

2 ej
No. 176

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



ANALISIS LOGICO DEL FRAUDE
CONSISTENTE EN HACERSE ILICITAMENTE
DE ALGUNA COSA MEDIANTE ENGAÑO

PABLO SANCHEZ ZAYAS

MEXICO, D. F.

ABRIL DE 1984



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

C A P I T U L O I

MARCO TEORICO PARA EL ANALISIS DEL FRAUDE

TEMARIO: 1. Introducción. 2. Esquema de la teoría general — del derecho penal de adultos imputables: A) Las normas penales; - B) Los delitos; C) Las puniciones; D) Las penas.

1. Introducción.

A) El estudio del fraude ha sido realizado conforme al Modelo Lógico del Derecho Penal, elaborado por Olga Islas y Elpidio - Ramírez. En ese Modelo Lógico, se establece una clara distinción en el campo del Derecho Penal en función de las siguientes categorías de sujetos: a) Adultos imputables; b) Adultos inimputables permanentes; c) Menores imputables; d) Menores inimputables permanentes.

Como consecuencia, la Teoría General del Derecho Penal incluye cuatro grandes apartados: a) Teoría general del derecho penal de adultos imputables; b) Teoría general del derecho penal de --- adultos inimputables permanentes; c) Teoría general del derecho penal de menores imputables; d) Teoría general del derecho penal de menores inimputables permanentes.

A su vez, la teoría general del derecho penal de adultos imputables se ocupa de cuatro grandes problemas, que generan las -- cuatro teorías siguientes: a) Teoría general de las normas penales, que se subdivide en teoría general de los tipos y teoría general de las punibilidades; b) Teoría general de los delitos; c) Teoría general de las puniciones; d) Teoría general de las penas.

La teoría general del derecho penal de adultos inimputables permanentes, que también se ocupa de cuatro grandes problemas, incluye las cuatro teorías siguientes: a) Teoría general de las normas penales, que se subdivide en teoría general de los tipos y -- teoría general de las medidas de seguridad legisladas; b) Teoría general de los hechos típicos injustificados y peligrosos; c) Teoría general de la aplicación judicial de las medidas de seguri---

dad; d) Teoría general de la ejecución de las medidas de seguridad.

En relación a los menores, las correspondientes teorías son similares a las teorías referentes a los adultos.

B) El estudio del fraude se reduce al campo de los adultos imputables y, por lo mismo, en este trabajo esbozaremos, exclusivamente, la teoría general del derecho penal de adultos imputables. Por otra parte, aun cuando vamos a presentar ese esquema, aclaramos que nuestro análisis se ocupa, únicamente, de una de las normas reguladoras del llamado fraude genérico; más específicamente: sólo analizaremos la norma penal relativa al fraude doloso consumado. Más exactamente: el análisis se ocupa, tan sólo, de una sola hipótesis de ese fraude doloso consumado: el fraude consistente en hacerse ilícitamente de alguna cosa por medio del engaño.

2) Esquema de la teoría general del derecho penal de adultos imputables.

A) Las normas penales.

a) Los tipos legales.

Funcionalmente, un tipo legal es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos. Ese contenido es reductible, por medio del análisis, a unidades lógico-jurídicas denominadas elementos. Estos elementos, cuya propiedad genérica (ya señalada) consiste en la función de garantía de uno o más bienes jurídicos, poseen, además, propiedades muy particulares que permiten organizarlos en grupos a los que se les puede llamar subconjuntos del tipo legal. Tales subconjuntos hacen factible una definición estructural de los tipos.

Estructuralmente, un tipo legal se define a través de los siguientes subconjuntos (incluida su expresión simbólica):

DEBER JURIDICO PENAL

Elemento:

N = Deber jurídico penal.

BIEN JURIDICO

Elemento:

B = Bien jurídico.

SUJETO ACTIVO

Elementos:

- A₁ = Voluntabilidad;
- A₂ = Imputabilidad;
- A₃ = Calidad de garante;
- A₄ = Calidad específica;
- A₅ = Pluralidad específica.

SUJETO PASIVO

Elementos:

- P₁ = Calidad específica;
- P₂ = Pluralidad específica.

OBJETO MATERIAL

Elemento:

M = Objeto material.

CONDUCTA

Elementos:

- | | | |
|--------------------------------------|---|------------------|
| J ₁ = Voluntad dolosa; | } | Acción u omisión |
| J ₂ = Voluntad culposa; | | |
| I ₁ = Actividad; | } | Modalidades |
| I ₂ = Inactividad; | | |
| R ² = Resultado material; | | |
| E = Medios; | | |
| G = Referencia temporal; | } | Modalidades |
| S = Referencia espacial; | | |
| F = Referencia de ocasión. | | |

LESION O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURIDICO

Elementos:

- W₁ = Lesión del bien jurídico (tipo de consumación);
- W₂ = Puesta en peligro del bien jurídico (tipo de tentativa).

VIOLACION DEL DEBER JURIDICO PENAL

Elemento:

V = Violación del deber jurídico penal.

Estos subconjuntos y elementos determinan: a) Similitudes entre los tipos legales; b) Diferencias entre los tipos legales; c) Una estructura específica, sintáctica y semántica, para cada tipo

legal.

Los tipos legales son semejantes entre sí en dos aspectos: - a) Todos tienen un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos; b) En todos, ese contenido está distribuido en los ocho subconjuntos mencionados.

Los tipos legales difieren entre sí: a) En los elementos incluidos en los subconjuntos: en un tipo legal se incluyen sólo -- aquellos elementos necesarios y suficientes para garantizar uno o más bienes jurídicos; b) En la semántica específica de los elementos, que varía de uno a otro tipo legal en función del bien jurídicamente protegido.

La estructura de un tipo legal está dada por la consistencia de las relaciones sintácticas y semánticas de los elementos incluidos en ese tipo legal.

Con los subconjuntos y elementos de todos los tipos legales, y a través de uniones sintácticas y generalizaciones semánticas, se construye la estructura general de los tipos legales. Esta construcción, exclusivamente teórica, permite explicar coherentemente todos los tipos legales; es decir, permite elaborar una teoría general de los tipos legales. Su fórmula es la siguiente:

$$T = \left[\text{NB}(A_1 + A_2 + A_3 + A_4 + A_5)(P_1 + P_2)M \right] \left[(J_1 + J_2)(I_1 + I_2)R(E+G+S+F) \right] \\ \left[(w_1 \neq w_2)V \right] X_1$$

El legislador no sólo describe (en los tipos legales) eventos antisociales, sino que, además, los valora. Por ello, los tipos legales son tanto descriptivos como valorativos. Esto significa que los elementos de los tipos legales son de dos clases: únicamente descriptivos o no valorativos, y descriptivos y a la vez valorativos. Los elementos puramente descriptivos constituyen el objeto sobre el cual recae la valoración dada en los tipos legales por el legislador. Los valorativos contienen precisamente la valoración legal de ese objeto. Son elementos valorativos: el de-

ber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. Son elementos puramente descriptivos todos los demás.

También puede hablarse de elementos subjetivos y elementos objetivos. Son elementos subjetivos: la voluntabilidad, la imputabilidad, la voluntad dolosa y la voluntad culposa. Son elementos objetivos todos los restantes.

b) Las punibilidades.

La punibilidad es una conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.

La punibilidad es independiente, y previa, a la comisión del delito. No es restricción ni privación de un bien. Es, tan sólo, una amenaza, una advertencia que el legislador precisa en un texto legal. Como tal, es una descripción pura, general y abstracta, que da contenido a una norma jurídico penal.

Por otra parte, la punibilidad es un intervalo, que va de un mínimo a un máximo y que se determina tomando en consideración:

a') El valor del bien tutelado; b') El dolo o la culpa; c') La lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien jurídico; d') La clase de personalidad del sujeto activo; e') El punto crítico entre intervalos, para evitar las contradicciones entre intervalos.

B) Los delitos.

a) Generalidades.

El delito es un hecho y se sitúa en el mundo de la facticidad; por tanto, su contenido es rigurosamente fáctico. A diferencia de la norma jurídico penal, que es general, abstracta y perma

nente, el delito es particular, concreto y temporal. Particular, porque es obra de sujeto o sujetos individualmente determinados; concreto, porque es un hecho determinado; y temporal, por estar limitada su realización a un momento o lapso plenamente determinados.

Este hecho, así caracterizado, es relevante para el derecho penal en razón de estar previamente descrito en un tipo legal.

Cuando se analiza el hecho constitutivo del delito, para conocer su contenido, se advierte que una parte de ese contenido surge en el momento de ser realizada la acción o la omisión, y que otra parte del mismo ya existía en el mundo fenoménico antes de la realización de la conducta. Por otra parte, también se advierte que ese contenido que surge con la conducta tiene la propiedad de ser lesivo del bien o violatorio del deber; y que, en cambio, el contenido que ya preexistía, no tiene las propiedades anotadas. Esto permite diferenciar con toda precisión esos contenidos: al que surge con la conducta se le denomina elementos del delito; al preexistente, presupuestos del delito.

El hecho, con el contenido señalado, configura un delito sólo cuando hay tipicidad (es decir, cuando el hecho se adecúa con toda exactitud a un tipo legal) y, además, un específico grado de culpabilidad determinado por el conocimiento de la violación del deber jurídico penal. Tipicidad es la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción. Cuando, por el contrario, no se satisface el requisito de la exacta adecuación al tipo legal, se estará frente a la atipicidad; o bien, si el desconocimiento de la violación del deber es de tal naturaleza que anula la responsabilidad, se estará frente a la inculpabilidad. En ambos casos, no habrá delito.

Por todo lo expuesto, el delito puede definirse como la culpable concreción de un tipo legal.

b) Presupuestos del delito.

Los llamados presupuestos son antecedentes fácticos del delito, adecuados a un tipo legal y necesarios para la existencia del delito. Ellos son:

ba) Deber jurídico penal típico;

bb) Bien jurídico típico;

bc) Sujeto activo típico, con su semántica particular: voluntabilidad, imputabilidad, calidad de garante, calidad específica y pluralidad específica;

bd) Sujeto pasivo típico, también con su semántica particular: calidad específica y pluralidad específica; y

be) Objeto material típico.

Estos presupuestos se ubican en el mundo fáctico y se adecúan a los cinco primeros elementos del tipo legal, recibiendo de ellos su denominación y contenido. Necesariamente tienen que coincidir, en su semántica, con la de los correspondientes elementos del tipo legal. Cuando esta coincidencia necesaria no se satisface, se estará frente a alguna hipótesis de atipicidad por ausencia de presupuesto típico.

c) Elementos del delito.

Los elementos típicos del delito son, en rigor lógico, subconjuntos del delito en los que se concretiza la semántica de los subconjuntos del tipo del mismo nombre, y a los cuales se asocia el subconjunto culpabilidad para constituir el conjunto denominado delito.

Los elementos del delito son:

ca) Conducta típica, integrada por: voluntad dolosa o voluntad culposa; actividad o inactividad; resultado material y, por --

tanto, nexo causal o nexo normativo; modalidades: medios de comisión y/o referencia temporal y/o referencia espacial y/o referencia de ocasión.

- cb) Lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típica.
- cc) Violación del deber jurídico penal, típica.
- cd) Culpabilidad.

C) Las puniciones.

Punición es la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

Esta definición contiene lo siguiente:

- a) La punición es un mandato particular y concreto.
- b) Es dictada exclusivamente por el órgano jurisdiccional en una sentencia penal.
- c) La punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito.
- d) La legitimación de la punición deriva de la comisión del delito plenamente probado.
- e) La punición se dicta sólo contra sujetos imputables.
- f) La punición debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad y, por tanto, el juzgador no debe rebasar el límite que le traza la culpabilidad.
- g) La punición se da en relación a los delitos, nunca en relación a hechos típicos determinados por la peligrosidad del agente.
- h) La función de la punición es reafirmar la prevención general.
- i) La punición es fundamento de la pena.

D) Las penas.

En cuanto a la pena, ésta es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.

De aquí se deriva que:

- a) La pena es un hecho particular y concreto.
- b) Su instancia jurídica es la ejecutiva.
- c) La pena es real privación o restricción de bienes del autor del delito.
- d) La legitimación de la pena emerge de la existencia del delito, plenamente probado.
- e) La pena es tan sólo para sujetos imputables.
- f) La función de la pena es la prevención especial.
- g) La pena está determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.
- h) No hay pena sin punición.

C A P I T U L O I I

MARCO JURIDICO CIVIL DEL FRAUDE

TEMARIO: 1. Los eventos jurídicos. 2. El fraude en el universo de los eventos jurídicos. 3. El contrato: A) Generalidades; -- B) Elementos de existencia: a) El consentimiento; b) El objeto. - C) Requisitos de validez: a) Capacidad de las partes; b) Ausencia de vicios del consentimiento; c) Licitud del motivo o fin; d) Licitud del objeto; e) Forma.

1. Los eventos jurídicos.

En la naturaleza todo se encuentra sometido a mutación, que ininterrumpidamente se produce con o sin la intervención del ser humano. Los cambios que se suceden dan lugar a lo que modernamente se denominan eventos. Los eventos, contemplados desde el punto de vista de su trascendencia en el campo del derecho, pueden ser agrupados en dos categorías: A) Eventos que, por no estar previstos en una norma jurídica, no producen consecuencias jurídicas; - B) Eventos que sí están previstos en una norma jurídica y que, -- por lo mismo, sí producen consecuencias jurídicas.

A) Los eventos que no producen consecuencias jurídicas (por no estar previstos en una norma jurídica) pueden proceder: a) de la naturaleza, como el flujo y reflujo del mar o el canto de las aves; o bien: b) del hombre, como el gustar alguien de alimentos vegetarianos o ser asiduo lector de novelas con temas policíacos. Estos eventos no tienen trascendencia en el ámbito jurídico y, -- por tal razón, quedan fuera de nuestro estudio.

B) Los eventos que producen efectos en el ámbito jurídico, - pueden estar: a) Prohibidos y, por tanto, no permitidos, y b) No prohibidos y, por tanto, permitidos; c) Ni prohibidos ni no prohibidos.

a) En la categoría de eventos prohibidos y, por tanto, no -- permitidos, quedan clasificadas las faltas administrativas, las - infracciones, la gran variedad de hechos ilícitos que pugnan con una declaración unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio (situaciones reguladas en la legislación ci vil) y los propiamente delitos, principalmente.

b) Dentro de los eventos no prohibidos y, por tanto, permiti

dos, se encuentran diversos acontecimientos que los individuos -- pueden llevar a cabo, siempre y cuando se ajusten a los requisitos de diversa índole que las leyes correspondientes señalan: --- Ejemplos: el cumplimiento de un mandato constitucional, la concertación de una compraventa, la elaboración de un testamento, o la realización de un convenio sobre prestación de servicios.

Esta categoría de eventos no prohibidos se subdividen en: -- ba) Ordenados, y bb) Potestativos (no ordenados ni prohibidos).

ba) Los eventos ordenados son actos jurídicos de realización obligatoria, que están previstos en las normas del derecho público, y, en su realización concreta, tienen que satisfacer los requisitos señalados en las respectivas normas jurídicas.

bb) Los eventos potestativos admiten, a su vez, ser clasificados en: bba) hechos jurídicos, y bbb) Actos jurídicos.

bba) Hecho jurídico es un evento del hombre, como la gestión de negocios que prevé el artículo 1896 del Ordenamiento civil.

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

El acto jurídico es: bbba) Unilateral, siempre que es ejecutado por una o por varias personas que tienen una sola finalidad, como la elaboración de un testamento o la declaración unilateral de voluntad; o bien bbbb) Plurilateral, si existen dos o más finalidades contrapuestas entre sí, resultantes de acciones de dos o más personas; ejemplo: el acuerdo sobre una compraventa, en donde una parte persigue el objeto materia de esa operación, y la otra su precio.

Según lo establecido en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, los actos jurídicos plurilaterales toman el nombre de: --- bbbba) Contratos: tienden a la creación o transmisión de derechos u obligaciones, o bbbbb) Convenios: modifican o extinguen alguna

obligación o derecho. Los artículos citados dicen, respectivamente:

"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, -- transferir, modificar o extinguir obligaciones".

"Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

c) Los eventos que ni están prohibidos ni están no prohibidos son los eventos producidos por algún fenómeno de la naturaleza, como, por ejemplo, los daños provocados por una inundación.

2) El fraude en el universo de los eventos jurídicos.

La anterior sistematización de los eventos, permite ubicar -- con facilidad cualquier acontecimiento que se quiera analizar. En el presente trabajo, el tema es el delito de fraude, evento que -- produce consecuencias jurídicas, pertenecientes a la categoría de los prohibidos y, por tanto, no permitidos.

Es evidente que el fraude es un evento prohibido, aun cuando reviste toda la apariencia de un evento no prohibido y, por tanto, permitido. Tiene, además, la apariencia de evento potestativo, pues su realización no está ordenada ni aparentemente prohibida. Todavía más: en apariencia, el fraude es un acto jurídico que admite las variantes de unilateral o plurilateral; y tiene la apariencia de acto jurídico --y no de hecho jurídico-- porque el sujeto quiere las consecuencias, lo que no ocurre en los hechos jurídicos. Finalmente, el fraude puede presentar la apariencia de -- un convenio o de un contrato.

Todo lo apuntado conduce directamente al estudio de los actos jurídicos para conocer, desde el punto de vista del derecho -- civil, sus elementos de existencia y requisitos de validez, a fin de precisar el elemento o requisito en el que puede incubarse la conducta típica de fraude.

3. El contrato.

A) Generalidades.

El contrato, especie del acto jurídico, puede ser considerado como un modelo dentro de la gran variedad de actos jurídicos. Esto se infiere de lo establecido en los artículos 1858 y 1859 -- del Ordenamiento civil, que dicen, respectivamente:

"Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este Ordenamiento".

"Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".

Ahora bien, tomando en cuenta lo establecido en el artículo 1793 ya citado, un contrato es el acuerdo de dos o más personas -- para crear o transferir derechos y obligaciones. Como acto jurídico que es, el contrato tiene elementos de existencia, que configuran su estructura; además, precisa que, una vez nacido, sus elementos de existencia cumplan determinados requisitos de validez, para así estar en aptitud de producir plenamente sus efectos.

El contrato, para su nacimiento y existencia, requiere de -- los siguientes elementos: a) Un acuerdo de voluntades o consentimiento, y b) Un objeto. Así lo dispone el artículo 1794 del Ordenamiento civil, que dice: "Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del -- contrato".

A su vez, el artículo 1795 del mismo ordenamiento, interpretado a contrario sensu, señala los requisitos que deben llenar -- los elementos de existencia de un contrato, para que éste tenga -- validez. El texto legal dispone lo siguiente:

"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".

La norma anterior, interpretada a contrario sensu, exige:

- a) Capacidad de las partes;
- b) Ausencia de vicios del consentimiento;
- c) Licitud del motivo o fin;
- d) Licitud del objeto;
- e) Forma.

De estos requisitos que exige la ley, corresponden al consentimiento (primer elemento de existencia) los siguientes: capacidad de las partes que intervienen en el acto; ausencia de vicios de la voluntad externada por las partes; licitud en el motivo o fin del acto que se celebra, y observación de la forma exigida legalmente.

Por lo que hace al objeto (segundo elemento de existencia), es necesaria su licitud para la validez del contrato.

Veamos, a continuación, cada uno de los elementos de existencia y requisitos de validez.

B) Elementos de existencia.

a) El consentimiento (elemento de existencia del contrato) -- es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos. Es necesario que esas voluntades tengan manifestación exterior.

El consentimiento es un elemento compuesto, que se forma con, al menos, dos voluntades. Estas voluntades, que al unirse generan el consentimiento, reciben, respectivamente, el nombre de: aa) -- propuesta, oferta o policitud, y ab) aceptación.

ma) La policitación es una declaración de voluntad, que debe cumplir las siguientes características: recepticia; expresa o tácita; hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada; con la expresión de los elementos esenciales del contrato cuya celebración pretende el autor de la policitación: seria y hecha con el ánimo de cumplir en su oportunidad.

ab) La aceptación es una declaración de voluntad expresa o tácita, hecha a persona determinada y presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, y se reduce a un "sí".

b) El objeto, en materia contractual, es de tres clases:

ba) Objeto directo del contrato, que consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones. A este objeto se refiere el artículo 1793, que señala: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Para fijar con exactitud esta primera acepción de objeto, es necesario dilucidar previamente lo que vamos a entender por obligación. Después, con base en el concepto de obligación, habrá que explicitar los conceptos de derecho, creación y transmisión. Todo ello debe ser explicado dentro del marco jurídico contractual.

El artículo transcrito, al emplear el término "obligaciones", hace alusión a deberes jurídicos que corren a cargo de un sujeto, y de los cuales surgen, correlativamente, derechos a favor de otro. En este otro, a su vez, surgirá un deber jurídico frente al correspondiente derecho de aquél.

Ahora bien, la obligación (deber jurídico) es la necesidad jurídica que tiene una persona, denominada obligado-deudor, de cumplir a favor de otra persona, denominada acreedor, una prestación de carácter patrimonial que esta última tiene derecho a exigir. El término "derecho" se refiere —en este caso, pues tiene múltiples connotaciones— a la facultad (correlativa de un deber jurídico del obligado-deudor) que tiene el acreedor de exigir la

prestación al obligado-deudor. Ese derecho surge en el momento en que se crea la relación jurídica entre ambos, relación encaminada a satisfacer necesidades de diversa índole: habitación, alimentos, fuerza de trabajo, etc. En otras palabras: dos o más personas, mediante un acuerdo de voluntades, celebran, por ejemplo, un contrato de arrendamiento, de compraventa o de prestación de servicios, para satisfacer mutuamente sus carencias; y para asegurar la satisfacción de sus necesidades, procuran que su acuerdo de voluntades reúna las exigencias que la ley prescribe. De otro modo, no habrá una creación de obligaciones (deberes jurídicos) y derechos.

Ahora bien, las obligaciones (deberes jurídicos) y derechos que surgen de un acto jurídico, pueden sujetarse a diversas titularidades (facilitando con ello la libre circulación de la riqueza) a través de las figuras de cesión de derechos (artículo 2029 del Código Civil) o de subrogación (determinada por el artículo - 2058 del mismo ordenamiento), especies de transmisión de derechos y obligaciones (deberes jurídicos).

bb) Objeto indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, y que puede ser: bba) de dar; bbb) de hacer, y bbc) de no hacer. El Ordenamiento civil regula este objeto en su artículo ---- 1824, que señala:

"Son objeto de los contratos:

I. La cosa que el obligado debe dar;

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

bba) La conducta de dar —una de las hipótesis del objeto in directo que debe cumplir el deudor— puede consistir en:

bbaa) Traslación del dominio de cosa cierta;

bbab) Enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;

bbac) Restitución de cosa ajena, y

bbad) Pago de cosa debida.

