se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros, requiriendo en consecuencia la comisión de un acto ilícito y generando, por ende, una obligación; en la causación dolosa de daños, basta infringir de modo voluntario el deber jurídico, aunque en realidad, esta infracción va casi siempre acompañada de la intención de dañar. Finalmente, el dolo como vicio del consentimiento presenta una doble vertiente, en su aspecto activo es la sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, en tanto que en su aspecto pasivo recibe el nombre de mala fe y consiste en la

disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. Como requisitos para su existencia requiere un acto ilícito consistente en la sugestión o artificio, un elemento subjetivo consistente en la intencionalidad de engañar o *animus decipiendi*, así como un nexo de causalidad, de haber sido la causa determinante del contrato.

CUARTA.- Delito es toda conducta de acción u omisión, que infringe el ordenamiento jurídico en la forma prevista por los tipos penales y que puede ser atribuida a su autor. Por tanto, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son características comunes a todo delito, teniendo carácter secuencial, por lo que la Teoría del Delito se ocupa en primer término de la tipicidad, es decir, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. El tipo penal de fraude se encuentra contenido en el artículo 230 del Código Penal: "*Al que por medio de engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero*", y por ende, la conducta puede ser de acción, consistente en el engaño —mutación o alteración de la verdad—, o bien de omisión, en el caso de aprovechamiento del error —abstención de hacer saber a la víctima la falsedad de su creencia—. Por otra parte, para determinar si una conducta es típica, debe realizarse el juicio de tipicidad, al través de la constatación del tipo objetivo y del tipo subjetivo.

QUINTA.- El tipo objetivo se compone de elementos objetivos y de criterios normativos. En consecuencia, podemos clasificar al fraude como un delito de acción o de omisión, de resultado material, con nexo causal constituido en dos momentos, por la conexión psicológica existente entre la conducta engañosa y el error causado y entre éste y el acto de disposición, sin requerir el tipo penal de fraude calidad específica en los sujetos, cuyo objeto material lo constituye el lucro obtenido, teniendo como medios comisivos el engaño y el aprovechamiento del error y como bien jurídico protegido el patrimonio, concepto que si bien tiene su cuna en el Derecho Civil no ha sido definido por el ordenamiento civil positivo, ni la doctrina iuscivilista ha adoptado un concepto general y unánimemente reconocido, por lo cual ha sido abordado por la Ciencia Jurídico-Penal, prevaleciendo una concepción económico-jurídica del mismo, que lo concibe como la suma de bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el Derecho y que no contradigan el sistema de valores de la

Constitución y del orden jurídico en general. En el caso del fraude, el patrimonio debe ser globalmente considerado, en su totalidad como *universitas iuris*, pues el delito va a perfeccionarse cuando la conducta se haya traducido en una disminución del valor económico patrimonial de la víctima con el correlativo incremento en el del activo.

SEXTA.- En el tipo subjetivo se incluye el contenido de la voluntad que rige la acción. En el ilícito del fraude, el elemento subjetivo genérico lo constituye el dolo, que implica la consciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito, y más específicamente el dolo directo de primer grado, intención o propósito, en el cual, el autor quiere realizar precisamente el resultado. Por tanto, el dolo en el delito de fraude implica la consciencia y voluntad de engañar o aprovecharse del error para la obtención de un lucro indebido, proyectándose por ende, sobre la conducta engañosa, el error de la víctima, la disposición patrimonial y el perjuicio, imprescindibles para la obtención del lucro deseado. Dado que la finalidad o tendencia interna que preside la conducta del agente activo del fraude desde su inicio es la de alcanzar un lucro, hasta que cerrando el círculo ejecutivo, a través del desplazamiento y del perjuicio, se materializa en la ventaja patrimonial, además de la existencia del elemento subjetivo específico consistente en el ánimo de lucro, es que se rechaza la comisión del delito de fraude por dolo eventual. Asimismo, el delito de fraude, requiere del ánimo de lucro, o sea, el propósito de obtener un provecho económico, pues la inexistencia del fin de lucro impide que pueda pensarse en este delito; y a pesar de que dicho elemento subjetivo específico no se encuentra explícito en nuestro Código Penal, sí se encuentra implícito en la voluntad del defraudador.