Así lo dispone el artículo 2011 del Código Civil, que dice:

"La prestación de cosa puede consistir:

I. En la traslación de dominio de cosa cierta;

II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;

III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida".

bbb) y bbc) Por lo que hace a las conductas de hacer o de no hacer, restantes hipótesis de objeto indirecto que debe cumplir - el deudor, éstas deben ser posibles, según lo exige el artículo - 1827, fracción I, del Código Civil.

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe --- ser:

I. Posible".

Adviértase que el legislador, al hablar (en el artículo ---- transcrito) de hecho posible, se refiere a conducta humana. Pues bien, un "hecho" positivo o negativo (conducta de hacer o de no hacer) es posible cuando va de acuerdo con las leyes de la naturaleza y con las jurídicas de orden público. En sentido contrario, no podrán constituir el objeto de un contrato aquellas conductas de hacer o de no hacer que van contra la ley de la naturaleza que las rige necesariamente, o bien, contra una norma jurídica cuyo - obstáculo es insuperable, o bien finalmente, que pugnan simultáneamente con una ley natural y una norma jurídica.

De lo anterior resulta, en relación a las conductas de hacer o de no hacer, que sólo pueden constituir objeto indirecto la conducta de hacer física y jurídicamente posible y la conducta de no hacer física y jurídicamente posible. En consecuencia, son tres - las conductas de hacer y tres las conductas de no hacer que no --- pueden constituir objeto indirecto:

bbba) conducta de hacer, físicamente imposible;

bbbb) conducta de hacer, jurídicamente imposible;

bbbc) conducta de hacer, física y jurídicamente imposible.

bbca) conducta de no hacer, físicamente imposible;

bbcb) conducta de no hacer, jurídicamente imposible;

bbcc) conducta de no hacer, física y jurídicamente imposible.

bc) Finalmente, el artículo 1824 se ocupa de otro objeto que bien puede llamarse objeto material, y que es: bca) la cosa material (que existe o va a existir antes de la fecha señalada) que va a ser entregada mediante la conducta de dar, o bcb) el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

bca) Respecto a la cosa material, es preciso dilucidar si ésta debe satisfacer o no determinados requisitos. La respuesta es proporcionada por el artículo 1825:

"La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza; 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o. Estar en el comercio".

bcaa) La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza. Para que una cosa pueda ser objeto de un contrato debe existir en la naturaleza o tener la posibilidad de llegar a existir.

Una cosa susceptible de llegar a existir se plantea y acepta en el contrato de compra de esperanza, regulado en el artículo -- 2792 del Código Civil:

"Se llama compra de esperanza al contrato que tiene por objeto adquirir, por una cantidad determinada, los frutos que una cosa produzca en el tiempo fijado, tomando el comprador para sí el riesgo de que esos frutos no lleguen a existir, o bien, los productos inciertos de un hecho que pueden estimarse en dinero.

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

bcab) La cosa objeto del contrato debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie. Al momento de hacer una pro--- puesta, el oferente debe señalar con exactitud la cosa materia de la convención. Si el aceptante está de acuerdo, la compraventa se perfecciona. Así lo establece el artículo 2249 del Ordenamiento legal que se consulta:

"Por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se han convenido sobre la cosa y su precio, aun que la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho".

Puede, sin embargo, suceder que la cosa no esté determinada. En tal caso, debe ser determinable en cuanto a su especie. Al respecto, el artículo 2015 especifica cuándo no puede ser traslativo un contrato:

"En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento, en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

bca) La cosa objeto del contrato debe estar en el comercio. Para entender esta disposición, es necesario considerar lo que establecen los artículos 748 y 749:

"Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley".

"Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

Vale, en consecuencia, establecer que todas las cosas pueden ser objeto de un contrato, excepto:

— Las que por su naturaleza no pueden ser poseídas por un individuo en exclusiva, como podría ser la luz solar o los mares.

— Las que la ley declara irreductibles a propiedad particular, como los bienes de dominio público.

bcb) Respecto al hecho que el obligado debe hacer o no hacer (considerado el hecho ahora como objeto material, es decir, como resultado material de la conducta de hacer o de no hacer), la ley no exige algún requisito que deba llenar. Bástenos sólo agregar que: si el objeto indirecto o conducta de hacer o no hacer (hecho positivo o negativo, según el artículo 1827 del Código Civil, ya analizado) es posible, requisito que exige la ley, el resultado material de esa conducta constituirá el objeto material; ahora, tratándose de conductas de hacer o de no hacer (objeto indirecto) no posibles, resulta ocioso hablar del objeto material o del resultado material que generarían.

C) Requisitos de validez.

a) Capacidad de las partes.

La capacidad —requisito de validez del consentimiento— es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes, y hacerlos valer.

El concepto anotado incluye dos tipos de capacidad:

- aa) Capacidad de goce; y
- ab) Capacidad de ejercicio.

aa) Capacidad de goce es la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes. Esta capacidad está legalmente restringida para algunas personas, aunque en relación a situaciones claramente especificadas; y la restricción se funda en razones de seguridad o de índole política.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene algunos supuestos de incapacidad de goce. Veamos:

Artículo 27, párrafo nueve, fracción I: "Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas —tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y —sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en —considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se —refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las —tierras y aguas".

Artículo 27, párrafo nueve, fracción II: "Las asociaciones —religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán, en ningún caso, tener capacidad para adquirir, poseer o —

administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos...".

Artículo 130, párrafo 15, segunda parte: "Los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para ser herederos, por testamento, de los ministros del mismo culto, o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado".

ab) Capacidad de ejercicio es la aptitud jurídica de ejercitar o hacer valer los derechos que se tengan, y para responder ante deberes jurídicos.

El artículo 1798 del Código Civil se ocupa de esta capacidad en los siguientes términos:

"Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Esto quiere decir que, habiendo capacidad de goce, puede ocurrir que la ley prohíba su ejercicio, resultando así una incapacidad de ejercicio; esto es, la persona es titular de derechos, pero no pueda ejercitarlos.

La incapacidad de ejercicio está regulada en los artículos 450 y 1306 del Código Civil. El primero dice:

"Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso immoderado de drogas enervantes".

El segundo dispone:

"Están incapacitados para testar:

- I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;
- II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio".

Las restricciones establecidas en las fracciones II, III y IV del artículo 450 y en la fracción II del 1306, se refieren al

estado de incapacidad psíquica en que se encuentra alguna de las partes. En una situación así, el sujeto no está en condiciones de comprender la trascendencia fáctica y normativa del acto jurídico que va a realizar.

La incapacidad psíquica se genera por padecimientos tales como:

1) El trastorno mental transitorio: perturbación de la conciencia, que padece el sujeto durante el tiempo en que ejercita los derechos que tiene o responde ante deberes jurídicos.

2) Trastorno mental permanente: perturbación de la conciencia, que perdura más allá del tiempo en que el sujeto ejercita los derechos que tiene o responde ante deberes jurídicos.

3) La sordomudez, relevante tan sólo en los casos de sordomudos no educados.

4) La oligofrenia, que puede ser leve, moderada, grave o profunda. La oligofrenia leve es irrelevante y el sujeto es plenamente capaz. La moderada y la grave deben ser estudiadas en cada caso para determinar si existe o no la capacidad psíquica y, por tanto, la capacidad de ejercicio. La profunda siempre elimina la capacidad psíquica y, en consecuencia, impide la capacidad de ejercicio.

5) La hipnosis: estado psicofisiológico inducido por estímulos específicos, que aumenta la sugestibilidad, disminuye casi totalmente el razonamiento y el juicio crítico y, por tanto, elimina la capacidad psíquica del sujeto.

6) Finalmente, la incapacidad de ejercicio impuesta por disposición de la ley a los menores de edad. La ley considera a los menores sin la capacidad suficiente para externar su voluntad de manera seria en la celebración de un acto jurídico. Esta situación está regulada en la fracción I del artículo 450 y en la fracción I del 1306, del Ordenamiento civil, ya transcritos.

b) Ausencia de vicios del consentimiento.

Es indispensable que ninguna de las voluntades integrantes - del consentimiento adolezca de algún vicio; por tanto, si alguna de las voluntades está viciada, el consentimiento resulta igualmente viciado.

La ley reconoce como vicios de la voluntad: ¹ba) el error; -- bb) la violencia, y bc) la situación de necesidad.

ba) El error.

Error es una creencia sobre algo del mundo exterior, que está en discrepancia con la realidad. Es una falsa creencia sobre - un sector de la realidad.

El error es de dos clases: baa) Error espontáneo: el sujeto cae por sí mismo en el error; y bab) Error inducido: el sujeto -- cae en error a consecuencia de las acciones engañosas realizadas dolosamente por el cocontratante o por un tercero.

baa) El error espontáneo puede ser:

baaa) Error espontáneo no conocido por el cocontratante ni - por terceros; y

baab) Error espontáneo conocido por el cocontratante o por - algún tercero.

baaa) El error espontáneo no conocido por el cocontratante - ni por terceros, es aquél en que no hay la posibilidad de que el cocontratante o algún tercero haga salir al sujeto de su error; y sólo el cuidado desplegado por el propio sujeto podrá hacerlo superar esa falsa creencia en que se encuentra.

Y puede clasificarse en:

baaaa) De hecho, y

baaab) De derecho.

El error de hecho puede ser:

baaaaa) Principal, y

baaaab) Incidental.

baaaaa) El error de hecho es principal cuando el sujeto celebra el contrato motivado, única y exclusivamente, por el estado de error en que se encuentra. Sin el error, nunca lo celebraría.

El error de hecho principal, según las diversas consecuencias que produce, puede ser:

baaaaaa) De cálculo, cuando se comete en una operación aritmética. Esta situación no afecta la vida del contrato y sólo da lugar a su rectificación; al respecto, el artículo 1814 del Ordenamiento civil, dispone: "El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique".

baaaaab) De hecho nulidad, que no impide la formación del consentimiento, pero sí permite, a quien en él incurriera, pedir la anulación del contrato en los términos del artículo 1813 del Código Civil, que dispone: "El error... 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.

Este error puede recaer:

baaaaaba) Sobre la substancia (cualidad de la cosa cuya existencia ha sido considerada por las partes como requisito del contrato), o baaaaabb) Sobre la persona. Algunos contratos se celebran en atención a determinada calidad específica del contratante. Ejemplos: en la donación, el donante, al donar a otro un bien, lo hace motivado por un sentimiento o afecto especial para el donatario. En ausencia de ese sentimiento, no habría donación. Otro ejemplo: se celebra el contrato con una persona precisamente porque ésta es hábil o eficiente en algún arte u oficio.

baaaaac) Indiferente, cuando produce un equívoco sobre situaciones incidentales del objeto. Este error, que no tiene importancia en la vida del contrato, nunca genera la nulidad del acto, aunque puede dar lugar a un ajuste en las prestaciones.

baaab) Error de hecho incidental es el que padece el sujeto respecto de un hecho accesorio al contrato que se va a celebrar.

baaab) Error de derecho: la persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal o sobre su interpretación. Al respecto, el artículo 1813 de la legislación civil dispone:

"El error de derecho... 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".

baab) El error espontáneo sí conocido por el cocontratante o por un tercero, es aquél en el que existe la posibilidad de que -- el cocontratante o un tercero hagan salir de su error al sujeto. Obviamente, nada impide que el sujeto, por sí mismo, pueda salir del error. Por otra parte, el cocontratante o el tercero, que conocen del error, tienen el deber de actuar para sacar de su error al sujeto (artículo 1815: "Se entiende por... mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido"); -- además, les está prohibido toda actuación que refuerce el error -- del sujeto (artículo 1815: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para... mantener -- en el error a alguno de los contratantes...").

Este error admite las divisiones anotadas para el error espontáneo no conocido por el cocontratante ni por terceros.

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

El error inducido puede ser:

baba) Principal;

babb) Incidental.

baba) El error inducido principal se presenta cuando el cocontratante, o un tercero, utiliza artificios para hacer caer en error a la persona y de esta manera obtener su voluntad para celebrar un contrato que, sin el error, no estaría dispuesto a celebrar.

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

Hasta aquí la materia propia del contenido y variantes del error. Sólo resta apuntar que, en algunos casos, el sujeto logra superar el error. Dicho de otra manera: en algunos casos el sujeto supera el error, y en otros casos no. Esto permite distinguir entre: ba') error subsistente, y ba'') error superado.

ba') El error subsistente deriva de: ba'a) Omisión dolosa, o ba'b) Acción dolosa.

ba'a) En la hipótesis del error subsistente por omisión dolosa, el cocontratante o un tercero se abstienen de hacer saber al sujeto el estado de error en que se encuentra (respecto al acto jurídico que pretende celebrar). El Código Civil regula este caso en términos del artículo 1815, que dice: "Se entiende por... mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

ba'b) El error subsistente por acción dolosa se presenta cuando el cocontratante o un tercero llevan a cabo actividades tendientes a mantener al sujeto en el error en que se encuentra (respecto al acto jurídico que desea celebrar). Esta clase de error está regulada, también, en términos del artículo 1815: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para... mantener en el error a alguno de los

contratantes".

ba") El error es superado cuando el sujeto despeja de su --- mente la falsa creencia que tenía respecto del acto jurídico que quiere celebrar. Esto puede ocurrir de tres maneras:

ba"a) Por el propio sujeto, cuando despliega el análisis idóneo del acto jurídico que celebra.

ba"b) Por acción del cocontratante, cuando, como es debido, efectúa las aclaraciones pertinentes para despejar el estado de error que padece el sujeto con quien contrata.

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

bb) La violencia.

Para integrar el primer elemento de existencia de un contrato, esto es, el consentimiento, es necesario, como ya se dijo antes, un acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o --- transmisión de obligaciones y derechos, o sea, una manifestación exterior de las voluntades.

La manifestación exterior de la voluntad (ejemplo: asentamiento de una firma ológrafa o de una huella dactilar en un documento) puede, en algunos casos, estar viciada por intimidación. --- Al respecto, el artículo 1819 del Código Civil dispone:

"Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus pa--- rientes colaterales dentro del segundo grado".

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

La violencia física intimidatoria, llamada también vis com--- pulsiva, se despliega sobre el cuerpo del contratante para produ-

cir un dolor físico tal que lo intimida hasta el punto de doblegar su ánimo.

La amenaza es el anuncio de un mal que doblega el ánimo del contratante y, como consecuencia, lo decide a realizar el acto — que le imponen.

La fuerza física irresistible, o vis absoluta, es la fuerza muscular que recae sobre el cuerpo del contratante y lo doblega — (al cuerpo) y, como consecuencia, se producen movimientos corporales sin el concurso de la voluntad.

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

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

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

bc) La situación de necesidad.

Cuando una de las partes —tesis tradicional, que no compartimos— se vale de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de su cocontratante, para obtener un lucro excesivo y en desproporción a lo que él por su parte se obliga, surge la lesión como vicio de la voluntad.

Los autores de esta tesis, en México, la fundan en el artículo 17 del Código Civil, que dice: "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 de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la -

reducción equitativa de su obligación...".

Si se analiza detenidamente la disposición transcrita, verá que la suma ignorancia y la notoria inexperiencia no son, en sí mismos, vicios de la voluntad; tampoco son casos de lesión como vicios de la voluntad. Son situaciones de incultura que, eso sí, dan lugar a casos particulares de error espontáneo o inducido. Por tanto, deben ubicarse en el ámbito del error, siempre y cuando se traduzcan en un lucro excesivo y desproporcionado.

La extrema miseria tampoco es, en sí misma, un vicio de la voluntad ni un caso de lesión como vicio de la voluntad. Es una situación económica que da lugar a una situación de necesidad, —provenga, o no provenga, de una extrema miseria.

La situación de necesidad sí es un vicio de la voluntad, —siempre y cuando se traduzca en un lucro excesivo y desproporcionado entre las partes contratantes, e independientemente de que el sujeto que se encuentra en una situación de necesidad padezca o no de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria.

Por tanto, la lesión no es un vicio de la voluntad. Es una consecuencia del error espontáneo o inducido, de la fuerza física intimidatoria o de las amenazas —que sí son vicios de la voluntad— o de una situación de necesidad.

Es conveniente precisar que la lesión, por una parte, puede consistir: en un lucro excesivo y desproporcionado, o en un lucro no excesivo o no desproporcionado, o ni siquiera en un lucro sino, tan sólo, en un perjuicio económico para el cocontratante, y, por otra, puede tener como causa primera (última) una suma ignorancia o notoria inexperiencia o extrema miseria o puede no haber ninguna de estas situaciones.

El artículo 17 se refiere únicamente a la lesión que consiste en un lucro excesivo y desproporcionado que se obtiene explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; y nada dice acerca de las otras hipótesis de lesión. Estas otras hipótesis se fundamentan en otros artículos del Código

Civil. En otras palabras: ni la lesión se reduce a lo previsto en el artículo 17 ni el artículo 17 es el único texto legal que se refiere a la lesión.

c) Licitud del motivo o fin.

El motivo o fin que impele a los contratantes debe ser lícito, según lo exige el artículo 1795 del Código Civil en su fracción III. Además, para reafirmar la exigencia del artículo señalado, el 1831 del mismo Código establece:

"El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

En la celebración de todo acto jurídico, existe una voluntad finalista de los contratantes, orientada a la posterior realización de conductas satisfactorias para el sujeto. Esas conductas posteriores podrán llevarse a cabo sólo si previamente se celebra un acto jurídico. Ejemplos: el ciclista que, para desarrollar un exhaustivo entrenamiento y estar en condiciones de obtener el triunfo en una competencia, efectúa primeramente la compraventa de una excelente bicicleta; o bien, el paciente que, para disfrutar el aire fresco del bosque o los baños en aguas termales, celebra un contrato de arrendamiento con una compañía inmobiliaria alquiladora de cabañas con esas comodidades y ubicadas en regiones apartadas.

Pues bien, esa conducta que pretende realizar el sujeto, y para cuya realización tiene que celebrar previamente un acto jurídico, es la que constituye el "motivo o fin" determinante de la voluntad de los contratantes.

Y el "motivo o fin", esto es, la conducta (todavía no realizada), que mueve al sujeto a celebrar el acto jurídico, no debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres; en otras palabras, el "motivo o fin" debe ser lícito.

Por tanto, si el "motivo o fin", o sea, la conducta (todavía

no realizada), que mueve a un sujeto a celebrar un acto jurídico, es contrario a una ley de orden público, el acto jurídico previamente celebrado resultará nulo absolutamente por la ilicitud del fin o motivo.

Si el "motivo o fin": conducta (todavía no realizada) que mueve a un sujeto a realizar un acto jurídico, es, contrario a las buenas costumbres, también habrá nulidad, sólo que corresponderá al juez decidir si se trata de nulidad absoluta o de nulidad relativa, fundando su decisión en los principios generales del derecho, según prescribe el artículo 19 del Código Civil, en virtud de no existir disposición legal concreta que contemple una situación así.

d) Licitud del objeto.

El objeto que persiguen los contratantes debe ser lícito. -- Así lo dispone la fracción III del artículo 1795 del Código Civil, interpretada a contrario sensu.

A su vez, el artículo 1830 del Ordenamiento civil señala: -- "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Parece obvio que el legislador, al hablar de "hecho", se refiere a conducta, única que puede ser lícita o ilícita. El hecho, en sí, es una consecuencia de la conducta y, por lo mismo, no puede calificarse de lícito o ilícito. Ahora bien, el artículo citado prevé dos clases de conductas ilícitas: da) Las que van contra leyes de orden público, y db) Las que van contra las buenas costumbres.

da) Conducta (de hacer o de no hacer) ilícita por ir en contra de una ley de orden público. Esta ley puede ser: 1) Supletoria o permisiva, o 2) Prohibitiva.

1) Las leyes supletorias se aplican siempre que los sujetos no han previsto, total o parcialmente, las consecuencias de su proceder; por tanto, sólo rigen cuando es defectuosa la declara--

ración expresa de la voluntad. De esto se sigue que un acuerdo de voluntades contrario a las leyes supletorias no constituye un hecho ilícito.

2) Las múltiples relaciones sociales, en derecho civil, se orientan a través del principio de que "todo lo que no está prohibido está permitido". Así, las leyes prohibitivas restringen la libertad individual en aquellos actos cuyo objeto es lesivo para el orden social. Estas leyes protegen gran variedad de bienes jurídicos, cuyo interés social, individual o colectivo, varía según sea la intensidad del contenido valorativo que le asigna una colectividad. Por lo mismo, existe una graduación en las sanciones correspondientes, que afectan a los actos jurídicos en sí o a los autores del mismo.

Si la ley prohibitiva protege bienes jurídicos de interés tan sólo para determinadas personas, la sanción (que afectará al acto jurídico) será la nulidad relativa por la ilicitud del objeto.

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

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

Cuando la sanción no recae sobre el acto sino sobre el autor, el acto producirá todos sus efectos, ya que no hay nulidad relativa ni absoluta. La sanción para el autor será de otra índole. Ejemplos: los casos a que se refieren los artículos 158, 159, 264 y 265 del Código Civil.

Artículo 158: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En

los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo -- desde que se interrumpió la cohabitación".

Artículo 159: "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal -- respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor".

Artículo 264: "Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio: --- I... II. Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido -- los términos fijados en los artículos 158 y 289".

Artículo 265: "Los que infrinjan el artículo anterior, así -- como los que siendo mayores de edad contraigan matrimonio con un menor sin autorización de los padres de éste, del tutor o del -- juez, en sus respectivos casos, y los que autoricen esos matrimonios, incurrirán en las penas que señale el código de la materia".

El código de la materia es el Código Penal. Este, sin embargo, en ningún caso tipifica las conductas descritas por los artículos transcritos.

db) El artículo 1830 del Código Civil señala, además, que la conducta (de hacer o de no hacer) también es ilícita cuando va -- contra las buenas costumbres.

Los hábitos, prácticas o inclinaciones que son observadas -- por una colectividad en un lugar y momento determinados, configuran el concepto de buenas costumbres; éstas, por tanto, cambian -- de época a época y de pueblo a pueblo. Y ante la imposibilidad de elaborar un catálogo completo de conductas (de hacer o de no hacer) ilícitas, el legislador remite supletoriamente a nociones de carácter no jurídico, tales como las buenas costumbres.

Ahora bien, el determinar si una conducta (de hacer o de no hacer) es ilícita (por ser contraria a las buenas costumbres), y en consecuencia declararla nula absoluta o relativamente, es algo

que se deja al criterio del órgano jurisdiccional, quien resolverá conforme a los principios generales del derecho, según lo establece el artículo 19 del Código Civil.

e) Forma.

Las partes contratantes deben externar su voluntad (consentimiento) acatando la forma exigida por las leyes relativas. Así lo señala, a contrario sensu, la fracción IV del artículo 1795 del Código Civil.

Al respecto, el artículo 1803 del Ordenamiento en cuestión dice: "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".

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

El primer supuesto que debe considerarse, según el artículo 1803, es el de aquellos contratos que admiten tanto la forma expresa como la tácita; ejemplo: las voluntades del operador y del usuario de un autobús urbano pueden manifestarse expresa o tácitamente. En este primer supuesto, en realidad, no hay forma alguna.

Un segundo supuesto es el de la forma expresa. Si la norma relativa al contrato específico que se desea celebrar exige a los contratantes exteriorizar sus voluntades expresamente, surge entonces una forma, que puede ser verbal, escrita o por signos inequívocos (la compraventa de bienes muebles). Aquí la norma jurídica excluye la manifestación tácita de la voluntad, aun cuando admite las tres variantes de manifestación expresa.

Un tercer supuesto es la forma escrita, la cual por supuesto

excluye tanto a la manifestación tácita como a la expresa verbal o por signos inequívocos. Tal es el caso de la constitución o --- transmisión de derechos reales a que se refiere el artículo 2317 del Código Civil: "Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor convencional no sea mayor de quinientos pesos y la constitu--- ción o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma --- cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, po--- drán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez - de paz o Registro Público de la Propiedad...".

El cuarto y último supuesto es el de los contratos que deben hacerse constar en documento público. Ejemplo: el artículo 2320 - del Ordenamiento civil establece: "Si el valor del inmueble exce- de de quinientos pesos, su venta se hará en escritura pública, -- salvo lo dispuesto por el artículo 2317".

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

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

C A P I T U L O I I I

UNIVERSO NORMATIVO DEL FRAUDE

TEMARIO: 1. Textos legales. 2. Objeto de conocimiento.

1. Textos legales.

Las normas penales contenidas en el Libro Segundo, Título Vi gesimosegundo, Capítulo III, del Código Penal, disponen lo siguiente:

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

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

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

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

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

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

Artículo 387. "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

I. Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa — ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio en un asunto civil o administrati-

vo, si no efectúa aquélla o no realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma, o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado;

II. Al que por título oneroso enajene alguna 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, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

III. Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle;

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe;

V. Al que compre una cosa mueble, ofreciendo pagar su precio al contado y rehúse, después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exigiere lo primero dentro de quince días de haber recibido la cosa del comprador;

VI. Al que hubiere vendido una cosa mueble y recibido su precio, si no la entrega dentro de los quince días del plazo convenido o no devuelve su importe en el mismo término, en el caso de que se le exija esto último;

VII. Al que vende a dos personas una misma cosa, sea mueble o raíz, y recibe el precio de la primera o de la segunda enajenación, de ambas o parte de él, o cualquier otro lucro con perjuicio del primero o del segundo comprador;

VIII. Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado;

IX. Al que para obtener un lucro indebido, ponga en circulación fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquier

materia como signos convencionales en sustitución de la moneda legal;

X. Al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial, con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido.

Se presumirá simulado el juicio que se siga en contra de un depositario judicial, cuando en virtud de tal juicio, acción, acto o escrito judicial resulte el secuestro de una cosa embargada o depositada con anterioridad, cualquiera que sea la persona contra la cual se siga la acción o juicio;

XI. Al que por sorteos, rifas, loterías, promesas de ventas o por cualquier otro medio, se quede en todo o en parte con las cantidades recibidas, sin entregar la mercancía u objeto ofrecido;

XII. Al fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra cualquiera, que emplee en la construcción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de él;

XIII. Al vendedor de materiales de construcción o cualquier especie, que habiendo recibido el precio de los mismos, no los entregare en su totalidad o calidad convenidos;

XIV. Al que 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. Cuando la enajenación sea hecha por una persona moral, serán penalmente responsables los que autoricen aquella y los dirigentes, administradores o mandatarios que la efectúen;

XV. Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones;

XVI. Al que ejecute actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsifica

ción en las leyes relativas;

XVII. Al que 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;

XVIII. Al que habiendo recibido mercancías con subsidio o franquicia para darles un destino determinado, las distrajere de este destino o en cualquier forma desvirtúe los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia;

XIX. A los 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, en todo o en parte, 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, en todo o en parte, 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 Nacional Financiera, S. A. o en cualquier institución de depósito, dentro de los treinta días siguientes a su recepción a 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.

Las mismas sanciones se impondrán a los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales que no cumplan o hagan cumplir la obligación a que se refiere el párrafo anterior.

El depósito se entregará por Nacional Financiera, S. A., o a la institución de depósito de que se trate, a su propietario o al

comprador.

Cuando el sujeto activo del delito devuelva a los interesados las cantidades de dinero obtenidas con su actuación, antes de que se formulen conclusiones en el proceso respectivo, la pena — que se le aplicará será la de tres días a seis meses de prisión,

XX. A los constructores o vendedores de edificios en condominio que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio a cuenta de él, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro.

Es lo aplicable a lo dispuesto en esta fracción, lo determinado en los párrafos segundo a quinto 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 XIX.

XXI. Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito — correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. 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 o sociedad nacional de crédito de que se trate.

No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

Las Instituciones, sociedades nacionales y Organizaciones 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 XIX".

Artículo 388. "Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude".

Artículo 389. "Se equipara al delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años y multa de cuatrocientos a cuatro mil pesos, el valerse del cargo que se ocupe en el gobierno, en una empresa descentralizada o de participación estatal, o en cualquiera agrupación de carácter sindical, o de sus relaciones con los funcionarios o dirigentes de dichos organismos, para obtener dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o aumento de salario en tales organismos".

Artículo 389 bis. "Comete delito de fraude el que por sí o por interpósita persona, cause perjuicio público o privado al fraccionar y transferir o prometer transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre un terreno urbano o rústico, propio o ajeno, con o sin construcciones sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes, o cuando existiendo éste no se hayan satisfecho los requisitos en él señalados. Este delito se sancionará aun en el caso de falta de pago total o parcial.

Para los efectos penales se entiende por fraccionar la división de terrenos en lotes.

Este delito se sancionará con las penas previstas en el artículo 386 de este código, con la salvedad de la multa mencionada en la fracción tercera de dicho precepto, que se elevará hasta cincuenta mil pesos".

2. Objeto de conocimiento.

De todas las hipótesis de fraude contenidas en los textos legales transcritos, nuestro análisis se ocupará, únicamente, de una sola de las normas reguladoras del llamado fraude genérico, - contenida en el primer párrafo del artículo 386.

Este párrafo contiene cuatro distintas hipótesis de fraude, que son:

- el que engañando a uno... se hace ilícitamente de alguna cosa.
- el que engañando a uno... alcanza un lucro indebido.
- el que... aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa.
- el que... aprovechándose del error en que éste se halla... alcanza un lucro indebido.

Cada una de estas hipótesis puede incluir tres variantes de comisión: dolosa consumada, culposa consumada y tentativa.

Nosotros sólo analizaremos una de las normas penales relativas al fraude doloso consumado. Más exactamente: nuestro análisis se ocupará, tan sólo, de la hipótesis de fraude doloso consumado consistente en "hacerse ilícitamente de alguna cosa por medio del engaño".

C A P I T U L O I V

TEORIA DE LA NORMA PENAL REGULADORA DEL FRAUDE DOLOSO CONSUMADO CONSISTENTE EN HACERSE ILLICITAMENTE DE ALGUNA COSA POR MEDIO DEL ENGAÑO

TEMARIO: I. Elementos del tipo: 1. Deber jurídico penal: A) Teoría tradicional; B) Nuestra teoría. 2. Bien jurídico: A) Teoría tradicional; B) Nuestra teoría. 3. Sujeto activo: A) Teoría tradicional; B) Nuestra teoría. 4. Sujeto pasivo: A) Teoría tradicional; B) Nuestra teoría. 5. Objeto material: A) Teoría tradicional; B) Nuestra teoría. 6. Conducta: A) Contenido; B) El que engañando a uno se hace ilícitamente de alguna cosa; C) Acción dolosa consumada: a) El dolo: aa) Teoría tradicional; ab) Nuestra teoría. b) La actividad: ba) Teoría tradicional; bb) Nuestra teoría. c) El resultado material: ca) Teoría tradicional; cb) Nuestra teoría. d) El nexo causal: da) Teoría tradicional; db) Nuestra teoría. 7. Lesión del bien jurídico penal: A) Teoría tradicional; B) Nuestra teoría. 8. Violación del deber jurídico penal: A) Teoría tradicional; B) Nuestra teoría. II. La punibilidad.

I. Elementos del tipo.

1. Deber jurídico penal.

A) Teoría tradicional. Los autores tradicionales, tanto nacionales como extranjeros, no se han ocupado de este elemento del tipo.

B) Nuestra teoría. El deber jurídico penal, contenido en la hipótesis de fraude que estudiamos, consiste en la prohibición de hacerse dolosa e ilícitamente de alguna cosa, por medio del engaño.

2. Bien jurídico.

A) Teoría tradicional. Eusebio Gómez opina que "la ley, al -incriminar la estafa, responde a la necesidad social de tutelar -el patrimonio, poniéndolo a cubierto de maniobras que, no solamente implican una lesión del mismo, sino un ataque a la buena fe. -La estafa, forma evolucionada de los delitos contra el patrimo---nio, representa uno de los mayores peligros a que la buena fe, --tan necesaria para el ejercicio de las actividades económicas, es tá expuesta en la época en que vivimos, y aunque no es posible --ocultar que, muchas veces, la víctima de una estafa no se caracte riza por la bondad de sus intenciones, pues la avidez de lucro -- puede ser elemento coadyuvante del engaño ejercitado por el esta fador, la peligrosidad de éste impone la sanción legal".¹

"El interés aquí protegido —opina Cuello Calón— es el conjunto de bienes jurídicos comprendidos en el concepto genérico de 'propiedad'. Y no sólo la propiedad mueble sino también la inmue-

ble, que a diferencia del hurto y del robo, puede ser objeto de la estafa",²

Maggiore sostiene: "Objeto de esta acriminación es el interés público de proteger el patrimonio contra las acciones acriminosas que logran el fin de desposeer a otras personas mediante engaño y fraude. La estafa, lo mismo que el hurto, es un delito contra la propiedad".³

Ranieri, al respecto, dice: "El objeto jurídico de este grupo de delitos es el interés del Estado por la defensa de los bienes patrimoniales, contra los engaños efectuados con el fin de obtener un provecho injusto".⁴

"El bien jurídico protegido en la estafa —apunta Mezger— es el patrimonio y el mantenimiento de la verdad y de la buena fe en el tráfico patrimonial. La mención del patrimonio como bien jurídico protegido no puede suscitar, de acuerdo con la evolución moderna del tipo de estafa, ninguna duda y, efectivamente, no existen dudas al respecto. En cambio, el hecho de considerar como bien jurídico especialmente protegido en el 263, además, el mantenimiento de la buena fe y de la verdad en el tráfico, es objeto de muchas discusiones. Muy especialmente Binding dirige sus ataques en forma enérgica, contra 'un derecho a la verdad, lesionado por el engaño' y, en consecuencia, contra un correspondiente bien jurídico de la verdad. Es cierto que no existe un 'derecho a la verdad' independiente; pero esta circunstancia no excluye que tal derecho juegue, en relaciones determinadas, también un papel jurídico penal. Según la teoría dominante, el bien jurídico protegido en la estafa es exclusivamente el patrimonio... La circunstancia decisiva para considerar como bien jurídico de la estafa esos dos elementos, es la siguiente: la mención del 'patrimonio' como único bien protegido en la estafa, haría incurrir en errores acerca de la exacta caracterización de la estafa y se perdería, por lo tanto, la posibilidad de diferenciarla de otros delitos contra el patrimonio. Sobre todo, se volvería imposible una neta diferencia

ción entre la estafa (263) y la extorsión (253); esta diferen-
ciación entre ambos hechos punibles (cuya estructura es, por lo -
demás, paralela) consiste en que la característica típica de la -
estafa es el engaño y la de la extorsión la coacción, con lo que
se representa que ambas vías representan ataques prohibidos con-
tra el patrimonio, por ejemplo, entre la estafa y, el hurto en au-
toría mediata...".⁵

Jiménez Huerta, en México, señala: "La objetividad jurídica
protegida en el delito de fraude es el patrimonio, en cuanto este
bien jurídico se proyecta y refleja en las relaciones crematísti-
cas existentes entre los individuos en su diaria vida en común. -
Existe en los miembros de la comunidad un interés jurídico en que
las relaciones económicas se desarrollen libres de engaños, maqui-
naciones y artificios que puedan inducir en error y en que los --
errores en que pudieran hallarse determinadas personas no sean --
aprovechados por otras con fines torticeros. Un interés indivi-
dual de naturaleza patrimonial cuya transgresión ofende los idea-
les y aspiraciones de la comunidad es, pues, el bien jurídico pro-
tegido en el delito de fraude".⁶

Y Pavón Vasconcelos dice: "Objeto jurídico del delito lo ---
identificamos con el bien tutelado por la norma prohibitiva y no
es otro que el patrimonio".⁷

B) Nuestra teoría. El patrimonio ---concepto que manejan los
juristas--- no puede ser el bien jurídico. El patrimonio, de acuer-
do con las normas civiles, contiene varios elementos y, por tan-
to, es necesario señalar cuál de ellos es lesionado con la conduc-
ta de fraude. Decir que el patrimonio es el bien protegido en el
fraude, resulta vago e impreciso.

La propiedad, uno de los elementos del patrimonio, tampoco -
puede ser el bien jurídico. Cuando un sujeto se hace de alguna co-
sa mediante engaño, no lesiona la propiedad; ésta, la sigue con-
servando el sujeto pasivo.

En cambio, veamos lo siguiente: cuando un sujeto entrega a -

otro una cosa, como consecuencia del engaño de que ha sido víctima, lo que resulta afectada es la relación de hecho que el pasivo tenía con la cosa, es decir, el poder de hecho que el pasivo ejerce sobre la cosa. Este poder de hecho sí es lesionable con la conducta fraudulenta del sujeto activo.

Pero adviértase que no toda afectación al poder de hecho --- trae aparejada una merma en el haber patrimonial del titular de ese poder de hecho. En consecuencia, si consideramos que existen diversas clases de poder de hecho, hemos de convenir en la necesidad de analizar todas ellas para establecer, con toda precisión, los casos en que, al afectarse el poder de hecho, quien lo detenta sufre un daño en su caudal patrimonial.

De acuerdo con las normas civiles, tenemos las siguientes --- clases de poder de hecho:

a) Detentación vigilada. Existen algunos casos en los cuales el sujeto ha recibido la cosa y despliega un poder de hecho sobre la misma, bajo la vigilancia directa e inmediata de la persona -- que le entregó la cosa; ejemplos: las personas que en los aero--- puertos transportan las maletas de los pasajeros o el probable -- comprador que recibe la cosa y la observa a la vista del vende--- dor. En estos ejemplos, el sujeto tiene el poder de hecho (bajo -- la vigilancia directa e inmediata de la persona que le entregó la cosa) y, en el mayor número de casos, también tiene un reducido -- derecho a actuar sobre la cosa; pero de ninguna manera tiene el -- derecho de posesión, o sea, el derecho de ser mantenido o resti--- tuido en la posesión de hecho, independientemente de que se tenga derecho a ejercer el poder de hecho. Este poder de hecho, así como el derecho a poseer, no son autónomos, por la misma razón de -- estar bajo la vigilancia directa e inmediata del sujeto que entre--- gó la cosa. El sujeto, por carecer del derecho de posesión y por ejercer el poder de hecho bajo la vigilancia directa e inmediata del sujeto que le hizo entrega de la cosa, es un simple detenta--- dor vigilado y, por lo mismo, no tiene la posesión plena. Si este

detentador vigilado entrega la cosa a otro, como consecuencia del engaño de que lo hace objeto, no resentirá merma alguna en su caudal patrimonial.

b) Detentación subordinada. El artículo 793 del Código Civil dice: "Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor". El análisis de este artículo nos revela lo siguiente: a') Existe una relación jurídica entre dos sujetos; b') En esta relación, uno de los sujetos guarda una situación de dependencia frente al otro sujeto; esto es, - hay una relación de orden jerárquico entre ambos; c') El superior ha entregado el poder de hecho al inferior; d') La transferencia del poder de hecho se hace en función de la relación jerárquica; e') El inferior ejerce el poder de hecho en beneficio del supe---rior; f') El inferior, al ejercer el poder de hecho, lo hace ajugtándose a las órdenes e instrucciones que le da el superior. Estas seis proposiciones permiten inferir otras cuatro, que son las siguientes: g') Tanto el superior (patrón) como el inferior (de---pendiente) ejercen el poder de hecho; h') Tanto el superior como el inferior tienen derecho a poseer; i') El superior es el único que tiene el derecho de posesión. Este es el significado de la ---frase final: "no se le considera poseedor" (al inferior). Es ---obvio que el inferior tiene el poder de hecho y el derecho a poseer, o sea, el derecho a actuar sobre la cosa, y, por mandato legal ("no se le considera poseedor"), sólo carece del derecho de ---posesión; j') El inferior, por carecer del derecho de posesión y por ejercer el poder en virtud de su situación de dependencia, es un detentador subordinado. Ejemplos de detentador subordinado: ---los dependientes de comercio, los empleados de banco, los domésticos, los camareros de hotel. Estos ejemplos suponen que el sujeto se halla en una situación de dependencia y, en razón de ella, tie

ne el poder de hecho y actúa sobre la cosa. No tiene posesión plena; por ello, si un detentador subordinado entrega la cosa a otro, por el engaño a que es llevado, no podrá decir que resintió un daño en su patrimonio.

c) Posesión derivada. El texto del artículo 791 del Código Civil señala: "Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada". Si analizamos su contenido, descubrimos lo siguiente: a') Una vez transferida la cosa, el propietario no tiene poder de hecho, porque pasó la cosa; no tiene el derecho de posesión, porque también lo transfirió; y, mientras esté en vigor el acto jurídico que realizó, tampoco tiene el derecho a poseer, por haberlo igualmente transferido; b') El poseedor derivado tiene el poder de hecho, porque recibió la cosa; tiene el derecho a poseer, en virtud del acto jurídico; tiene, también, el derecho de posesión, porque entró al poder conforme al artículo 791. Esto se confirma con lo que dispone el artículo 18 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que en lo conducente dice: "La acción de recuperar la posesión... procede... contra el propietario despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato"; c') El único poseedor es el que entró al poder de hecho a través del acto jurídico. Como consecuencia de todo lo afirmado, la denominación de "posesión derivada" es válida y puede definirse como la posesión (plena) que, mediante un acto jurídico, surgió de una posesión (plena) anterior. Como ejemplo de poseedor derivado podemos citar a la persona que disfruta de una bicicleta que adquirió de otro mediante un contrato de arrendamiento; y si el arrendatario, por el engaño de que es víctima, realiza un acto de disposición respecto de la bicicleta, en favor del

sujeto activo del engaño, resultará que, además de ver afectada la posesión de hecho que tenía, resentirá una merma en su caudal patrimonial.

d) Posesión a título de propietario. El sujeto que, por ejemplo, adquiere un reloj mediante contrato de compraventa que celebra con una casa comercial, se convierte en propietario y poseedor de hecho que, además, tiene derecho a la posesión y derecho de posesión respecto de la prenda que compró; es decir, tiene posesión plena a título de propietario. Si dicho propietario dispone del reloj entregándolo a otro como consecuencia del engaño de que este último lo hace víctima, verá afectada la posesión de hecho que tenía sobre el reloj y, además, resentirá un daño en su patrimonio.

e) Posesión con ánimo de convertirse en propietario. Existen casos en que una persona tiene el poder de hecho sobre una cosa por haberla adquirido: a') Por medio de un delito (el robo, por ejemplo); o b') Con motivo de un hallazgo (encontrarse alguna cosa en la calle). Este sujeto, según el artículo 804 del Código Civil, no tendrá el derecho de posesión mientras no transcurra un año en la posesión de hecho, lapso en el cual el titular del derecho de posesión puede hacer valer el interdicto para recuperar la cosa. Transcurrido un año, el sujeto (el ladrón, por ejemplo) adquiere el derecho de posesión y, además, si ejerce el poder de hecho ajustándose a lo preceptuado por el artículo 1151 del Código Civil, esto es, en concepto de propietario, pacífica, continua y públicamente, diremos que el sujeto tiene posesión plena y que es un poseedor con ánimo de convertirse en propietario. Si este sujeto, como consecuencia de un engaño, dispone de la cosa en favor del sujeto activo del engaño, verá afectada su posesión de hecho y disminuido su haber patrimonial.

Este análisis nos revela, con toda claridad, que el patrimonio de una persona es dañado (en el fraude) únicamente cuando esta persona: tiene posesión plena sobre la cosa y esta posesión es

tá respaldada por el derecho de posesión (obviamente, respaldada también por el derecho a poseer).

En consecuencia, podemos afirmar, con toda seguridad, que el bien jurídico, en la hipótesis de fraude que estamos estudiando, es la posesión de hecho, plena, respaldada por el respectivo derecho de posesión.