SÉPTIMA.- La antijuridicidad implica que el hecho producido es contrario a Derecho. Sin embargo, en la práctica el juicio de antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación. Existe dificultad para considerar que la no configuración del fraude encuentre su fundamento en alguna causa de justificación, si se considera el fin ilícito, de lucro indebido, que el activo tiene desde su inicio, por lo cual estimamos que la única causa de justificación que pudiera darse en relación al fraude lo constituiría el estado de necesidad justificante, en que la ley justifica un actuar antijurídico a través del sacrificio de un bien menor (el patrimonio ajeno) para salvaguardar el mayor (la vida o la

integridad corporal). Por cuanto a la culpabilidad, del juicio realizado a través de sus elementos específicos: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de un comportamiento distinto, se desprende que aunque técnicamente sería posible que se configurara alguna causa de exclusión de culpabilidad en el fraude, en la práctica resulta sumamente complicado que se presente, dado que es en la tipicidad donde normalmente se excluye dicho delito. No debe perderse de vista que el fraude se consuma en el instante mismo en que el defraudador alcanza un lucro indebido, exigiéndose por ende, un daño patrimonial efectivo y verificable, aún en tratándose de fraude contractual, por ser un delito de resultado material, por lo que atendiendo al momento de su consumación sería un delito instantáneo, aceptando la forma de comisión continuada, siempre y cuando exista unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo. Tal delito admite tentativa así como la totalidad de formas de autoría y participación.

OCTAVA.- Uno de los criterios utilizados tradicionalmente para diferenciar al delito de fraude del fraude civil lo constituye el de las divergencias entre el Derecho Penal y el Derecho Civil, que parte a su vez de la distinción que se hace entre Derecho Público y Privado. El Derecho Civil, se encuentra imbuido de la filosofía liberal y del espíritu individualista, en el que priva el principio de autonomía de la voluntad de las partes y comprende las normas relativas a las obligaciones y contratos, en tanto que el Derecho Penal puede ser considerado como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la sociedad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores, en base al principio de intervención mínima, que considera al Derecho Penal, *última ratio*, para prevenir la lesión de bienes jurídicos, dejando las perturbaciones más leves del orden jurídico a otras ramas del Derecho; debiéndose emplear en forma controlada y limitada por el imperio de la ley, en base al principio de legalidad, que encuentra su más cara expresión en materia penal en el aforismo latino *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, siendo reprimidas penalmente únicamente las conductas que se encuentran descritas en los tipos penales; siendo por tanto, la tipicidad la nota distintiva que caracteriza al ilícito penal en relación al civil, cuya función es también distinta, siendo en el primer caso represiva en tanto que en el ilícito civil es esencialmente reparadora. Si bien la distinción genérica de los ilícitos penales y civiles no da la solución para distinguir al fraude penal del civil, su estudio sí conduce a la tipicidad, categoría que sí lo hará.