3. Sujeto activo.

A) Teoría tradicional. Los autores tradicionales no desarrollan toda la problemática del sujeto activo. Eusebio Gómez, por ejemplo, dice: "Sujeto activo del delito de estafa es el que engaña a la víctima para inducirla en error, a fin de obtener la prestación. No obstará la circunstancia de que el engañador no sea el beneficiario de la prestación, puesto que el delito existe, no sólo cuando el autor del engaño procura para sí el provecho, sino, también, cuando lo procura para un tercero. Desde luego, éste tiene, asimismo, el carácter de sujeto activo si participa en el hecho".⁸

De acuerdo con lo que establece la legislación italiana, Maggiore señala: "Sujeto activo del delito de estafa puede ser cualquier persona. Pero no hay que confundir al agente autor de la inducción a error o a engaño, con el que utiliza el provecho injusto. Estas dos cualidades se hallan junto de ordinario, pero también pueden estar separadas, como resulta de la expresión de la ley 'obtiene para sí o para otro'; de modo que uno puede ser el estafador y otro el que obtiene el provecho. Si el agente fuere un funcionario público, el delito de estafa se convierte en concusión".⁹

En México, Zamora Pierce anota: "Los tipos delictivos hacen mención expresa del sujeto activo o autor, sobre el cual ha de recaer la pena, y que es, generalmente, aquel que ejecuta la acción prevista en el verbo núcleo del tipo. Sujeto activo principal del fraude es el que engaña o se aprovecha del error de otro, para lo

grar de este último una disposición patrimonial. Cuando la disposición patrimonial consiste en la entrega de una cosa, dicha entrega puede llevarse a cabo en manos del sujeto activo o en las de un tercero quien será coautor (sujeto activo secundario) o simple mandatario del estafador, ignorante de que su conducta sirve a fines delictuosos. Tanto cuando la disposición patrimonial consiste en la entrega de una cosa, como en los casos en que se concreta a la firma de una escritura, al reconocimiento de un crédito, etc., el lucro puede ser en beneficio del patrimonio del sujeto activo primario, o en el de un tercero comprometido o no en la actividad ilícita. 'El anteproyecto de 1949 y el Definitivo de 1958, hacen mención expresa de que el lucro puede ser: para sí (para el sujeto activo principal) o para otro'. Aún cuando los Códigos de 1871, 1929 y 1931 no incluyen una referencia semejante, nada en su redacción nos impide hablar de fraude cuando no coincidan en la misma persona la actividad de engañar y la recepción de la cosa, o dicha actividad y el lucro obtenido en perjuicio del ofendido... El fraude es un delito de sujeto común o indiferente, por cuanto que el tipo no exige en el delincuente la presencia de alguna cualidad específica, como sucede en los delitos propios o especiales. Es también, con relación al sujeto activo, individual o monosubjetivo, pues el tipo puede ser realizado por la actividad de un solo individuo, contrariamente a lo que ocurre en los delitos plurisubjetivos o de concurso necesario".¹⁰

Y al respecto, Pavón Vasconcelos escribe: "El tipo comprendido en el artículo 386 del Código Penal, no establece calidad especial alguna en los sujetos activo o pasivo del delito, razón por la que cualquier persona puede colocarse en el supuesto de la ley, con la única excepción de que el activo debe ser un sujeto plenamente capaz, imputable, pues sólo así podrá responder ante el poder público del hecho ilícito cometido. Sujeto activo es el que engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de alguna cosa o bien alcanzar un lucro indebido. Sin embargo, puede

acontecer que quien se beneficia sea: a) El que engaña o se aprovecha del error, o b) Un tercero".¹¹

B) Nuestra teoría. Sólo la persona física que esté en posibilidad de concretizar el contenido de la hipótesis que estudiamos, será sujeto activo; en otras palabras: autor material del delito de fraude previsto en la hipótesis que analizamos, sólo puede ser lo la persona física que tenga capacidad psíquica de delito. La hipótesis que tratamos no describe calidad de garante, ni calidad específica, ni pluralidad específica.

La capacidad psíquica contiene dos elementos: la voluntabilidad y la imputabilidad. Voluntabilidad es la capacidad de conocer y de querer engañar a alguien, para hacerse ilícitamente de alguna cosa. Imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, esto es, la capacidad de conocer la específica ilicitud del engañar a alguien para hacerse ilícitamente de alguna cosa.

4. Sujeto pasivo.

A) Teoría tradicional. Eusebio Gómez manifiesta que: "Sujeto pasivo del delito es el que sufre el daño que para él representa la prestación patrimonial, efectuada a consecuencia del error en que fue inducido. Pero es posible que el engaño se haya ejercitado en relación a una persona que no resulta damnificada por la prestación, o, en otros términos, que ésta no afecta su patrimonio, sino el de un tercero. Tal persona será, entonces, sujeto pasivo del error, pero no del delito. Diríase con más propiedad, tal vez, que la referida persona es sujeto pasivo de la acción y que sujeto pasivo del hecho es el damnificado. ¿Habría estafa cuando el sujeto pasivo sea por falta de capacidad mental, insusceptible de ser engañado? La mayoría de los autores se pronuncian por la negativa, expresando que la obtención del injusto provecho, en semejante caso, equivale al aprovechamiento que constituye el hurto. Sin engaño determinante de un error, no se concibe la estafa;

y con relación al loco, al idiota o al menor sin discernimiento -- no puede haber engaño, por su incapacidad natural".¹²

Para Maggiore: "Sujeto pasivo de la estafa puede ser cual--- quiera. Pero aquí también hay que distinguir entre el paciente -- del error y del engaño y el paciente del daño, esto es, entre el estafado y el perjudicado. Estas dos cualidades pueden coincidir, pero también estar separadas, si el sujeto pasivo del engaño es -- persona distinta del perjudicado; al primero le compete técnica--- mente la calificación de paciente. ¿Y si el paciente del engaño -- fuera una persona naturalmente incapaz de entender y de querer -- (de menos de 14 años, un loco, un idiota)? Entonces, como la víc--- tima del engaño no puede ser sino un sujeto capaz, hemos de res--- ponder que, con el concurso de los demás requisitos supuestos por la ley, se tendrá hurto o engaño de menores, pero no estafa. Cuan--- do se trata de estafa realizada por medios mecánicos, el sujeto -- pasivo es el perjudicado, pues con esos medios materiales se enga--- fia siempre a alguna persona, o al que suministra o al que consu--- me... El error, en general, obra sobre el estafado, pero también puede influir sobre otra persona distinta, cuando las trampas van dirigidas a ella; en otros términos, uno puede ser el engañado y otro el perjudicado. El sujeto pasivo de la inducción a error es casi siempre una persona determinada, pero puede ser también una cantidad de personas indeterminadas, cuando los engaños obran in--- incertam personam sobre personas desconocidas (avisos en los pe--- riódicos, distribuidores automáticos). A propósito de la estafa -- con medios automáticos o mecánicos, hay diferencias. Existen ins--- trumentos mecánicos empleados para medir, para distribuir cosas, para prestar determinados servicios (contadores de gas, de agua y de energía eléctrica, taxímetros de vehículos, distribuidores de cigarrillos, de chocolates, de billetes de distintas clases, --- etc.). Y estos instrumentos --a causa de mala fabricación, de da--- ño o de otro fraude-- pueden servirles, tanto al proveedor como -- al usuario, para realizar alguna utilidad injusta (como el conta---

dor que señala mayor consumo, el aparato automático que no da la prestación prometida, o, viceversa, uno de esos instrumentos que el usuario hace funcionar mediante la introducción de un disco de metal, en vez de una moneda, o con otro medio fraudulento). En todos estos casos hay estafa, y no hurto, porque el proveedor o el usuario que engañan con artificios y trampas, realizan una utilidad injusta en perjuicio ajeno... Como ya se dijo, en la estafa es necesario distinguir entre el perjudicado y el engañado o burlado. Esta distinción entre el sujeto pasivo del error y del engaño y el sujeto pasivo del daño, tiene, entre otros, valor para los efectos procesales, ya que únicamente el perjudicado puede constituirse parte civil en el proceso. Y el engañado no puede considerarse ofendido por el delito, no es perjudicado, cuando uno es el paciente del fraude y otro el paciente del daño. En caso de ser arrebatada con engaños una bicicleta al que la había tomado en alquiler, el estafado es el ciclista, y el único perjudicado el propietario alquilador. Otras veces pueden ser perjudicados, tanto la persona sobre quien recae directamente el fraude, tanto el propietario de la cosa estafada, como el sustraerle con engaños al acreedor prendario una cosa dada en prenda. El perjuicio no sólo es del propietario, sino también del que ve que se le escapa la garantía real de su crédito. Pero en este último caso no hay estafa, sino sólo un ilícito civil, cuando el autor del hecho es el mismo propietario que —con artificios y engaños— vuelve a entrar en posesión de la cosa empeñada. No es concebible la estafa del propietario, como tampoco lo es el hurto del propietario sobre una cosa propia. En efecto, la estafa es un atentado contra la propiedad ajena, aunque se realice con medios distintos del hurto",¹³

Para Zamora Pierce: "sujeto pasivo u ofendido o paciente del delito es el titular del derecho lesionado o puesto en peligro por el delito. El sujeto engañado debe ser capaz de conocer y de querer, debe ser imputable, un niño de cinco años o un loco no —

pueden ser engañados fraudulentamente. De aquí no debemos concluir que estas personas no pueden ser ofendidas por un fraude, porque es posible engañar a quien los representan (tutor o padre) y, en esta forma, causarles un daño patrimonial fraudulento. Luego el tipo de fraude no exige la presencia de ninguna calidad especial en el sujeto pasivo, cualquiera puede ser víctima del fraude... pudiendo ser sujeto pasivo del fraude tanto una persona física como una persona moral, estamos ante un delito personal o impersonal indistintamente".¹⁴

Y por su parte, Jiménez Huerta dice: "La persona engañada —sujeto pasivo de la conducta— es la que ha de hacer la disposición patrimonial, aunque el perjuicio pueda recaer sobre un tercero —sujeto pasivo del delito—. Y no es necesario que el que en virtud del engaño efectúa la disposición patrimonial, esté jurídicamente facultado para realizarla, pues basta que de hecho esté en condiciones de disponer del patrimonio ajeno. La criada que, en ausencia de su señora, entrega el abrigo de mink que engañosamente le pide, en nombre de ésta, el estafador, no está jurídicamente autorizada para disponer de dicho objeto, pero se halla de hecho en condiciones de efectuar dicha disposición".¹⁵

B) Nuestra teoría.

a) Calidad específica. Sujeto pasivo es toda persona que tiene la posesión de hecho, plena —de una cosa—, respaldada por el respectivo derecho de posesión; y si esta clase de posesión sobre la cosa sólo puede tenerla (según ya se vio al estudiar el bien jurídico) el poseedor derivado, el poseedor a título de propietario y el poseedor con ánimo de convertirse en propietario, entonces diremos: sujeto pasivo, en la hipótesis de fraude que estamos estudiando, es toda persona que tiene posesión de hecho, plena, sobre una cosa, en virtud de tener (calidad específica) el carácter de poseedor derivado o de poseedor a título de propietario o de poseedor con ánimo de convertirse en propietario.

b) Número específico. La hipótesis de fraude que estudiamos no contempla número específico en el renglón del sujeto pasivo; - por ello, puede ser, indistintamente, singular o plural.

5. Objeto material.

A) Teoría tradicional. Los autores han omitido el estudio -- del objeto material en el fraude. Sólo Silvio Ranieri, en unas -- cuantas líneas, dice al respecto: "El objeto material sobre el -- cual se dirige la conducta criminosa, es la persona del sujeto pa-- sivo, en su aspecto psíquico. En efecto, la conducta obra sobre -- las facultades cognoscitivas, sentimentales y volitivas, sea dan-- do lugar a una falsa representación o emoción que induce a error, sea dando paso a un acto de voluntad viciado por ese error".¹⁶

B) Nuestra teoría. Nosotros, en cambio, decimos: el ente cor-- póreo hacia el cual se dirige la actividad engañosa descrita en -- la hipótesis de fraude que estudiamos, está constituido por el -- conjunto de los órganos de que se vale una persona para tener co-- nocimiento de algo, esto es, por los órganos de los sentidos. Más explícitamente: el objeto material es el órgano de la vista y/o -- el órgano del oído y/o el órgano del olfato y/o el órgano del gus-- to y/o el órgano del tacto.

6. Conducta.

A) Contenido.

Los autores, al abordar el tema de la conducta en el fraude, olvidan las relaciones existentes entre las normas penales regula-- doras del fraude y las normas jurídicas reguladoras de la materia contractual propia del derecho civil. Por otra parte, el estudio que hacen de la conducta en el fraude, es sumamente general y, -- además, caótico, pues no distinguen las hipótesis que literalmen-- te señala la descripción típica; tampoco hacen un estudio ordena--

do de las variantes de conducta ni de los elementos que la configuran. Véase lo que dicen —y son meros ejemplos— Ranieri y Jiménez Huerta:

"La conducta en el delito de estafa —dice Ranieri— puede consistir, tanto en acciones como en omisiones, tanto en actos materiales, como en actos con contenido psicológico, con tal que induzcan en error. No obstante, el modo de manifestarse la conducta está indicado taxativamente por la ley, en forma alternativa, y debe consistir en artificios o engaños. Por lo tanto, si el modo de manifestarse es distinto, el delito de estafa quedará descartado".¹⁷

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

fijar una benigna pena".¹⁸

Nosotros pensamos que el análisis comprende, por un lado, la delimitación entre los aspectos penales y los aspectos civiles y, por otro, la distinción metódica de las diversas hipótesis de conducta señaladas en el artículo 386 del Código Penal. Estas hipótesis —vale repetirlo— son cuatro:

- El que engañando a uno se hace ilícitamente de alguna cosa.

- El que engañando a uno alcanza un lucro indebido.

- El que aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa.

- El que aprovechándose del error en que éste se halla alcanza un lucro indebido.

B) El que engañando a uno se hace ilícitamente de alguna cosa.

Esta hipótesis de conducta —única que vamos a estudiar—, considerada en función de su génesis en la vida real, ofrece dos variantes: a) Conducta que se realiza a través de un acto aparentemente contractual, y b) Conducta que se realiza a través de un acto que nada tiene de contractual.

a) En la conducta que se realiza a través de un aparente acto contractual, encontramos las dos fases que presenta todo acto jurídico contractual: aa) Celebración del acto, y ab) Cumplimiento del acto.

aa) La celebración del acto, considerada en función de las normas jurídicas, tanto civiles como penales, puede estar prohibida o no prohibida, lo que da lugar a las siguientes posibilidades:

aaa) La celebración del acto no está prohibida ni civil ni penalmente.

No está prohibida ni civil ni penalmente la celebración —expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, se—

gún lo exija la ley— de un acto (cuyo objeto, motivo o fin son lícitos) en el cual los sujetos (con capacidad legal y psíquica) exteriorizan, con pleno conocimiento y libertad, su efectiva voluntad en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material. En consecuencia, el acto así celebrado será, forzosamente, un acto jurídico, existente y válido.

aab) La celebración del acto está prohibida en lo civil, pero no en lo penal.

Están prohibidos civilmente, pero no en lo penal, los siguientes casos:

aaba) La celebración tácita (cuando la ley exija celebración expresa) o la celebración expresa por lenguaje mímico (cuando la ley exija celebración verbal o por escrito) o la celebración expresa verbal (cuando la ley exija celebración por escrito) o la celebración por escrito privado (cuando la ley exija celebración por escrito público) de un acto (cuyo objeto, motivo o fin son lícitos) en el cual los sujetos (con capacidad legal y psíquica) exteriorizan, con pleno conocimiento y libertad, su efectiva voluntad en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material. El acto así celebrado será, forzosamente, un acto jurídico existente, y nulo por falta de forma.

aabb) La celebración —expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley— de un acto (cuyo objeto, motivo o fin no son lícitos) en el cual los sujetos — (con capacidad legal y psíquica) exteriorizan, con pleno conocimiento y libertad, su efectiva voluntad en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material. El acto así celebrado será, forzosamente, un acto jurídico existente, y nulo por la ilicitud en el objeto, motivo o fin.

aabc) La celebración —expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley— de un acto (cu

yo objeto, motivo o fin son lícitos) en el cual los sujetos (sin capacidad legal) exteriorizan, con pleno conocimiento y libertad, su efectiva voluntad en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material. El acto así celebrado será, forzosamente, un acto jurídico existente, y nulo -- por falta de capacidad legal.

aabd) La celebración --expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley-- de un acto (cuyo objeto, motivo o fin son lícitos) en el cual los sujetos (sin capacidad psíquica) exteriorizan su efectiva pero no libre voluntad (no libre a consecuencia de su incapacidad psíquica) en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material. El acto así celebrado será, forzosamente, -- un acto jurídico existente, y nulo por falta de capacidad psíquica.

aabe) La celebración --expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley-- de un acto (cuyo objeto, motivo o fin son lícitos) en el cual los sujetos (con capacidad legal y psíquica) exteriorizan, sin pleno conocimiento o sin plena libertad, su efectiva voluntad en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material. El acto así celebrado será, forzosamente, un acto jurídico existente, y nulo por los vicios de la voluntad.

aabf) La celebración --expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley-- de un acto (cuyo objeto, motivo o fin son lícitos) en el cual los sujetos (con capacidad legal y psíquica) exteriorizan, con pleno conocimiento y libertad, su efectiva voluntad, pero no en relación a los mismos tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material. En consecuencia, el acto así celebrado será, forzosamente, un acto jurídicamente inexistente por falta de objeto.

aac) La celebración del acto está prohibida en lo penal, pero no en lo civil.

Está prohibida penalmente, pero no en lo civil, la celebración —expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley— de un acto (cuyo objeto, motivo o fin son lícitos) en el cual uno de los sujetos, A (con capacidad legal y psíquica), exterioriza, con pleno conocimiento y libertad, su no efectiva voluntad (no efectiva, y por tanto inexistente, voluntad, porque previamente ha decidido no cumplir lo externamente pactado) en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material; y el otro sujeto, B (con capacidad legal y psíquica), exterioriza, con pleno conocimiento y libertad (respecto de los aspectos civiles), su efectiva voluntad en relación a los tres objetos del acto que externamente asume el primer sujeto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material.

En esta hipótesis no hay acto jurídico (aun cuando tiene toda la apariencia de acto jurídico, existente y válido), y no lo hay por la falta de uno de los elementos de existencia, a saber, el acuerdo de voluntades.

Es cierto que los dos sujetos se manifestaron externamente en relación a los mismos tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material; sin embargo, en lo interno, sólo uno de ellos, B, dirigió su efectiva voluntad a los tres objetos del acto y, por ende, sólo en uno hay concordancia entre la voluntad y la manifestación externa. La voluntad del otro sujeto, A, no va dirigida a los tres objetos del acto; al contrario: de antemano ha decidido no cumplir con el deber que, en lo puramente externo, va a asumir y, por tanto, su voluntad es exactamente opuesta a su manifestación externa.

En lo civil, este inexistente acuerdo de voluntades no está prohibido, y no lo está porque lo inexistente no admite los predicados de licitud o ilicitud. Únicamente los actos jurídicamente existentes pueden ser lícitos o ilícitos y, por tanto, sólo esta clase de actos pueden estar prohibidos por las normas jurídicas civiles. En cambio, en lo penal, está prohibida la conducta del su-

jeto A, ya que tal conducta constituye la actividad dolosa de en-
gañar a que se refiere el artículo 386 del Código Penal.

aad) La celebración del acto está prohibida en lo civil y en lo
penal.

Están prohibidos civil y penalmente los siguientes casos:

aada) La celebración tácita (cuando la ley exija celebra-
ción expresa) o la celebración expresa por lenguaje mímico (cuan-
do la ley exija celebración verbal o por escrito) o la celebra-
ción expresa verbal (cuando la ley exija celebración por escri-
to) o la celebración por escrito privado (cuando la ley exija ce-
lebración por escrito público) de un acto (cuyo objeto, motivo o
fin son lícitos) en el cual uno de los sujetos, A (con capacidad
legal y psíquica), exterioriza, con pleno conocimiento y liber-
tad, su no efectiva voluntad (no efectiva, y por tanto inexisten-
te, voluntad, porque previamente ha decidido no cumplir lo exter-
namente pactado) en relación a los tres objetos del acto: objeto
directo, objeto indirecto y objeto material; y el otro sujeto, B
(con capacidad legal y psíquica), exterioriza, con pleno conoci-
miento y libertad (respecto de los aspectos civiles), su efecti-
va voluntad en relación a los tres objetos del acto que externa-
mente asume el primer sujeto: objeto directo, objeto indirecto y
objeto material.

En esta hipótesis no hay acto jurídico (aun cuando tiene to-
da la apariencia de acto jurídico, existente y nulo; nulo por la
falta de forma), y no lo hay por la falta de uno de los elemen-
tos de existencia, a saber, el acuerdo de voluntades, pues aun-
que es cierto que los dos sujetos se manifestaron externamente -
en relación a los mismos tres objetos del acto, la verdad es que
la voluntad del sujeto A, en lo interno, no va dirigida a los --
tres objetos del acto; al contrario: previamente ha decidido no
cumplir con el deber que, en lo puramente externo, ha asumido y,
por tanto, su voluntad es exactamente opuesta a su manifestación.

externa.

Adviértase que la celebración de un acto como el referido en esta hipótesis, está prohibido civilmente por incumplimiento de la forma, lo que se traduce en una nulidad; sin embargo, resulta ocioso ocuparse de tal incumplimiento en virtud de que, al faltar uno de sus elementos esenciales (el acuerdo de voluntades), ni siquiera existe un acto jurídico. En cambio, penalmente sí está prohibida la conducta de A, quien, al manifestar externamente una voluntad no efectiva, comete la actividad dolosa de engañar a que se refiere el artículo 386 del Código Penal.

aadb) La celebración —expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley— de un acto (cuyo objeto, motivo o fin no son lícitos) en el cual uno de los sujetos, A (con capacidad legal y psíquica), exterioriza, con pleno conocimiento y libertad, su no efectiva voluntad (no efectiva, y por tanto inexistente, voluntad, porque previamente ha decidido no cumplir lo externamente pactado) en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material; y el otro sujeto, B (con capacidad legal y psíquica), exterioriza, con pleno conocimiento y libertad (respecto de los aspectos civiles), su efectiva voluntad en relación a los tres objetos del acto que externamente asume el primer sujeto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material.

En esta hipótesis no hay acto jurídico (aun cuando tiene toda la apariencia de acto jurídico, existente y nulo; nulo por la ilicitud en el objeto, motivo o fin), y no lo hay por la falta de uno de los elementos de existencia, a saber, el acuerdo de voluntades, pues aunque es cierto que los dos sujetos se manifestaron externamente en relación a los mismos tres objetos del acto, la verdad es que la voluntad del sujeto A, en lo interno, no va dirigida a los tres objetos del acto; al contrario: previamente ha decidido no cumplir con el deber que, en lo puramente externo, ha asumido y, por tanto, su voluntad es exactamente opuesta a su ma-

nifestación externa.

Adviértase que la celebración de un acto como el referido en esta hipótesis, está prohibido civilmente por la ilicitud en el objeto, motivo o fin, lo que se traduce en una nulidad; sin embargo, no es pertinente ocuparse de tal incumplimiento ya que al faltar uno de los elementos de existencia (el acuerdo de voluntades), ni siquiera existe un acto jurídico. En cambio, penalmente sí está prohibida la conducta de A, quien, al manifestar externamente una voluntad no efectiva, comete la actividad dolosa de engañar a que se refiere el artículo 386 del Código Penal.

aadc) La celebración —expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley— de un acto (cuyo objeto, motivo o fin son lícitos), en el cual uno de los sujetos, A (con capacidad legal y psíquica), exterioriza, con pleno conocimiento y libertad, su no efectiva voluntad (no efectiva, y por tanto inexistente, voluntad, porque previamente ha decidido no cumplir lo externamente pactado) en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material; y el otro sujeto, B (sin capacidad legal), exterioriza, con pleno conocimiento y libertad (respecto de los aspectos civiles), su efectiva voluntad en relación a los tres objetos del acto que externamente asume el primer sujeto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material.

En esta hipótesis no hay acto jurídico (aun cuando tiene toda la apariencia de acto jurídico, existente y nulo; nulo por la falta de capacidad legal de B), y no lo hay por la falta de uno de los elementos de existencia, a saber, el acuerdo de voluntades, pues aunque es cierto que los dos sujetos se manifestaron externamente en relación a los mismos tres objetos del acto, la verdad es que la voluntad del sujeto A, en lo interno, no va dirigida a los tres objetos del acto; al contrario: previamente ha decidido no cumplir con el deber que, en lo puramente externo, ha asumido y, por tanto, su voluntad es exactamente opuesta a su mani-

festación externa.