NOVENA.- La discusión planteada en relación a si existen o no diferencias entre fraude o dolo civil y penal constituye una cuestión de primer orden si se toman en cuenta las distintas consecuencias jurídicas establecidas para los ilícitos civil y penal, puesto que para éste último, al ser considerada una violación del orden público de mayor gravedad para el Estado le es aplicada una pena, quedando además delimitadas ambas materias vista la prohibición constitucional de prisión por deudas de carácter civil. Además, si bien es cierto que en muchos casos, se da simultánea regulación por parte del Derecho Civil y del Derecho Penal, respecto de un mismo hecho, no siempre es así, pues puede existir un fraude penal sin encontrarnos en presencia de una obligación o contrato, y del mismo modo, pueden presentarse éstos, sin que necesariamente se trate de un hecho constitutivo del delito de fraude. La mayor parte de las distinciones de fraude civil y penal, efectuadas tanto por penalistas como civilistas, cometen el error de ser planteadas en base a la ilicitud o antijuridicidad y no en relación a la tipicidad, y si se efectúa en base a ésta, se omite incluir al dolo como parte de la solución. Asimismo, se comete el error de contrastar al dolo penal únicamente con el dolo vicio del consentimiento, olvidando que éste último es sólo una de las 3 facetas que puede presentar el dolo en el ámbito civil. En todo caso, a través de la confrontación del dolo penal con las 3 vertientes del dolo en el Derecho Civil, se obtiene parte de la solución respecto de la distinción entre el fraude civil y penal, enmarcada dicha respuesta una vez más en la tipicidad, habida cuenta que el dolo pertenece al tipo subjetivo del delito de fraude.

DÉCIMA.- El dolo en el delito de fraude implica que el agente es consciente y quiere engañar por medio de manifestaciones falsas, o bien aprovecharse del error, debiéndose representar el fruto ineluctable de su conducta, esto es, el lucro indebido o ventaja patrimonial derivado de la inducción al desprendimiento patrimonial y el consiguiente perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo. Se distingue del dolo-vicio del consentimiento, en que en el primero, la finalidad especial es obtener un lucro indebido, en tanto que en el segundo, la intencionalidad de engañar o *animus decipiendi* va encaminada a viciar el consentimiento, es decir, la libre voluntad contractual, pudiendo o no implicar una ventaja de carácter patrimonial. En relación al dolo en el incumplimiento de obligaciones, el dolo penal se distingue dado que éste únicamente puede ser dolo directo de primer grado, inadmitiendo la forma eventual, pues el agente activo desde el inicio quiere realizar precisamente el resultado, es decir, desde el inicio

tiene la finalidad o tendencia interna de obtener un lucro indebido, lo que no ocurre en el incumplimiento de obligaciones, donde el dolo que se presenta requiere forzosamente de la existencia de una obligación previa y es por tanto posterior al momento en que dicha obligación se adquiere o contrae, cuestión que ha sido ampliamente reconocida y abordada por la Jurisprudencia nacional. Finalmente, en el dolo proveniente de la responsabilidad por actos ilícitos, existe generalmente como elemento subjetivo, la voluntad o intención de dañar, lo que implica normalmente la causación de un daño o de un perjuicio patrimonial al pasivo, más que a incrementar el patrimonio del activo, como ocurre en el caso del fraude penal.

UNDÉCIMA.- La única forma posible de delimitar al delito de fraude respecto al fraude civil, es realizando el juicio de tipicidad, constatando el tipo objetivo y el tipo subjetivo del ilícito de referencia, y una vez efectuado, realizar los juicios de antijuridicidad y culpabilidad correspondientes. No obstante, es en la tipicidad donde encontramos normalmente la distinción entre el delito de fraude y el fraude civil. Dentro del tipo objetivo, no es precisamente en la conducta donde puede establecerse dicha distinción, sino más bien en el concepto penal del patrimonio, globalmente considerado, como *universitas iuris* y concebido como la suma de bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el Derecho y que no contradigan el orden jurídico en general, concepto distinto del civil, pues en éste último, se tiende a ver al patrimonio no como bienes o valores económicamente apreciables, sino más bien en posesiones jurídicas, en derechos reconocidos. Por otra parte, dentro del tipo subjetivo, ubicamos como puntos finos para distinguir al delito de fraude de su par civil, en el elemento subjetivo genérico del ilícito penal, el dolo, a través de su confronta con el dolo civil en sus 3 vertientes; encontrando también que la existencia del elemento subjetivo específico denominado ánimo de lucro, implícito en el delito de fraude y que caracteriza a éste, indudablemente, como un delito de enriquecimiento, nos ayuda en la distinción planteada, toda vez que dicho elemento, consistente en el propósito de obtener un provecho económico o ventaja patrimonial, no encuentra equivalente en ninguna de las 3 modalidades del dolo en materia civil.