Adviértase que un acto como el referido en esta hipótesis, - está prohibido civilmente por falta de capacidad legal de B para contratar, lo que se traduce en una nulidad; sin embargo, resulta por demás ocioso ocuparse de tal incumplimiento en virtud de que, al faltar uno de sus elementos esenciales (el acuerdo de voluntades), ni siquiera existe un acto jurídico. En cambio, penalmente sí está prohibida la conducta de A, quien, al manifestar externamente una voluntad no efectiva, comete la actividad dolosa de engañar a que se refiere el artículo 386 del Código Penal.

aadd) La celebración —expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley— de un acto (cuyo objeto, motivo o fin son lícitos) en el cual uno de los sujetos, A (con capacidad legal y psíquica), exterioriza, con pleno conocimiento y libertad, su no efectiva voluntad (no efectiva, y por tanto inexistente, voluntad, porque previamente ha decidido no cumplir lo externamente pactado) en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material; y el otro sujeto, B (sin capacidad psíquica), exterioriza su efectiva pero no libre voluntad (no libre a consecuencia de su incapacidad psíquica) en relación a los tres objetos del acto que externamente asume el primer sujeto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material. En esta hipótesis no hay acto jurídico (aun cuando tiene toda la apariencia de acto jurídico, existente y nulo; nulo por falta de capacidad psíquica de B), y no lo hay por faltar uno de los elementos de existencia, a saber, el acuerdo de voluntades, pues aunque es cierto que los dos sujetos se manifestaron externamente en relación a los mismos tres objetos del acto, la verdad es que la voluntad del sujeto A, en lo interno, no va dirigida a los tres objetos del acto; al contrario: previamente ha decidido no cumplir con el deber que, en lo puramente externo, ha asumido y, por tanto, su voluntad es exactamente opuesta a su manifestación externa.

Adviértase que la celebración de un acto como el referido en esta hipótesis, está prohibido civilmente por falta de capacidad psíquica de B para contratar, lo que se convierte en una nulidad; sin embargo, resulta ocioso ocuparse de tal requisito de validez ya que al faltar uno de los elementos esenciales (el acuerdo de voluntades), ni siquiera existe un acuerdo de voluntades. En cambio, penalmente sí está prohibida la conducta de A, quien, al manifestar externamente una voluntad no efectiva, comete la actividad dolosa de engañar a que se refiere el artículo 386 del Código Penal.

aade) La celebración —expresa (verbal o por escrito o por lenguaje mímico) o tácita, según lo exija la ley— de un acto (cuyo objeto, motivo o fin son lícitos) en el cual uno de los sujetos, A (con capacidad legal y psíquica), exterioriza, con pleno conocimiento y libertad, su no efectiva voluntad (no efectiva, y por tanto inexistente, voluntad, porque previamente ha decidido no cumplir lo externamente pactado) en relación a los tres objetos del acto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material; y el otro sujeto, B (con capacidad legal y psíquica), exterioriza, sin pleno conocimiento o sin plena libertad (respecto de los aspectos civiles), su efectiva voluntad en relación a los tres objetos del acto que externamente asume el primer sujeto: objeto directo, objeto indirecto y objeto material.

En esta hipótesis no hay acto jurídico (aun cuando tiene toda la apariencia de acto jurídico, existente y nulo; nulo por padecer vicio la voluntad de B), y no lo hay por faltar uno de los elementos de existencia, a saber, el acuerdo de voluntades, pues aunque es cierto que los dos sujetos se manifestaron externamente en relación a los mismos tres objetos del acto, la verdad es que la voluntad del sujeto A, en lo interno, no va dirigida a los tres objetos del acto; al contrario: previamente ha decidido no cumplir con el deber que, en lo puramente externo, ha asumido y, por tanto, su voluntad es exactamente opuesta a su manifestación externa.

Por otra parte, adviértase que la celebración de un acto como el referido en esta hipótesis, está prohibido civilmente por estar viciada la voluntad de B al contratar, lo que se traduce en una nulidad; sin embargo, será por demás ocuparse de los vicios que pudieran afectar la voluntad de alguno de los sujetos, ya que al faltar uno de los elementos de existencia (el acuerdo de voluntades), ni siquiera existe un acto jurídico. En cambio, penalmente sí está prohibida la conducta de A, quien, al manifestar externamente una voluntad no efectiva, comete la actividad dolosa de engañar a que se refiere el artículo 386 del Código Penal.

En resumen: el análisis anterior evidencia, en relación al acuerdo de voluntades, dos clases de actos: a) Actos en los que hay acuerdo de voluntades, porque ambas partes manifestaron su efectiva voluntad en torno a un objeto (directo, indirecto y material), y b) Actos en los que no existe el acuerdo de voluntades, porque una de las partes, con pleno conocimiento y libertad, exteriorizó su no efectiva voluntad en relación a los tres objetos: directo, indirecto y material.

En la primera clase tenemos un acto jurídico existente, que puede ser válido o nulo. En el segundo, sólo hay la apariencia de un acto jurídico.

En la primera clase (acto jurídico existente), ambas partes tienen la voluntad efectiva de cumplir con lo pactado. En la segunda, uno de los sujetos ha decidido no cumplir con lo que externamente va a pactar en relación a un objeto (directo, indirecto y material) y, por lo mismo, esta exteriorización de su no efectiva voluntad constituye un engaño que, al impedir el acuerdo de voluntades, da lugar a la inexistencia jurídica del acto.

Por otra parte, el análisis evidencia, también, que el engaño generador de inexistencia es completamente distinto del engaño que produce la simple nulidad del acto existente. Esta distinción, en materia de engaño, nos permite afirmar que el engaño generador de inexistencia viene a ser, al mismo tiempo, engaño típico de --

fraude. En otras palabras: en la hipótesis en que sí hay acuerdo de voluntades (acto jurídico existente, que puede ser válido o nulo) nunca surge el fraude, ya que voluntad efectiva de cumplir lo pactado y engaño típico de fraude son recíprocamente excluyentes.

Hasta aquí hemos visto la correspondencia entre la conducta: "el que engañando a uno se hace ilícitamente de alguna cosa", propia del fraude, y el acto aparentemente contractual, propio del derecho civil. Más exactamente: hemos visto la correspondencia -- del "engaño" perteneciente al fraude con la mera "celebración" de un aparente acto contractual.

ab) La segunda fase del acto contractual: cumplimiento del acto, se analizará en el renglón del resultado material, elemento con el cual guarda correspondencia este cumplimiento del acto.

b) La conducta que se realiza a través de un acto que nada tiene de contractual, puesto que es ajena a las normas civiles reguladoras del acto jurídico, se estudiará, exclusivamente, en el renglón de la actividad de engañar constitutiva del fraude.

Viene ahora el análisis de la acción de "engañar" perteneciente a la primera hipótesis de conducta fraudulenta. Previamente, es necesario anotar que la primera hipótesis de conducta: "el que engañando a uno se hace ilícitamente de alguna cosa", incluye tres variantes de comisión: dolosa consumada, culposa consumada y tentativa. Y la conducta dolosa consumada tiene tres elementos: voluntad dolosa, actividad y resultado material (por tanto, nexos causal).

C) Acción dolosa consumada.

a) El dolo.

aa) Teoría tradicional. Los autores tradicionales, en su mayoría, no definen el dolo en el fraude ni lo estudian dentro de la conducta. Entre los que sí lo abordan, podemos mencionar a Silvio Ranieri y Jesús Zamora Pierce. Ranieri, dice: "El elemento --

psicológico del delito de estafa consiste en la voluntad de cometer el hecho con la intención de inducir a alguno en error, mediante artificios o engaños, con el fin de obtener para sí mismo o para otro un provecho que sabe que es injusto y perjudicial para otro. Se trata, por lo tanto, de un delito doloso, pero el dolo se excluye si el agente no sabe que realiza un engaño y no tiene la intención de inducir en error u obra por imprudencia, etc., o no tiene el fin de conseguir para sí mismo o para otro un provecho injusto. También se descarta el dolo si la intención del agente consiste en obtener un provecho que considera justo, por estar fundado sobre una pretensión que se estima conforme a derecho. En cambio, son diferentes los motivos particulares que pueden haber impulsado al sujeto a obrar, salvo los eventuales atenuantes que pueden presentarse en virtud de la naturaleza del motivo".¹⁹

Zamora Pierce señala: "La culpabilidad, concepto genérico, - tiene como especies al dolo, consistente en la representación y - voluntariedad de un resultado ilícito, y a la culpa, que estriba en la ausencia de voluntariedad del resultado, el cual no obstante, se produce por un estado imprudencial, irreflexivo, sin cuidado o negligente. Algunos autores dan jerarquía de especie de la culpabilidad a la preterintención, o producción de un resultado mayor que el querido. El fraude es un delito eminentemente intencional y premeditado. Los medios violentos, la comisión obvia de delitos como el robo, dejan lugar a los recursos intelectuales, a la astucia, a la premeditación. Semejante delito sólo puede manifestarse bajo una de las formas de la culpabilidad: el dolo. Nada más ajeno al estafador que la falta de atención, la imprudencia o la irreflexión de los delitos culposos... El dolo se estructura - por la representación o previsión del hecho constitutivo del delito, la voluntad dirigida a la consecución del hecho y, para algunos autores, la conciencia de la antijuridicidad del mismo... En ningún delito la actividad dolosa, la mala fe del sujeto activo, son semejantes a las del fraude; el dolo envuelve completamente la

actividad del estafador y, al mismo tiempo que le procura el lucro codiciado, deja tras él la pista imborrable que ha de conducirlo a presidio. Pero no basta, en el fraude, la presencia del dolo genérico. El derecho exige un fin determinado, una meta precisa, un dolo específico en la voluntad del estafador que es el ánimo de lucro... Si se produce un perjuicio patrimonial, por medio del engaño, pero no está presidido por el ánimo de lucro, sino por el ánimo de daño, no se configura el fraude; tal sería el caso si A induce a B a vender acciones en la Bolsa, a un precio vil, por medio de engaño acerca de la situación financiera",²⁰

ab) Nuestra teoría. Nosotros, en cambio, decimos: la hipótesis de fraude que analizamos admite el dolo directo y el dolo eventual.

El dolo directo consiste en querer hacerse ilícitamente de alguna cosa por medio del engaño. El dolo eventual consiste en aceptar hacerse ilícitamente de alguna cosa por medio del engaño.

La voluntad dolosa implica que se debe conocer y querer, o conocer y aceptar, la concreción de:

- El bien jurídico: la posesión de hecho, plena, respaldada por el respectivo derecho de posesión.

- La autoría: relación entre el sujeto y su actividad, que permite individualizarlo como autor material de dicha actividad.

- El sujeto pasivo: titular del bien jurídico que tiene, además, el carácter de poseedor derivado o poseedor a título de propietario o poseedor con ánimo de convertirse en propietario.

- El objeto material: los órganos de los sentidos.

- La actividad de engañar a alguien.

- El resultado material: hacerse ilícitamente de alguna cosa.

- La lesión del bien jurídico: compresión de la posesión de hecho, plena, respaldada por el respectivo derecho de posesión.

b) La actividad.

ba) Teoría tradicional. Con relación a la actividad, Francisco Carrara, de acuerdo con su legislación ha dicho: "Algunos autores observan que los artificios delictuosos que constituyen el estelionato, pueden consistir en simular o disimular, y que la simulación puede ser personal o real. Es personal cuando uno se finge rico, o titulado, o toma un nombre distinto del verdadero, o finge que ejerce una profesión, o que ha sufrido una desgracia, o -- que está provisto de un mandato, o cuando de otra manera se atribuye alguna cualidad individual que no tiene, con el fin de inducir a otro a que le entregue algo que se ambiciona. Es real cuando la ficción recae sobre alguna cosa o sobre alguna de sus cualidades, como cuando se vende cobre por oro, o una cosa ajena como si fuera propia. También observan que el disimulo puede ser personal o real. Es personal cuando artificiosamente se ocultan ciertas condiciones propias, como el estado de interdición, o la condición de cónyuge, o la habilidad para un juego, siempre con el fin de obtener la confianza ajena, y en virtud de ésta, la concesión de alguna cosa a la que no se habría condescendido, si se huiera tenido conocimiento de esas cualidades maliciosamente ocultas por la persona con quien se trataba. Es real el disimulo -- cuando se callan maliciosamente ciertas cualidades de la cosa que es el objeto de un contrato, como la enfiteusis de un predio o -- las hipotecas que la gravan, el ser robada la cosa que se vende, o la extinción del crédito cedido. Pero todos estos estudios giran siempre en círculo de ejemplos que no conducen al conocimiento exacto del criterio esencial de este delito, ni a resolver las graves dificultades que presenta en los casos prácticos".²¹

También al respecto, Giuseppe Maggiore ha escrito: "La acción constitutiva de este delito supone: 1) Inducción a error, mediante artificios o engaños. El 'artificio' y el 'engaño' reflejan la maquinación del derecho romano, empleada para engañar, embaucar y defraudar a alguno (machinatio ad circumveniendum, deci-

piendum, fallendum alterum adhibita). En el fondo expresan la misma cosa: el engaño, figurado con distinta gradación de intensidad. 'Artificio' es toda estudiada y astuta transfiguración de la verdad. Y esta puede desfigurarse, o simulando lo que no es (por ejemplo, riqueza, nombre falso, títulos, cualidades, una enfermedad que no se tiene, etc.), o disimulando, es decir, escondiendo lo que es (como el propio estado de insolvencia, de persona casada o inhábil, o estropeando un contador para que no marque el consumo, etc.). También el artificio tiene grados, es decir, va desde la llamada disposición del escenario (MISE EN SCENE), en que Carrara, basándose en la jurisprudencia francesa, hacía consistir la esencia de la estafa, hasta la mentira, hasta el silencio. En efecto, no siempre es necesario el escenario para que haya estafa; puede bastar otro artificio, cuando consigue el efecto de inducir a error; y por lo tanto, también la mentira, y en ciertos casos hasta el silencio, cuando no sólo por la ley, sino por costumbre, y según la normalidad de las relaciones sociales, había obligación de hablar y de decir la verdad (lo que los alemanes llaman RETRUG-SCHWEIGEN, estafa mediante silencio). En general podemos decir que el artificio consiste en palabras y actos, que puede ser explícito e implícito, que puede traducirse en acciones y en omisiones, como entrar a un restaurante y hacerse servir sin pagar (lo que hoy da lugar a la figura específica de insolvencia fraudulenta, artículo 641), o viajar en tren o en tranvía sin haber pagado el billete".²²

Y Silvio Ranieri dice: "La conducta en el delito de estafa puede consistir, tanto en acciones como en omisiones, tanto en actos materiales, como en actos con contenido psicológico, con tal que induzcan en error. No obstante, el modo de manifestarse la conducta está indicado taxativamente por la ley, en forma alternativa, y debe consistir en artificios o engaños. Por lo tanto, si el modo de manifestarse es distinto, el delito de estafa quedará descartado. Artificio es toda simulación o disimulación que, ----

creando una falsa apariencia material, altera la conciencia del - sujeto pasivo y lo induce en error; por ejemplo, simular riqueza o que se ejerce una profesión; asumir un nombre falso para pedir dinero; administrar una medicina a un animal, para ocultar sus vi cios en la venta; emitir un cheque sin fondos con actividad arti ficiosa anterior a la prestación, etc. Engaño es toda conducta -- que, obrando en la esfera intelectual o sentimental de la sique - del sujeto pasivo, con la falsa apariencia que suscita, crea moti vos erróneos que determinan la voluntad y la conducta; por ejem-- plo, suscitando esperanzas o temores infundados; ocasionando ilu siones, etc., como en el caso de simulación de afecto para conse guir un provecho, en la mentira atrayente, en el silencio observa do para engañar, etc. Sin embargo, como no sólo los artificios si no también los engaños deben inducir en error, para que haya esta fa es indispensable que sean idóneos, de modo que el error del su jeto pasivo sea su consecuencia. La jurisprudencia, una parte de la doctrina, basándose en la consideración de que el código vigen te, a diferencia del abrogado, no repitió que los artificios o -- los engaños deben ser 'aptos para engañar o sorprender la buena - fe ajena', sostiene que para nuestro código no se requiere ya -- comprobar la idoneidad de los actos, sino en la hipótesis de la - tentativa, puesto que en la estafa consumada la idoneidad queda - demostrada con el hecho de haberse verificado el resultado. Pero como en los diferentes casos se debe determinar si el error del - sujeto pasivo fue consecuencia de la conducta del agente, la in-- vestigación sobre la idoneidad de la conducta en el caso concreto es imprescindible. Y debe establecerse teniendo en cuenta la si-- tuación de hecho en que ha actuado el agente y en que la conducta se ha desarrollado, y, por lo mismo, las cualidades y condiciones de la víctima y sus relaciones con el culpable. En cambio, el --- nexa causal entre los artificios o los engaños empleados y el --- error del sujeto pasivo debe deducirse de acuerdo con los princi pios que rigen la relación causal en el campo del derecho penal.

Por lo tanto, como la falta de diligencia, o la culpa en general del sujeto pasivo no excluye la estafa, así tampoco la excluye la ilicitud de la prestación prometida. Por lo demás, si el sujeto pasivo cae en error por una causa distinta de los artificios o engaños del culpable, el delito de estafa necesariamente tendrá que ser descartado, por ejemplo, no constituye estafa la emisión de un cheque sin fondos cuando fallan los artificios o engaños. Si el medio empleado para inducir en error constituye por sí mismo delito, se tendrá concurso de delitos; por ejemplo entre falsedad y estafa, etc."²³

Ahora, refiriéndose a la reglamentación en México, Esteban Righi ha dicho: "Queda aceptado pues que a los fines de adecuar la conducta al tipo del artículo 386 no hace falta que el autor haya desplegado actividad alguna, siendo suficiente que haya engañado de palabra a la víctima. Pero la pregunta que surge de inmediato es si cualquier mentira, autoriza a considerar realizado el tipo del artículo 386. Si por ejemplo una persona pide a otra una suma de dinero en préstamo, y promete que se la devolverá al día siguiente, sabiendo que no podrá cumplir; y efectivamente el préstamo se realiza y el dinero no se reintegra en el plazo prometido, ¿tal acción es un fraude? Es cierto que el autor mintió, pero también lo es que el destinatario de la mentira no tuvo una falsa representación de la situación. Ciertamente es que creyó que el dinero le sería reintegrado, pero no lo es menos que sabía que el autor podría no cumplir su promesa. Quizás sea factible entonces establecer una distinción entre la acción de un sujeto que promete algo que simplemente no está dispuesto a cumplir, lo que podríamos afirmar que no es típico; y la acción del sujeto que presenta hechos falsos a la víctima, y la engaña en el sentido de hacerle tener una falsa representación de los mismos. Si tal distinción es aceptada —recordemos que Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas aluden a la falsa representación— reservaríamos el concepto de engaño para los casos en los cuales existe una falsa representa--

ción por parte del autor, lo que determina una falsa creencia en la víctima. En consecuencia, si bien es cierto que no se debe exigir que el autor realice acciones materiales, siendo suficientes las mentiras verbales; hace falta algo más que una simple mentira. Hace falta que el autor desarrolle frente a la víctima una -- falsa representación de los hechos".²⁴

Francisco González de la Vega señala: "Por engañar a una persona debe entenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo -- de la infracción; el engaño --mutación o alteración de la ver--- dad-- supone la realización de cierta actividad más o menos externa en el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva".²⁵

Y Mariano Jiménez Huerta, quien más líneas le ha dedicado al tema, escribe: "La segunda, en gravedad, forma que puede asumir -- la conducta ejecutiva del delito de fraude es, como expresa el párrafo primero del artículo 386, '...engañando a uno...'. Proyéctase esta frase sobre todo comportamiento positivo en el que se falsea la verdad en lo que se hace, dice o promete, y que encierra -- una concreta y adecuada potencialidad psico-causal para sumergir a otro en un error y despertarle una creencia ilusoria. Su contenido conceptual abarca no sólo la puesta en marcha de un medio -- idóneo para poner ante el entendimiento del sujeto pasivo una notoria desvirtuación de la verdad sino también la 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. Y consiguientemente, tanto los casos en que el error nace íntegramente a consecuencia de la conducta, como aquellos otros en que el agente refuerza y aviva el error ya surgido y activamente impide que en la mente del -- errante se haga la luz. En uno y otro caso el comportamiento del sujeto activo produce o refuerza el error y, desde el punto de --

vista causal, ambos antecedentes devienen idóneos para calificar la conducta de engañosa, aunque, como es lógico, revistan diversa intensidad desde la atalaya valorativa. Se actúa 'engañando' siempre que se engendra o refuerza en el sujeto pasivo del engaño un convencimiento o sentimiento erróneo que ilusoriamente le determina a la disposición patrimonial. La expresión 'engañando' ha de ser, pues, entendida como influjo que obra ilusoriamente sobre la inteligencia o sobre el sentimiento del sujeto pasivo. Sería también empresa que superaría las posibilidades humanas, reseñar o describir las innumerables formas en que el engaño puede manifestarse en la vida real... La más corpórea forma 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. Entran aquí las entregas de cobre por oro, de cuentas de vidrio por piedras preciosas, de mercancías faltas de peso o medida o de clase o calidad inferior a la estipulada, de cuadros u objetos artísticos o históricos imitados en vez de legítimos; las ventas o arrendamientos de cosas —de que no se puede disponer o la constitución de cualquier gravamen sobre dichas cosas; las enajenaciones, como libres, de cosas propias, gravadas, etc. El engaño en estos casos 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 esta última ocasión... — Además de los engaños que se plasman en actos corpóreos —enajenaciones sin derecho, títulos de crédito contra personas supuestas o que no han de pagarlos, cosas fabricadas o construidas con materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida, etc.—, 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".²⁶

bb) Nuestra teoría. El engaño a que se refiere el artículo - 386 con la expresión: "el que engañando a uno se hace ilícitamente de alguna cosa", comprende dos problemas distintos: uno, la actividad de engañar puesta en juego por el sujeto activo; dos, el efecto de esa actividad de engañar, esto es, el error que surge - en el sujeto pasivo como consecuencia de la actividad de engañar. El primero es un problema que da contenido a la actividad; el segundo, cae dentro del marco del resultado material.

De los dos problemas, el que ahora nos interesa es el primero, o sea el engaño considerado como actividad.

La actividad de engañar (elemento externo de la acción de engañar), considerada en función de su génesis en la vida real, --- ofrece dos variantes: bba) actividad que se realiza a través de - un aparente acto contractual, y bbb) actividad que se realiza a - través de un acto que nada tiene de contractual.

bba) La actividad que se realiza a través de un aparente acto contractual, consiste en movimientos corporales idóneos para - hacer creer al sujeto pasivo que realmente se va a cumplir con lo externamente manifestado, esto es, para hacer creer al sujeto pasivo que se está contrayendo un deber y que realmente se va a cum plir con ese (supuesto) deber contraído (objeto directo del con---trato que aparentemente se celebra) de dar o de hacer o de no ha- cer, esto es, que realmente se va a realizar la conducta (objeto indirecto del contrato que aparentemente se celebra) de dar o de hacer o de no hacer, y que, al no ser interferidos (los movimien- tos corporales) en su realización o en su curso causal por ningún factor con eficacia opuesta, efectivamente hacen surgir en el pa- sivo la creencia errónea de que el sujeto activo va a cumplir el (supuesto) deber contraído.

En otras palabras: el activo hace creer al pasivo que, a cam bio de la prestación que este último va a proporcionar, aquél va a cumplir con la contraprestación correspondiente. Ejemplo: Anto- nio, al celebrar un contrato de compraventa con Carlos, en el ---

cual Antonio figura como comprador de una tonelada de maíz, cuyo precio es de \$4,500.00, plantea los hechos de tal manera que, habiendo decidido previamente no pagar el precio, hace surgir en -- Carlos la creencia errónea de que éste recibirá el precio en los términos del contrato.

bbb) La actividad que se realiza en un acto que nada tiene -- de contractual consiste en movimientos corporales del sujeto activo, idóneos para hacer creer a una persona que aquél está facultado para que éste le entregue una determinada cosa a fin de que -- aquél cumpla con una obligación que (supuestamente) adquirió frente a la persona que (supuestamente) lo facultó, y que, al no ser interferidos (los movimientos corporales) en su realización o en su curso causal por ningún factor con eficacia opuesta, efectivamente hacen surgir en el pasivo la creencia errónea de que el sujeto activo va a cumplir con una obligación que adquirió.

En esta hipótesis, el sujeto activo no ha celebrado previa---mente ningún acto jurídico que le otorgue derecho alguno sobre la cosa y, por tanto, no tiene derecho a que le entreguen la cosa, y tampoco va a adquirir el derecho mediante un acto jurídico futu---ro; por otra parte, no está realizando ningún acto jurídico con -- el sujeto pasivo de su engaño ni va a proporcionar contrapresta---ción alguna a cambio de la cosa. Es una simple actividad de engañar con el fin de que le entreguen la cosa.

Ejemplo: en el domicilio del médico Ortiz se presenta una señorita con el atuendo de enfermera, y hace saber al personal de -- servicio que dicho médico la envió para que le entreguen un estuche que contiene instrumental quirúrgico, pues el médico se ha---lla en el hospital y le urge ese equipo. Esa actividad de la señorita vestida de blanco es tan convincente que logra que le entreguen la cosa. Se trata de un fraude en el que no hay acto contrac---tual.

c) El resultado material.

ca) Teoría tradicional. "El error. La figura de la estafa --opina Sebastián Soler-- es subjetivamente compleja, porque no solamente requiere un elemento psíquico subjetivo insito en el ardid (supra IV) sino, además, un elemento psíquico objetivo, consistente en el error del cual es víctima una persona dotada del poder de tomar una disposición patrimonial viciada. Sin error, no hay estafa, así como no la hay sin ardid, aún cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido. El que mediante una moneda falsa u otro medio ingenioso logra sacar de un aparato automático de venta, el artículo que éste contiene, no comete estafa, sino hurto, porque aún cuando existe maniobra no existe ninguna mente errada. En cambio, cuando un contrato de suministro se rige por las cifras de un medidor o contador, las maniobras que se hagan sobre éste tienen por objeto determinar un error en la factura, sobre la base de falsas cifras del medidor. Esto vale --tanto para los medidores de electricidad como para los taxímetros y otros aparatos similares. La situación es análoga a la del artículo 174, 3o., salvo las razones de agravación de éste. Dentro --del proceso sucesivo de los hechos que integran una estafa, la situación del error podría decirse que es central. Debe ocupar un lugar intermedio entre el ardid y la disposición patrimonial, y con ambas ha de mantener una estrecha relación de razón suficiente. El ardid debe haber determinado el error y éste, a su vez, debe haber determinado la prestación. Si no existe esa perfecta consecutividad, tampoco hay estafa. Por ejemplo, si un sujeto, mediante ardid, logra distraer al empleado de ventanilla y de este modo logra apoderarse del dinero, hay hurto y no estafa, porque aún cuando hay ardid y error, el error no es determinante de la prestación. La cadena causal se halla interrumpida".²⁷

Maggiore dice: "El efecto de los artificios y engaños usados por el culpable debe ser inducir a error al paciente. Efecto de la inducción tiene que ser el provecho obtenido por el culpable --

en utilidad propia o de otros. Pero no basta el provecho (sobre cuyo concepto puede verse el artículo 624); es preciso que sea injusto. 'Injusto' significa sine jure sin derecho, es decir, que el agente no tiene ningún derecho a la prestación o a su equivalente. No hay estafa cuando la consecución del provecho es justa (como en el caso del acreedor que con artificios y trampas induce al deudor a que le entregue cuanto éste le debe o un valor equivalente). Y también queda excluida la estafa cuando la legitimidad del provecho es, no sólo real, sino supuesta (legitimidad putativa) por falta de dolo. Mas no basta el provecho injusto del agente; la ley también requiere el daño del paciente ('ajeno'), ya que la estafa es delito de daño y no de mero peligro".²⁸

Ranieri escribe: "El resultado en el delito de estafa, desde un punto de vista inmediato, es el error en que el culpable induce o mantiene al sujeto pasivo, por la alteración de su esfera -- cognoscitiva o sentimental, originada en la conducta criminosa, -- que crea una representación con juicio falso o con desviación de la verdad. Y desde un punto de vista mediato, el resultado es el provecho ilícito, con daño ajeno, que consuma el delito y que le sigue al error del sujeto pasivo que ha consentido con voluntad viciada. De ello se sigue que en el delito de estafa el consentimiento del sujeto pasivo debe estar precedido de la inducción en error por obra del agente y ser anterior al provecho que el culpable obtiene, y también a la verificación del daño. Por lo tanto, si el consentimiento del sujeto pasivo no es ocasionado por la inducción en error, que precisamente lo vicia, dando causa al provecho del culpable y al daño para otro, deberá descartarse la existencia del delito de estafa, con tal que no se trate de inducción en error posterior, sino realizado para asegurar el provecho ilícito, que perfecciona una inducción en error anterior aunque sea implícita. Si los resultados del provecho injusto con daño ajeno son varios y dependen de un designio criminoso, la estafa será -- continuada. Por provecho injusto debe entenderse cualquier ventaja, así sea no patrimonial, que el sujeto con su conducta obtiene

para sí mismo o para otro, sin tener título legítimo para ello. - Daño ajeno, en cambio, es el perjuicio patrimonial para otro, jurídicamente apreciable, correlativo al provecho injusto, y que -- existe, no ya por la opinión del engañado, sino por una aprecia-- ción objetiva, efectuada teniendo en cuenta las circunstancias -- del hecho y del derecho ofendido".²⁹

Mezger señala: "Error. La acción engañosa debe hacer surgir o mantener un error en la persona engañada. 1. Error es una idea falsa acerca de un hecho. Una falsa apreciación de hechos no es, tampoco aquí, un error en el sentido exigido por la ley en esta -- correlación. Pero es posible, también aquí, como antes, que una -- falsa apreciación encierre implícitamente una idea falsa sobre he-- chos: por ejemplo, creer erróneamente que se posee un instrumento de gran categoría. Una idea puede convertirse en una idea "falsa" por la circunstancia de que contiene lagunas en un punto decisi-- vo... 2. El autor debe haber hecho surgir o haber mantenido el -- error del engañado. La acción engañosa debe haber ocasionado el -- error, aunque no sea necesario que (de acuerdo con la teoría gene-- ral de la causalidad) haya sido la causa inicial del error. Una -- persona se mantiene en un error si el autor actúa en forma tal -- que el error que ya existe en ella se fortalece o impide que lo -- abandone. En consecuencia, también en este caso, es una acción po-- sitiva la que determina la continuación del error: el caso, por -- ejemplo, de que el guardatrén le pregunte al pasajero si ha paga-- do, y éste conteste en forma contraria a la verdad, afirmativamen-- te. Mantener un error no consiste, desde un principio, en dejar -- simplemente que el error siga subsistiendo, una simple omisión; -- ésta sólo se toma en cuenta, también aquí, dentro de los demás -- presupuestos, esto es, si existe un deber jurídico especial. No -- se da de autemano, típicamente, por el 263... Disposición del pa-- trimonio. La consecuencia que ocasiona en la estafa el engaño y -- el error, es la disposición del patrimonio del engañado. Esta es la característica tácita de la estafa, la cual es, sin embargo, -- necesaria, por cuanto sólo una tal disposición puede establecer --

la conexión causal entre el suceso anímico del error y el suceso externo del perjuicio patrimonial (así se expresa acertadamente, el Tribunal del Reich en la sentencia 64, 228). Por disposición del patrimonio se entiende, en la presente correlación, un hacer, sufrir y omitir que conduce a una disminución del patrimonio en sentido económico. Es suficiente disponer de la posesión. No es necesario que exista una disposición en el sentido del derecho civil de un negocio jurídico o de una declaración de voluntad, siendo suficiente por parte del engañado, una acción, etc., que ocasione la consecuencia jurídica mencionada. Basta una simple actuación de hecho sobre las relaciones patrimoniales, por ejemplo, la realización de asientos en los libros de comercio. De ahí que no sea necesario que la persona que pone a disposición tenga capacidad jurídica. Puede incluirse aquí también una simple omisión, si ocasiona tales efectos, por ejemplo, la no reclamación de un crédito. Ciertas limitaciones referentes a disposiciones patrimoniales especiales se deducen de lo que expondremos. La disposición puede ser consciente o inconsciente... La amplitud del concepto de disposición del patrimonio, al que nos hemos referido anteriormente, experimenta una cierta limitación dado que esta disposición debe producir el daño patrimonial directamente. Sólo así adquiere la estafa su suficiente consolidación interna en el sentido de un hecho punible contra el tráfico patrimonial. Si la conducta de la persona engañada crea únicamente condiciones externas más favorables en virtud de las cuales la persona que engaña puede emprender acciones que perjudican al patrimonio, falta la correlación interna de las distintas características que la estafa exige. Este punto de vista ha sido puesto de relieve muy especialmente por FRANK. 'En el caso de que el propietario de una casa resuelve dejar entrar a un extraño que simula querer verificar el medidor de gas y que, en cambio, hurta de ella, no comete ese extraño una estafa, sino un hurto'... Puede realizarse también una disposición del patrimonio ajeno. No es necesario que exista identidad entre

la persona engañada y la perjudicada. Este principio se ha impuesto definitivamente tanto en la práctica como en la doctrina y puede considerarse ya como un elemento esencial del concepto de estafa. Es necesario, en consecuencia, que el engañado (que está en un error) y el que dispone, sean la misma persona; no se exige este requisito en cuanto al engañado (que dispone) y el perjudicado. La presentación, por parte de una persona no autorizada, de una libreta de caja de ahorros ajena, fundamenta, por lo tanto, la estafa, tanto si el cajero que efectúa el pago perjudica a la caja de ahorros como el propietario de la libreta... Daño patrimonial. Mediante la disposición del patrimonio del engañado debe resultar perjudicado su propio patrimonio o un patrimonio ajeno. El daño patrimonial debe ser la consecuencia de la disposición del patrimonio... Sobre esta base, la estafa exige un perjuicio patrimonial. El 'perjuicio patrimonial' es, lógicamente, la disminución del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona, lo cual puede producirse tanto mediante una disminución del activo como mediante un aumento del pasivo. Esto puede decirse más brevemente de la siguiente manera: el perjuicio patrimonial es la disminución económica del patrimonio en conjunto. De lo dicho hasta ahora se deduce que no sólo pertenecen a éstas cosas y derechos. El perjuicio patrimonial debe ser la consecuencia de la disposición del patrimonio".³⁰

En México, Jiménez Huerta dice al respecto: "El 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... Acto de disposición. El delito de estafa se individualiza y distingue de los demás delitos contra el patrimonio por el hecho de que el sujeto pasivo del engaño hace voluntaria entrega al estafador de la cosa objeto del delito. El párrafo primero del artículo 386 alude implícitamente a esta realidad, con la frase '...se hace ilícitamente de alguna cosa...'; y en el último, de una manera explícita y que no deja margen a la duda, se expresa: 'Cuando el sujeto pasivo del -

delito entrega la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado...'. Si la consecuencia fáctica que produce la conducta fraudulenta del sujeto activo es la disposición patrimonial que efectúa el sujeto pasivo del engaño, dicha conducta engañosa ha de proyectarse sobre un individuo con la capacidad psicológica suficiente para que las maquinaciones, artificios o engaños puedan mover su voluntad y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial debido a la impresión ilusoria que produjeron en su entendimiento. Cuando el sujeto pasivo de la conducta está de hecho totalmente desprovisto por cualquier causa de la facultad de entender y de querer, el delito de fraude no puede existir por faltar las insoslayables bases psíquicas para que pueda afirmarse que hubo una disposición patrimonial. Esta facultad ha de entenderse en sentido natural y concurrir en el instante en que se desplegó el engaño. Si por cualquier causa permanente —infancia, esquizofrenia u oligofrenia— o transitoria —embriaguez, fiebre o abuso de enervantes— el sujeto pasivo de la conducta se hallare en un estado de incapacidad natural en que fuere imposible hacerle víctima de engaño o error, no existiría el delito de fraude aún en el caso en que mecánicamente e inconscientemente entrega se la cosa al agente y éste la recibiera de las propias manos de aquél. Dicha entrega constituiría la base fáctica del 'apoderamiento' típico del robo. Nada impide que el engaño se proyecte sobre un número indeterminado de personas o sobre el público en general, pues su genérica proyección se individualiza eficientemente en estos casos en virtud del acto de disposición patrimonial de una o varias de las personas receptoras. Precisamente la indeterminada proyección personal del engaño pone de manifiesto su intrínseca potencialidad. Piénsese en los anuncios engañosos que se publican en las secciones económicas de los periódicos; y como revelador y pintoresco, aquel en que se ofrece enseñar a quien envía cincuenta pesos la forma infalible de ganar diariamente esa misma cantidad, y a quien la remite se le contesta: 'Haga lo que

yo; todos los días cae un primo como usted'. Clásicos ejemplos de estas conductas engañosas son los productos ofrecidos en venta al público para lograr el nacimiento del pelo, la curación del cáncer, el endurecimiento de los senos o la recuperación del vigor sexual, así como también las mercancías presentadas publicitariamente como de cualidades y precios superiores a aquellas otras de idénticas clases e inferiores precios existentes en el mercado. - El acto dispositivo que es indispensable para la existencia del delito de fraude consiste en aquella resolución de la voluntad -- que determina al sujeto pasivo de la conducta a hacer o no hacer, y puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio, o séase, no sólo sobre dinero, bienes muebles e inmuebles y derechos de -- cualquier clase, sino incluso también sobre meras expectativas de hecho. Puede traducirse en servicios personales, esto es, en prestaciones de obra, de hospitalidad o de beneficencia, que impliquen una disminución patrimonial, como, por ejemplo, acontece en el caso de que simulando ser pariente del engañado, llega a hacerse curar, asistir, mantener, etc. Y está fuera de duda que la disposición patrimonial puede revestir carácter omisivo como acontece cuando ante la presentación de un pase falso el sujeto pasivo del engaño se abstiene de cobrar el precio de entrada de un espectáculo o el de locomoción en un servicio de transporte o cuando el acreedor es persuadido, con maniobras engañosas, a no exigir el cumplimiento de su crédito, para de esta manera lograr que opere el término de la prescripción. La disposición patrimonial puede ser hecha inadvertidamente, pues con frecuencia el engaño de que se vale el estafador, consiste en ocultar la realidad y de esta forma obtener una disposición patrimonial que el engañado no hubiere hecho si hubiere conocido la verdad ocultada. Piénsese en el caso del que sin darse cuenta firma una cesión de derechos que le es presentada engañosamente entre las formas o esqueletos que se emplean para solicitar un préstamo, suscribir una operación de compra de valores o pedir el ingreso en un club o asociación. Y a la inversa, tampoco obsta la existencia del delito en examen, la

circunstancia de que el que efectúa la disposición patrimonial — tenga conocimiento pleno de que disminuye su patrimonio, habida — cuenta de que dicha disposición patrimonial está originada por la conducta engañosa".³¹

cb) Nuestra teoría. La actividad de engañar genera una se— cuencia de resultados, necesarios para producir la lesión del — bien.

Un primer efecto de la actividad de engañar, es el error en que cae la persona que sufre el engaño. Este error, cuando deriva de una actividad de engañar ejecutada a través de un acto que tie ne la apariencia de contractual, consiste en la creencia (del que sufre el engaño) de que el activo realmente ha contraído un deber (objeto directo del contrato que aparentemente se celebra) de dar o de hacer o de no hacer y de que lo va a cumplir, esto es, creen cia de que el activo efectivamente va a realizar la conducta (ob jeto indirecto del contrato que aparentemente se celebra) de dar o de hacer o de no hacer. Cuando la actividad de engañar se reali za en un acto que nada tiene de contractual, el error consiste en la creencia (por parte de quien sufre el engaño) de que el activo está facultado para que le sea entregada una determinada cosa, a fin de que cumpla con una supuesta obligación que supuestamente — adquirió frente a la persona que supuestamente le facultó.

El error (primer efecto de la actividad de engañar) genera, en la persona que sufre el engaño ejecutado a través de un acto — que tiene la apariencia de contractual, el cumplimiento del apa— rente deber contraído (objeto directo del contrato que aparente— mente se celebra) de dar; esto es, la persona engañada realiza la conducta (objeto indirecto del contrato que aparentemente se cele bra) de dar, que (supuestamente) corre a su cargo.

El error que deriva de una actividad de engañar realizada en un acto que nada tiene de contractual, genera, en la persona que sufre el engaño, la entrega de una determinada cosa al sujeto ac— tivo, para que éste cumpla con la supuesta obligación que supues—

tamente adquirió frente a la persona que supuestamente lo facultó.

La conducta de dar, sea que derive de un acto que tiene la apariencia de contractual o sea que derive de un acto que nada tiene de contractual, constituye un acto de disposición total o parcial de un patrimonio (segundo efecto de la actividad de engañar), mediante el cual la cosa material sale del ámbito patrimonial del sujeto pasivo.

Una vez efectuada la disposición patrimonial por la persona que sufre el engaño (el pasivo o un tercero), cabe la posibilidad de que el sujeto activo no reciba la cosa, no se haga de la cosa, porque ésta pereció o se extravió en el trayecto (la cosa es enviada de un lugar a otro). Esto quiere decir que la disposición patrimonial no es el último efecto de la actividad de engañar. Es necesaria, todavía, una posterior actividad del activo por medio de la cual se haga de la cosa. Este hacerse de la cosa, último efecto de la secuencia causal, es el que nos permite hablar de la consumación en el fraude.

Adviértase, por otra parte, que no se trata del mero "hacerse de la cosa", sino que el texto legal exige un "hacerse ilícitamente de la cosa" y siempre, por supuesto, mediante engaño.

Aquí surgen dos problemas a resolver: primero, qué hemos de entender por cosa; segundo, qué hemos de entender por hacerse ilícitamente.

Primer problema:

Cosa, en el marco de la hipótesis de fraude que estudiamos, es todo ente corpóreo, perceptible por los sentidos y que puede ser entregado mediante una conducta de dar. Este ente corpóreo puede ser sólido, líquido, gas o energía. Los líquidos, los gases y la energía han de estar envasados para que tengan la posibilidad de ser entregados mediante una conducta de dar. En cuanto a los sólidos, algunas veces será necesario que estén envasados, otras no.

La cosa, además, puede ser mueble o inmueble; entre los mue-

bles quedan incluidos los documentos que amparan esos muebles o inmuebles.

La cosa, finalmente, ha de ser estimable en dinero, es decir, ha de tener un valor económico, según se desprende del texto de las fracciones I, II y III del artículo 386 del Código Penal, que hacen depender la punibilidad del valor de lo defraudado. Este valor de lo defraudado, en la hipótesis que estamos analizando, es el valor de la cosa, valor que está dado en términos de salario mínimo.

Ahora bien, el artículo 386 del Código Penal señala tres valores diferentes para la cosa:

- valor de 0.01 a diez veces el salario;
- valor de diez veces el salario más 0.01 hasta quinientas veces el salario;
- valor mayor de quinientas veces el salario.

Los valores anteriores, traducidos a pesos y centavos y tomando como base el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, que a la fecha (15 de abril de 1984) es de \$680.00, se convierten en las siguientes cantidades o valores de la cosa:

fracción I: de \$0.01 a \$6,800.00;

fracción II: de \$6,800.01 a \$340,000.00;

fracción III: de \$340,000.01 a X.

Segundo problema:

El adverbio "ilícitamente", a primera vista, parece indicativo de antijuridicidad. Dicho de otra manera: tomada en sentido literal, la palabra "ilícitamente" significa, en apariencia, antijuridicidad. Este es el significado que le asignan, por ejemplo, Pavón Vasconcelos y Jiménez Huerta.

Pavón Vasconcelos dice: "La antijuridicidad en el fraude. De nuestra ley se infiere (artículo 386) que a virtud del engaño o aprovechamiento del error, el agente 'se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido'. Ambos términos 'ilícitamente' e 'indebido', usados por el texto legal, son completamente innecesarios; los dos califican de antijurídico el resultado. La

antijuridicidad es esencia de todo delito, sin que la ley deba de clararlo expresamente en su texto. Tales términos resultan —usando la expresión de Maggiore— pleonásticos, pues el daño que resiente el patrimonio, para constituir delito, debe ser siempre —contra el Derecho... En síntesis, con relación al fraude, decimos que el hecho es antijurídico cuando no se encuentra amparado por una causa de justificación".³²

Por su parte, Jiménez Huerta señala: "Hacerse de una cosa o alcanzar un lucro o, de otra manera dicho, obtener una ventaja patrimonial, constituye el fin de la conducta. Por ventaja patrimonial ha de entenderse —afirma Schonke— toda modificación más favorable de la situación patrimonial, todo incremento del valor —económico del patrimonio. Empero, dicha ventaja patrimonial ha de ser, como expresa el párrafo primero del artículo 386, ilícita —obtener la cosa— o indebida —alcanzar el lucro— o, lo que es lo mismo y dicho genéricamente, antijurídica. Un elemento típico normativo hállese ínsito en la intención o finalidad de hacerse —de alguna cosa o alcanzar un lucro en forma que por no ser desaprobada por la comunidad, no ofende sus ideales valorativos, como, por ejemplo, acontece con toda aquella que se basa en una pretensión jurídicamente fundada".³³

Nosotros pensamos que las ideas de Pavón Vasconcelos y Jiménez Huerta son erróneas; esto es, que el vocablo "ilícitamente" —nada tiene que ver con la antijuridicidad. Se trata, simplemente, de un pésimo empleo del lenguaje por parte del legislador. Veamos: afirmar que "ilícitamente" es lo mismo que antijuridicidad, equivale a decir que este "ilícitamente" no forma parte de la conducta. En otras palabras: la conducta consiste, tan sólo, en el —hacerse de alguna cosa por medio del engaño. Esta es la consecuencia rigurosa de la tesis que se está analizando.