DUODÉCIMA.- Estimamos que algunas cuestiones que podrían modificarse a efecto de coadyuvar a una más clara diferenciación entre el delito de fraude y el

fraude civil, pasarían por la explicitación del elemento subjetivo específico del fraude, el ánimo de lucro, en la descripción legal de dicho ilícito en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, pues es necesario que el legislador, en consonancia con el Principio de Legalidad, plasme en dicha descripción típica el elemento de referencia. Asimismo, se puede prescindir sin problemas del concepto de “cosa” en el tipo penal aludido, pues la misma es especie del concepto más amplio de “lucro”; siendo por otra parte deseable, para brindar mayor raigambre jurídica tanto al fraude como a los demás delitos patrimoniales, que se plasmara una definición legal del patrimonio; así como una posible revisión y reubicación de los fraudes específicos contemplados en el artículo 231 del mismo ordenamiento, a efecto de que sean catalogados como fraudes específicos, aquellos tipos penales que, con independencia de su descripción particular, participen de la misma naturaleza y de los mismos elementos que el fraude genérico. Deseamos enfatizar que sólo el estudio jurídico-dogmático de los elementos que conforman el tipo objetivo y subjetivo del fraude nos permitirá distinguir, cuando se presenten en la *praxis*, el delito de fraude y el fraude civil, por lo cual el análisis, conocimiento y difusión de tales aspectos son de gran importancia para la Ciencia Jurídico-Penal. Tal distinción, que conlleva a evitar que se caiga en la tentación de castigar penalmente conductas no constitutivas de delito alguno, es de gran importancia a efecto de salvaguardar los derechos y libertades fundamentales que debe tutelar todo Estado Social y Democrático de Derecho, como constitucionalmente se precia de ser nuestro país, y que constituye en última instancia, su máxima aspiración, y ayuda a evitar la tentación de una salida fácil, a través de una represión penal indiscriminada con el riesgo de devenir un Estado autoritario y meramente represor.

BIBLIOGRAFÍA

1. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, Oxford, 5ª edición, México, 1999.
2. BERCHELMANN ARIZPE, Antonio, Derecho Penal Mexicano, *Parte General*, Porrúa, México, 2004.
3. BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Porrúa, 14ª edición, México, 1995.
4. CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Porrúa, 28ª edición, México, 1990.
5. COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, El Dolo en el Derecho Civil, Comares, Granada, España, 2005.
6. CRUZ BARNEY, Óscar, La Codificación en México: 1821-1917, *Una aproximación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.
7. DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría General del Delito, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 2ª edición, México, 2001.
8. Diccionario Jurídico Mexicano, *Tomos I y III*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Porrúa, México, 2004.
9. DÍAZ ARANDA, Enrique, Derecho Penal, *Parte General*, Porrúa, 2ª edición, México, 2004.
10. DÍAZ ARANDA, Enrique, Dolo, *Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México*, Porrúa, México, 2004.
11. DONNA, Edgardo Alberto y DE LA FUENTE, Javier Esteban, Aspectos generales del tipo penal de estafa, en "*Revista Latinoamericana de Derecho*", Año I, número 1, enero-junio de 2004, Buenos Aires, Argentina.