Ahora bien, si la conducta en el fraude es el simple hacerse de alguna cosa por medio del engaño, habrá que admitir que es conducta típica de fraude toda conducta en que el sujeto, por medio

de engaños, se hace de la cosa, aun cuando el activo no haya beneficiado su patrimonio ni el pasivo haya sufrido daño en el suyo. Ejemplo: Alberto, que quiere hacerse del reloj de Benito, engaña a éste diciéndole que ese modelo ya está "descontinuado" y no --- existen refacciones en el mercado, por lo que, en caso de descompostura, el reloj quedará totalmente inservible; que él (Alberto) es coleccionista de relojes y, por ello, desea comprar el reloj - pagando el precio justo correspondiente. Benito, a consecuencia - de este engaño, entrega el reloj y recibe el precio convenido. Es te hecho, de acuerdo con las ideas de Pavón Vasconcelos y Jiménez Huerta, sería un auténtico ejemplo no sólo de conducta típica de fraude, sino, también, por no haber justificantes ni exculpantes, sería ilícita y culpable, es decir, constituiría un delito de --- fraude. Esta es la conclusión, absurda pero inevitable, de la tesis que sostienen los juristas mencionados.

Nosotros pensamos que el adverbio "ilícitamente" no significa anti-juridicidad. Sirve, tan sólo, para definir el último resultado material --- la actividad del sujeto activo, por medio de la --- cual "se hace de alguna cosa"--- y, como consecuencia, sirve tam--- bién para delimitar la conducta materia del fraude y establecer -- sus diferencias respecto de otras conductas que no constituyen con ducta de fraude.

Veamos: el adverbio "ilícitamente" nos hace pensar que hay -- dos maneras de "hacerse de alguna cosa": "ilícitamente" y "no ilícitamente". Ambas hipótesis ameritan un análisis, en el cual, cohe rentemente con todo lo apuntado en relación a la actividad, se dis tinga entre aquellos casos que surgen a través de un aparente acto contractual y aquellos otros que derivan de un acto que nada tiene que ver con lo contractual.

En las operaciones aparentemente contractuales, es necesario --- como ya lo apuntamos --- distinguir entre la celebración del acto y el cumplimiento del acto. La celebración del acto, según ya lo - vimos, se relaciona con la actividad; en cambio, el cumplimiento -

del acto se asocia con el resultado material.

Este cumplimiento del acto, considerado también en función de las normas civiles y penales, puede ser lícito o ilícito, lo cual da lugar a las siguientes posibilidades:

1) Cumplimiento de acto existente y válido.

Si dos personas —que celebran un acto contractual, existente y válido— satisfacen sus pretensiones y, por tanto, cada una de ellas obtiene el correspondiente objeto material acordado, es decir, ambas partes otorgan la prestación a que se obligaron y reciben a cambio la contraprestación acordada, vale afirmar que cada una de esas personas "se hace lícitamente de alguna cosa"; en consecuencia, es inadmisibile cualquier impugnación al respecto.

2) Incumplimiento de acto existente y válido.

El sujeto que, de una parte, recibe la prestación a que tiene derecho y, de otra, no cumple con la contraprestación a que está obligado, incurre en un incumplimiento de obligación civil y, como consecuencia, su omisión es ilícita en el campo del Derecho Civil. La acción de recibir la prestación es plenamente lícita —tanto en lo civil como en lo penal, y lo es precisamente porque el acto celebrado, existente y válido, le da derecho a obtener la cosa; por lo mismo, no será correcto afirmar que el sujeto se ha hecho ilícitamente de la cosa. La vía para obtener del sujeto el cumplimiento de su obligación es la vía civil.

3) Cumplimiento de acto existente y nulo.

Si dos personas —que celebran un acto contractual, existente y nulo— satisfacen sus pretensiones y, por tanto, cada una de ellas obtiene el correspondiente objeto material acordado, es decir, si ambas partes otorgan la prestación a que se obligaron y reciben a cambio la contraprestación convenida, decimos que ambas partes han cumplido el acto celebrado. Este cumplimiento constituye un ilícito civil para el contratante —uno o los dos— que, al celebrar el acto, haya dejado de cumplir con alguno de los requisitos de validez y que, por tanto, haya generado la correspondien

te nulidad relativa del acto celebrado. Lo anterior significa que el contratante —uno o ambos— que generó la ilicitud, no tiene derecho a recibir la prestación y, por ende, al recibirla, "se hace ilícitamente de alguna cosa"; pero esta ilicitud es una ilicitud civil, y es civil aun cuando: a) la nulidad —recuérdese que el acto celebrado es existente— provenga de un engaño, y b) el sujeto obtenga un beneficio económico. Aquí vale ilustrar esta hipótesis con el siguiente ejemplo: A, quiere hacerse de un reloj, propiedad de B, y está dispuesto a pagar el precio que ambos convengan. El reloj vale MIL PESOS, pero A hace creer a B que el valor es de SETECIENTOS PESOS. Celebrado el contrato, B entrega el reloj y A paga el precio convenido de SETECIENTOS PESOS. Es oportuno recordar que, cuando operan las figuras jurídicas de convalidación, confirmación o prescripción, el acto afectado de nulidad cobra plena validez jurídica, dando derecho a las partes contratantes a "hacerse lícitamente de alguna cosa".

En la hipótesis que acabamos de analizar, todos los problemas apuntados caen por entero en el campo del Derecho Civil.

4) Incumplimiento de acto existente y nulo.

El sujeto que, al celebrar un acto contractual, haya dejado de cumplir con alguno de los requisitos de validez, no tiene derecho a exigir la prestación; por tanto, si la recibe, "se hace ilícitamente de alguna cosa". Esta ilicitud es civil, aun cuando la nulidad provenga de un engaño y el autor de la nulidad obtenga un beneficio económico; y es una ilicitud puramente civil porque el acto es jurídicamente existente. Además, en esta hipótesis, el sujeto generador de la nulidad no entrega la contraprestación a que está obligado; por ende, incurre en un incumplimiento de obligación civil y, como consecuencia, su omisión (incumplimiento) es ilícita en el campo del Derecho Civil. En cambio, si quien no cumple es el sujeto pasivo del engaño generador de nulidad, su omisión no será ilícita puesto que no está obligado a otorgar la prestación mientras no sea convalidado el acto contractual en el

cual su intervención fue lícita.

5) Cumplimiento de acto inexistente.

Si en un acto jurídicamente inexistente (porque falta el -- acuerdo de voluntades, en virtud de que sólo un sujeto exteriori zó su voluntad efectiva en torno a los tres objetos), pero que -- tiene la apariencia de existente, el sujeto que cometió engaño -- generador de inexistencia y, por tanto, engaño típico de fraude, decide cumplir con la prestación que inicialmente se había pro-- puesto no proporcionar, este cumplimiento configura, en lo pe-- nal, un arrepentimiento activo y eficaz y, como consecuencia, el engaño se transforma en engaño absolutamente atípico. Si el suje to pasivo del engaño generador de inexistencia, cumple a su vez con la prestación correspondiente, el acto, que en un principio era jurídicamente inexistente, cobra plena existencia y validez jurídica, con lo cual ambos contratantes "se hacen lícitamente -- de alguna cosa".

6) Incumplimiento de acto inexistente.

El incumplimiento por parte del sujeto pasivo del engaño ge nerador de inexistencia, no constituye ilicitud ni en lo penal -- ni en lo civil. La razón estriba en que, al no existir ningún ac to contractual, el pasivo del engaño no está obligado a otorgar la prestación. En cambio, el incumplimiento por parte del sujeto activo del engaño generador de inexistencia, configura el "hacer se ilícitamente de alguna cosa" previsto en el tipo de fraude a que se refiere el artículo 386 del Código Penal.

En conclusión: en el marco del engaño que se realiza a travé s de un acto que tiene la apariencia de contractual, hacerse -- ilícitamente de alguna cosa, en sentido penal, significa: a) Ob tener el objeto material especificado en el acto jurídicamente -- inexistente, y b) No dar o no hacer la contraprestación especifi cada en ese mismo acto o hacer lo que había manifestado que no -- haría. El adverbio "ilícitamente" cumple, tan sólo, la función -- de definir al último resultado material propio del fraude y dife

renciarlo del incumplimiento de una obligación civil.

Y en el marco del engaño que se realiza a través de un acto que nada tiene de contractual, "hacerse ilícitamente de alguna cosa", en sentido penal, significa incorporar la cosa al propio patrimonio —patrimonio del sujeto activo del engaño— sin tener el derecho a incorporarla, ni el aparente derecho a incorporarla.

d) El nexa causal.

da) Teoría tradicional. Con relación al nexa causal, Fontán Balestra, de acuerdo con la legislación española, ha dicho: "El nexa causal ha de establecerse entre el ardid y el error que decide a la disposición de carácter patrimonial. Así, en el ejemplo de quien distrae mediante ardid al cajero, para apoderarse del dinero, hay hurto y no estafa, porque en tal caso la voluntad del cajero no intervino para nada en el cambio de manos del dinero; no fue el error lo que decidió a la disposición patrimonial; más exactamente, no hubo disposición patrimonial a impulsos de una voluntad viciada, sino un simple apoderamiento del actor. Ya hemos dicho que el ardid ha de provocar el error determinante de la prestación".³⁴

También al respecto, Puig Peña ha escrito "que exista relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio. Un curioso fallo de 12 de abril de 1904 declaró que no había estafa en el hecho de que dos individuos, fingiendo pertenecer a una sociedad, comprasen a una señora determinada cantidad de ganado, abonando una parte del precio en el acto y la otra más adelante, cuando los socios hiciesen su aportación. Al quedar incumplida la obligación, la señora presentó la correspondiente denuncia. La audiencia condenó, pero el Tribunal Supremo declaró que no basta la defraudación y el engaño, sino que es preciso que exista entre ambos una relación de causalidad, y de los hechos no se deducía que la ficción de la sociedad (engaño) fuere la causa de que la vendedora accediese a realizar el contrato; antes bien, parece que se

hizo por la sola garantía de los compradores y en consideración a los otros socios, por no haberse expresado quiénes eran, no podrían añadir mayores seguridades de solvencia (Sentencia 11 de junio de 1942)",³⁵

En México, Zamora Pierce dice: "Nexo causal es la relación que media entre la conducta y su resultado material y que hace posible la atribución de éste a aquélla como a su causa. El concepto de nexo causal, de origen filosófico, es empleado por las ciencias de la naturaleza y de ellas lo toma el Derecho Penal. Nuestra jurisprudencia comete el error de afirmar que el nexo causal une la conducta delictuosa con el lucro obtenido. Este error proviene de la confusión entre resultado material y resultado jurídico, conceptos que es necesario distinguir porque, como veremos -- más ampliamente, dada la redacción de nuestro artículo 386, existe la posibilidad de que el acto de disposición patrimonial de la víctima (resultado material) no lleve aparejado el lucro del defraudador o de un tercero (resultado jurídico)... Para establecer el problema en términos adecuados diremos, citando a Kelsen que: 'la regla de derecho, usado el término en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones. Esta es la forma lógica que tienen también las leyes naturales... y como en la proposición jurídica, la ley natural enlaza igualmente, como condición y consecuencia, dos hechos físicos. La condición es, en este caso, la 'causa'. La consecuencia el 'efecto'... La ley natural establece que si A es, B es o (será). La regla de derecho dice: si A es, B debe ser... El principio de acuerdo con el cual la ciencia natural describe su objeto, es la causalidad; el principio de acuerdo con el cual la ciencia del derecho describe el suyo, es la normalidad'. Luego podemos concluir que: a) el nexo causal, en el fraude, une el engaño (conducta) con el acto de disposición patrimonial de la víctima (resultado material); b) el acto de disposición patrimonial de la víctima (resultado material) está unido, normativamente, al lucro

(resultado jurídico); c) el nexo causal, en el fraude, es de naturaleza psicológica. La ejecutoria que obra a fojas 2828 del tomo - CIX del Semanario Judicial de la Federación une causalmente, en forma correcta, el engaño con el acto de disposición patrimonial, y dice: 'Están acreditados los elementos del fraude... si el reo, mediante un engaño, obtuvo que la ofendida ocurriera ante un notario y tirara ante él... escritura de compraventa' ".³⁶

Por su parte Esteban Righi dice: "La pregunta siguiente tiene una estrecha relación con el tema que estamos tratando. Casi - todos los libros de Derecho Penal, cuando comentan el delito de fraude o de estafa, nos dicen que entre la actividad de engañar - que desarrolla el autor, y el error que sufre la víctima, debe -- existir una relación de causalidad; o sea que el error debe ser - consecuencia del engaño. Podríamos formular entonces la pregunta, o mejor dicho las preguntas relacionadas con este enunciado: 1) - ¿Se trata de una simple relación causal material, regida por el - sistema de la equivalencia de las condiciones? 2) ¿Es suficiente que el error haya sido consecuencia material del engaño, o por el contrario es menester establecer algunos límites? 3) En síntesis: ¿qué tipo de causalidad se requiere? En el año de 1963 Engisch publicó un artículo, en el libro de homenaje a Hellmuth von Weber, en el que afirma que corresponde aplicar el sistema de la causalidad adecuada, es decir que no cualquier engaño debe ser considerado causal, sino solamente aquellos que de acuerdo a la experiencia general son adecuados para generar un error en la víctima. No se trata entonces de una relación causal material, sino de una relación similar pero inversa a la que se da entre instigador e instigado. Decimos similar, porque en la instigación, el instigador crea en el instigado la intención de realizar el acto que le propone; y lo propio ocurre entre estafador y estafado. Y si la llamamos inversa, es porque obviamente el instigador expone la verdad al instigado, quien realiza la acción conociendo correctamente cómo son los hechos; en tanto que la víctima de un fraude ac--

túa engañada, es decir con un conocimiento erróneo de los hechos. Por ello si el engaño es burdo —es decir no adecuado para producir un error— no podría sostenerse que de parte del autor ha — existido una tentativa de fraude; como sería el caso recién comentado de las simples mentiras habitualmente usadas por los comerciantes. Distinto sería el caso de quien realiza un engaño adecuado, pero que no llega a cumplir su efecto porque la víctima estaba enterada de la verdad. En este caso de delito imposible no por inidoneidad del medio, sino del sujeto pasivo, estaríamos evidentemente ante un engaño idóneo, es decir, adecuado en la fórmula propuesta por Engisch; por tanto ante una tentativa punible. Esta fórmula que requiere que el engaño sea adecuado, presenta evidentes ventajas desde un punto de vista político criminal, pues permite excluir del ámbito del Derecho Penal los engaños de una entidad relativamente pequeña, que son socialmente tolerados. El fundamento dogmático de esta solución está dado por la llamada Teoría de la Adecuación Social expuesta por Welzel, según la cual — los tipos penales describen solamente conductas socialmente inadecuadas. En lógica consecuencia, toda conducta socialmente adecuada, debe quedar fuera del ámbito de los tipos penales".³⁷

González de la Vega, al abordar este tema señala: "La tercera constitutiva racional del fraude que nos ocupa es precisamente la relación de causalidad lógica entre el primer elemento y el segundo. El engaño causado o el error aprovechado deben ser el motivo del enriquecimiento indebido del infractor. La obtención de la cosa o del lucro debe ser consecuencia de la falacia, de la intriga, de la falsedad, de la mentira empleada por el delincuente, o, al menos, de su malicia al no revelar las circunstancias verdaderas que erróneamente ignora el que sufra su acción. El fraude — existirá, condición sine qua non, cuando como resultado del engaño o del aprovechamiento del error, el autor logra la entrega o apropiación de cosas o derechos patrimoniales ajenos; por supuesto, no deberá exigirse precisamente la demostración de una entre-

ga material, pues la remisión de la cosa, para emplear el artificioso léxico del derecho privado, puede ser virtual".³⁸

Finalmente, al respecto, Jiménez Huerta escribe: "Este nexo causal, como se desprende de la propia estructura típica del artículo 386, se puede fraccionar o desdoblar en dos momentos diversos: el primero consiste en la conexión psicológica existente entre la conducta engañosa y la causación del error; y el segundo, en la conexión material que debe existir entre el error causado y el acto de disposición patrimonial que la víctima realiza. Empero esto no significa la existencia de dos nexos causales, sino simplemente destacar la total ruta del mismo y el diverso y genuino carácter de dichos instantes o fases. En el término 'engañando' a que hace referencia el párrafo primero del artículo 386, se hace concreta referencia al primer momento. Las frases 'se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido' que se lee en el mismo párrafo y '...entregue la cosa de que se trate...' contenida en el párrafo in fine del propio artículo, aluden al segundo. La consumación material del fraude queda integrada cuando las dos fases concurren".³⁹

db) Nuestra teoría. La actividad de engañar, sea que derive de un acto aparentemente contractual, sea que derive de un acto que nada tiene de contractual, es la causa productora del "hacerse... de alguna cosa"; dicho de otra manera: el engaño y el "hacerse... de alguna cosa" son los sucesos naturales polares del nexo causal. Pero adviértase, el engaño produce una secuencia causal que da lugar, sucesivamente, a dos efectos importantes intermedios: 1) El error (primer resultado material), causado por la actividad de engañar; 2) El acto de disposición patrimonial. Este acto de disposición patrimonial causa el desplazamiento de la cosa material (ésta sale del ámbito patrimonial del sujeto pasivo), dirigiéndola al caudal patrimonial del sujeto activo en el cual ingresa, produciendo el "hacerse... de alguna cosa". En algunos casos, el activo, para hacerse de la cosa, llevará a cabo una ac-

tividad; es decir, efectuará movimientos corporales para hacer ingresar la cosa a su patrimonio. En otros casos, no será necesaria actividad alguna por parte del activo para hacerse de la cosa.

Por último, es útil anotar que la causalidad entre la actividad de engañar y el error es psicológica, y la que surge entre el error y el acto de disposición patrimonial es física. Finalmente, la causalidad entre el acto de disposición y el hacerse (ilícitamente) de la cosa, también es física.

7. Lesión del bien jurídico.

A) Teoría tradicional. Eusebio Gómez opina que "el delito de estafa se consuma en el preciso momento en que la víctima efectúa la presentación. Es, entonces, cuando la lesión patrimonial cobra vida. Este delito es, pues, instantáneo".⁴⁰

Guello Galón sostiene: "Se consuma este delito en el momento en que el culpable hace suya o tiene a su disposición la cosa ajena. No es preciso que: el lucro llegue a alcanzarse".⁴¹

Sebastián Soler opina: "Bien claro está que la estafa se consuma en el momento en que se toma la disposición patrimonial perjudicial. La consumación del delito no puede hacerse depender de eventos ulteriores".⁴²

Ricardo C. Núñez, al respecto, dice: "La estafa es un delito material, pues exige que la conducta fraudulenta del autor produzca un perjuicio patrimonial efectivo al agraviado por ella. Por consiguiente, la estafa no se consuma en el lugar y tiempo de la realización del fraude, sino en donde y cuando se produce el perjuicio de la propiedad ajena. Este lugar y este momento, si bien coinciden por regla general con los de la disposición patrimonial por parte del engañado, pueden ser distintos, como sucede cuando el fraude se produce en el desenvolvimiento de una relación económica continua, en la cual la determinación de la respectiva situación patrimonial definitiva sólo puede establecerse, en razón de las necesarias compensaciones, mediante un ajuste de cuenta co—

rriente o en un contrato de ajuste periódico, el momento del perjuicio es el del cierre de la operación".⁴³

Francisco Carrara, de acuerdo con su legislación, ha dicho: "Veamos ahora el fraude con baratería. Un capitán con nombre supuesto y simulando la calidad de propietario, es decir, empleando esos artificios y engaños que constituyen el fraude, ha logrado que las víctimas de sus artimañas le entreguen un barco, o mercancías, o alguna otra cosa: ¿cuándo se dirá consumado el delito?, ¿habrá que esperar a que venda la mercancía o la nave? No, consuma el delito desde que valiéndose de ardidés obtuvo la entrega y partió con lo entregado. Esta es la regla general y constante que se aplica para definir la consumación del fraude...".⁴⁴

Maggiore sostiene que: "el momento consumativo de la estafa —que es delito de engaño— coincide con la consecución del provecho injusto y con la producción del perjuicio ajeno. Por cuanto el delito se perfecciona al verificarse el daño ajeno, se consumará donde se produzca el daño efectivo, no en el lugar donde se ponen en obra los artificios y las trampas".⁴⁵

Silvio Ranieri asevera que "el momento consumativo del delito de estafa se verifica con la consecución del provecho injusto, acompañado del daño ajeno, aunque sea posterior, pero originado en el empleo de artificios o de engaños. Y como el provecho injusto se tiene no bien el culpable ha obtenido una ventaja o utilidad injustas, aunque sean de naturaleza no patrimonial, por ejemplo el despojo de un derecho o la estipulación de un contrato, o la liquidación de un falso 'recurso', aun cuando no le siga la entrega material de dinero o de cosas, la estafa debe de considerarse consumada al verificarse el acontecimiento que concreta el provecho injusto y el daño patrimonial correlativo, aunque no se hayan verificado las ventajas ulteriores, que el culpable se había propuesto obtener; por ejemplo, despojo de un derecho sin pérdida de la propiedad, aunque el engaño fue descubierto; firma de una obligación sin recibir el dinero, etc...".⁴⁶

En México, Zamora Pierce señala que "desde el momento en que surge el crimen en la mente de un individuo, hasta aquel otro en que el delito se consuma material y jurídicamente, recorre un camino: el iter criminis, el camino del crimen; vamos a estudiar, - en relación con el fraude, dos conceptos del iter criminis: la tentativa y la consumación. ...El delito se consuma cuando se encuentran reunidos todos sus elementos. Es importante determinar - el momento consumativo porque a partir de él corre la prescripción; para algunas legislaciones determina la competencia de los tribunales y algunas otras consecuencias de importancia... Siendo el fraude un delito de desplazamiento patrimonial, lo normal es - la coincidencia del perjuicio y el enriquecimiento, al pasar las cosas o los derechos de uno a otro patrimonio; algunos casos de - excepción vienen a dar importancia a las doctrinas que arriba citamos, por cuanto el fraude estaría o no consumado según la tesis adoptada; por ejemplo: si los bienes remitidos por el disponente no llegan a manos del defraudador, o si Pedro hace creer a Juan, con engaños, que un bien de la propiedad de este último no tiene ningún valor, con el fin de obtenerlo como regalo, pero Juan, engañado, en vez de hacer obsequio del bien, lo destruye; de manera que, habiendo perjuicio patrimonial en los dos casos citados, no hay lucro por parte del estafador. El artículo 386 de nuestro Código Penal, incluye en su definición del fraude el lucro obtenido por el agente; debemos aceptar por ello que, para nuestro derecho positivo, el fraude se consuma con la obtención de un lucro - por parte del estafador; y todo fraude quedará en grado de tentativa hasta en tanto no exista un enriquecimiento patrimonial. En el capítulo III de esta obra, al hacer la clasificación del fraude en orden al resultado, aceptamos la posibilidad de que se presente como un delito continuado, caso en el cual una pluralidad - de conductas engañosas, ocasionando repetidas lesiones patrimoniales, son tomadas como un solo delito, en virtud de la unidad de - propósito que anima a su autor. Debemos añadir ahora que, cuando

el fraude es un delito continuado, tiene una consumación peculiar, que principia desde el momento en que se da la pluralidad de conductas y que termina con el último lucro obtenido, momento a partir del cual correrá la prescripción...".⁴⁷

Por su parte, Esteban Righi manifiesta: "Es totalmente evidente que sin lesión patrimonial, no hay delito de fraude consumado, Esta lesión debe estar directamente vinculada al acto de disposición erróneo realizado por el sujeto pasivo. Es por ello que se afirma que en el delito de fraude debe existir una doble relación de causalidad: 1) El engaño del autor determina el error de la víctima, en cuya virtud realiza el acto de disposición patrimonial. 2) La disposición patrimonial errónea es la que produce la lesión patrimonial de la víctima. Es decir que una vez que la víctima ha realizado el acto de disposición patrimonial, existe la lesión del bien jurídico, y el delito debe considerarse consumado. Sin embargo, el artículo 386 del Código Penal Mexicano exige que el autor del fraude se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido. El hecho de que se haya incluido en el texto de dicho tipo penal el requisito apuntado, obliga a que nos formulemos las siguientes preguntas: ¿Qué consecuencia práctica tiene la exigencia del Código Penal Mexicano, de que el autor se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido? Supongamos —por ejemplo— que el autor engaña a la víctima y la convence de que le extienda un cheque, que pasará a retirar por sus oficinas al día siguiente. Pero supongamos también de que al día siguiente, una vez confeccionado el cheque por la víctima, se presenta un tercero que invoca falsamente representación del autor y, consigue que la víctima le entregue a él el cheque, y naturalmente no se lo entrega al autor sino que lo cobra por su cuenta. En este caso existe lesión patrimonial y el perjuicio de la víctima es evidente; pero dado que el autor no cobró el cheque ni llegó a hacerse de la cosa, no obtuvo tampoco ningún lucro. A propósito de este ejemplo, es oportuno recordar otro que proponía Im pallomeni. Un sujeto, sabiendo que Ticio se ha sacado la lotería,

se propone lograr el billete y cobrarlo, para lo cual, lo engaña y lo convence de que es perdedor y de que debe tirar el billete. Pero Ticio, engañado, en vez de tirar el billete, lo rompe; de modo que el estafador no logra beneficio económico ni de ningún otro carácter. En estos casos hay lesión patrimonial pero —reite ro— el autor no llega a hacerse de la cosa ni a alcanzar un lucro indebido, como exige el Código Penal Mexicano en su artículo 386. Si debemos ajustarnos al texto de la ley, parece claro que en estos casos no está totalmente cumplido. No podrá considerarse que en estos casos se ha consumado el delito, y que el autor sólo podrá ser castigado por tentativa. Pero esta solución implica definir estos ejemplos como tentativas de un delito contra el patrimonio, en casos en los que el bien jurídico que se ha querido proteger ya ha sido lesionado, lo que se presenta como contradictorio. Es por demás evidente que si lo que se ha querido, al describir el tipo de fraude, es proteger el patrimonio de la víctima, no deberían resolverse como simples tentativas, supuestos que consuman la lesión patrimonial en forma innegable. Lo cierto es que si la redacción del tipo no deja muchas posibilidades para resolver el problema, la doctrina dominante en México ha comentado este artículo en forma de exigir para la consumación del delito, — que el autor llegue a obtener el beneficio patrimonial, lo que — por otra parte no es posible censurar ante la claridad del texto. Tanto Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas como Jiménez Huerta, comentan la disposición considerando sinónimos el perjuicio sufrido por la víctima y el beneficio obtenido por el autor, entendiendo lo segundo como lógica consecuencia de lo primero —lo cual es así en la mayoría de los casos— y concluyen que el delito se consuma cuando ambas cosas suceden. La eventualidad que dejamos aquí expuesta no la contemplan, pero del contexto de sus opiniones, y de las circunstancias de que exigen la concurrencia de ambas cosas, cabe concluir que sin que el autor haya obtenido el beneficio que se propuso, no podrá estimarse que existe delito consuma-

do. Si esto es así, y reitero que el texto legal no adjudica mayores posibilidades de interpretarlo en un sentido diverso, necesario será concluir que para que se consuma un fraude el autor deberá haberse hecho de la cosa o haber obtenido un lucro. Si ello no ocurre el hecho quedará en grado de tentativa. En tanto el Código utiliza la expresión hacerse de la cosa, el requisito estará cumplido cuando el autor ha incorporado un poder fáctico de disposición sobre la misma a su patrimonio. En igual sentido, debe considerarse que el fraude ha quedado consumado, cuando el autor ha obtenido un incremento patrimonial de cualquier naturaleza. El requisito se cumple, tanto cuando el sujeto activo obtiene la cosa, como cuando obtiene una autorización para disponer de ella. Desde un punto de vista político criminal, hubiera sido preferible que la obtención del lucro o de la cosa, constituyera un fundamento de agravación de la pena, y no un presupuesto de la misma. En la forma como se ha descrito el tipo de fraude, se ha agregado un elemento para la consumación, cuyo efecto ha sido la desprotección del bien jurídico que se trata de amparar. Para evitar ese resultado disfuncional, se debió poner bajo pena la infracción de una norma que prohíba lesionar mediante engaño. Tal como está construido el tipo, se está en realidad sancionando la infracción de una norma que prohíbe obtener un beneficio indebido mediante engaño".⁴⁸

Y para Jiménez Huerta: "la conducta engañosa determinante de la disposición patrimonial ha de tener por fin, como indica la parte final del párrafo primero del artículo 386, obtener alguna cosa o alcanzar un lucro indebido. El daño patrimonial sufrido por el sujeto pasivo a consecuencia del engaño, debe corresponder al enriquecimiento indebido del defraudador. Cuando el sujeto activo logra el enriquecimiento y el pasivo sufre el perjuicio, el delito queda consumado; cuando no obstante los engaños, las maquinaciones o los artificios puestos en juego por el estafador para alcanzar la finalidad indicada, no logre hacerse de la cosa u ob-

tener un lucro indebido, el delito queda en grado de tentativa punible, pues la fraudulenta conducta no ocasionó ningún daño patrimonial. Empero, preciso es aquí subrayar que la descripción del delito de fraude genérico, tipificado en el artículo 386 del Código Penal, contempla dos alternativas hipótesis: a) que la fraudulenta conducta tenga por fin que el sujeto activo, se haga ilícitamente de una cosa determinada; y b) que la conducta fraudulenta recaiga sobre el patrimonio del sujeto pasivo en su conjunto, como acontece en el supuesto a que alude el artículo 386 con la frase: '...o alcance un lucro indebido'. En este último caso, el delito se consuma cuando el sujeto activo obtiene una ganancia o un beneficio que disminuye en su conjunto el patrimonio del sujeto pasivo. En el primero, cuando se produce el desplazamiento que hace salir la cosa del patrimonio del sujeto pasivo, aunque la conserve en su poder sin enajenarla a terceras personas, pues mal podría defenderse la incorrecta tesis de que el fraude no se consume mientras no se enajena la cosa obtenida y el sujeto activo la conserva en su poder sin importarle utilidad, beneficio o ganancia alguna. En otras palabras: el lucro existe tan pronto como el agente obtiene la entrega de la cosa mueble o inmueble o la firma del crédito que obliga al sujeto pasivo o del documento que contiene su renuncia a un derecho. Y en los casos que el daño patrimonial consiste en la privación injusta de un derecho, en el momento en que logra el servicio —viajar sin cubrir el importe del boleto— o beneficio —entrar al espectáculo sin pagar el boleto— que se propuso alcanzar⁴⁹.

B) Nuestra teoría. La lesión del bien jurídico consiste en la compresión de la "posesión de hecho, plena, respaldada por el respectivo derecho de posesión". Esta lesión se produce cuando un sujeto, mediante la actividad de engañar que pone en juego, logra que otra persona (el sujeto pasivo o un tercero) realice el acto de disposición total o parcial de un patrimonio, mediante el cual la cosa material sale del ámbito patrimonial del sujeto pasivo. -

En otras palabras diremos: se comprime la "posesión de hecho, plena, respaldada por el respectivo derecho de posesión", en el momento en que la cosa material sale de la esfera patrimonial del sujeto pasivo, como consecuencia del acto de disposición que efectúa el mismo sujeto pasivo, o un tercero, por el estado de error a que fue llevado. Por último, es pertinente aclarar que si hablamos de comprisión es por la razón siguiente: en tanto no transcurra un año, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 804 del Código Civil, el sujeto pasivo no ha perdido el derecho de posesión y, mientras tanto, puede hacer valer el interdicto de recuperar la cosa; transcurrido ese lapso pierde el derecho de posesión y, si recupera la cosa, hablaríamos, entonces, de una nueva adquisición de posesión de hecho respecto de la cosa.

La comprisión de la "posesión de hecho, plena, respaldada por el respectivo derecho de posesión", es una comprisión típica, porque el tipo legal pretende salvaguardar esa específica posesión de hecho a través de la prohibición de la conducta típica.

8. Violación del deber jurídico penal.

A) Teoría tradicional. Asevera Maggiore que "la antijuridicidad de la estafa es inherente a la naturaleza de la acción (fraudulenta) y del resultado (ilícito). La ley se refiere expresamente a esto al requerir que el provecho obtenido por el agente sea 'injusto'. Esa antijuridicidad desaparece —no sólo por las causas que normalmente la excluyen, como el consentimiento del sujeto pasivo— todas las veces que el agente trate de conseguir un fin jurídico (tal sería el caso del individuo que, por medio de alguna estratagema, le saca alguna suma a otro, para pagar una deuda cierta). También desaparece, por motivos subjetivos, cuando el agente cree de buena fe que ejerce un derecho, aunque éste en realidad no exista. Pero entonces pasamos del campo de la antijuridicidad al del dolo".⁵⁰

Pavón Vasconcelos dice: "La antijuridicidad en el fraude. De nuestra ley se infiere (artículo 386) que a virtud del engaño o -aprovechamiento del error, el agente 'se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido'. Ambos términos 'ilícitamente' e 'indebido', usados por el texto legal, son completamente innecesarios; los dos califican de antijurídico el resultado. La antijuridicidad es esencia de todo delito, sin que la ley deba de clararlo expresamente en su texto. Tales términos resultan —usando la expresión de Maggiore— pleonásticos, pues el daño que resiente el patrimonio, para constituir delito, debe ser siempre —contra el Derecho... En síntesis, con relación al fraude, decimos que el hecho es antijurídico cuando no se encuentra amparado por una causa de justificación".⁵¹

Por su parte, Jiménez Huerta señala: "Hacerse de una cosa o alcanzar un lucro o de otra manera dicho, obtener una ventaja patrimonial, constituye el fin de la conducta. Por ventaja patrimonial ha de entenderse —afirma Schonke— toda modificación más favorable de la situación patrimonial, todo incremento del valor —económico del patrimonio. Empero, dicha ventaja patrimonial ha de ser, como expresa el párrafo primero del artículo 386, ilícita —obtener la cosa— o indebida —alcanzar el lucro— o, lo que es lo mismo y dicho genéricamente, antijurídica. Un elemento típico normativo hállese insito en la intención o finalidad de hacerse de alguna cosa o alcanzar un lucro en forma que por no ser desaprobada por la comunidad, no ofende los ideales valorativos, como, por ejemplo, acontece con toda aquella que se basa en una pretensión jurídicamente fundada".⁵²

B) Nuestra teoría. Las ideas de los autores citados son erróneas. El vocablo "ilícitamente" nada tiene que ver con la antijuridicidad, como ya quedó demostrado al estudiar el resultado material; el adverbio ilícitamente cumple, tan sólo, la función de definir al último resultado material propio del fraude.

Para nosotros, en la hipótesis de fraude que estudiamos, la violación del deber jurídico penal consiste en la violación a la prohibición de hacerse dolosa e ilícitamente de alguna cosa por medio del engaño.

II. La punibilidad.

La conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito de fraude, formulada por el legislador para la prevención general del fraude, está dada en las fracciones I, II y - III del artículo 386 del Código Penal, cuyo texto dice:

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

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

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

Cada fracción describe una distinta punibilidad, y la dife--rencia entre cada punibilidad está determinada por el valor de lo defraudado, es decir, por el valor de la cosa.

En estas punibilidades, la multa está dada en los siguientes términos de salario mínimo:

- de tres a diez veces el salario;
- de diez a cien veces el salario;
- de cien a ciento veinte veces el salario.

Los montos anteriores, traducidos a pesos y centavos y tomando como base el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, -- que a la fecha (15 de abril de 1984) es de \$680.00, se convierte en las siguientes cantidades:

- de \$2,040.00 a \$6,800.00;
- de \$6,800.00 a \$68,000.00;
- de \$68,000.00 a \$81,600.00.

Consecuentemente, las punibilidades son las siguientes:

P1: Prisión de tres días a seis meses y multa de \$2,040.00 - a \$6,800.00, cuando el valor de la cosa sea de \$0.01 a \$6,800.00;

P2: Prisión de seis meses a tres años y multa de \$6,800.00 a \$68,000.00, cuando el valor de la cosa sea de \$6,800.01 a - - - \$340,000.00;

P3: Prisión de tres a doce años y multa de \$68,000.00 a - - \$81,600.00, cuando el valor de la cosa sea mayor de \$340,000.01.

NOTAS

1 Tratado de derecho penal, IV, Compañía argentina de editores, Buenos Aires, 1941, p. 242.

2 Derecho penal especial, II, 8a. ed., Bosch, Barcelona 1952, p. 915.

3 Derecho penal (Parte especial), V, Delitos en particular, Ed. Temis, Bogotá, 1956, p. 122.

4 Manual de derecho penal (Parte especial), VI, Ed. Temis, Bogotá, 1975, pp. 117 y 118.

5 Derecho penal (Parte especial). Libro de estudio, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, pp. 238 y 239.

6 Derecho penal mexicano, IV, 2a. ed., Porrúa, México, 1973, p. 132.

7 Comentarios de derecho penal (Parte especial). Robo, abuso de confianza y fraude, 3a. ed. Ed. Porrúa, México, 1973, p. 143.

8 Op. cit., p. 242.

9 Op. cit., pp. 124 y 125.

10 El fraude en el derecho penal mexicano: en la jurisprudencia y en la doctrina, México, 1961, pp. 56, 57 y 62.

11 Op. cit., p. 143.

12 Op. cit., p. 243.

13 Op. cit., pp. 129, 130 y 131.

14 Op. cit., pp. 57 y 62

15 Op. cit., p. 182.

16 Op. cit., p. 122.

17 Op. cit., p. 120.

18 Op. cit., p. 135.

19 Op. cit., p. 125.

20 Op. cit., pp. 74 y 75.

- 21 Programa de derecho criminal (Parte especial), IV, 5a. ed., Ediciones Nauta, Barcelona, 1959, pp. 421 y 422.
- 22 Op. cit., pp. 125, 126 y 127.
- 23 Op. cit., pp. 120, 121 y 122.
- 24 Tentativa, Legítima defensa y fraude, (ciclo de conferencias, editadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal), México, 1976, pp. 75 y 76.
- 25 Derecho penal mexicano. Los delitos, 10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1970, p. 251.
- 26 Op. cit., 149, 150 y 163.
- 27 Derecho penal argentino, IV, Ed. Tipográfica Argentina, - Buenos Aires, 1956, p. 356.
- 28 Op. cit., pp. 129 y 130.
- 29 Op. cit., pp. 122 y 123.
- 30 Derecho penal (Parte especial). Libro de estudio. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, pp. 244, 245, 246, 247, 248, 250, 253 y 254.
- 31 Op. cit., pp. 176, 177, 178, 179, 180, 181 y 182.
- 32 Op. cit., p. 172.
- 33 Op. cit., p. 191.
- 34 Derecho penal (Parte especial), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 499.
- 35 Derecho penal (Parte especial), IV, 5a. ed., Ediciones Nauta, Barcelona, 1959, p. 253.
- 36 Op. cit., pp. 45, 46 y 47.
- 37 Op. cit., pp. 79, 80 y 81.
- 38 Op. cit., p. 253.
- 39 Op. cit., pp. 133 y 134.
- 40 Op. cit., p. 243.
- 41 Op. cit., p. 919.
- 42 Op. cit., p. 362.
- 43 Derecho penal argentino, V, Editores-Libreros, Buenos Aires, p. 313.

- 44 Op. cit., p. 404.
- 45 Op. cit., p. 134.
- 46 Op. cit., pp. 123 y 124.
- 47 Op. cit., pp. 88, 89 y 90.
- 48 Op. cit., pp. 81, 82, 83, 84 y 85.
- 49 Op. cit., pp. 190 y 191.
- 50 Op. cit., p. 135.
- 51 Op. cit., p. 172.
- 52 Op. cit., p. 191.

B I B L I O G R A F I A

- BORJA SORIANO, Manuel. Teoría general de las obligaciones, I, 7a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.
- C. NUÑEZ, Ricardo. Derecho penal argentino, V, Editores-Libreros, Buenos Aires, sin fecha.
- CARRARA, Francisco. Programa de derecho criminal (Parte especial), IV, 5a. ed., Ediciones Nauta, Barcelona, 1959.
- GUELLO CALON, Eugenio. Derecho penal especial, II, 8a. ed., ---- Bosch, Barcelona, 1952.
- DE PINA, Rafael. Elementos de derecho civil mexicano (Obligaciones civiles-Contratos en general), 2a. ed., Ed. Porrúa, México, - 1966.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho penal (Parte especial), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.
- GOMEZ, Eusebio. Tratado de derecho penal, IV, Compañía argentina de editores, Buenos Aires, 1941.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho penal mexicano. Los delitos, 10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1970.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones, 5a. - ed., Ed. José M. Cajica Jr., S.A., Puebla, Pue., México, 1974.
- ISLAS, Olga y RAMIREZ, Elpidio. Lógica del tipo en el derecho penal, Ed. Jurídica Mexicana, México, 1970.
- ISLAS, Olga. "Nueva teoría del derecho penal", en "Criminalia", - Año XLIV, Nos. 1-3, Ed. Porrúa, México, 1978.
- ISLAS, Olga. "Contenido de las normas penales" (Derecho penal de imputables), en Revista Mexicana de Justicia 83, No. 1, Vol. I, - Enero-marzo, 1983.
- ISLAS, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida, 1a. - ed., Ed. Trillas, México, 1982.

- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho penal mexicano, IV, 2a. ed., Porrúa, México, 1973.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penal (Parte especial), V, Delitos en particular, Ed. Temis, Bogotá, 1956.
- MEZGER, Edmundo. Derecho penal (Parte especial). Libro de estudio, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
- MORENO, Antonio de P. Curso de derecho penal mexicano (Parte especial). De los delitos en particular, I, Libro segundo, Ed. Porrúa, México, 1968.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de derecho penal (Parte especial). Robo, abuso de confianza y fraude, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1973.
- PUIG PEÑA, Federico. Derecho penal (Parte especial), IV, 5a. ed., Ediciones Nauta, Barcelona, 1959.
- RANIERI, Silvio. Manual de derecho penal (Parte especial), VI, Ed. Temis, Bogotá, 1975.
- RIGHI, Esteban. Tentativa, Legítima defensa y Fraude, (ciclo de conferencias, editadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal), México, 1976.
- SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino, IV, Ed. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1956.
- ZAMORA PIERCE, Jesús. El fraude en el derecho penal mexicano: en la jurisprudencia y en la doctrina, México, 1961.

I N D I C E

C A P I T U L O I

MARCO TEORICO PARA EL ANALISIS DEL FRAUDE

	Pág.
1. Introducción	11
2. Esquema de la teoría general del derecho penal de adultos imputables:	12
A) Las normas penales	12
B) Los delitos	15
C) Las puniciones	18
D) Las penas	18

C A P I T U L O II

MARCO JURIDICO CIVIL DEL FRAUDE

1. Los eventos jurídicos	23
2. El fraude en el universo de los eventos jurídicos	25
3. El contrato:	26
A) Generalidades	26
B) Elementos de existencia	27
C) Requisitos de validez	33

C A P I T U L O I I I

UNIVERSO NORMATIVO DEL FRAUDE

	Pág.
1. Textos legales	51
2. Objeto de conocimiento	57

C A P I T U L O I V

TEORIA DE LA NORMA PENAL REGULADORA DEL FRAUDE DOLOSO CONSUMADO CONSISTENTE EN HACERSE ILICITAMENTE DE ALGUNA COSA POR MEDIO DEL ENGAÑO

I. Elementos del tipo	61
1. Deber jurídico penal	61
A) Teoría tradicional	61
B) Nuestra teoría	61
2. Bien jurídico	61
A) Teoría tradicional	61
B) Nuestra teoría	63
3. Sujeto activo	68
A) Teoría tradicional	68
B) Nuestra teoría	70
4. Sujeto pasivo	70
A) Teoría tradicional	70
B) Nuestra teoría	73
5. Objeto material	73
A) Teoría tradicional	73
B) Nuestra teoría	73

	Pág.
6. Conducta	73
A) Contenido	73
B) El que engañando a uno se hace ilícitamente de alguna cosa	76
C) Acción dolosa consumada	86
a) El dolo	86
aa) Teoría tradicional	86
ab) Nuestra teoría	88
b) La actividad	89
ba) Teoría tradicional	89
bb) Nuestra teoría	95
c) El resultado material	97
ca) Teoría tradicional	97
cb) Nuestra teoría	104
d) El nexo causal	112
da) Teoría tradicional	112
db) Nuestra teoría	116
7. Lesión del bien jurídico penal	117
A) Teoría tradicional	117
B) Nuestra teoría	123
8. Violación del deber jurídico penal	124
A) Teoría tradicional	124
B) Nuestra teoría	125
II. La punibilidad	126