12. FLORIS MARGADANT S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, Esfinge, 19ª edición, México, 1993.
13. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Estudios de Derecho Civil, UNAM, México, 1981.
14. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, 49ª edición, México, 1998.
15. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, *Los Delitos*, Porrúa, 32ª edición, México, 2000.
16. HOMERO, La Ilíada, Versión electrónica en URL: www.librodot.com México, 2006.
17. IGLESIAS, Juan, Derecho Romano: Historia e instituciones, Ariel, 11ª edición, Barcelona, 1993.
18. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, *Tomo IV La tutela penal del patrimonio*, Porrúa, 7ª edición, México, 2003.
19. La Santa Biblia, *Versión de Jerusalén*, Versión electrónica, Nueva York, Estados Unidos de América, 2006.
20. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y PORTE PETIT MORENO, Luis O., El Delito de Fraude (Reflexiones), Porrúa, 4ª edición, México, 1998.
21. MOMMSEN, Teodoro, Derecho Penal Romano, Temis, Bogotá, Colombia, 1999.
22. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, *Parte General*, Tirant lo blanch, 5ª edición, Valencia, España, 2002.
23. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, *Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 14ª edición, Valencia, España, 2002.

24. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Francisco Seix, Barcelona, 1982.
25. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo V, Francisco Seix, Barcelona, 1985.
26. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Francisco Seix, Barcelona, 1985.
27. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Teoría del Delito: sistemas causalista y finalista, Porrúa, 7ª edición, México, 1998.
28. PAREDES LÓPEZ, Gerardo, Análisis comparativo del Delito de Fraude previsto en el artículo 386 párrafo primero del Código Penal para el Distrito federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, con el artículo 387 del mismo Código, Tesis de Licenciatura, UNAM, ENEP Acatlán, México, 1998.
29. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Delitos contra el Patrimonio, Porrúa, 9ª edición, México, 1999.
30. PLANIOL, Marcel, Derecho Civil, Oxford, México, 1999.
31. QUINTINO ZEPEDA RUBÉN, Diccionario de Derecho Penal, Magister, 2ª edición, México, 2006.
32. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Porrúa, 32ª edición, México, 2002.
33. ROMÁN QUIROZ, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación, Porrúa, 2ª edición, México, 2006.
34. ROXIN, Claus, Derecho Penal, Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Civitas, Madrid, España, 1997.
35. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge A, Introducción al Derecho Mexicano. Derecho Civil, UNAM, México, 1981.

36. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, Porrúa, 21ª edición, México, 2005.
37. Un siglo de Derecho Civil Mexicano, *Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, UNAM, México, 1985.
38. VALLE MUÑIZ, José Manuel, El Delito de Estafa. Delimitación jurídico penal con el fraude civil, Bosch, Barcelona, España, 1992.
39. VENTURA SILVA, Sabino, Derecho Romano, Porrúa, 11ª edición, México, 1992.
40. WEBER, Max, Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
41. ZAMORA-PIERCE, Jesús, El Fraude, Porrúa, 9ª edición, México, 2000.

LEGISLACIÓN

1. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, Porrúa, 26ª edición, México, 2007.
2. Código Civil de España, versión electrónica, Madrid, España, 2007.
3. Código Civil para el Distrito Federal, Sista, México, 2007.
4. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Sista, México, 2007.
5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Sista, México, 2007.
6. Código Penal de España, versión electrónica, Madrid, España, 2007.
7. Código Penal para el Distrito Federal, Sista, México, 2007.

8. Código Penal para el Distrito Federal, Isef, México, 2000.
9. Código Penal para el Estado de Veracruz, Gobierno del Estado de Veracruz, *versión electrónica*, Veracruz, 2007.
10. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Sista, México, 2007.
11. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con comentarios, *Tomos I y II*, Porrúa, México, 2004.
12. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y VARGAS CASILLAS, Leticia, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado, *Tomo I*, Porrúa, México, 2006.
13. HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón, Código Penal de 1871, Porrúa, México, 2000.
14. MATEOS ALARCÓN, Manuel, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, *Tomo III Tratado de Obligaciones y Contratos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

OTRAS FUENTES

1. Disco Óptico Jurisconsulta SCJN. Con Legislación Federal, *Software Visual*, México, Septiembre, 2007.
2. Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Centro de Investigación, Compilación y Aplicación de Software Jurídico, México, 2003.
3. Diversas obras y leyes en versión electrónica, en Internet, en diferentes direcciones electrónicas.